

JOÃO ALVES TEIXEIRA NETO
URIEL MOELLER

**Über den Ontologismus von Faria Costa:
Ein Beitrag zum Verständnis der onto-anthropologischen
Grundlage des Strafrechts**



COIMBRA
2016

Über den Ontologismus von Faria Costa: Ein Beitrag zum Verständnis der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts

Von Prof. Dr. João Alves **Teixeira Neto**, Porto Alegre, und Wiss. Mitarbeiter Uriel **Moeller**, Osnabrück*

Dieser Artikel stellt die wesentlichen Züge der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts einer deutschsprachigen Leserschaft vor. Die unternommene Analyse umfasst Heideggers Philosophie als konzeptionellen Unterbau dieser Strafrechtstheorie. Vorgetragen wird eine Kritik am Funktionalismus die der gegenwärtigen Strafrechtsphilosophie einen Ausweg aufzeigen könnte.

This article introduces a German-speaking readership to the main features of the onto-anthropological foundation of Criminal Law. The analysis includes the conceptual substructure of this theory, which lies in Heidegger's philosophy. Parting from a critique of functionalism, an alternative in contemporary philosophy of Criminal Law is pointed out.

I. Einleitung

Heidegger sagt in *Der Satz vom Grund* „nichts ist ohne Grund“.¹ Was ist dann der Grund des Strafrechts? Dieser Frage widmet sich die Theorie von der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts. Ihre rechtsphilosophische Konzeption wurde durch Faria Costa entworfen,² der damit Heideggers Philosophie in einen

* Der Beitrag entstand aus der intensiven Zusammenarbeit beider Autoren heraus. Doktor *Teixeira Neto* (Stipendiat der CAPES) vertritt selbst die onto-anthropologische Rechtsphilosophie, Doktorand *Moeller* teilt die Kritik am Funktionalismus.

¹ Heidegger, *Der Satz vom Grund*, 1957, S. 16.

² Faria Costa ist Lehrstuhlinhaber für Strafrecht an der Universität Coimbra und Ombudsmann Portugals. Die Theorie geht auf seine Inauguraldissertation zurück, *O Perigo em Direito Penal* („Die Gefahr im Strafrecht“), 1992.

rechtlichen Rahmen goss.³ Das Denken des portugiesischen Rechtswissenschaftlers beeinflusst seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die lusophone Rechtswissenschaft zunehmend. Es handelt sich um eine post-finalistische nicht-funktionalistische Strafrechtstheorie,⁴ weshalb sie unter brasilianischen und portugiesischen Juristen großes Interesse weckt. Gefunden werden soll ein neuer Weg für die Strafrechtsdogmatik.

Die onto-anthropologische Strafrechtstheorie kann im Jahre 2016 auf zahlreiche Publikationen zurückblicken, von Artikeln bis hin zu Inauguraldissertationen, etwa: (i) D’Avila und Machado “Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do Direito Penal e sua ressonância em âmbito normativo” (“Erste Linien zur onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts“), 2011;⁵ (ii) Albrecht und Bagatini, “O fundamento material do ilícito-típico à luz da compreensão onto-antropológica do Direito Penal de Faria Costa: a ofensividade e os seus distintos níveis” (“Die materiellen Grundlagen des tatbestandlichen Unrechts im Lichte des onto-anthropologischen Verständnisses des Strafrechts von Faria Costa“), 2011;⁶ (iii) Schmidt, “O Direito Penal econômico sob uma perspectiva onto-antropológica” (“Das Wirtschaftsstrafrecht aus einer onto-anthropologischen Perspektive“), 2014;⁷ (iv) Buonicore, “*O fundamento onto-antropológico da culpa*” (“Die onto-anthropologische Grundlage der Schuld“), 2014;⁸ derselbe, “O fundamento onto-antropológico do

³ Martin Heideggers Name wird aktuell – insbesondere aufgrund der schwarzen Hefte – mit dem Nationalsozialismus in Verbindung gebracht. Doch ist der philosophische Gedanke Heideggers größer als seine offenbarte politische Überzeugung. Mit anderen Worten: Der Philosoph Heidegger ist größer als der Mensch Heidegger. Zur Kritik der Beziehung zwischen Heidegger und dem Nationalsozialismus *siehe Stein*, *Pensar e errar: um ajuste com Heidegger*, 2. Aufl. 2015 („Denken und Irren: Eine Auseinandersetzung mit Heidegger“).

⁴ „Das onto-anthropologische Verständnis des Strafrechts hat als Anfangs – und Endpunkt nicht die Kriminalpolitik, sondern die Rechts – sowie allgemeine Philosophie“, *Moura*, *Ilícitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, 2015, S. 16 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁵ *D’Avila/Machado*, in: Fayet Júnior u.a. (Hrsg.), *Ciências Penais. Perspectivas e tendências da contemporaneidade*, 2011, S. 147.

⁶ *Albrecht/Bagatini*, *Diritto e Diritti*, 2011, 1.

⁷ *Schmidt*, *O Direito Penal econômico sob uma perspectiva onto-antropológica* (Inauguraldissertation, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), 2014.

⁸ *Buonicore*, *O fundamento onto-antropológico da culpa: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea* (Masterthesis, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), 2014.

direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea” (“Die onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts im Angesicht der brasilianischen Gesellschaft der Gegenwart“), 2014;⁹ (v) Moura, “Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa” (Strafunrecht und Rechtfertigung: Reflexionen ausgehend vom Ontologismus Faria Costas), 2015.¹⁰ Es gibt auch viele andere Werke, die „die onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts“ nicht im Titel führen aber die onto-anthropologische Theorie Faria Costas vertreten.¹¹

Gegenstand dieser knappen Abhandlung ist die Darstellung der Wesenszüge der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts. Zweck ist die Debatte über die Strafrechtsphilosophie in Deutschland um die Kenntnis eines alternativen Begründungsansatzes zu bereichern. Ziel soll es sein, Faria Costas strafrechtswissenschaftliche Forschung auf Deutsch zu erklären.

