Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts*

Von Prof. Dr. Jochen Bung, Hamburg

Ich möchte das Thema direkt aufgreifen und nach der Aktualität der Rechtsphilosophie für das Strafrecht heute fragen. Zunächst sind zwei extreme Ansichten möglich. Zum einen kann man den überwiegenden Teil des praktizierten Strafrechts und der praktizierten Strafrechtswissenschaft als konkludente Antwort auf die Frage werten, und zwar dahin, dass die Rechtsphilosophie im heutigen Strafrecht keine Rolle spielt. Zum anderen besteht kein Zweifel, dass die Herausbildung der Strafrechtswissenschaft eng mit der Rechtsphilosophie verbunden ist, so dass sogar schon festgestellt wurde, die Rechtsphilosophie spiele für das Strafrecht eine vergleichbare Rolle wie das Römische Recht in der Zivilistik.¹ An diese Tradition knüpfen auch einige Vertreter des Strafrechts heute an. Michael Pawlik baut in seinem letzten großen Systementwurf auf rechtsphilosophischen Prämissen auf.² Michael Kubiciel schreibt in seiner Habilitationsschrift, Kritik am geltenden Recht könne „nur üben, wer über das positive Recht hinaus- und auf die Rechtsphilosophie zugreift.“³ Was stimmt nun: Ist die Rechtsphilosophie für das Strafrecht verzichtbar oder geht es nicht ohne sie?

I. Strafrecht und Rechtsphilosophie

Wie meistens liegt die Wahrheit eher in der Mitte. Dass die meisten ganz gut ohne Rechtsphilosophie auskommen, heißt nicht, dass man generell auf sie verzichten sollte. Strafrecht ist nicht aus sich selbst heraus verständlich und in modernen Gesellschaften allemal keine Selbstverständlichkeit. Strafrecht vermittelt wie kaum ein anderes Gebiet den Anspruch des Staates auf das Gewaltmonopol und doch steht gerade das Strafrecht gegenwärtig in Diskussionen, die zeigen, dass es auch die Fähigkeit haben muss, 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. Auf altliberale Grundgewissheiten kann man sich nicht mehr so einfach berufen, wiewohl *Kants* Begriff des strikten – also im Wesentlichen engen – Rechts⁴ gerade für das Strafrecht weiterhin ein wichtiger Topos ist. Jeder weiß und kann sich davon überzeugen, dass Gesellschaften, die viel strafen, keine guten Gesellschaften sind, sondern ihrer selbst unsichere Gesellschaften, Gesellschaften, die ihre Angstbedingungen nicht unter Kontrolle haben.⁵

* Im März 2015 gehaltener Vortrag an der Universität Hamburg zur Frage der Aktualität der Rechtsphilosophie im Strafrecht heute, die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ *Kesper-Biermann/Klippel*, in: *Kesper-Biermann/Klippel* (Hrsg.), *Kriminalität in Mittelalter und früher Neuzeit*, 2007, S. 220.

² *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012.

³ *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 29.

⁴ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797 (Nachdruck 1990), S. 69.

⁵ *Nietzsche*, *Zur Genealogie der Moral*, 1887 (Nachdruck 1981), S. 813. Siehe auch *Bung*, *ZStW* 119 (2007), 120.

Der rechtsphilosophische Grundbegriff eines strikten engen Strafrechts lässt sich unschwer in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen, in die Argumente vom Ultima-ratio-Prinzip und der Verhältnismäßigkeit – so dass man überlegen könnte, die für das Strafrecht erforderliche reflexive Ebene durch Verfassungsrecht oder allgemein höherrangiges Recht zu ersetzen.⁶ Das ist schon anspruchsvoll genug⁷, so dass der Verzicht auf Rechtsphilosophie allein schon aus Gründen der Zeitökonomie etwas für sich hat. Freilich besteht die Möglichkeit, dass ein rein positivistischer oder dogmatischer Zugang die Problemlagen zu stark schematisiert, die Unsicherheit und Offenheit der Fragen zu schnell beseitigt, das entspricht der Ratio positivistischer Argumente, dass sie auf Problem-, typischerweise auf Falllösung ausgerichtet sind. Das typische philosophische Problem, hat jedoch, *Wittgenstein* zufolge, die Form „Ich kenne mich nicht aus“.⁸ Welche Juristin, welcher Jurist würde das jemals zugeben: sich nicht auszukennen? Und doch gibt es, gerade im Strafrecht, riesige Gebiete, in denen sich niemand wirklich auskennt.

