

## 6. Begriffliche Analyse der Rechtmäßigkeit von Strafe

Hegel selbst notiert in seinen privaten Bemerkungen zur Rechtsphilosophie, dass es auch an mangelndem Humor und einer ehrsüchtigen oder leicht beleidigten Unduldsamkeit gegen jedes kritische Wort liegt, wenn manche Leser die besondere Art und Diktion seiner Überlegungen insgesamt, die zur Philosophie des Rechts insbesondere, schon im Ansatz gar nicht begreifen. „Positive Rechts-Gelehrte“ und (Rechts-)Historiker wie Gustav Hugo (GW 14,2; 289) verstehen die besondere Fragestellung einer Philosophie des Rechts „gar nicht – werden ganz bös und verdrößlich darüber – Denn diß ist ein ganz anderer Boden, worauf man die Sache verpflanzt, – Boden des Begriffs“ (GW 14,2; 303). Umgekehrt beklagt sich nicht nur Hugo in seiner polemischen Rezension von Hegels Rechtsphilosophie im Göttingischen Gelehrten Anzeiger (vgl. GW 14,3; 1229-1232) darüber, dass z. B. nicht einzusehen sei, warum „die Ehe unter Blutsverwandten als ‚dem Begriffe zuwider‘ verworfen“ werden müsse (GW 14,3; 1232). Hugo bezieht sich dabei auf Grundlinien § 168 = GW 14,1; 150: „Weil es ... diese ... eigene Persönlichkeit der beyden Geschlechter ist, aus deren *freyen Hingebung* die Ehe hervorgeht, so muß sie... geschlossen werden... aus getrennten Familien“. Hegel begründet hier das Verbot der Geschwisterehe nicht über ein Inzesttabu, also über unsere Erfahrungen mit Degenerationen bei Inzucht, auch nicht über ein willkürliches positives Recht, sondern unter Verweis auf Idee oder Form der Institution der Ehe als freier Gründung einer neuen Familie, in der man den „bekannten und in aller Einzelheit vertrauten“ (GW 14,1; 149) Kreis der eigenen Familie, also der Geschwister, überschreiten muss. Hegel sagt also, die Praxisform der Ehe, nicht irgendein Naturgesetz verlange, dass die Geschwisterehe ausgeschlossen sei. Dem entsprechend schließt *der Begriff* der Ehe, da er ja nur die Idee explizit artikuliert, die Ehe zwischen Nahverwandten aus. Hugo dagegen versteht den „Begriff des Begriffs“ ganz offenbar wie die meisten Hegelleser als *willkürliche Verbaldefinition*. Die Ehe wiederum betrachtet er als rein durch positivrechtliche Gesetze bestimmt. Er wundert sich daher, warum *das bloße Wort „Ehe“* es verbieten solle, dass die Geschwisterehe rechtlich verboten werde – und missversteht eben damit den Gedanken-gang Hegels.

Hegels Unternehmung einer Reflexion auf die ‚philosophischen‘ Grundlagen des Rechts zielt explizit darauf ab, auch dem Laien, der denken kann, die Gründe für die Praxisform von Staat und Recht, dabei auch die Zentrierung von Sanktionsmacht und die Spezialisierung von Funktionsträgern im Rechtssystem und der Rechtspflege einsehbar zu machen. Dabei greift er mit völligem Recht die Arroganz selbsternannter Experten an, und zwar sowohl in der Religion (es ist rein ironisch, wenn er schreibt „Layen verstehen nichts von Religion“, GW 14,2; 305) als auch in den Institutionen und den Wissenschaften. Die begrifflichen Überlegungen der Philosophie werden ja bis heute als angeblich nicht genügend ‚empirisch‘ informiert angesehen. Oder man weist auf einen angeblichen Mangel an Sachwissen hin, ohne zu bemerken, dass ein Wissen über die Gesamtform einer Praxis wie etwa auch ein Wissen über die Form einer Kartographie von ganz anderer Art ist als das Wissen über einen speziellen Bereich, sagen wir, das Amazonasgebiet. Hegel reagiert auf Hugos beleidigte Form der Kritik an einem philosophischen Zugang zum Recht und zugleich gegen die Überschätzung von Spezialwissen, wo er schreibt: „solche Juristen sehen die übrigen Menschen als ihre Rechtsleibeigenen an“ (GW 14,2; 305).