II. Zum Begriff der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts

Die Grundlage des Strafrechts ist nach Faria Costa sowohl ontologisch als auch anthropologisch. Um das ontologische Wesen des Strafrechts zu begreifen, ist die Philosophie Heideggers fundamental;¹² sie bildet den Unterbau des onto-

⁹ *Buonicore*, Revista Jurídica 2014 v. 439, 63.

¹⁰ *Moura*, Fn. 4.

¹¹ *D’Avila*, GA 2011, 578; *derselbe*, Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, 2005; *derselbe*, Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos, 2009; *Ruivo*, Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta, 2011; *Deodato*, Adequação social: sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo, 2012; *Vilela*, O Direito de mera ordenação social: entre a ideia de “recorrência” e a de “erosão” do Direito Penal clássico, 2013; *Godinho*, Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em Direito Penal, 2015; *Caetano*, Delitos de acumulação e ofensividade no Direito Penal ambiental da sociedade de risco (Masterthesis, Universidade Federal de Santa Catarina), 2011; *Moura*, A não-punibilidade do excesso na legítima defesa, 2013.

¹² Eine ontologische Interpretation des Strafrechts mittels Heideggers Philosophie existiert heute in der deutschen Strafrechtsdogmatik vor allem in der Schuldtheorie, siehe *Wulff*, Die Existenziale Schuld — Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht, 2008. Es gibt außerdem andere gegenwärtige ontologische Interpretationen des Strafrecht ohne Rückgriff auf Heideggers Philosophie, siehe *Lampe*, in: *Weigend* (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999. Über die Möglichkeiten einer Beziehung zwischen Heideggers Philosophie und dem Rechtsdenken, siehe *Heinemann*, Die

anthropologischen Verständnisses. Bedeutsam ist hierbei insbesondere die Sorge.¹³ Heidegger sagt, in *Sein und Zeit* (1927), dass das Sein des Daseins Sorge ist.¹⁴ Die Sorge hat hier die Bedeutung von „Cura“ auf Latein.¹⁵ Sorge und Zerbrechlichkeit wären zwei Seiten derselben Wirklichkeit: Man sorgt sich nur um das, was der Sorge bedarf, um nicht zu vergehen. Nach Faria Costa, in *O Perigo em Direito Penal (Die Gefahr im Strafrecht)*, folgt hieraus, dass wir Menschen selbst Zerbrechlichkeit sind.¹⁶ Wir sorgen uns konstant um unsere zerbrechliche Existenz, denn für uns ist der Tod die konstante Möglichkeit der totalen Unmöglichkeit.¹⁷

Wenn wir also Zerbrechlichkeit sind, wie können wir dann unsere Lebensinteressen schützen? Durch das Strafrecht. Der Grund der Existenz des Strafrechts ist unsere Zerbrechlichkeit. Mittels des Strafrechts schützen wir unser Lebensinteresse in Form von Rechtsgütern, denn „alle Rechtsgüter sind Lebensinteressen“.¹⁸ Nach Faria Costa gibt es ein onto-anthropologisches Verhältnis von Gefahrensorge.¹⁹ Dieses Verhältnis ist substantiell Alterität: Objekt meiner Sorge ist der Andere. Und zugleich bin ich Objekt der Sorge des Anderen.²⁰ Die Spannung zwischen der Sorge des einen und der Sorge des anderen speist sich aus den

Relevanz der Philosophie Martin Heideggers für das Rechtsdenken (Inauguraldissertation, Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau), 1970.

¹³ „Faria Costa vertritt und entwickelt das Konzept der „Sorge“ – die wesentliche oder fundamentale onto-anthropologische Kategorie – nicht nur in der Schuldtheorie, sondern auch und vor allem in der Theorie des Unrechts“, *Moura*, Fn. 4, S. 16 (übersetzt aus dem Portugiesischen). Die Sorge ist ein zentraler Begriff in Heideggers Philosophie, siehe *Kirste*, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung*, 1998, S. 256.

¹⁴ *Heidegger*, *Sein und Zeit*, 19. Aufl. 2006 (erste Ausgabe 1927), S. 191.

¹⁵ „*Burdach* macht auf einen Doppelsinn des Terminus ‚cura‘ aufmerksam, wonach er nicht nur ‚ängstliche Bemühung‘ bedeutet, sondern auch ‚Sorgfalt‘, ‚Hingabe‘“, siehe *Heidegger*, Fn. 14, S. 199.

¹⁶ *Faria Costa*, *O perigo em direito penal*, 2000 (Nachdruck der ersten Ausgabe von 1992), S. 398.

¹⁷ *Heidegger*, Fn. 14, S. 235 ff.

¹⁸ *Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1900, S. 53.

¹⁹ *Faria Costa*, Fn. 16, S. 381-383.

²⁰ „Ich bin Sein mit der anderen Existenz, aber der Andere ist Sein mit meiner Existenz. [...] Möglich ist mir das Existieren nur als Dasein, weil ich mit anderen Existenzen bin“, *Stein*, *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, 2011, S. 67 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

Bedingungen des menschlichen Seins selbst. Das Verhältnis der Menschen zueinander ist, bis zu einem gewissen Grad,²¹ ontologisch.

