

Heiner Alwart

DIE KONKRETE ERFAHRUNG DES  
RECHTS:  
ZUM RECHTSPHILOSOPHISCHEN  
WERK EBERHARD SCHMIDHÄUSERS

aus:

Zum Gedenken an Eberhard Schmidhäuser

Reden, gehalten auf der akademischen Gedenkfeier der Uni-  
versität Hamburg am 6. Februar 2003

Herausgegeben vom Institut für Kriminalwissenschaften  
(Hamburger Universitätsreden Neue Folge 6.

Herausgeber: Der Präsident der Universität Hamburg)

S. 23-48

## I M P R E S S U M   D E R   G E S A M T A U S G A B E

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Diese Publikation ist außerdem auf der Website des Verlags Hamburg University Press *open access* verfügbar unter <http://hup.rrz.uni-hamburg.de>.

Die Deutsche Bibliothek hat die Netzpublikation archiviert. Diese ist dauerhaft auf dem Archivserver Der Deutschen Bibliothek verfügbar unter <http://deposit.ddb.de>.

ISBN 3-937816-02-X (Printausgabe)

ISSN 0438-4822 (Printausgabe)

Beratung: Eckart Krause, Hamburg

Lektorat: Jakob Michelsen, Hamburg

Korrektur: Ines Klingenberg, Hamburg

Gestaltung: Benno Kieselstein, Hamburg

Erstellt mit StarOffice / OpenOffice.org

Druck: Uni-HH Print & Mail, Hamburg

Der Abdruck des Bildes auf Seite 4 erfolgt mit freundlicher Genehmigung von Elsbeth Schmidhäuser.

© 2004 Hamburg University Press, Hamburg

<http://hup.rrz.uni-hamburg.de>

Rechtsträger: Universität Hamburg

# GESAMTINHALTSVERZEICHNIS

- 7 REDEN
- 9 Karl-Heinz Ladeur: Grußwort des Dekans
- 13 Albrecht Zeuner: Begegnung mit Eberhard  
Schmidhäuser
- 23 Heiner Alwart: Die konkrete Erfahrung des Rechts:  
Zum rechtsphilosophischen Werk Eberhard  
Schmidhäusers
- 49 Winrich Langer: Die Entwicklung der teleologischen  
Straftatsystematik
- 61 Michael Köhler: Über Schuld und Strafe
- 75 Heinz Müller-Dietz: Verbrechen und Strafe in der  
Weltliteratur. Schmidhäusers Schriften zur Literatur
- 95 ANHANG
- 97 Autorenverzeichnis
- 99 Gesamtverzeichnis der bisher erschienenen Hamburger  
Universitätsreden
- 105 Impressum



Heiner Alwart

DIE KONKRETE ERFAHRUNG

DES RECHTS:

ZUM RECHTSPHILOSOPHISCHEN

WERK EBERHARD SCHMIDHÄUSERS

Die Einladung zur heutigen akademischen Gedächtnisfeier kündigt meinen Beitrag unter dem Titel an: „Das rechtsphilosophische Werk“. Mancher von Ihnen wird sich angesichts dieser Ankündigung gefragt haben: Worüber soll denn eigentlich gesprochen werden? Kann denn ein Strafrechtler sinnvoll über Philosophie beziehungsweise Rechtsphilosophie reden? Oder andersherum: Gibt es denn bei Schmidhäuser, dem bedeutenden Strafrechtslehrer, überhaupt ein genuin rechtsphilosophisches Werk? Nun, ich sehe meine Aufgabe heute Abend darin, diesem rechtsphilosophischen Werk zum Leben zu verhelfen – oder, um es weniger missverständlich und auch bescheidener auszudrücken: Ich möchte versuchen, Sie dazu anzuregen, im Schaffen Schmidhäusers die Rechtsphilosophie in griffiger Gestalt zu entdecken. Ein in seiner vollen Bedeutung unerkannt bleibendes Werk wäre ebenso wirkungslos wie ein

nicht vorhandenes. Schmidhäuser hat seine Rechtsphilosophie zwar nicht im systematischen Zusammenhang der üblichen Wortfelder und schon gar nicht im Pro und Kontra divergierender zeitgenössischer Ansätze entfaltet. Er hat aber bei vielen Anlässen, zumeist im strafrechtlichen Kontext, seine einschlägigen Grundüberzeugungen mehr oder weniger am Rande explizit gemacht. Darauf werde ich mich im Folgenden stützen. Und ich habe für meine Überlegungen schließlich auch einen aussagekräftigen Titel vorzuschlagen. Er lautet: *Die konkrete Erfahrung des Rechts*. Das also scheint die Perspektive zu sein, in der sich Schmidhäusers Zugang zum Recht schlaglichtartig am besten charakterisieren lässt: die Erfahrungsbezogenheit eines gültigen Rechtsverstehens. Hingegen erschien ihm ein begrifflicher Konstruktivismus als wissenschaftlich nicht fruchtbar, als abstrakt und nebulös. Solcher Weltfremdheit hielt er das „Prinzip Erfahrung“ entgegen. Ein Verlust an kritischer Distanz gegenüber dem, was ist, war damit nicht verbunden.