II. Bestimmtheit

Das wird bereits besonders deutlich bei den beiden wichtigsten klassischen Grundprinzipien des Strafrechts, die lauten: *Nulla poena sine lege, nulla poena sine culpa*. Das erste Prinzip enthält unter anderem das Bestimmtheitsgebot und hier herrscht völlige Unklarheit. Wir haben kein Muster, das den Begriff der Bestimmtheit bestimmt. Schon *Hobbes* bemerkt im *Leviathan*, dass jeder sprachliche Ausdruck mehrdeutig ist⁹, *Savigny* sieht das auch und radikalisiert und universalisiert das Verstehensproblem. Es geht nicht nur um schwierige Textstellen, sondern alle Stellen sind schwierig.¹⁰ *Francis Lieber*, der Verfasser des im humanitären Völkerrecht wichtigen *Lieber Code* hat unabhängig von *Savigny* die Illusion oder gar Paradoxie der Bestimmtheit pointiert: „The attempt at being absolutely distinct leads to greater uncertainty instead of certainty.“¹¹ In der modernen Sprachphilosophie hat *Quine* jeder robusten Vorstellung von semantischer Bestimmtheit den Rest gegeben.¹² Wir können also sagen, dass wir uns in der Frage der Bestimmtheit, einem ganz wesentlichen, auch verfassungsrechtlich garantierten Fundament des

⁶ Skeptisch zum argumentativen Wert des Ultima-ratio-Prinzips *Frisch*, *NStZ* 2016, 16 (23 f.).

⁷ Weiterführend *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998; siehe auch *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, sowie *Staechel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998. In neuerer Zeit *Brunhöber* u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013.

⁸ *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, Nr. 123 = Werkausgabe, Bd. 1, 1984, S. 302.

⁹ *Hobbes*, *Leviathan*, 1651/1668 (Nachdruck 1970), S. 234.

¹⁰ Siehe *Meder*, in: *Meder* u.a. (Hrsg.), *Juristische Hermeneutik in Vergangenheit und Zukunft*, 2013, S. 11.

¹¹ Zit. nach *Meder* (Fn. 10), S. 32.

¹² *Quine*, *Word and Object*, 1960.

strafrechtlichen Selbstverständnisses, nicht auskennen.¹³ Sprache ist von Grund auf bedeutungslos, das bedeutet, die Garantieverprechen des Rechts können nicht formal aus Methodenlehren deduziert werden. Da die Unterscheidung von Auslegung und Fortbildung des Rechts (ähnlich wie die zwischen Rechts- und Rechtserkenntnisquellen) sprachtheoretisch undurchführbar ist, müssen komplexere Verständnisse der Rechtskommunikation helfen.

III. Schuld

Wie sieht es mit dem anderen Grundprinzip aus, *nulla poena sine culpa*? Ich glaube, man sagt nichts Unerhörtes, wenn man behauptet, dass wir uns im Bereich der Schuld ebenfalls überhaupt nicht auskennen. Zum Teil und gerade wieder in neuerer Zeit wird bestritten, dass es Schuld überhaupt gibt.¹⁴ Das eröffnet interessante Möglichkeiten einer Erweiterung des strafrechtlichen Adressatenkreises: juristische und – neuerdings – auch technische Personen bevölkern die Szene und die Diskurse.¹⁵ Gegen die Annahme, dass es Schuld nicht gibt, wird im Wege der Selbstimmunisierung geltend gemacht, dass dies das Strafrecht gar nicht interessieren müsse.¹⁶ Das erscheint nicht wirklich überzeugend,¹⁷ so dass neuere Vorschläge gemacht worden sind, die Bedeutung der Schuld im strafrechtlichen Diskurs zu mindern,¹⁸ ein Vorschlag, der natürlich offenkundig im Widerspruch jedenfalls zu den klassischen Prinzipien steht. Ich bin unsicher, was ich von diesem Vorschlag halten soll. Einerseits fallen mir Konstellationen ein, deren Unrechtsgehalt in der individuellen Schuld nicht abgebildet werden kann, denken wir etwa an makrokriminelle Vorgänge wie Völkermord. Da erscheint die Vorstellung sinnvoll, die friedensstiftende Wirkung, die man sich von der strafrechtlichen Bewältigung solchen Unrechts verspricht, eben in der öffentlichen Unrechtsfeststellung zu erblicken. Andererseits zeigen uns besonders entwickelte Gebiete wie das Jugendstrafrecht, wie sehr es auf eine psychologische Feinabstimmung in der Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ankommt.