„Das Sich-Sorgen verlangt notwendig die Definition von jenem, um das man sich sorgen muss. [...]. Die Sorge objektiviert sich in der exakten Formulierung einer Werteordnung, mit anderen Worten, in der Formulierung der Werte, denen die Strafrechtsordnung Schutz zukommen lässt“.²²

Das Leben ist immer gefährlich – vor allem in der Risikogesellschaft –²³ und aus diesem Grund Sorge ich mich um mich und um den Anderen.²⁴ Dieses onto-anthropologische Verhältnis von Gefahrensorge wird durch die Straftat verneint. Das Spannungsverhältnis wird abgebrochen, indem sich an der Gefahrensorge verbrochen wird. Und nach Faria Costa, in *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal (Eine Brücke zwischen Strafrecht und Strafphilosophie)*, ist es allein die Strafe, die dieses onto-anthropologische Verhältnis von Gefahrensorge wiederaufbauen kann.²⁵ Dies bedarf einer Erklärung.²⁶

Man kann sich das Verhältnis der Gefahrensorge als ein umspannendes Netz vorstellen. Es entsteht aus dem Verhältnis der Gefahrensorge zwischen dem Einen und dem Anderen, welches mittels der zahllosen Verbindungen aller mit allen ein engmaschiges Netz spinnt. Dieses Netz der Gefahrensorge wird durch die sorglose Handlung aufgerissen. Das hierdurch entstandene Loch destabilisiert das gesamte Netz und muss geschlossen werden. Diese Rolle fällt der Strafe zu. Sie befiehlt mittels der pönalen Verbotsnorm, welche durch die pönale Sanktionsnorm garantiert wird, Sorge. Das jener zuwiderhandelnde sorglose Verhalten wird durch die Strafe negiert und dass

²¹ Siehe zur Geschichtlichkeit des Daseins weiter unten hinter Fußnote 46.

²² Faria Costa, Fn. 16, S. 251 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

²³ Grundlegend Beck, *Die Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1995. Über die Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft siehe: *Prittwitz, Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993.

²⁴ „Das Dasein läuft aufgrund der Sorge in die Zukunft, in den Tod, aber angesichts dieser letzten Möglichkeit wendet es sich der Vergangenheit zu [...], und nimmt so schließlich die Gegenwart an“, Stein, Fn. 20, S. 71 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

²⁵ Faria Costa, *Uma ponte entre o direito penal e a filosofia pena: lugar de encontro sobre o sentido da pena. Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, 2005, S. 224.

²⁶ Bereits kurz skizziert bei D’Avila, ZIS 2008, 485 (493 ff.).

durch dieses aufgerissene Loch geschlossen.²⁷ Das onto-anthropologische Netz der Gefahrensorge manifestiert sich im Strafrecht, ist dessen Grundlage, und wird zugleich durch dieses gestützt.²⁸

Doch neben dem hiermit skizzierten ontologischen Aspekt der Grundlage des Strafrechts ist ebenso der anthropologische Ursprung des Strafrechts für dieses konstitutiv. Die Verbotsnorm als Keimzelle des Strafrechts wird dabei nicht als „moderne Erfindungen in der Menschheitsgeschichte“ in zunehmend komplexen Gesellschaften verstanden,²⁹ sondern als natürliche, notwendige Bedingung des Menschseins selbst. Aufbauend auf den anthropologischen Arbeiten Levi-Strauss' – die selbst im Dialog mit der Phänomenologie standen –³⁰ stellt man sich der Frage nach dem Urzustand der menschlichen Natur. „*Ou finit la nature? Ou commence la culture?*“³¹ Um diese Frage zu beantworten, hat man sich mit den universellen Strukturen der menschlichen Gemeinschaft auseinanderzusetzen. Eine methodologisch denkbare Beobachtung sogenannter „wilder Kinder“ führt demgegenüber nicht weiter,³² der Mensch wird nämlich in seiner natürlichen Umgebung zugleich in eine menschliche Gemeinschaft hineingeboren, die ihrerseits bereits kultureller und damit im strengen Sinne „unnatürlicher“ Prägung ist; ein rein natürlicher, nicht-kultureller Zustand des Menschen ist überhaupt nicht denkbar.³³ Der Mensch ist *natürlich kulturell*.

Auf der Suche danach, was diese natürliche Kultur des Menschen ausmacht, identifiziert der Soziologe Levi-Strauss, mittels einer aufwendigen anthropologischen Recherche, den gemeinsamen Nenner aller menschlichen Gemeinschaft: Das

²⁷ Faria Costa, Fn. 16, S. 384 ff.

²⁸ Faria Costa, Fn. 16, S. 319 ff.

²⁹ So über das Recht und Entscheidungsprozesse, aufbauend auf der psychologischen Forschung Julian Jaynes', Schwintowski, Juristische Methodenlehre, 2005, S. 19 ff.

³⁰ Zur Beziehung der anthropologischen Forschung Lévi-Strauss' zur Phänomenologie siehe Chittó Gauer, A fundação da norma, 2009, S. 16.

³¹ Lévi-Strauss, Les Structures Élémentaires de la Parenté, 2. Aufl. 1967, S. 4.

³² Bereits erkannt von Blumenbach, Beiträge zur Naturgeschichte - Zweyter Theil, 1811, S. 41 ff. (Kapitel IX.).

³³ Ausführlich, mit lesenswerten Nachweisen und Erwägungen, Lévi-Strauss, Fn. 31, S. 3 ff. und S. 6: „*On ne peut donc espérer trouver chez l'homme l'illustration de types de comportement de caractère pré-culturel*“.

Inzestverbot.³⁴ In dem der Mensch den natürlichen Drang nach Fortpflanzung – die Partnerwahl als einzige Unbekannte der evolutionären Funktion –³⁵ mittels Verbot reguliert, greift er in die Natur ein und erhebt sich von den Tieren. Mit der ersten Intervention³⁶ – dem ersten Nein –³⁷ domestizierte der Mensch sich selbst.³⁸ Die menschliche Gemeinschaft selbst wird folglich erst durch das Verbot geboren.³⁹ Strafrecht im weitesten Sinne und menschliche Gemeinschaften bildeten sich somit gleichzeitig heraus. Eine Ansicht, die bereits in der altertümlichen Maxime ihren Ausdruck fand: *ubi societas, ibi crimen*.⁴⁰ Die menschliche Gemeinschaft existiert nur mit dem Verbot und das Strafrecht existiert natürlich ebenso nur in der menschlichen Gemeinschaft. Das Strafrecht ist dem Seinsmodus des Daseins angeboren,⁴¹ hieraus resultiert zugleich eine anthropologische Grundlage desselben.