Das Recht gehört für Schmidhäuser demnach der dem Einzelnen vorgegebenen Realität an. Es verhindert Anarchie und ungezügelter Machtentfaltung und dient dadurch dem gedeihlichen Zusammenleben in Staat und Gesellschaft, und zwar auch im zwischenstaatlichen Bereich.<sup>1</sup> Eine solche im Ausgangspunkt recht banal anmutende Betrachtung verzichtet

von vornherein darauf, den Rechtsbegriff ideologisch zu überfrachten, ihn beispielsweise wesensmäßig mit Gerechtigkeit und Freiheit zu verbinden, anstatt die Kontingenz von Recht und Gerechtigkeit ungeschminkt zu akzeptieren. Das Recht ist nicht mehr und nicht weniger als die normative Struktur staatlichen Handelns, nicht diejenige des personalen Handelns der Bürger, und es gewährleistet immerhin, dass sich das Individuum nicht beliebiger Gewaltausübung ausgesetzt sieht und dass die Gemeinschaft – angesichts des modernen Vernichtungspotenzials: letztlich die Menschheit – auf eine Zukunft hoffen darf.

Setzt man also, wie Schmidhäuser, beim Recht als einem konkreten Phänomen und einem wirkungsvollen sozialen Steuerungsfaktor an, so verbietet es sich, das Recht nach dem Muster professionellen Philosophierens in dem zu finden, was umgekehrt jeder Erfahrung und Gestaltung *vorausgeht*. Ein Beispiel für ein solchermaßen apriorisches Denken, das hier nicht weiter belegt werden muss, sähe so aus: Was uns in der Erfahrung begegne, sei Möglichkeitsbedingungen unterworfen, welche eine uns allen eingeborene, unabänderliche Vernunft erschließen könne; von der her werde das Recht als solches erst konstituiert. Eine gegenläufige Faktizität könne man allenfalls als brutale Machtordnung, nicht aber als gerechte Rechtsord-

nung bezeichnen. Oder ein anderes Beispiel: Wenn man von „Recht“ spreche, dann nehme man bereits unverfügbare universale Geltungsregeln, namentlich die Menschenrechte, in Anspruch, die der Rede vom Recht erst Sinn und Bedeutung verleihen würden.

Schmidhäuser stand jenen beispielhaft verdeutlichten Ansätzen insbesondere dann ablehnend gegenüber, wenn sie den hermeneutischen Weg zum Recht als einem Erfahrungsphänomen geradezu versperren. Eine Rechtsphilosophie, die sich blind und selbstgefällig mit tradierten Modellen der Scheinbegründung befasst, die sich Inhalten beliebig anpassen können, ohne aber das Alltagsgeschäft der Juristen zu verstehen und konzeptionell zu integrieren sowie die Lebens- und Expertenwelt des Rechts zu verarbeiten und für jedermann anschaulich und vor allem kritisierbar zu machen, erschien ihm verfehlt. In einer Verdrängung der Erfahrungswelt zugunsten einer fingierten, wenn man so will: erlogenen Vernunftwelt, die als solche angeblich nicht der Evolution unterliege, erblickte er keine wissenschaftliche Grundlage. Schmidhäuser unterstrich seine Missbilligung gerne mit folgendem Goethe-Zitat:

„Der Philosoph der tritt herein  
Und beweist Euch, es müsst' so sein.  
Das Erst' wär' so, das Zweite so,



Und drum das Dritt' und Vierte so,  
Und wenn das Erst' und Zweit' nicht wär',  
Das Dritt' und Viert' wär' nimmermehr."<sup>2</sup>

Der quälenden „Gedankenfabrik“<sup>3</sup> des Philosophen wollte Schmidhäuser die lebendige Erfahrung des Rechts mit allen ihren Widersprüchlichkeiten nicht opfern; dem manchmal allzu imperialen Gestus des Philosophen, diesem quasi-religiösen Eifer ohne jede Aufgeschlossenheit gegenüber dem Andersdenkenden wollte er sich nicht unterwerfen. Er setzte dem *Realismus* entgegen – keinen primitiven, sondern einen geistvollen, einen lichtvollen und toleranten Realismus. Lassen Sie mich die Erläuterung dieser Position mit kurzem Blick auf Schmidhäusers Persönlichkeit, wie ich sie glaube sehen und kommunizieren zu dürfen, noch etwas vertiefen.

Das, was das wissenschaftliche Denken unmittelbar mit dem philosophischen Denken verbindet, ist das Bemühen um den klaren Begriff. Und das Bemühen um den klaren Begriff gehört zum Kernbestand eines Schmidhäuser'schen Kredos. Von daher sollte man eigentlich vermuten, dass sich Schmidhäuser nicht nur dem wissenschaftlichen Denken im Allgemeinen und dem strafrechtswissenschaftlichen im Besonderen, sondern auch dem philosophischen Denken aufs Innigste verbunden fühlte. Das war jedoch nicht der Fall, womit kei-

neswegs behauptet werden soll, dass Schmidhäuser Philosophie etwa gering schätzte. Wenn aber Wittgenstein schrieb: „Friede in den Gedanken. Das ist das ersehnte Ziel dessen, der philosophiert“<sup>4</sup> – so wird man sagen dürfen, dass Schmidhäuser gerade nicht darauf angewiesen war zu philosophieren oder: um eines solchen Zieles willen zu philosophieren. Das Denken von gewissen unfröhlichen Philosophen war für ihn zumindest tendenziell ein Dressurakt und kein Steckenpferd. Für ihn waren vielmehr eine unmittelbare, bildhafte Wahrheit und die Schönheit insbesondere von Literatur und Kunst idealistische Inspirationen für eine selbstbestimmte wissenschaftliche Betätigung und zugleich Anlässe tief empfundener Bewunderung des dichterischen oder künstlerischen Genies. Hier, wo sich die Frage nach Gründen gar nicht mehr stellt, fand er Steigerungsmöglichkeiten des eigenen autonomen Daseins sowie fesselnde Gegenstände für sein originelles und bewundernswertes Denken, Schreiben und Vortragen.<sup>5</sup> Schmidhäuser war also nicht darauf angewiesen, gedanklichen Frieden zu suchen, sondern eher darauf aus, in Gemeinschaft mit Gleich-Freien subtile geistige Freude zu erleben.