In dem, was das Strafrecht von Grund auf ausmachen soll, Bestimmtheit und Schuld, Form und Inhalt des Strafrechts, wenn man so will, kennen wir uns also nicht wirklich aus, so

¹³ Demnächst umfassend *Schuhr*, Eine Theorie des Gesetzlichkeitsprinzips, 2016 (im Erscheinen).

¹⁴ Exemplarisch *Singer*, DZPhil 52 (2004), 235.

¹⁵ Umfassend zum Konzept der technisierten Person *Gruber*, Bioinformatikrecht, 2015, insb. S. 24 ff.; siehe auch *Gruber/Bung/Ziemann* (Hrsg.), Autonome Automaten, Künstliche Körper und artifizielle Agenten in der technisierten Gesellschaft, 2. Aufl. 2015.

¹⁶ So die wohl überwiegende Ansicht in der strafrechtlichen Literatur.

¹⁷ Eindrucksvoll für die Notwendigkeit einer Einbeziehung der fachphilosophischen Diskussion dagegen *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2009. Umfassend zum Thema einer neurophilosophischen Revision der Zurechnungsbegriffe *Walter*, Neurophilosophie der Willensfreiheit, 1998.

¹⁸ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013.

dass wir, wenn wir *Wittgensteins* Kriterium für philosophische Probleme verwenden, uns im Bereich eben dieser Probleme befinden. Diese Probleme kann man nicht einfach lösen. Die Philosophie hat gezeigt, dass man sie entweder auflösen oder aber derart behandeln kann, dass man sich besser mit ihnen vertraut macht, dass man zwar nicht weiß, wie sie zu beantworten, wohl aber, wie sie aufgebaut sind und wo und wie sie sich einstellen. Bereits die sokratische Ironie lehrt, dass ein erster Schritt auf dem Weg zur Erkenntnis darin besteht, sich nicht zu viel Wissen vorzumachen. Dann kann man versuchen, seinen Standpunkt besser zu verorten, Markierungen anzubringen, Wege zu bahnen, womöglich eine Übersicht anzufertigen, das unwegsame Gelände zu kartographieren¹⁹. Darin sehe ich eine wichtige Aufgabe der Rechtsphilosophie für das Strafrecht. Sie besteht *nicht* darin, neuartige Erkenntnisse in die Diskussion einzubringen, das ist ein häufiges Missverständnis. Neben der übersichtlichen Darstellung²⁰ besteht die philosophische Aufgabe darin, das scheinbar Altbekannte so anzuschauen, dass es wieder fremd erscheint und neu angeeignet werden muss. Der veränderte Blick auf die Probleme ist methodisch zentral. Rechtsphilosophie hat ihre Funktion da, wo sie einer Verfestigung oder Verdinglichung der Begriffe und Argumente entgegenwirkt.