Hegels ‚Theorie‘ der Strafe im Sinne einer begrifflichen Explikation ihrer wesentlichen Momente im Kontrast zu Rache und Ausführung eines willkürlichen und an Einzelpersonen gerichteten Befehls, nachdrücklich gemacht durch eine zugehörige bedingte Drohung, findet sich nun in den „Grundlinien“ §§ 91-103.<sup>13</sup>

„§ 91. (...) Es kann nur der zu etwas gezwungen werden, der sich zwingen lassen will.“ Das ist der zentrale Merksatz Hegels gegen die leider sogar auch noch bei Feuerbach zu findende Vorstellung, Strafandrohungen ‚wirken‘ auf Personen ‚psychisch‘ und damit effizienzkausal ein und schafften es so, sie von einem Verbrechen abzuhalten. Drohungen als Sprechhandlungen ‚wirken‘ gar nicht ‚kausal‘ (im Sinne einer *causa efficiens*), können aber Folgen haben für das freie Urteilen und Handeln der Personen.

„§ 92. (...) Gewalt oder Zwang ist ..., abstract genommen, *unrechtlich*.“ An sich oder im Allgemeinen ist jede Ausübung von Zwang, in dem die „physische ... Seite unter die Gewalt anderer gebracht wird“, wie § 91 sagt, *widerrechtlich*, gerade weil er die *Frei-*

13 Vgl. dazu GW 14,1; 88-96.

heit des anderen zerstört, ihn als bloßen Leibkörper und nicht als frei handelnde Person behandelt.

„§ 93. Der Zwang hat davon, daß er sich in seinem Begriffe zerstört, die reelle Darstellung darin, daß Zwang durch Zwang aufgehoben wird; er ist daher nicht bloß bedingt rechtlich, sondern nothwendig, – nemlich als zweyter Zwang, der ein Aufheben des ersten Zwangs ist.“

Wenn wir sagen und sehen, dass privat ausgeübter Zwang erstens eine Art Gegenzwang natürlich hervorruft – ich *wehre* mich instinktiv, wenn mich z. B. jemand *festhält* – und zweitens in einem entwickelten Staat durch explizite rechtliche Androhungen von Gegenzwang ‚aufgehoben‘ wird, dann zeigt sich eben darin der Sinn und die Wahrheit des Satzes, dass sich ein Zwang in seinem Begriff zerstört. Eine Institution als Form der Kooperation, die Zwang duldet, also die Willkürfreiheit anderer beliebig mit Gewalt (oder dann auch vermittelt durch Gewaltandrohungen) einzuschränken erlaubt, kann gerade im Interesse der Freiheit der Personen selbst nicht geduldet werden. Daraus ergibt sich, und eben das ist das zentrale Argumentationsziel, dass sich die zweit- bzw. metastufige Androhung von Zwang gegen einen möglichen ‚ersten Zwang‘, also gegen das Verbrechen als den Bruch anerkannter Normen kooperativer Freiheit im Sinn von § 95, kategorial von einem erststufigen Zwang unterscheidet – und nicht etwa bloß deswegen, weil er zeitlich als ‚Reaktion‘ gegen eine Aktion nachfolgt. Der erste Zwang ist *privat*, der zweite *öffentlich*. Im ersten Fall handeln Einzelpersonen, im zweiten die *civitas*, der Staat.