Bevor ich mich der pragmatischen Rechtsphilosophie der Erfahrung, die im Unterschied zu konkurrierenden idealistischen Strömungen von den Affekten und Ausweichmanö-

vern der Zeit nach 1945 frei geblieben ist, im vorgegebenen Rahmen etwas genauer zuwenden, möchte ich, nur ganz kurz, so etwas wie ein methodisches Problem aufwerfen. Bei der Vorbereitung dieser Rede drängten sich mir nämlich folgende Fragen auf: Bedeutet es einen Unterschied, ob man sich mit dem Werk eines noch Lebenden oder eines schon Verstorbenen befasst? Hat sich für den Schüler durch den Tod des Lehrers in diesem Sinne etwas verändert? Ich konnte natürlich nur deshalb auf solche – bedenkt man den Anlass – hyperrational, ja fast kalt klingende Fragen kommen und kann sie nur deshalb jetzt stellen, weil mir von vornherein klar war, dass auf einer akademischen Gedächtnisfeier die Emotionen nicht in den Vordergrund drängen dürfen. Es ist kein Personenkult, sondern das wissenschaftliche Interesse, das uns hier zusammenführt und das die Oberhand behalten muss. „*Amicus Plato, sed magis amica veritas*“ – so lautet eines der Leitwörter Schmidhäusers.

Das Stellen dieser vielleicht etwas übertriebenen Fragen führt meines Erachtens zu wenigstens zwei interessanten Einsichten: Zum einen sollten die Jüngeren von den Älteren nicht mit ohnehin nur gespielter Demut erwarten, dass diese ihnen die Staffelhölzer auf Silbertablets servieren. Man muss sich den Stab schon offen und gekonnt selbst nehmen. Freilich ist

es einfacher, ihn, oder was immer man dafür halten mag, an sich zu nehmen, wenn auf der anderen Seite keiner mehr kritisieren und festhalten, keiner mehr sich wehren kann (eben auch nicht gegen Vereinnahmung). Das darf man nie vergessen. Aber man sollte schon den Mut aufbringen (Schmidhäuser wurde nicht müde, daran zu erinnern), sich des *eigenen* Verstandes zu bedienen.

Die zweite Einsicht erscheint bemerkenswerter: Die Gedächtnisfeier, wenn man sie *sehr* ernst nimmt, dokumentiert, dass Schmidhäuser den Wettstreit um Unsterblichkeit gewonnen hat. „Unsterblichkeit“ ist hier offensichtlich nicht im christlichen Sinne gemeint. Es geht vielmehr um eine Art *immanenter* Unsterblichkeit. Ganz unpräzise formuliert geht es darum, dass unser Denken, das heißt seine Emanation, doch eine Spur länger dauert als unser Herzschlag oder unsere Hirnfunktion. In dieser Hinsicht wetteifern die an Wissenschaft interessierten Universitätslehrer um Unsterblichkeit – das heißt zumindest eher um Unsterblichkeit als zum Beispiel um Ehrendokortitel oder darum, als Erster durchs Ziel zu gehen. Unter dem sollten ausgerechnet sie, sollten ausgerechnet wir es eigentlich nicht machen. Goethe hat das von mir gemeinte Gelingen so unnachahmlich treffend folgendermaßen gegenüber Eckermann ausgedrückt: „[...] wir sind nicht auf gleiche

Weise unsterblich, [...] um sich künftig als große Entelechie zu manifestieren, muss man auch eine sein.“<sup>6</sup>

Mein erwähntes, gleichsam „methodisches Problem“ löst sich danach so auf, dass ich nunmehr ganz bewusst und konsequent in der Gegenwartsform sprechen werde: nicht mehr „Schmidhäuser verdeutlichte“ oder „er lehnte ab“, sondern „Schmidhäuser steht auf dem Standpunkt“ und „er führt aus“. Unter diesem Vorzeichen knüpfte ich an seinen Beitrag zum *Goethe-Jahrbuch* 1999 an, das im Jahre 2000 in Weimar, einem wahrlich grandiosen Ort, erschienen ist.<sup>7</sup> Der Beitrag behandelt das Thema *Goethes Denken über Recht und Staat – aus der Sicht von gestern und heute*.<sup>8</sup> Für unsere durchaus begrenzte Zielsetzung heute Abend darf man gerade diesen *Werkteil*, vergewärtigt man sich zudem Schmidhäusers außerordentliche Goethe-Verehrung, nicht von ungefähr für das *Ganze* des rechtsphilosophischen Werkes Schmidhäusers nehmen. Gewiss, so wenig Recht und Staat das zentrale Thema Goethes war, ungeachtet seiner Machtposition im kleinen Herzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach, so wenig fand Schmidhäuser in der Rechtsphilosophie seinen eigentlichen Beruf. Trotzdem, beides zusammen ergibt eine Konstellation, von der man sich zumindest Anregung erhoffen darf und keine Lähmung des Verstandes befürchten muss.<sup>9</sup>

Als Einstieg in seine Betrachtungen zu Goethe skizziert und definiert Schmidhäuser die Begriffe „Recht“ und „Staat“.<sup>10</sup> „Recht“ meine den Inbegriff durchsetzbarer Normen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Es finde sich in den geschriebenen Gesetzen und sei – im Unterschied zum „sog. Naturrecht“ – zeitgebunden entstanden. „Staat“ sei – „nüchtern gesehen“ – jene Herrschaftsordnung, mit der und unter der eine Gesellschaft lebe. Im Handeln der Staatsorgane trete sich die Gesellschaft – in einzelnen ihrer Glieder – selbst gegenüber. Die Staatsorgane seien im Rahmen der Rechts- und Herrschaftsordnung zum Einsatz von Gewalt befugt. Ihr Handeln werde dieser Ordnung zugerechnet und mache in dieser Bedeutung den Staat als geistiges Gebilde existent.