³⁴ Die Ausprägung des Verbots variiert dabei jedoch erheblich bezüglich der hiervon betroffenen sexuellen Verbindung von Verwandten und bezüglich der Sanktionsschärfe von Kulturkreis zu Kulturkreis, ist aber in zumindest einer Kombination (häufig Eltern-Kinder) immer anwesend, siehe *Lévi-Strauss*, Fn. 31, S. 10. Es sollte klar sein, dass es sich hierbei um ein äußerst kontroverses Phänomen handelt, für das es durchaus alternative, etwa psychologische und sozialbiologische, Erklärungsmodelle gibt (siehe hierzu etwa die Erklärungsmodelle Eugenik, natürliche Aversion u.a. in *Deutscher Ethikrat*, Inzestverbot – Stellungnahme, 2014, S. 35 ff.). Diese können allerdings nicht Überzeugen, siehe zur Auseinandersetzung mit den drei wesentlichen Ansichten *Lévi-Strauss*, Fn. 31, S. 14 ff. Leider hat Lévi-Strauss' Theorie zur Struktur und Funktion des Inzestverbots noch keinen Eingang in den, im Anschluss an das Inzest-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 120, 224, bekanntlich mit abweichender Meinung *Hassemer*), lebhaften strafrechtswissenschaftlichen Diskurs gefunden. Zum deutschen Inzestverbot zuletzt *Kubiciel*, ZIS 2012, 282; *Hörnle*, *New Criminal Law Review* 2014, 76; *Jung*, GA 2012, 617. An der Universalität desselben besteht jedoch schon seit langem kaum Zweifel. Es handelt sich um „a universal human institution“, siehe *Kroeber*, *American Journal of Sociology* 1939, 446 (448 f.).

³⁵ *Lévi-Strauss*, Fn. 31, S. 36: „Il y a donc dans la nature – mutations mises à part – un principe d'indétermination, et un seul; et c'est dans le caractère arbitraire de l'alliance qu'il se manifeste“.

³⁶ *Lévi-Strauss*, Fn. 31, S. 37, spricht gar von *der* Intervention.

³⁷ *Octavio Paz*, *Claude Lévi-Strauss ou o Novo Festim de Esopo*, 1977, S. 15.

³⁸ Zur Selbstdomestizierung schon *Blumenbach*, Fn. 32, nach dem der Mensch das einzige Haustier ist, „das Sich Selbst vervollkommnet“ (sic), S. 40 (Kapitel X).

³⁹ *Chittó Gauer*, Fn. 30, S. 20.

⁴⁰ So *Faria Costa*, *Noções Fundamentais de Direito Penal: Fragmenta Iuris Poenalis*, 4. Aufl. 2015, S. 5.

⁴¹ *Faria Costa*, Fn. 40, S. 5.

III. Die Beiträge der Philosophie Heideggers zur onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts

Zurück zur philosophischen Grundlage des Ontologismus von Faria Costa. Wie bereits erläutert, ist der Mensch Zerbrechlichkeit, weshalb das Sein des Daseins Sorge (*Cura*) ist.⁴² Diese Ableitung basiert auf Heideggers Philosophie.⁴³ Als vorontologische Selbstausslegung des Daseins verwendet dieser eine sehr alte Fabel von Hyginus:

»Als einst die »Sorge« über einen Fluß ging, sah sie tonhaltiges Erdreich: sinnend nahm sie davon ein Stück und begann es zu formen. Während sie bei sich darüber nachdenkt, was sie geschaffen, tritt Jupiter hinzu. Ihn bittet die »Sorge«, daß er dem geformten Stück Ton Geist verleihe. Das gewährt ihr Jupiter gern. Als sie aber ihrem Gebilde nun ihren Namen beilegen wollte, verbot das Jupiter und verlangte, daß ihm sein Name gegeben werden müsse. Während über den Namen die »Sorge« und Jupiter stritten, erhob sich auch die Erde (Tellus) und begehrte, daß dem Gebilde ihr Name beigelegt werde, da sie ja doch ihm ein Stück ihres Leibes dargeboten habe. Die Streitenden nahmen Saturn zum Richter. Und ihnen erteilte Saturn folgende anscheinend gerechte Entscheidung: »Du, Jupiter, weil du den Geist gegeben hast, sollst bei seinem Tode den Geist, du, Erde, weil du den Körper geschenkt hast, sollst den Körper empfangen. Weil aber die »Sorge« dieses Wesen zuerst gebildet, so möge, solange es lebt, die »Sorge« es besitzen. Weil aber über den Namen Streit besteht, so möge es »homo« heißen, da es aus humus (Erde) gemacht ist.«⁴⁴

⁴² „Mit der Definition der Menschen als Sorge, möchte Heidegger eine praktische Struktur finden, die er in-der-Welt-Sein nennen wird“, *Stein*, Seis estudos sobre “Ser e Tempo”, 2008, S. 95 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁴³ Schon Maihofer hat Heideggers Philosophie Bedeutung für das Recht zugestanden: „Mit Martin Heideggers Schrift ‚Sein und Zeit‘ (1927) hat für die Philosophie ein neues Fragen begonnen. Für die Rechtsphilosophie folgt aus ihm die Aufgabe einer Auslegung auch des Rechts, auf die Grundverfassung seines Seins: die Ausbildung einer Ontologie des Seinsbereichs also, den Rechtswissenschaft wie Rechtsphilosophie zu ihrem ‚Gegenstand‘ hat“, *Maihofer*, Sein und Recht: Prolegomena zu einer Rechtsontologie, 1954, S. 13.

