

# Die Rechtsphilosophie des Deutschen Idealismus

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

Schriften zur  
Transzendentalphilosophie 9



Meiner · BoD



# DIE RECHTSPHILOSOPHIE DES DEUTSCHEN IDEALISMUS

SCHRIFTEN ZUR TRANSZENDENTALPHILOSOPHIE  
Herausgegeben von Gerhard Funke, Klaus Hammacher, Reinhard Lauth

BAND 9

FELIX MEINER VERLAG  
HAMBURG

DIE RECHTSPHILOSOPHIE  
DES DEUTSCHEN IDEALISMUS

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

FELIX MEINER VERLAG  
HAMBURG

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

#### Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN: 978-3-7873-0967-2

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

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

*[www.meiner.de](http://www.meiner.de)*

# Inhalt

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





## Vorbemerkung der Herausgeber

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

Gerhard Funke

Klaus Hammacher

Reinhard Lauth



## Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Vittorio Hösle*



Vittorio Höslé

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

Die Frage, was der Staat bestrafen darf und was er bestrafen soll, scheint mir aus verschiedenen Gründen von Interesse zu sein. In erster Linie kann sie *eine gewisse rechtspolitische Aktualität* beanspruchen: In den letzten zwanzig Jahren sind in zahlreichen europäischen Ländern Strafrechtsreformen durchgeführt worden, die gelegentlich mit großem emanzipatorischen Pathos bestimmte bisher als Verbrechen oder Vergehen geltende Taten sei es für nicht strafbar, sei es sogar für nicht rechtswidrig erklärt haben<sup>1</sup>; die Notwendigkeit weiterer Strafrechtsreformen wird in manchen Staaten zudem fürderhin diskutiert. Zu den Handlungen, die zumindest in einigen Ländern entkriminalisiert wurden bzw. bei denen der Druck, sie zu entkriminalisieren, recht groß ist, zählt sehr Verschiedenes: Ich nenne nur (Beihilfe und Anstiftung zum) Selbstmord, Tötung auf Verlangen, Gebrauch und auch Verkauf bestimmter Drogen, Abtreibung, Ehebruch, Inzest, Homosexualität, Sodomie, Verbreitung von Pornographie, Gotteslästerung, Beschimpfung religiöser Bekenntnisse. Nun ist es unbestreitbar, daß ein Großteil der öffentlichen Diskussion über diese Fragen<sup>2</sup> und gar manche dieser Reformen sinnvoll und gut waren.

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

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

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

Die Strafe ist ein so massiver Eingriff des Staates in die Freiheit des einzelnen, daß sie in einem Rechtsstaat sehr zu Recht einem hohen Begründungsdruck unterliegt. Der Staat (auch der demokratische) darf auf keinen Fall nach Belieben Straftatbestände kreieren. Schon auf intuitiver Ebene ist klar, daß es eine Sphäre gibt, die seiner Strafgewalt kategorisch entzogen ist und in die nur ein totalitärer Unrechtsstaat eingreifen kann. Darüber hinaus sollte der strafrechtliche Grundsatz »In dubio pro reo« nicht nur für die einzelne richterliche Subsumtion, sondern auch für die Entscheidung des Strafgesetzgebers gelten, ob er eine bestimmte Handlung kriminalisieren sollte oder nicht — wenn keine rationalen Gründe für die Bestrafung sprechen, sollte der Staat auf sie verzichten<sup>3</sup>. Zudem ist es auch bei Handlungen, die vom Staat *gerechterweise* pönalisiert werden können, keineswegs immer *zweckmäßig*, dies zu tun.

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

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

<sup>3</sup> Ich stimme etwa E. Schmidhäuser durchaus darin zu, »daß wir mit dem staatlichen Strafen *so zurückhaltend wie möglich* sein sollten« (Vom Sinn der Strafe, Göttingen <sup>2</sup>1971, 5).



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

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

<sup>4</sup> G. Jellinek erwähnt als fundamentales Moment des positiven Status zunächst das Recht, »den Richter im eigenen Interesse in Bewegung setzen zu können [...] Wie unentwickelt dieser Rechtsschutz auch in vielen Staaten gewesen sein mag, er hat nirgends gänzlich gemangelt.« Erst an zweiter Stelle nennt Jellinek den »Anspruch auf Verwaltungstätigkeit des Staates im individuellen Interesse« (Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg/Berlin/Zürich <sup>3</sup>1966, 420).

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

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