Sodann erklärt Schmidhäuser, nun nicht eine gewisse Anzahl von Belegstellen in Goethes Werken sammeln und daraus die Summe dessen ziehen zu wollen, was Goethe über Recht und Staat meint, sondern er will versuchen, Goethe als Persönlichkeit zu begreifen und daraus dessen Denken über Recht und Staat zu erschließen. Schon diese Programmatik lässt erahnen, dass es Schmidhäuser primär nicht um eine bloße Abrundung des Goethe-Bildes geht, sondern eben darum, Begriff und Funktion des Rechts über die erwähnten Vorbegriffe hinaus in einer Weise zu klären, die ihm selbst sachliche Identifi-

kationsmöglichkeiten eröffnet. So stellt er denn auch gegen Ende der Abhandlung<sup>11</sup> fest, dass sich Goethe zwar lediglich punktuell den Erfahrungen staatlicher Existenz widme, diese aber durchaus „überzeitlich“ erfasse, das heißt nicht bloß vordergründig und im Kontext tagespolitischer Belanglosigkeiten. Um es einmal auf die Spitze zu treiben: Goethe ist groß genug; in ihn kann man alles Gültige und Vernünftige hineinlesen.

Vom Aspekt der Genialität abgesehen, sei für Goethe zunächst ein individualistisches Lebensprogramm charakteristisch, das auf volle Entfaltung der eigenen Fähigkeiten mit der Absicht einer Selbstvervollkommnung und Selbstbewährung zielt.<sup>12</sup> Goethe spricht in einem Brief von seiner Begierde, die Pyramide seines Daseins so hoch als möglich in die Luft zu spitzen.<sup>13</sup> Das individuelle Höherstreben empfiehlt Goethe aber nicht nur sich selbst, sondern jedem einzelnen Mitmenschen, der von Goethe, so Schmidhäuser ausdrücklich, gerade nicht als beliebig austauschbarer Vertreter der Menge angesprochen werde.<sup>14</sup> Schmidhäuser zeigt den Freiheitsbegriff auf, der in einem solchen Denken enthalten ist, und unterscheidet ihn von jener bürgerlichen Freiheit, die in den differenzierten allgemeinen Menschenrechten und historisch in der Französischen Revolution Gestalt gewonnen hat.<sup>15</sup>

In Relation zu dem Programm, das eigene Leben wie eine Art Kunstwerk zu gestalten,<sup>16</sup> erscheinen die institutionellen Momente des Zusammenlebens, Recht und Staat also, als bloße Rahmenbedingungen der individuellen Selbstentfaltung.<sup>17</sup> Die Existenz geht der Essenz voran (wenn ich diesen schönen Satz Sartres einmal ohne genauen Beleg und nähere Erläuterung zweckentfremden darf). Das wirklich Wichtige spielt sich nicht in Recht und Staat ab, sondern ganz woanders. Das Recht verkörpert nicht mehr als die institutionalisierte Form menschlichen Zusammenlebens und hat die Aufgabe, das Sozialleben zu organisieren und zu regulieren. Ein besonderes Geheimnis gibt es darüber hinaus nicht. Eine Rechtshandlung hat eine klare Struktur, die verantwortet werden muss und nicht verschleiert werden darf, und sie ist kein abergläubisches Brimborium, bei dem man die Augen angestrengt schließen, die Stirn in Falten legen und feierlich eine Kerze anzünden muss. Die rechtlich geordnete Gesellschaft müsse wissen, wie sie mit dem Unrecht umgehe, und bedürfe dafür klarer Spielregeln. In ihnen, so Schmidhäuser als Interpret Goethes, werde dem wechselseitigen Umgang unter Menschen unter Einbeziehung der Staatsgewalt eine Form gegeben, die dem Rechts- und Weltfrieden und damit einem Grundelement des gedeihlichen Zusammenlebens diene.<sup>18</sup> Es sei diese Bedeutung, die das



Recht in einer kritisch reflektierenden, nüchternen Betrachtung gewinne, die sich bar aller Mystifikation oder Spekulation damit begnüge, die im staatlichen und zwischenstaatlichen Leben hervortretenden Fakten begrifflich zu erfassen und gegebenenfalls zurückhaltend zu bewerten.<sup>19</sup>