„§ 94. Das abstracte Recht ist *Zwangrecht*, weil das Unrecht gegen dasselbe eine Gewalt gegen das *Daseyn* meiner Freyheit in einer *äußerlichen* Sache ist; die Erhaltung dieses Daseyns gegen die Gewalt hiemit selbst als äußerliche Handlung und eine jene erst aufhebende Gewalt ist.“

Der Titel „das abstrakte Recht“ steht bei Hegel grundsätzlich für den allgemeinsten Rahmen jeder Rechtsordnung. Ein rein phänomenologischer Zugang zu Gesetz und Recht wie im Standardwerk der analytischen Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts in Großbritannien, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*<sup>14</sup>, argumentiert (z.B. p. 26ff und pas-

14 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn., Oxford, Clarendon, 1964 (1<sup>st</sup> edn. 1961).

sim) zugunsten der phänomenalen Vielfalt von Normen mit diversen sozialen Funktionen. Es wird eine vermeintliche Angleichung von Gesetzen des Entitlements oder Empowerments an ein Strafrecht kritisiert. Während Strafgesetze bedingte Sanktionen androhen, weisen Rechte der Ermächtigung bestimmten Personen eine gewisse soziale Macht zu, die sogar darin bestehen kann, Gesetze oder andere Anordnungen zu erlassen und durchzusetzen. Hegel dagegen argumentiert ganz offenbar für die von Hart vehement abgelehnte bloße Theorie oder falsche Idee, nach welcher das Strafrecht das Skelett aller Legalität und das Rückgrat staatlicher Ordnung ist. Hart hält es für grotesk, den Begriff der Sanktion so auszuweiten, dass auch der Verlust eines hohen sozialen Status darunter falle. Für Hegel steht das Strafrecht im Zentrum des abstrakten Rechts, weil alle Ermächtigungsrechte nur vor dem Hintergrund einer allgemein anerkannten Sanktionsordnung möglich sind. Während also Hart wie alle anderen deskriptiv-phänomenalen oder empirisch-historischen Zugänge eine flache Darstellung des begrifflichen Nebeneinanders von Strafrecht, Verwaltungsrecht und bürgerlichem Recht zur Folge hat, besteht Hegel darauf, dass es hier eine methodische Ordnung gibt: Das abstrakte Recht und in ihm ein grundsätzlich allgemein anerkanntes Strafrecht bildet die transzendentale und d. h. präsuppositionspraktische und voraussetzungslogische Grundlage von jedem Machtzuweisungsrecht und den entsprechenden Gesetzen. Gäbe es keine Sanktionsmacht des Staates, dann gäbe es z. B. nicht die Institution des Eigentums, die sich als gesetzlich geregelte Verfügungsmacht als solche ganz wesentlich von einem vorrechtlichen Besitz einer Habe unterscheidet, die im basalsten Sinn beim Ort oder dem Ding, auf dem ich sitze, oder dem Gegenstand, den ich in der Hand halte, beginnt.

Ein Verbrechen ist Bruch einer anerkannten Ordnung und ist daher in gewissem Sinn analog zu einem Kategorienfehler. Klassisches Beispiel eines solchen Fehlers ist „Cäsar ist eine Primzahl“. Ein solcher Satz wird traditionell als unendlich falsches Urteil bezeichnet. Das muss man wissen, um zu verstehen, warum Hegel sagen kann, ein Verbrechen sei „ein negativ-unendliches Urteil“ (§ 95). Damit drückt er erstens aus, dass in der verbrecherischen Tat vom Täter implizit mitbehauptet wird, die Tat sei für ihn in Ordnung. Diese Behauptung erweist sich aber sofort als unendlich falsch, weil es gar keine Richtigkeit bloß für mich gibt.

Daraus ergibt sich, dass der Verbrecher im Verbrechen seine eigene *Rechtsfähigkeit* im Sinne der Kompetenz, überhaupt weiter mitzurichten, was rechtlich und moralisch gut ist, negiert. Das wiederum heißt, dass der Verbrecher kein Recht mehr hat, über Recht und Unrecht zu urteilen, gerade weil er die Formen und Normen dieses Urteilens in seinem Tun sozusagen mit Füßen tritt. Damit stellt sich der Verbrecher selbst außerhalb des Kreises der moralisch-rechtlichen Personen auf.