⁴⁴ *Heidegger*, Fn. 14, S. 198. Im Original: „Cura cum fluvium transiret, videt cretosum lutum sustulitque cogitabunda atque coepit fingere. dum deliberat quid iam fecisset, Jovis intervenit. rogat eum Cura ut det illi spiritum, et facile impetrat. cui cum vellet Cura nomen ex sese ipsa imponere, Jovis prohibuit suumque nomen ei dandum esse dictitat. dum Cura et Jovis disceptant, Tellus surrexit simul suumque nomen esse volt cui corpus praebuerit suum.“

Diese Fabel birgt für die onto-anthropologische Strafrechtswissenschaft das Potential für eine neue Interpretation des Strafrechts. Eine Interpretation nicht ontisch, aber ontologisch.⁴⁵ Der Fabel des Hyginus (Cura-Fabel, die als 220) ist „ein vorontologisches Zeugnis“ über die Schöpfung. Heidegger lädt zum Nachdenken ein:

In dem Zeugnis spricht sich das Dasein über sich selbst aus, »ursprünglich«, nicht bestimmt durch theoretische Interpretationen und ohne Absicht auf solche. Beachten wir ferner: das Sein des Daseins ist durch Geschichtlichkeit charakterisiert, was allerdings erst ontologisch nachgewiesen werden muß. Wenn das Dasein im Grunde seines Seins »geschichtlich« ist, dann erhält eine Aussage, die aus seiner Geschichte kommt und in sie zurückgeht und überdies *vor* aller Wissenschaft liegt, ein besonderes, freilich nie rein ontologisches Gewicht. Das im Dasein selbst liegende Seinsverständnis spricht sich vorontologisch aus.⁴⁶

Wenn das Sein des Daseins durch Geschichtlichkeit charakterisiert ist, dann kann das Strafrecht diese Situation nicht ignorieren. Wer macht das Strafrecht? Das Dasein. Das Seiende, das wir sind. Wäre es möglich, dass diese Charakteristik des Daseins für das Strafrecht irrelevant ist? Keineswegs. Das Strafrecht ist eine Projektion des Daseins, deshalb ist das Strafrecht auch durch Geschichtlichkeit

sumpserunt Saturnum iudicem, is sic aecus iudicat: ›tu Jovis quia spiritum dedisti, in morte spiritum, tuque Tellus, quia dedisti corpus, corpus recipito, Cura enim quia prima finxit, teneat quamdiu vixerit. sed quae nunc de nomine eius vobis controversia est, homo vocetur, quia videtur esse factus ex humo“, *Heidegger*, Fn. 14, S. 197 f. Man könnte sagen, dass „wie Plato mit dem Mythos der Höhle“, Heidegger die „Analyse der Struktur des Daseins durch die Cura Fabel“ bewiesen hat, so *Stein*, Seis estudos sobre “Ser e Tempo”, 2008, S. 89. „Heidegger schließt mit dieser Fabel die Darstellung des Ergebnisses der existenzialen Analyse ab“, *Stein*, Fn. 44, S. 98 (jeweils übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁴⁵ Der Unterschied zwischen dem Ontischen und dem Ontologischen nennt *Heidegger* „ontologische Differenz“. Das Ontologische sucht das Sein und das Ontische sucht das Seiende. Die „ontologische Differenz“ wird Maihofer wie folgt beschreiben: „Das Fragen einer Ontologie geht von der Unterscheidung dessen aus, was in der Doppeldeutigkeit des Wortes ‚ist‘ noch zusammenklingt. Für sie ist die in der Welt vorfindbare Wirklichkeit das Rechtliche: von Besitz und Eigentum, von Vertrag und Unrecht, von Schuld und Strafe, von Gesetz und Gericht, erst das ‚Seiende‘ oder ‚innerweltlich Vorhandene‘ von Recht: das ‚was jeweils seiend ist‘. Davon unterscheidet sie mit der sogenannten ‚ontologischen Differenz‘, als den Grund, in dem diese Wirklichkeit gründet, das Sein: das, ‚was gleichsam macht, daß dieses Genannte ein Seiendes ist und nicht vielmehr nicht seiend‘, *Maihofer*, Fn. 43, S. 42 f.

⁴⁶ *Heidegger*, Fn. 14, S. 197.

charakterisiert.⁴⁷ Nach Faria Costa: „In den menschlichen Gemeinschaften ist nichts auf ewig legitimiert“ und „nur die Entdeckung und die Übernahme des Sinns der Geschichtlichkeit erlauben das materielle Verständnis einer offenen Rechtsordnung“.⁴⁸ In diesem Sinne ist das Strafrecht wiederum ein Kind der Zeit.⁴⁹ Die Zeit der Welt verändert die Welt des Strafrechts. Was ist die Konsequenz? Die Antwort ist: Es gibt keine definitive Antwort für das Strafrecht, es ist eine gesuchte Wissenschaft (*Episteme Zetoumene*).⁵⁰ Das ist eine weitere entscheidende Prämisse für die onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts.

Sein und Zeit enthält ein weiteres wichtiges Element der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts: Das Mitsein.⁵¹ Dies ist ein fundamentales Existenziell.⁵² Das Sein des Daseins ist Sorge, aber das Dasein ist immer Mitsein oder Mitdasein.⁵³ Dieses Existenziell ist die faktische soziale

⁴⁷ Kaufmann hat bezüglich der Geschichtlichkeit des Rechts gefragt: „Was heißt das überhaupt: Geschichtlichkeit des Rechts? Ist damit gesagt, daß das hic et nunc in dieser bestimmten historischen Situation zu realisierende Recht das Ergebnis einer mehr oder weniger zufälligen Entwicklung ist, oder ist nicht vielleicht die Geschichte selbst ein durchaus objektiver und beliebiger Ordnungsfaktor für die Rechtsgestaltung? Kann eine Rechtsordnung, auch wenn sie nicht immer und überall gültig ist, doch wenigstens hier und jetzt gültig, d.h. die gesollte Ordnung dieser Zeit und dieses Kulturkreises sein, so daß wir also sagen können: ‚Für diesen eigentümlichen Fall, für diese ganz besondere Lage ist dies und nur dies rechtens, unter anderen Umständen oder im allgemeinen mag anderes als richtiges Recht gelten‘, Kaufmann, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 85.