Der Freiheit des individuellen Höherstrebens steht also der Zwang gegenüber, den die staatlichen Funktionsträger rechtsförmig einsetzen, um die Abgrenzung der einzelnen Freiheitsräume zu gewährleisten. Auch von dieser Seite her gesehen fallen Goethe als entscheidende Handlungsfaktoren nicht vorrangig die modernen Menschenrechte mit ihrem neutralen Zuschnitt ein. Er sehe die Aufgaben des Staates, so Schmidhäuser, vorrangig als solche der landesväterlich-patriarchalischen Fürsorge für die „Untertanen“ und hinterfrage nicht eigentlich den feudalen, absolut regierenden Ständestaat seiner Zeit. Wesentlich aber sei, dass Goethe die Herrscher dadurch nicht von Pflichten dispensieren, sondern sie gerade umgekehrt auf das Wohl der „Untertanen“ ausrichten wolle.<sup>20</sup> Regierungen, die nicht vortrefflich, gut und gerecht sind, sondern Willkür üben, müssen sich nicht darüber wundern, wenn sie ihre Grundlagen zerstören und das Volk gegen sich aufbringen. Regierungen und Oppositionen, die – erlauben Sie diesen etwas plumphen Sprung in die Gegenwart – den Bürger täuschen oder ihm

wichtige Informationen beispielsweise über die Amtsführung inzwischen abgewählter Vorgänger verheimlichen, müssen sich nicht darüber wundern, wenn der Glaube an die Institutionen und die Akzeptanz des Rechts langsam schwinden.

Ich möchte nach all diesen Hinweisen versuchen, Schmidhäusers pragmatische Rechtsphilosophie der Erfahrung auf einen einigermaßen klaren Nenner und eine bündige, pointierte Botschaft zu bringen: Das Recht – und damit natürlich auch das Grundrecht – ist den Staatsorganen anvertraut. Von der Integrität und der Gemeinwohlorientierung der Machthaber hängt der Wert des Rechts für das Individuum stärker ab als vom Pathos der Staatsdenker und Menschenrechtsphilosophen, denen „die Idealisierung von Gewaltakten“ zu verwehren ist, „die noch je ein Feind der Humanität war“.<sup>21</sup> Die Inhaber höchster Ämter sollten ihrerseits weniger als Träger von Jedermann-Menschenrechten in den rechtsphilosophischen Blick kommen, sondern mehr als diejenigen, deren Aufgabe es ist, gegen alle der Sache abträglichen Beeinflussungsversuche von außen die *rule of law*, das heißt die Herrschaft der Gesetze unter Einschluss der Menschenrechte, und die Errungenschaft des demokratischen Verfassungsstaats zu verbürgen.

Um sich deutlich zu machen, dass der letzte Bezugspunkt eines realistischen, nicht zuletzt von intellektueller Redlichkeit

getragenen, gültigen Rechtsverständnisses kein Ideenhimmel und kein philosophischer Jargon sein kann, braucht man sich nur das seit 1989 stark in Bewegung geratene Europa- und Weltgeschehen vor Augen zu führen. Eine friedenssichernde kosmopolitische *Rechtsordnung* kann nicht schon heute als solche *vorausgesetzt* und mit philosophischen Mitteln erkannt, sie sollte aber durch kluges Handeln in Zukunft schrittweise ins Werk gesetzt werden, übrigens ohne dass dabei zwangsläufig an einen mit einer Stimme sprechenden „Weltstaat“ gedacht werden müsste. Diese Rechtsordnung wäre namentlich den vor allem wegen ihrer militärischen Überlegenheit hochsouveränen Staaten abzurufen, nicht mit dem Argument, dass es das gemeinte Recht „eigentlich“ bereits gebe, wie manche Philosophen gerne glauben machen wollen, während sie in Wahrheit partikuläre Interessen absegnen, sondern deshalb, weil es sich nicht nur aus humanitären, sondern etwa auch aus wirtschaftlichen Gründen lohnt, ein solches Recht unter Einschluss der erforderlichen zwischenstaatlichen Institutionen zu schaffen. Das ginge selbstverständlich nicht ohne eine Universalisierung der Gemeinschaft selbst, von der wir aber noch nicht wissen, wie sie dereinst aussehen könnte.

Wir haben gesehen, dass Recht und Staat für Schmidhäuser nicht das *Bild*, nicht das *Gemälde* an der Wand sind, sondern

sie sind der *Nagel*, an dem es dort hängt, wobei sich Schmidhäuser dem Nagel, das heißt in seinem Fall: dem Strafrecht, intensiv widmet und ihn fest in der Wand verankert. Das Recht *beeinflusst* den Einzelnen wie biologische, klimatische, ökonomische oder ähnliche Faktoren, ohne ihn in seinem Kern *bestimmen* zu können. In Schmidhäuser mit affirmativer Tendenz vorgetragener Interpretation Goethes lautet der einschlägige Appell,

„dass es jedem darum gehen sollte, die je eigenen Fähigkeiten im Guten so weit wie möglich zu entwickeln, und dass alle Freiheit und Gleichheit im politischen Verstande für den Einzelnen verfehlt sei, wenn er damit nichts anzufangen wisse, ja: wenn er gar dazu verleitet werde, diese Errungenschaften zu missbrauchen und sein wesentliches Lebensziel eher zu verfehlen als zu erreichen“.<sup>22</sup>

Damit soll gewiss nicht geleugnet werden, dass es eine wirkliche Errungenschaft ist, wenn wir nicht dem Risiko unterliegen, bei beliebigem Verdacht auf Nimmerwiedersehen in einem Repressionsapparat zu verschwinden, ganz und gar unschuldig zum Tode verurteilt zu werden beziehungsweise auf Schritt und Tritt überwacht und auf einer Polizeidienststelle geschlagen und gar gefoltert zu werden, oder ebenso wenig dem Risiko, krank, hilflos, alt von der Gesellschaft „entsorgt“ zu wer-

den. Damit soll jedoch daran erinnert werden, dass die Zivilisationsdecke trotz garantierter Menschenrechte äußerst dünn bleiben kann, beispielsweise dann, wenn der Kommerzialisierung auch der Rechtskultur keine gelebten *Werte* entgegengesetzt werden. Im Kleinen wie im Großen bedarf es gewisser Visionen nach dem Muster: Ergreife dieses und lasse jenes! Hin-gegen: Hier hast du deine Freiheitssphäre; du kannst machen, was du willst, solange du alles bezahlen kannst und niemanden sonst störst oder verletzt – das wäre entschieden zu wenig.

