SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und **Klaus Zeleny**

Wien 2013
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Der idealistische Mörder

Eine alte Pfandleiherin, die noch dazu ihr Geld einem Kloster, also der „toten Hand" vermachen will, lebt gefährlich. Eine alte Laus, meint Raskolnikow, die niemandem abgehen wird, und mit deren Geld man so viel Gutes tun könnte. Dass dann die schwachsinnige Schwester auch noch sterben muss, mag als Kollateralschaden durchgehen. Immerhin ist sich der verhinderte Jusstudent jederzeit darüber im Klaren, dass er – strafrechtlich – zum Mörder wird. Das beruhigt den Juristen: Zwar wäre eine Rechtsordnung vorstellbar, die – zumindest zeitweilig – Pfandleiherinnen zur Ermordung frei gibt, aber an ein solches Strafrecht denkt Raskolnikow nicht und auch wir möchten uns so etwas lieber nicht vorstellen. Wenn es Raskolnikow also nicht um eine juristische Rechtfertigung seiner Tat geht, so doch um eine „höhere Gerechtigkeit", die ihn, wenn schon nicht vor dem Gesetz, so doch vor irgendeinem anderen Forum freispricht: Er ist ein moralischer Täter, der nicht nur aus Habgier handelt. Zunächst ließe sich doch mit dem Geld der Pfandleiherin die elende Lage der Familie, für die sich Raskolnikow verantwortlich fühlt, beheben. Dann ist es gleich die Menschheit, die aus dem Tod der Pfandleiherin Nutzen ziehen soll. Und schließlich kommt das Motiv in einer „Ideologie der Tat", des Neubeginns und des Übermenschen zu liegen, der alle rechtlichen Fesseln zu sprengen vermag und der die Tat letztlich um ihrer selbst Willen setzt. Genau so hat sich Raskolnikow schon vorher literarisch festgelegt, und diesen Aufsatz muss er dann auch in den Verhören des Staatsanwaltes gegen sich gelten lassen.

Aber kann in diesen fieberhaften Erwägungen überhaupt auch nur der Ansatz einer moralischen Rechtfertigung liegen? Das Verhältnis von Recht und Moral ist ein rechtsphilosophisches Grundproblem, das niemals für alle befriedigend gelöst werden kann. Es entsteht daraus, dass beide Normenordnungen miteinander in Konflikt geraten können. Keinesfalls umfasst die Rechtsordnung das moralisch Gesollte zur Gänze – man denke nur an den Satz „Hilf Deinem Freund!". Und nicht alles rechtlich Gewollte muss zugleich auch moralisch gut sein. Mitunter inkorporiert eine Rechtsordnung, die sich naturrechtlich gibt, ein moralisches Minimum, das aber nur für Extremfälle gedacht ist. Und es ist zwar ein moralisches Gebot, rechtmäßig zu handeln, doch es kann aus moralischer Sicht höhere Werte geben, denen im Konfliktfall der Vorrang vor dem Recht zu geben ist. Ein Beispiel für solche Konflikte ist das Widerstandsrecht gegen eine als „Unrecht" empfundene Rechtsordnung, ein anderes – heute zeitnäher – die Situation der „tragic choice", vor der ein Polizist steht, der zur Rettung von Personen einen mutmaßlichen Täter foltern oder gar Unschuldige opfern muss, um ein Attentat zu verhindern. So sehr es uns in diesen Fällen danach drängt, der Moral den Vorzug zu geben, so ernst müssen wir die Gegenargumente nehmen. Um ein Widerstandsrecht zu legitimieren, braucht es einen Konsens über „absolute Werte", sonst könnte jeder aus wel-

chen Gründen auch immer gegen das geltende Recht verstoßen. „Doch ein kolossaler Kerl, dieser Hitler!" tönte es aus der bayerischen Justiz nach der milden Beurteilung der Rolle Hitlers beim Bürgerbräuputsch 1923. Es kommt eben jeweils auf den Standpunkt an, das Recht muss nicht „schlecht", der Widerstand nicht „gut" sein. Und beim Beispiel der „tragic choice" tabuisieren wir zu Recht die Unantastbarkeit der Menschenwürde, um ihre leichtfertige Verletzung hintanzuhalten. Letztlich liegen diese Entscheidungen in der existenziellen Sphäre des Menschen, der in solche tragische Situationen gestellt ist. Er muss für sein Verhalten gerade stehen und mit dem Schlimmsten rechnen, wenn er – selbst unter Berufung auf eine „höhere" Gerechtigkeit – das Recht bricht.

Von einem solchen Konflikt ist Raskolnikow weit entfernt. Auch wenn er noch so arm ist und mit seiner Familie leidet: Eine moralische Norm, die Pfandleiherin zu ermorden, ist nicht zu erkennen. Und auch die durch den Mord herzustellende gesellschaftliche Gerechtigkeit bleibt vage und subjektiv. Am Ende hat Raskolnikow überhaupt keine Rechtfertigung mehr im Blick. Als sich von der Masse abhebender Tatmensch nimmt er für sich in Anspruch, das Recht außer Kraft zu setzen, ganz im Sinn des Diktums Carl Schmitts: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet". Es geht um eine neue Ordnung, nach deren Herstellung der Rechtsbruch legitimiert wird: Die Geschichte soll dem Sieger Recht geben.