IV. Strafzwecke

Lassen Sie mich das an einem zentralen Punkt darstellen, auch ein Feld, in dem wir uns nicht auskennen, obwohl jederzeit darüber gesprochen wird. Ich meine die Strafzweckdiskussion, aus der sich bis heute das Selbst- und Grundverständnis der Strafrechtswissenschaft wesentlich bezieht.²¹ In der herkömmlichen Strafzweckdiskussion treten uns die Strafzwecke als Fetische entgegen. Es ist so, dass man fast Widerwillen verspürt, wie bei einem Essen, das an sich gar nicht schlecht ist, das einem aber immer wieder und jeden Tag vorgesetzt wird. Dabei enthalten die Strafzwecke nicht die Frage, warum überhaupt gestraft wird, sondern setzen voraus, was in modernen Gesellschaften immer wieder neu verhandelt werden muss, nämlich ob Strafe wirklich sein muss.²² Es bedurfte einer radikalen Verschiebung des Blickwinkels, einer Verschiebung, die in *Nietzsches* Genealogie der Moral erfolgte, um den kontingenten und willkürlichen Charakter der Strafzwecke zu erkennen.²³ Aus der Innenperspektive des Strafrechts erfährt man das in dem Bereich, für den die Strafzwecke eigentlich zuständig sind, nämlich dem der Rechtsfolgenbestimmung, die sich einer rationalen Rekonstruktion weitgehend entzieht.²⁴ Die Strafzwecke haben

¹⁹ Dieser letzte Gedanke verdankt sich *Gilbert Ryle*, der meinte, die Philosophie beschäftige sich mit der „logischen Geographie von Begriffen“, *Ryle*, Der Begriff des Geistes, 1949 (Nachdruck 1992), S. 5.

²⁰ *Wittgenstein* (Fn. 8), Nr. 122.

²¹ Besonders prononciert zuletzt bei *Pawlik* (Fn. 2) und *Kubiciel* (Fn. 3).

²² Maßgeblich *Lüderssen*, Abschaffen des Strafens?, 1995.

²³ *Nietzsche* (Fn. 5), S. 817 ff., 820 ff.

²⁴ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert im Bereich der Rechtsfolgen übrigens für eine praktische Konkordanz von

für die elementare Frage der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung keinen systematischen Wert. Regeln der Verantwortungs- und Zuständigkeitsverteilung, der Zurechnung sowie der Zurechnungsunterbrechung werden nicht in Abhängigkeit von Strafzwecküberlegungen ersonnen, angewendet und fortentwickelt; die Strafzwecke können hier nur vereinzelt, aber nicht systematisch helfen.

Die Verflüssigung der Begriffsfetische kann aber nicht mit den Mitteln des Strafrechts erfolgen, *Nietzsches* Dekonstruktion der Strafzwecke zeigt, dass es des Impulses von außen bedarf. Hier im Übrigen erweist sich auf aufschlussreiche Weise der Autismus der akademischen Strafzweckdiskussion in Deutschland. Es werden immer dieselben Namen genannt: *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach*, v. *Liszt*. Diese Namen funktionieren so zuverlässig, als habe jeweils ein Prominenter die Patenschaft für einen Strafzweck übernommen. *Nietzsche* ist nicht eingeladen, dabei war er es, der die Strafzweckdiskussion daran erinnert hat, dass die erste und wichtigste Frage für das Strafrecht immer die ist, ob oder warum überhaupt gestraft werden soll. Für sich genommen haben die Strafzwecke keinen sensationellen Informationsgehalt und können, auch wenn das von einigen bestritten wird, im Wesentlichen in die verfassungsrechtliche Formel übersetzt werden, dass Prävention durch Schuld begrenzt sein muss (auch wenn wir nicht wissen, was Schuld ist).

Wir haben nun schon eine ganze Reihe von strafrechtlichen Problemen vor uns, die offenkundig nicht einfach gelöst werden können, sondern die das Strafrecht auffordern oder es herausfordern, sich als *reflexives* Recht zu bewähren. Dass sie bei dieser Bewährungsprobe helfen kann, macht die Aktualität der Rechtsphilosophie für das heutige Strafrecht aus. Die Grundprobleme, die wir bisher in den Blick genommen haben, lauten: Wie ist Bestimmtheit möglich? Was ist Schuld? Warum Strafe? Es gibt zwei weitere Probleme, die ich benennen will und die zusammen mit den bisher genannten die, wie ich sagen möchte, *Quintessenz* des Strafrechts ausmachen, jedenfalls sofern es sich als reflexives Recht versteht.