Mit dem Begriff des Wertes tauchte soeben ein Begriff auf, der dem Denken Schmidhäusers nicht bloß äußerlich ist. Und bei den viel beschworenen Werten ist die große Frage ja immer die, woher sie stammen und ob sie überhaupt echt und authentisch sind. Insofern weist die individualistische Betrachtung des Lebens als persönliches Kunstwerk bereits von sich aus ein Stück weit über sich hinaus. Lebenspyramiden lassen sich miteinander vergleichen. Es gibt sowohl Biografien, die per se Maßstäbe *für andere* errichten, als auch Biografien, die *anderen Vorbildern* folgen. Größe beginnt nicht erst bei Sokrates, Buddha, Konfuzius oder Jesus. Auch in kleineren Maßstäben kann man etwas weitergeben und unter Beweis stellen, dass soziale Verantwortung begriffen und wahrgenommen wird. Darüber hinaus können implizite Wertkonsense kraftvoll ex-

pliziert, alte Werte (zum Beispiel die natürliche Lebensgrundlage der Menschheit, die Brüderlichkeit) neu entdeckt und dadurch in einer Gesellschaft zur Geltung gebracht werden. Eine Gemeinschaft lebt nicht von Geld allein. Das ist ebenfalls Bestandteil der Rechtserfahrung und sollte wesentlicher Bestandteil der Theoriebildung sein.

Im Einklang mit Schmidhäuser, das sei, um Missverständnissen vorzubeugen, ausdrücklich betont, ergibt sich mithin doch die Aufgabe, das Recht, wie es ist, im Rahmen einer hermeneutischen Theorie in Beziehung zu setzen zu Grundbegriffen oder Werten oder Leitbildern wie Freiheit und Gerechtigkeit. Persönliche Freiheit und Recht können nicht schlechthin voneinander isoliert werden. Um eine Gesamt-Konfiguration der genannten Themen ist nicht herumzukommen – soweit man zum Beispiel am Gerechtigkeitsbegriff überhaupt festhalten will. Nur darf gültige Rechtsphilosophie (wie auch relevante Strafrechtswissenschaft) weder die unhintergehbare Erfahrungsbasis verleugnen noch die strukturelle Kontingenz der *Conditio humana* verkennen. Auf diesem nach wie vor weiten Feld setze ich die Arbeit fort, was mich betrifft: mit dem Staffelholz in der Hand und unter anderem der Erkenntnis im Kopf, dass die strafrechtliche Grammatik vom Postulat einer Willensfreiheit im rechtsfremden Sinne unabhängig ist, und

der weiteren Erkenntnis,<sup>23</sup> dass der Sinn rechtlicher Sollsätze auf dem System staatlicher Sanktionen beruht. Die heutigen Steuerungsprobleme können nicht gelöst werden, solange Philosophen, Rechtsphilosophen und Juristen nicht einmal den Adressaten der Rechtsnorm in Übereinstimmung mit dem modernen Sozial- und Wirtschaftsleben zu bestimmen wissen.

Bei allem wünschte ich, nicht so weit hinter dem Schmidhäuser-Maßstab zurückzubleiben. Jedenfalls ist es eine große Ehre für mich, an dieser akademischen Gedächtnisfeier für Eberhard Schmidhäuser – in Ihrer Gegenwart, liebe Frau Schmidhäuser, und in einer Universität, der ich viel zu verdanken habe – mitwirken zu dürfen. Um uns allen Schmidhäusers Programm einmal wie in einem Brennglas zu zeigen, bediene ich mich – das ist noch nicht die Schlusspointe! – des Wortes, das Friedrich Nietzsche im Jahre 1882 seiner *Fröhlichen Wissenschaft* voranstellte (es stammt von dem amerikanischen Philosophen Ralph Waldo Emerson): „Dem Dichter und Weisen sind alle Dinge befreundet und geweiht, alle Erlebnisse nützlich, alle Tage heilig, alle Menschen göttlich.“

Doch lassen Sie mich nach einem weniger hochgespitzten Abschluss suchen. Wenn ich mir vorstelle, mein Lehrer Schmidhäuser würde das Programm der heutigen Gedächtnisfeier betrachten, so würde er vielleicht mit einem Zitat aus dem *Faust*

fragen: Wo ist das „geistige Band“?<sup>24</sup> Das wäre jedenfalls eine typische Schmidhäuser-Frage. Es wäre natürlich nicht ein geistiges Band zwischen den Rednern des heutigen Abends gemeint, obwohl es auch Universitätslehrern manchmal nicht schlecht zu Gesicht steht, etwas Teamgeist zu zeigen. Es ginge vielmehr darum, ob es im vielseitigen, umfangreichen Werk eines Einzelnen, das aus einem rechtsphilosophischen, einem strafrechtswissenschaftlichen und einem literaturwissenschaftlichen Teil besteht, einen oder mehrere Aspekte gibt, welche die Teile im Innersten zu einem wirklichen Ganzen verbinden.