⁴⁸ Faria Costa, Fn. 16, S. 30 und 176 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁴⁹ In diesem Sinne auch der Gedanke Gerhart Husserls: „Jedes Rechtssystem repräsentiert eine bestimmte Phase in der Geschichte der Menschheit. Rechtsordnungen haben eine Geschichte und sind selbst Geschichte. Die Rechtsnorm hat ihre Daseinswurzel immer in einer bestimmten geschichtlichen Situation“, Husserl, Recht und Zeit: Fünf rechtsphilosophische Essays, 1964, S. 10.

⁵⁰ Über die gesuchte Wissenschaft, siehe: Stein, Às voltas com a metafísica e a fenomenologia, 2014, S. 27 ff.

⁵¹ Siehe hierzu Wroblewski, Der Andere und die Reflexion: Untersuchungen zur existenzphilosophischen Phänomenologie, 2008.

⁵² „Das Dasein hat als Zeitlichkeit und Existenz ontologische Elemente, die andere Seiende ohne den existenziellen Charakter des Daseins nicht haben. Dies sind die Existenziellen, die Heidegger streng von den Kategorien unterscheidet“, Stein, Compreensão e Finitude, 2001, S. 104 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁵³ Über das Mitsein im spezifischen Horizont des Rechts, siehe Hommes, Die Existenzerhellung und das Recht, 1962, S. 59.

Einrichtung.⁵⁴ Das Dasein ist nie Allein. Hier zeigt sich eine brüderliche Dimension der Sorge: Die Fürsorge.⁵⁵

So sind es drei wichtige Elemente der Philosophie Heideggers für die onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts: Die Sorge, das Mitsein und die Fürsorge. Das In-der-Welt-sein ist eine Bedingung für diese drei Existenziellen.⁵⁶ Heidegger sagt:

Das In-der-Welt-sein ist immer schon verfallen. *Die durchschnittliche Alltäglichkeit des Daseins* kann demnach bestimmt werden als *das verfallend-erschlossene, geworfen-entwerfende In-der-Welt-sein, dem es in seinem Sein bei der »Welt« und im Mitsein mit Anderen um das eigenste Seinkönnen selbst geht.*⁵⁷

Dieses In-der-Welt-sein gehört zur ontologischen Struktur des Strafrechts.⁵⁸ Und dieses In-der-Welt-sein ist das Seiende, das wir sind.⁵⁹ Damit bezieht die onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts das Sein desselben selbst in ihre Erwägungen mit ein. Weil Sein und Funktion eine Antithese sind,⁶⁰ stellt sich diese

⁵⁴ Heidegger, Fn. 14, S. 121. Nach *Faria Costa* gibt es eine soziale Ontologie, womit er das ontologische Verhältnis zwischen Einem mit dem Anderen bezeichnet, *Faria Costa*, Fn. 16, S. 248.

⁵⁵ „Das Dasein ist auch Mitsein [...] Das Dasein ist nicht nur Sorge, sondern Fürsorge“, *Stein*, Fn. 20, S. 67 (übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁵⁶ „Die Idee der Welt, die sich in Sein und Zeit herausbildet, ist vollständig originell. Nur der Mensch ist in-der-Welt-Sein. Der Stein, die Rose, der Vogel sind alle kein in-der-Welt-Sein. [...] Deshalb ist die Weltlichkeit ein Existenziell des Daseins. [...] Die Weltlichkeit als Existenziell ist ein ontologischer Begriff“, *Stein*, Fn. 20, S. 66 f. (übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁵⁷ Heidegger, Fn. 14, S. 181. Bezüglich des in-der-Welt-seins fragt *Maihofer*, Fn. 43, S. 14: „Bedurfte es dazu nicht lediglich einer Übertragung der ‚Ergebnisse‘ der Fundamentalanalytik des In-der-Welt-seins bei Heidegger, auf den engeren Seinsbezirk des Im-Recht-seins?“.

⁵⁸ „Das menschliche Dasein ist ein In-der-Welt-sein. Wenn wir vom Menschen aussagen: Er ist in der Welt, so meinen wir nicht, dass er, ein Wesen Vollendeter, in eine Welt hineingestellt sei, deren Für-ihn-da-sein seinen „ursprünglichen“ Bestand erweitere. Die Weltlichkeit ist ein unaufhebbares Element des Menschseins selbst. Es gibt für den Menschen ohne Wesenswiderspruch, der Selbstzerstörung bedeutet, kein Heraus aus der Welt. Zu seinem Wesen gehört es, dass er eine Welt – seine Welt – hat. Sie ist, indem der Mensch sie hat“, *Husserl*, *Recht und Welt: Rechtsphilosophische Abhandlungen*, 1964, S. 67.

⁵⁹ Heidegger, Fn. 14, S. 52 ff.

⁶⁰ Als abweichende Theorie gibt es den Versuch der Abstimmung zwischen Sein und Funktion oder zwischen Ontologismus und Funktionalismus bei *Lampe*, in: *Schünemann u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001.

Strafrechtskonzeption somit gegen die Funktionalisierung der Strafrechtsdogmatik, das Ableben des Nachdenkens und das Aufleben des rechnenden Denkens. Denn mit der Funktionalisierung der Strafrechtsdogmatik stirbt das Sein des Strafrechts.