V. Pflichtverletzungen

Das vierte Grundproblem lautet: In welchem Umfang soll Strafrecht nicht nur Nichtverletzungspflichten, sondern auch Ermöglichungspflichten schützen?²⁵ Das positive Recht gibt gute Antworten, vor allem in Form der Lehre von den Garantstellungen. Sie und die Entsprechungsklausel des § 13 StGB zeigen, dass es jedenfalls eines größeren Aufwandes bedarf, die Kriminalisierung von Hilfspflichten als jene von Nichtverletzungspflichten zu begründen. Das entspricht dem klassisch-liberalen Strafrechtsdenken, dem Begriff des strikten Rechts, der unter den Bedingungen des modernen Wohlfahrtsstaats zwar nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit, im

Bestimmtheit und Schuld, die „Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips [sei] auch eine Bedingung der Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots“, BVerfGE 105, 135 (156).

²⁵ Gut herausgearbeitet bei *Pawlik* (Fn. 2) und *Kubiciel* (Fn. 3).

Reservat des Strafrechts aber unstreitig noch von Bedeutung ist. Der liberalen Position ist aber nicht zu entnehmen, dass nur der aktive Eingriff in die äußere Freiheitssphäre legitimer Gegenstand rechtlicher Sanktionierung ist. *Kant* etwa hat das niemals behauptet, denn nach *Kant* gibt 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.²⁶

Aus der Theorie des Gesellschaftsvertrags lässt sich eine wichtige Einsicht gewinnen: Die Menschen schließen sich nicht nur zusammen, um sich in Sicherheit zu vereinzeln, sondern auch, um sich zu unterstützen und zu fördern. Sie sollen sich nicht nur in Ruhe lassen, sondern auch füreinander da sein und aufeinander aufpassen.²⁷ Andererseits leuchtet ein, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, für diesen Bereich der Solidarpflichten eine hervorgehobene Zuständigkeit zu reklamieren, andere Rechtsgebiete, wie etwa das Sozialrecht, sind hier viel besser geeignet. Reflexives Strafrecht weiß: Wenn – wie typischerweise in einer modernen arbeitsteiligen Gesellschaft – das Maß der Zuständigkeiten 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 die Unterbrechung der Zurechnung zu begründen ist. Rechtsphilosophie kann bei dieser Aufgabe helfen. Wie immer bietet sie keine Lösungen, das wäre eine vergebliche Erwartung und Überforderung, was aber Philosophie leisten kann, ist eine bessere Orientierung in der Problemstellung selbst. Häufig werden Zurechnungsunterbrechungen mit dem Autonomieprinzip begründet: A ist nicht wegen Körperverletzung strafbar, weil B, den sie geschlagen hat, verletzt werden wollte. Aber was heißt und wo beginnt die Verantwortung für dieses Wollen? Philosophische Analysen haben die Unterscheidung von Handlungs- und Willensfreiheit bereit gestellt²⁸ und dieser Unterscheidung ist zu entnehmen, dass die Verantwortung nicht für jedes Wollen zu übernehmen ist, sondern nur für ein Wollen, das seinerseits gewollt und in seinem Gehalt bewusst ist.²⁹ Diese Unterscheidung ist fruchtbar zu machen im Verhältnis von Vorsatz und Schuld, Vorsatz und Irrtum,

²⁶ Vgl. *Kant* (Fn. 4), S. 53 f., siehe auch S. 74, wo *Kant* einen Teil der Rechtspflichten „als Verbindlichkeit aus dem Rechte der Menschheit in unserer eigenen Person“ bestimmt und damit nicht nur Menschenrechte, sondern auch Menschenpflichten als Rechtspflichten artikuliert.

²⁷ Für diese Einsicht steht, *Kubiciel* (Fn. 4), S. 176, zufolge, vor allem *Pufendorf*.

²⁸ Siehe etwa *Kants* Unterscheidung von Willkür und Wille, *Kant* (Fn. 4), S. 45 f.

²⁹ Die Bedeutung sog. Volitionen zweiter Stufe für die Frage der Verantwortlichkeit wird gut analysiert in *Frankfurt*, Freiheit und Selbstbestimmung, 2001.

Vorsatz und Fahrlässigkeit und leistet so den wohl wichtigsten Beitrag zu einer Unterbrechung der strafrechtlichen Zuordnung.