Wir hatten gesehen, dass das Recht und mit ihm das Strafrecht im Verhältnis zu einer erfüllten menschlichen Existenz eher ein Randphänomen darstellt, was freilich nicht bedeutet, dass es keine Existenzen vernichten könnte. Es wäre jedoch ein Fehlschluss anzunehmen, dass Schmidhäuser nicht vermocht hätte, dieses „Randphänomen“ in größere kulturelle Zusammenhänge und umfassende Fragestellungen einzubinden. Das Notwendige will mit dem Schönen oder genauer gesagt: mit dem Guten und Gerechten verbunden sein. Zwischen Recht und Wert muss vermittelt werden, wenn der technokratische, bürokratische Virus der gegenwärtigen Rechtsentwicklung nicht überall jeden tieferen Sinn auszehren und jegliche Gesittung verderben soll, so dass nicht einmal mehr der *Gedanke* einer



moralischen Mitverantwortung für das, was man da tut, aufkommen könnte. Was im Besonderen das Strafrecht betrifft, so wird niemanden wundern, dass die Analyse des Straftatbegriffs Schmidhäuser tief in die ethische Tradition und die Teilhabe an Werten des christlichen Abendlandes führt. Zu nennen sind zum einen Phänomenologen wie Max Scheler, Nicolai Hartmann und Hans Reiner,<sup>25</sup> zum anderen Kant (mit dem man ja wohl immer noch nichts falsch machen kann).<sup>26</sup> Aber auch bei der modernen Handlungstheorie des 20. Jahrhunderts sucht Schmidhäuser willkommene Argumentationshilfen.<sup>27</sup> Freilich ist es ihm immer wichtig, dass der Gegenstand des Strafrechts, das, was das Strafrecht dem Telos nach ist, durch solche Anbindungen an Philosophie nicht verloren geht oder ungut verfremdet wird.<sup>28</sup>

Übrigens, was die wissenschaftliche Befassung mit dem Recht, was Wissenschaft als solche betrifft, so kam es Schmidhäuser ebenfalls darauf an, die wahren Intentionen dieser Einrichtung zur Geltung zu bringen. Wissenschaft ist nicht das Feld der Oberflächlichkeit, des Kompromisses, der Politik und der Mikropolitik (sollte es nicht sein). Man tritt für das ein, was man für richtig erkannt hat. Man akzeptiert es und hält es aus, allein zu sein, wenn man gegen den Strom schwimmen muss. Der faktische Konsens darf nie zum selig machenden

Ziel werden. Homogenität der Ansätze ist nicht erstrebenswert. Aber man beugt sich dem besseren Argument, ist auf der einen Seite zur ständigen selbstkritischen Reflexion bereit und pflegt auf der anderen Seite den kritischen Dialog, der den Gesprächspartner ernst nimmt. Ich brauche nicht näher auszuführen, dass die Rechtswissenschaft in trauriger Weise stagnieren würde, wenn eine solche Haltung in ihr keinen Platz hätte.

Auch die von ihm betrachtete Weltliteratur will Schmidhäuser nicht auf den Nenner einer wesensfremden Begrifflichkeit pressen und ungeeigneten Schablonen unterwerfen. Die juristische Perspektive ist für ihn bei einem entsprechenden literarischen Stoff wohl allenfalls ein interpretatorisches Hilfsmittel, dem jeweiligen Kunstwerk im Sinne des vom Dichter Gemeinten ein Stück weit näher zu rücken. Ohne Frage fördert das auch ein *Gesamtverständnis* der verschiedenen Kulturbereiche, aber eben ohne den unleugbaren Ausdifferenzierungen jeweils die Eigenständigkeit zu nehmen. So erinnere ich mich mit besonderer Dankbarkeit daran, wie sehr gerade Schmidhäusers epochenübergreifende Literaturseminare, die durchzuführen er erst gegen Ende seiner aktiven Zeit für legitim hielt, mir dabei geholfen haben, Philosophiegeschichte im Rahmen meiner Habilitationsschrift zu einer eigenen systematischen Betrachtung zu „verarbeiten“.

Zusammenfassend jedoch fällt mir auf die interessante Schmidhäuser-Goethe-Frage nach dem *geistigen Band*, nach verbindenden Aspekten in diesem rechtsphilosophischen, strafrechts- und literaturwissenschaftlichen Werk folgendes scheinbar harmlose Wort eines berühmten anglikanischen Bischofs des 18. Jahrhunderts ein, das seit langem in der analytischen Philosophie kursiert und das ich abschließend zitieren möchte. Es ist sympathisch kurz. Es warnt davor, außerhalb natürlicher Verläufe irgendetwas auf irgendetwas anderes zurückzuführen. Das Zitat lautet: „Alles ist, was es ist, und nicht ein ander Ding.“<sup>29</sup>

## Anmerkungen

- 1 Eberhard Schmidhäuser: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975, Rn. 3/4: „Die gedeihliche Existenz jedes staatlichen Gemeinwesens hängt davon ab, daß sich eine Mindestordnung des Zusammenlebens gegen den Egoismus jedes einzelnen notfalls mit Gewalt durchsetzt.“
- 2 Johann Wolfgang von Goethe: Faust I, 1. Teil, V. 1928-1933.
- 3 Goethe: Faust I, 1. Teil, V. 1922.
- 4 Ludwig Wittgenstein: Vermischte Bemerkungen, 1. Aufl., Frankfurt/M. 1977, S. 87.
- 5 Dazu vgl. vor allem: Eberhard Schmidhäuser: Verbrechen und Strafe, 2. Aufl., München 1996.
- 6 Johann Peter Eckermann: Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens, 2. Teil, Dienstag, den 1. September 1829. – „Entelechie“ ist bekanntlich die Form, die sich von innen her im Stoff verwirklicht, oder auch die im Organismus liegende Kraft

zur Entwicklung und Vollendung seiner Anlagen.