IV. Der Funktionalisierungsprozess der Strafrechtsdogmatik und die Kehre

Es soll nicht bestritten werden, dass das Strafrecht auch nach der onto-anthropologischen Theorie eine Funktion hat. Das Strafrecht kann und muss eine Funktion haben: Den Rechtsgüterschutz, er konstituiert das Strafrecht.⁶¹ Doch ist die onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts, da sie mit dem Rechtsgüterschutz dem pönalen System eine Zweckverfolgung aufgibt, in diesem Sinne nicht selbst funktionalistisch? Die Frage lässt sich erst beantworten, wenn der Begriff von Funktionalismus geklärt ist, den man der Debatte zugrunde legt. Es gibt einen großen Unterschied zwischen „Strafrechtsfunktion“ und „Funktionalisierung der Strafrechtsdogmatik“. Grundsätzlich hat jede Strafe einen Zweck zu verfolgen und ist damit im weitesten Sinne funktional.⁶² Bei der Festlegung welchen Zweck das Strafrecht aber verfolgen darf oder soll, an diesem Punkt verabschiedet sich der Funktionalismus von den anderen Straftheorien: Er beinhaltet eine Legitimation durch Erfüllung eines Zwecks, „jenseits der Verwirklichung bestimmter Werte und Ideen“.⁶³ Der Funktionalismus erhebt letztlich die Sicherheit zum Schutzgut und händigt damit die Strafrechtsdogmatik der Kriminalpolitik aus.⁶⁴ Das Strafrecht mutiert zur Sozialtechnologie und wird zu einem Instrument der Innenpolitik reduziert.⁶⁵

In der Logik des funktionalen Rechtsgüterschutzes werden die Maßnahmen, die für die Gewährleistung des Schutzes ergriffen werden, uferlos.⁶⁶ Es ist nicht mehr die

⁶¹ Statt aller *D'Avila*, *Ofensividade em Direito Penal*, 2009, S. 51.

⁶² *Murmann*, in: Koriath u.a. (Hrsg.), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, 2009, S. 189 (S. 189).

⁶³ *Kelker*, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, S. 203.

⁶⁴ Gegen eine Vermengung von Kriminalpolitik und Strafrechtsfunktion entschieden *D'Avila*, *ZIS* 2008, 485.

⁶⁵ *Hassemer*, in: Jung u.a. (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 329 (S. 329).

⁶⁶ Nach *Murmann*, Fn. 62, S. 195, leiden hierunter bis heute alle relativen Straftheorien.

Schädigung oder Gefährdung, das Loch im Netz der Gefahrensorge,⁶⁷ sondern jede Handlung potentieller Gegenstand von Strafsanktion sofern deren Unterbindung erhöhten Rechtsgüterschutz verspricht. Das ist Funktionalismus, ist rechnendes Denken. Klar erkennen wir dessen Einschlag im deutschen Strafrecht der Gegenwart.

Utilitaristisch-funktionale Erwägungen prägen insbesondere die Ausweitung des Strafrechts zur Pönalisierung terroristischer Aktivitäten und damit insbesondere die um sich greifende Vorverlagerung der Strafbarkeit.⁶⁸ Die Verfassungswidrigkeit dieser, aus dem Grund, dass die „Kosten“ für die individuelle Freiheit außer Verhältnis zum Nutzen stünde, lässt sich angesichts des Ausmaßes und Schwere der terroristischen Anschläge in Europa in den letzten Jahren nur schwerlich vertreten. Eine utilitaristische Herangehensweise aber kann der Freiheitswahrung nicht mehr zur Seite stehen sobald die Vorteile des Eingriffs für alle die Nachteile für den Einzelnen überwiegen.⁶⁹

Zurzeit ist das Strafrecht reich an dergleichen Funktionalisierung und arm an Sinn.⁷⁰ Nichts scheint außerhalb der Erwägungen von Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit.⁷¹ Die Straftat wird mit Funktion gefüllt bis sie in perfekter Tautologie in ihr aufgeht: Sie wird zu dem, was bestraft werden muss.⁷² Heute ist die Strafrechtsdogmatik damit der fruchtbare Boden der Funktionalisierung. Die Frage

⁶⁷ Siehe hierzu oben hinter Fn. 25.

⁶⁸ Siehe zur Verwendung des Begriffs der Vorverlagerung und dem Konzept der Vorverlagerung allgemein *Sinn*, in: Sinn u.a. (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 13. Zu Utilitarismus und Funktionalismus *Kelker*, Fn. 63, S. 204 ff.

⁶⁹ Was nicht heißt, dass dies nicht mit gewichtigen Argumenten versucht worden wäre, siehe *Dworkin*, in: Waldron (Hrsg.), Theories of rights, 1984, S. 153. Aus demselben Grund kann auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht die letzte Grenze des staatlichen Eingriffs ziehen. Zwar ist jener nicht etwa reiner Utilitarismus, doch eng mit diesem verwandt. Insbesondere in der Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz wurde die Verfassungskonformität auf der einen Seite mit utilitaristischen Erwägungen bejaht, etwa *Baldus*, NVwZ 2004, 1278 (1285), und aufgrund unabwägbarer Prinzipien auf der anderen Seite verneint, etwa *Merkel*, JZ 2007, 373 (381). Siehe auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hierzu in NJW 2006, 751.

⁷⁰ Der Beginn des Siegeszugs des mit der Kriminalpolitik verschmolzenen Funktionalismus wird der einflussreichen Schrift von *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, zugeordnet.

⁷¹ So *D'Avila*, Fn. 26, S. 492.

⁷² Zu dieser evident fragwürdigen Methodik des Funktionalismus' siehe *D'Avila*, Fn. 26, S. 490 mit weiteren Nachweisen.