VI. Transstaatlichkeit und Menschenrechte

Ich nehme ein letztes Feld in den Blick, in dem wir uns kaum auskennen und erst noch orientieren müssen. Die Schwierigkeiten liegen hier im Schatten eines bestimmten Begriffs, der den Blick in manche Richtungen verdunkelt. Ich meine den Begriff des *Staates*. Der Staat existiert als festes Referenzobjekt im Bewusstsein des strafrechtlichen Denkens und zwar vielerorts so kompakt und sperrig, dass nicht zu sehen ist, wie man mit Konstellationen umgehen soll, deren Bedeutungsgelalt mit dem Begriff des Staates oder dem vom Staat abgeleiteter Institute nicht erschöpft werden kann. Es stellt sich für das Strafrecht etwa das Problem eines zunehmenden Umfangs informationeller Macht privater Akteure, etwa Suchmaschinen oder sozialer Netzwerke, die der Staat gar nicht wirksam regulieren kann. Es stellt sich das Problem verstärkt zu beobachtender Etablierung öffentlich kommunizierter privater Sanktionsregimes im Umgang von Unternehmen mit Mitarbeitern oder Kunden, die durch diskriminierende Äußerungen aufgefallen sind. Klassisch fast schon stellt sich in Gestalt des Völkerstrafrechts das Problem, ein Verständnis von Strafständigkeit zu entwickeln, die nicht an einen territorialen Souverän gekoppelt ist.

Was die Staatsfixierung des strafrechtlichen Denkens natürlich für sich in Anspruch nehmen kann, ist die Gefahr einer Regression in friedlose Zustände, die einzuhegen ja gerade der Zweck der Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols war. Den Strafanspruch vom Staat zu lösen hat aber nicht nur eine regressive, sondern auch eine progressive Dimension. Straftaten, jedenfalls solche einer gewissen Schwere, erschüttern das öffentliche Bewusstsein. Wer sagt, das dieses Bewusstsein und das Bewusstsein der Notwendigkeit einer Verfolgung dieser Taten an Staatsgrenzen gebunden ist? Es gibt Taten, deren Unrecht an jedem Ort der Welt gefühlt wird, wie *Kant* in seiner Friedensschrift hervorhebt.³⁰ Und daher gibt es Gründe anzunehmen, dass es Taten gibt, die an jedem Ort der Welt von jedem verfolgt werden dürfen. Bereits bei *Locke* werden bestimmte Rechtsverletzungen (Verbrechen) als solche bezeichnet, bei denen, sozusagen vermittelt über die Person des unmittelbar von der Verletzungshandlung Betroffenen, die Menschheit als ganze verletzt wird,³¹ ein Gedanke, der von *Kant* aufgegriffen und über seine Herkunft aus dem Versuch einer Legitimation eines Naturrechts der Strafe im Tatbestand oder besser den Tatbeständen des Menschlichkeitsverbrechens positiviert wurde, dessen Verselbständigung man als kreativen Kern der Entwicklung des gesamten Völkerstrafrechts betrachten kann.³²

³⁰ *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795 (Nachdruck 1984), S. 24.

³¹ *Locke*, Über die Regierung, 1689 (Nachdruck 1974), S. 7 ff.

³² Zur Verselbständigung der crimes against humanity *Werle/Jeßberger*, Principles of International Criminal Law, 2014, S. 12 Rn. 36 („an improvement that permanently affected

Dass die Institutionalisierung der Straf- und Verfolgungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag in die Hände des Staates gelegt worden ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieser Institutionalisierung ein Legitimationstransfer zugrunde liegt, der in der Strafbefugnis der Menschheit als solcher, also aller Menschen, also jedes einzelnen Menschen als Repräsentant der Menschheit begründet ist. An diesen Legitimationsgrund vermag die Rekonstruktion der großen Texte der Rechts- und Staatsphilosophie zu erinnern. Sie lassen auch erkennen, wie selbstverständlich die von vielen als logische Unmöglichkeit betrachtete Integration der Strafzwecke („Vereinigungstheorie“) oder die von vielen als anstößig empfundene Verdoppelung des Rechtsgutsbezugs ist. Jede das öffentliche Bewusstsein erschütternde Rechtsverletzung hat zugleich eine individuelle und eine kollektive Dimension, eine Einzelperson wird verletzt und in oder mit ihr „das ganze Menschengeschlecht“ (*Locke*), die Strafe ist zugleich retributiv, Bekräftigung des Rechts als Recht und Bestätigung der interpersonellen ursprünglichen Freiheit und Gleichheit, sie ist zugleich präventiv als Herstellung von Frieden und Sicherheit im Sinne der Erhaltung der ganzen Menschheit, um noch einmal die Formulierungen von *Locke* zu verwenden, der seinerseits die entsprechenden Formulierungen der UN-Charta vorwegnimmt.