- 7 Im Auftrag des Vorstands der Goethe-Gesellschaft herausgegeben von Werner Keller.
- 8 Eberhard Schmidhäuser: Goethes Denken über Recht und Staat – aus der Sicht von gestern und heute, in: Goethe-Jahrbuch 116 (1999), S. 178-190; im Folgenden zitiert: Denken über Recht und Staat.
- 9 Goethe zu Eckermann (vgl. Anm. 6), 3. Teil, Mittwoch, den 28. März 1827: „Wenn ich aber ehrlich sagen soll, so tut es mir leid, dass ein ohne Zweifel kräftig geborener Mensch von der norddeutschen Seeküste, wie Hinrichs, durch die Hegelsche Philosophie so zugerichtet worden, dass ein unbefangenes natürliches Anschauen und Denken bei ihm ausgetrieben und eine künstliche und schwerfällige Art und Weise sowohl des Denkens wie des Ausdrucks ihm nach und nach angebildet worden, so dass wir in seinem Buch auf Stellen geraten, wo unser Verstand durchaus stille steht und man nicht mehr weiß, was man liest.“ Das Register der von mir zurate gezogenen Artemis-Ausgabe (Hrsg.: Ernst Beutler) enthält den Hinweis, dass Goethes Bemerkung sich auf Hermann Friedrich Wilhelm Hinrichs' Schrift *Das Wesen der antiken Tragödie*, 1827, bezieht. Das vorstehende Zitat mag zugleich den hohen Maßstab intellektueller Verantwortung illustrieren, dem Schmidhäuser sich in seinem Schaffen verpflichtet fühlte. Diesem Maßstab zu genügen, dürfte ohne fachphilosophischen Ehrgeiz leichter sein als mit; denn leider zählt dort der Jargon manchmal mehr als der klare Ausdruck.
- 10 Vgl. zum Folgenden Schmidhäuser: Denken über Recht und Staat, S. 178.
- 11 Ebd., S. 189-190.
- 12 Vgl. hierzu und zum Folgenden ebd., S. 179-181.
- 13 Das Zitat findet sich beispielsweise auch bei Thomas Mann: Goethe und die Demokratie, Oxford 1949, S. 14. Manns Goethe-Sicht

- wird ablehnend kritisiert von Wolfgang Rothe: Der politische Goethe, Göttingen 1998, S. 131-132 u. 179.
- 14 Schmidhäuser: Denken über Recht und Staat, S. 184.
- 15 Ebd., S. 182-183 u. 185.
- 16 Pyramiden-Metapher und Selbstverwirklichungs-Motiv ließen sich natürlich hinterfragen. Schmidhäuser selbst würde etwa auch die Formulierung unterschreiben, dass Sinn(er)findung beziehungsweise ein entsprechendes Sinnerleben eine Leistung des Einzelnen sei, deren Schutz freilich das funktionstüchtige Gemeinwesen zu dienen habe; siehe Eberhard Schmidhäuser: Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., Göttingen 1971.
- 17 Schmidhäuser: Denken über Recht und Staat, S. 181 und passim.
- 18 Vgl. ebd., S. 188.
- 19 Vgl. ebd., S. 182.
- 20 Zum Vorstehenden s. ebd., S. 185-186.
- 21 Schmidhäuser: Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., S. 104.
- 22 Schmidhäuser: Denken über Recht und Staat, S. 186.
- 23 Sie wird aus philosophischer Sicht näher ausgeführt von Ernst Tugendhat: Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S. 73-75, oder – das folgende Zitat gilt *moralischen* Normen – in ders.: Aufsätze, Frankfurt/M. 2001, S. 202: „[...] wenn man sich fragt, was hier Sollen heißt, so sieht man sich sehr wohl auf ein Sanktionssystem verwiesen, zwar kein strafrechtliches, aber auf das der sogenannten moralischen Gefühle Empörung und Schuld.“
- 24 Vgl. Goethe: Faust I, 1. Teil, V. 1939.
- 25 Eberhard Schmidhäuser: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958, sowie ders.: Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, hg. v. Karl Lackner et al., Berlin u. a. 1973, S. 81-97.
- 26 Wie Anm. 25 sowie Lehrbuch (Anm. 1), Rn. 6/22 (Fußnote 12).
- 27 Eberhard Schmidhäuser: Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, hg. v.

- Gerhard Dornseifer et al., Köln 1989, S. 131-157, sowie ders.: Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, in: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, hg. v. Rolf Dietrich Herzberg, Köln 1985, S. 135-161, jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 28 Eberhard Schmidhäuser: Teleologisches Denken in der Strafrechtsanwendung, in: Kultur – Kriminalität – Strafrecht. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, hg. v. Rüdiger Herren et al., Berlin 1977, S. 91-108.
- 29 Jenes Wort Bischof Joseph Butlers (1692-1752) diene etwa dem Wertethiker George Edward Moore als Motto seiner *Principia Ethica*; s. George Edward Moore: *Principia Ethica*, Cambridge 1903. Vgl. zum Einfluss auf Wittgenstein die Darstellung von Peter Hacker: Wittgenstein im Kontext der analytischen Philosophie, Frankfurt/M. 1997, S. 235 u. 571.