Arthur Kaufmanns wird so aktueller denn je: „Wozu die Rechtsphilosophie Heute“?⁷³ Wir könnten fragen: Wozu die Rechtsphilosophie in diesem Horizont der Funktionalisierung? Warum das Sein des Strafrechts kennen?⁷⁴

Faria Costas onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts gibt darauf eine Antwort. In dem wir das Sein des Strafrechts erkennen, in dem wir es begreifen, erkennen wir den Strafgrund und damit auch das grundlose Strafen: Die Strafe schließt das Loch im Netz der Gefahrensorge. Wo dieses Loch nicht gerissen wird, ist die Strafe verfehlt. Der Präventionsgedanke des Funktionalismus findet in der onto-anthropologischen Grundlage des Strafrechts also seine Grenze darin, dass diese den Angriff auf ein Rechtsgut als notwendige Bedingung der Strafe erkennt.⁷⁵ Wo jener fehlt, kann keine utilitaristische Erwägung diese rechtfertigen.⁷⁶

V. Fazit

Aber warum über das Strafrecht nachdenken? Warum nachdenken in der Zeit der Technik, in der das rechnende Denken herrscht?⁷⁷ Heidegger antwortet in *Gelassenheit*: „Weil der Mensch das denkende, d. h. sinnende Wesen ist“.⁷⁸ Die

⁷³ Kaufmann, Wozu die Rechtsphilosophie Heute, 1971.

⁷⁴ Siehe zu dem Verhältnis beider Begriffe zueinander *Maihofer*, Fn. 43, S. 125: „Recht und Sein sind so nicht durch ‚Welten‘ voneinander getrennt, noch kann das Rechtliche vom Sein her als ‚Modus der Uneigentlichkeit‘, der ‚Indifferenz‘ oder gar ‚Defizienz‘ bestimmt werden. Auch das Recht steht in unmittelbarem Bezuge zum Sein, geht es doch in allem Rechtlichem ‚im Grunde‘ um nichts geringeres als um die Eigentlichkeit des Alseins, auf die der Mensch in allem ‚Sollen‘ sich ‚entwirft‘ und nach der er mit seinen ‚Normen‘ sich ‚richtet‘“.

⁷⁵ Angelehnt an das im italienischen Strafrecht tief verwurzelte Prinzip der *Offensività*, des Erfordernisses einer Rechtsgutsbeeinträchtigung, siehe zu diesem allgemein *Mantovani*, *Principi di Diritto Penale*, 2002, S. 81 ff.; *Maiwald*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht, 2009, S. 42 ff.

⁷⁶ Lesenswert *D’Avila*, Fn. 26, S. 491. Daher greift die Kritik von *Greco*, ZIS 2008, 234 (237), die „Rechtsgutslehre als konsequentialistisches Argument hat nur Augen für die Vor- und Nachteile, die von strafrechtlichen Verboten hervorgerufen werden können“ und sei nicht ontologisch, zu kurz. Ein onto-anthropologisch verankerter Rechtsgüterschutz zeigt dem Strafrecht ontologische Grenzen auf.

⁷⁷ Siehe zum Begriff *Stein*, Fn. 20, S. 155: „Die Technik ist die perfekte Objektivierung der Darstellung. [...] In der Zeit der Technik ist das Nachdenken, das den Sinn des Seins vernimmt, unheimlich“. Um es kurz zu machen: „Die Technik ist die ‚Wüste des Seins‘, in ihr ist das Sein abwesend“, *Stein*, Fn. 20, S. 129 (jeweils übersetzt aus dem Portugiesischen).

⁷⁸ *Heidegger*, *Gelassenheit*, 14. Aufl. 2008 (Rede von 1955), S. 15 f.

Problematisierung der Problemlösung ist die Hauptaufgabe der Rechtsphilosophie. So sei gesagt: Auf der Suche nach den vermeintlich richtigen Lösungen hat das Strafrecht den Sinn des Seins vergessen.⁷⁹ Das ist die wesentliche Beschränkung des Funktionalismus. Wenn wir den Sinn des Seins vergessen, vergessen wir auch, dass es die absolute Lösung für das Strafrecht und dessen Funktion nicht gibt. Man soll es nicht vergessen: Das Strafrecht ist eine gesuchte Wissenschaft (*Episteme Zetoumene*).⁸⁰

Die onto-anthropologische Grundlage des Strafrechts ist eine Schranke für den Funktionalisierungsprozess der Strafrechtsdogmatik, und kann gar dessen Kehre sein. Sie basiert auf dem onto-anthropologischen Verhältnis der Gefahrensorge. Dies ist eine metarechtlich Realität: Meine *Cura* für den Anderen und die *Cura* des Anderen für mich. Weil wir Zerbrechlichkeit sind, müssen unsere Lebensinteressen geschützt werden. Die onto-anthropologische Theorie wird so über die Rechtsgutslehre vermittelt, da der Abbruch des onto-anthropologischen Netzes sich in der Beeinträchtigung des Lebensinteresses in Form des Rechtsguts manifestiert. Die onto-anthropologische Interpretation des Verhältnisses der Gefahrensorge konstituiert nach dieser Ansicht das Strafrecht. Hierdurch kann man den ontologischen Sinn des Strafrechts zurückgewinnen, an dem es im Funktionalismus so mangelt. Diese Strafrechtsinterpretation ist Faria Costas Pionierarbeit.

⁷⁹ Anfällig ist insofern insbesondere die Systemtheorie, da in ihrem Mittelpunkt die Funktion steht, siehe hierzu *Kelker*, Fn. 63, S. 233 ff. Nach *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, Vorwort, S. VII., ist „selbst der Begriff des Subjekts ... als ein funktionaler Begriff“ zu verstehen. Dies ist das zu kritisierende seinslose Recht im wahrsten Sinne des Wortes.

⁸⁰ *Stein*, Fn. 50, S. 27 ff. Über das Konzept der gesuchten Wissenschaft siehe *Oliveira*, in: Culleton u.a. (Hrsg.), Festschrift: um tributo a Ernildo Stein, 2015, S. 119 (S. 119).