Der Theorie des Gesellschaftsvertrags lässt sich im Übrigen eine Begründung der Menschenrechte entnehmen, die sie als normative Elementarpositionen in einer sprachvermittelten Verständigungspraxis ausweist, dies in einer geradezu verblüffenden Vorwegnahme heutiger diskurstheoretischer Begründungen der Menschenrechte.³³ Menschenrechte stehen nicht irgendwo am blauen Himmel oder auf einem Blatt Papier, sie entspringen keineswegs einer Art von Wunschdenken, sondern indem wir uns verständigen, leisten wir – wie gerade *Hobbes* in zumeist wohl überlesenen Passagen eindrucksvoll zeigt³⁴ – jenen ursprünglichen und gleichberechtigenden reziproken Anerkennungsakt, aus dem die normativen Elementarpositionen, Freiheit, Gleichheit und Würde, hervorgehen. Hier zeigt sich ganz allgemein, nicht nur für das Strafrecht, sondern für das Recht insgesamt (denken wir nur an den Begriff der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung in Art. 6 Abs. 3 EUV), die Funktion der Rechtsphilosophie, zu einer Aufklärung und Auffrischung des Gehalts wesentlicher, aber in den Routinen des juristischen Sprachgebrauchs vielfach abgeschliffener Begriffe beizutragen.

international criminal law“), siehe auch S. 330 Rn. 873 m.w.N.

³³ Dazu *Günther*, in: Brugger/Kirste/Neumann (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 338.

³⁴ Dazu demnächst *Bung*, in: Bülow u.a. (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, 2016 (im Erscheinen). Für eine nicht-egoistische, auf berechtigender Reziprozität beruhende Hobbes-Interpretation *Lloyd*, Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes, Cases in the Law of Nature, 2009, siehe auch *Worship*, Archiv für Geschichte der Philosophie 97 (2015), 481.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Ich fasse die Überlegungen zusammen. Strafrecht ist nicht aus sich selbst heraus verständlich und ist, so wie Strafe selbst, allemal keine Selbstverständlichkeit. Strafrecht muss sich, über sich hinausgehend, zu sich selbst verhalten, reflexives Recht sein. Verfassungsrecht oder überhaupt höherrangiges Recht ist eine wichtige Bedingung für die Möglichkeit von Strafrecht als reflexivem Recht. Gleichwohl kann auch die rechtsphilosophische Besinnung für die strafrechtliche Selbstvergewisserung bedeutsam und wichtig sein. Die Rechtsphilosophie erzeugt keine neuen Informationen über oder für das Strafrecht, sondern hilft durch Verflüssigung und Analyse verfestigter oder unklarer Begriffe bei einer Neuorientierung und Neukonfiguration der Grundprobleme. Rechtsphilosophie kann nicht die Probleme des Strafrechts lösen, aber sie kann dazu beitragen, dass das Strafrecht seine Probleme besser versteht. Fünf Probleme des Strafrechts habe ich vorgestellt, die nach meiner Einschätzung die derzeit wichtigsten Felder darstellen, auf denen sich die Kooperation mit der Rechtsphilosophie lohnt. Die fünf Grundprobleme sind: Die Unbestimmtheit der Bestimmtheit, die Unerklärlichkeit der Schuld, die Fragwürdigkeit der Strafzwecke, die Unterbrechung der Zurechnung sowie die Rekonzeptualisierung des Verhältnisses von Strafe und Staat.