Am Ende gesteht Raskolnikow und wird zu einer – seltsam milden – Strafe verurteilt. Auch in Sibirien bereut er nicht. Sein Handeln nach der Tat, sein folgender Zusammenbruch erscheinen ihm als Fehler und Schwäche. Doch gibt es einen religiösen Gegentext, das Geständnis gegenüber Sonja in der Mitte der Handlung und – ganz am Ende – die „Entdeckung einer neuen, bisher gänzlich unbekannten Wirklichkeit". Der Roman schließt damit, diese Läuterung zum Thema einer anderen, freilich nie mehr erzählten Geschichte zu machen.

Unser Roman handelt nicht nur von „Schuld und Sühne" – so der frühere deutsche Titel. Vielmehr noch ist er ein packender Kriminalroman: „Verbrechen und Strafe". Denn auch wenn sich Raskolnikow nicht rechtfertigen kann, weder vor sich selbst noch vor einer höheren Instanz, so ist er doch ein Täter, der die Motive gegeneinander abwägt und sich zum Mord entschließt. Vor der Kulisse einer absoluten Willensfreiheit erscheint Raskolnikow nicht nur als „idealistischer", sondern geradezu als „idealer" Mörder – sieht es doch so aus, als stritten Gott und Teufel um seine Seele und er – Raskolnikow – hätte die Freiheit der Entscheidung.

Aber wie, wenn es einen „freien Willen" gar nicht gäbe, wenn Raskolnikow nichts zu entscheiden hätte, wenn sein Tun oder Unterlassen das Ergebnis von ihm nicht beeinflussbarer Vorgänge wäre? Ergebnisse der Hirnforschung weisen darauf hin; berühmt das „Libet-Experiment", das zeigt, dass jedem „Willensakt" ein unbewusster neuronaler Erregungszustand vorangeht: Wir glauben bloß zu entscheiden. Nach überwiegender Deutung bewiese dies die Unhaltbarkeit jeder Vorstellung indeterminierten, also „freiwilligen" menschlichen Verhaltens. Daraus wiederum ziehen manche die Konsequenz, das herkömmliche, auf der „Schuld" – und damit scheinbar auf der Willensfreiheit – beruhende Strafrecht müsse über Bord geworfen werden. So gesehen wäre die Qualität der inneren Vorgänge Raskolnikows ohne jede Bedeutung, allenfalls Selbsttäuschung, in keinem Fall wäre er, der sich gar nicht frei entscheiden kann, für sein Handeln verantwortlich. Peter Bieri hat die moralphilosophische Problematik in einem fiktiven Dialog zwischen Raskolnikow und dem Richter faszinierend entwickelt.

Der Jurist tut sich etwas leichter, denn die strafrechtliche Annahme der Schuldfähigkeit steht und fällt mitnichten mit dem naturwissenschaftlichen Nachweis der Willensfreiheit. Schuldig im rechtlichen Sinn ist ein Mensch, der durch sein Verhalten einen rechtswidrigen Erfolg verursacht und dem dieser Erfolg auch „zugerechnet" werden kann. Die Zurechnung spielt – anders als die Kausalität – allein in der normativen Sphäre. Seine Stütze und Rechtfertigung findet dieser Schuldbegriff in der beim Durchschnittsmenschen vorhandenen Steuerungsfähigkeit und der damit gegebenen „normativen Ansprechbarkeit" (Claus Roxin). Für den konkreten Täter wird die Möglichkeit rechtmäßigen Verhaltens jedoch normativ angenommen, wenn man will: fingiert; denn ob er tatsächlich anders hätte handeln können, kann niemand wissen. Als Korrektiv dieser Zurechnung im Einzelfall dient die Feststellung der „Zurechnungsunfähigkeit" des Täters. Zwar ist das Strafrecht von der grundsätzlichen Zurechnungsfähigkeit („Schuldfähigkeit") geleitet; es typisiert aber sie ausschließende Fälle – wie Unmündigkeit, Geisteskrankheit oder tief greifende Bewusstseinsstörung.

Den Zusammenhang zwischen Freiheit und Zurechnung hat Hans Kelsen zugespitzt so formuliert, dass dem Menschen nicht darum zugerechnet werde, weil er frei sei, vielmehr sei der Mensch frei, weil ihm zugerechnet werde. Für Kelsen hat sich im Laufe der Entwicklung des menschlichen Denkens ein unüberbrückbarer Dualismus der Realitätsdeutungen herausgebildet. Der Frühmensch habe die Wirklichkeit allein als „Gesellschaft", also sozial gedeutet, die Natur „beseelt" und alle Erscheinungen auf das Wirken von Personen zurückgeführt. Erst mit der Zeit sei daraus die „naturgesetzliche", vom Kausalitätsprinzip beherrschte Deutung der Wirklichkeit als Natur entstanden. Folgt man dem, so kann man im Rahmen einer nach Ursachen fragenden Hirnforschung definitionsgemäß nicht auf eine „prima causa" im Sinne eines „freien Willensaktes" stoßen. Gerade deshalb aber muss man im Rahmen einer sozialen und d.h. personalen Deutung der Realität zwingend einen Zurechnungspunkt finden. Auf den freien Willen kommt man, weil man auf ihn kommen soll. Ein Strafrecht gibt es, solange Menschen „ihre" Handlungen zugerechnet werden.

Freilich darf sich das Strafrecht naturwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht verschließen. Diese betreffen ja nicht nur die Willensfreiheit, sondern etwa auch die Möglichkeit, Charaktereigenschaften des Menschen physiologisch zu verorten oder die „Zurechnungsfähigkeit" exakter festzustellen. Darüber hinaus muss die Entwicklung aber kritisch beobachtet werden: Zwar geht es im gegenwärtigen Dialog zwischen Hirnforschern und Juristen eher darum, wie weit strafrechtliche Sanktionen „viel stärker einen erzieherisch-

belehrenden als abstrafenden Charakter haben" sollten (Gerhard Roth). Aber eine Strafrechtspolitik, die in unreflektierter Übernahme naturwissenschaftlicher Einsichten von jedem – wenn auch relativem – Freiheitsbegriff Abschied nähme, könnte das Tor zu einem Polizeistaat öffnen, in dem Menschen allein schon wegen ihres kriminellen Potentials behandelt und nicht mehr auf Grund der von ihnen gesetzten Taten verurteilt würden.

Literatur

Peter *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit. Über die Entdeckung des eigenen Willens, 2000, S. 320.

Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960, S. 95.

Ralf *Poscher*, Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter, in: G. *Beestermöller*/H. *Brunkhorst* (Hrsg.), Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?, 2006, S. 75.

Urs *Fitze*, „Das Bewusstsein ist mein Lebensthema", Interview mit Gerhard Roth, Wiener Zeitung vom 17. Mai 2008.

Claus *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1997, S. 740.

Verzeichnis der Originalpublikationen

Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz, 1988) S. 75–95.

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter zum 60. Geburtstag (Wien: Manz, 1991) S. 293–315.

Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang Mantl/Kurt Ringhofer (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. FS für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag (Wien/New York: Springer, 1992) S. 189–201.

Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger/Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (Hrsg.), Für Staat und Recht. FS für Herbert Schambeck (Berlin: Duncker&Humblot, 1994) S. 441–457.

Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 29, 1998, Heft 1, S. 1–21.

Verrechtlichung und Rechtsdynamik, Zeitschrift für öffentliches Recht 54, 1999, Heft 2, S. 261–278.

Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Juristische Blätter, 123. Jg., 2001, Heft 3, S. 137–144.

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, Journal für Rechtspolitik 9, 2001, Heft 1, S. 34–46.

Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd. 10, Wien/New York: Springer, 2001) S. 19–43.

Vergangenes Recht, in: Carl Baudenbacher/Heinz Mayer/Hellwig Torggler (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, FS für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2002) S. 113–126.

„Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit", Österreichische Notariatszeitung, 135. Jg., 2003, Heft 2, S. 35–40.

Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS für Theo Öhlinger (Wien: WUV, 2004) S. 699–717.

Stufung und „Entstufung" des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht 60, 2005, Heft 2, S. 163–185.

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften, 16. Jg., 2005, Heft 1, S. 111–136.

Abschied eines Senatspräsidenten, in: Metin Akyürek/Gerhard Baumgartner/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher/Harald Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS für Heinz Schäffer (Wien/München: Manz/C.H. Beck, 2006) S. 295–311.

Das Gesetz als Problem, Juristische Blätter, 128. Jg., 2006, Heft 7, S. 409–414.

Am Rande des Rechtsstaates, Zeitschrift für Verwaltung, 31. Jg., 2006, Heft 4, S. 426–432.

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (Wien: Linde, 2007) S. 15–25.

Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 30, Wien: Manz, 2008) S. 99–113.

Der idealistische Mörder, in: Margarethe Lasinger (Red.), Programmheft der Salzburger Festspiele 2008 zu Fjodor M. Dostojewskij, Verbrechen und Strafe (Salzburg: Salzburger Festspielfonds, 2008) S. 26–29.

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 32, Wien: Manz, 2009) S. 169–182.

Person, Amt und Institutionen, in: Klaus Poier (Hrsg.), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (Schriftenreihe für öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Bd. 2, Wien/Graz: NWV, 2011) S. 17–25.

Richter im Zwiespalt, in: Brigitte Schenk/Elisabeth Lovrek/Gottfried Musger/Matthias Neumayr (Hrsg.), FS für Irmgard Griss (ohne Ort [Wien]: Jan Sramek, 2011) S. 315–333.

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, FS für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2011) S. 155–168.

Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Generaldirektion des Österreichischen Staatsarchivs (Hrsg.), Beruf(ung): Archivar, FS für Lorenz Mikoletzky (Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs 55, Innsbruck/Wien/Bozen: Studienverlag, 2011) Teil II, S. 1105–1127.