Ein Verbrecher kann in den Kreis der kompetenten Rechtspersonen nur dadurch wieder aufgenommen werden, dass er das Unrichtige seiner Handlung erkennt und die Strafwürdigkeit seines Tuns anerkennt. Es ist nun gerade der Vollzug der Strafe, in welchem wir ihn als Person wieder anerkennen: Wir nehmen damit die Person ‚an sich‘, also allgemein betrachtet, wieder in den Kreis der freien Personen auf. Im (hoffentlich seltenen) Fall der Todesstrafe geschieht dies freilich rein symbolisch, in einer Art Zuschreibung der personalen bzw. bürgerlichen Würde *trotz* des Verbrechens *nach* Vollzug der Strafe.

„Daß die Strafe darin als *sein* eigenes *Recht* enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges (also als Vernunftwesen) geehrt“ (GW 14,1; 93). Wer sich der Verurteilung entzieht, etwa auch durch Selbsttötung, verdient diesem Gedanken zufolge übrigens auch nicht die postume Anerkennung als humane Person, erst recht nicht, wenn sein Verbrechen gegen die *humanitas* horrend gewesen ist. „Diese Ehre wird ihm (sc. dem Verbrecher) nicht zu Theil, wenn aus seiner That selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; – eben so wenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sey, oder in den Zwecken der Abschreckung oder Besserung“ (GW 14,1; 93).

Beccarias Argument, man könne die Anerkennung der Todesstrafe für Kapitalverbrechen nicht annehmen, also dass „im gesellschaftlichen Vertrage die Einwilligung der Individuen, sich tödten zu lassen, enthalten sei“ (GW 14,1; 92) konträr Hegel erstens mit der Ablehnung der hobbesianischen Prämisse. „Allein der Staat ist überhaupt nicht ein Vertrag..., noch ist ... die Sicherung des Lebens und Eigenthums der Individuen als Einzelner so unbedingt sein substantielles Wesen“ (a.a.O.). Der Staat als die *politeia* und *civitas*, die uns als allgemeine Verfassung menschlicher Gemeinschaftlichkeit allererst zu Personen mit Wissen

und freiem Können und zu Bürgern mit positiven Rechten des Entitlements – auch als Amtsträger – in gesellschaftlichen Kooperationen macht, ist „das Höhere“, welches unter gewissen Umständen am Ende doch die Aufopferung von Eigentum und Leben fordern kann, und zwar nicht bloß, wenn eine entsprechende Strafe gerechtfertigt ist, sondern auch im freien Engagement des Bürgers für die Bürgerschaft bzw. den Staat, etwa im Falle irgendwelcher allgemeiner Gefährdung. Wie oben aber schon gesagt wurde, darf dabei nicht einfach ein Einzelner ‚geopfert‘ werden. Aus der Überlegung folgt noch keine Rechtfertigung der Todesstrafe, wohl aber die Widerlegung Beccarias, der nur zufällig mit unserer heute allgemeinen Ablehnung der Todesstrafe übereinstimmt und daher als modern gilt.

Dabei sind auch nach Hegel alle Vorstellungen unsinnig, die mit einer scheinbar gleichen ‚Quantität‘ von Verbrechen und Strafe operieren, wie etwa die Drakonische Regel, dass jeder Mord mit dem Tode bestraft werden soll (§ 96; vgl. dazu auch Enz. § 529). Denn die *Höhe der Strafe* ist, wie viele kluge Strafrechtler lange vor Hegel schon sehen, nur durch die *allgemeinen* Notwendigkeiten einer das freie Handeln der Person zureichend schützenden allgemeinen Strafandrohung gegeben. Eine gefestigte Bürgerschaft und ein ‚starker‘, d. h. von allen oder den meisten anerkannter Staat kann sich, wie Hegel erklärt, völlig liberale Gesetze leisten. Die konkrete Ausprägung der allgemeinen Institution der Strafandrohung als Schutz der Gesetze in der Rechtpflege ist daher immer auch abhängig von dem, was eine Gesellschaft ohne Gefahr für das Bestehen ihrer Freiheitsformen an Abweichung vom allgemeinen Recht mehr oder minder tolerieren *kann* (§ 218). Im Fall der Kriegsdienstverweigerung von Quäkern und anderen derartigen Gruppen zeigt Hegel, dass sie trotz der damit entstehenden partiellen Ungerechtigkeit manche ‚falsche‘ Meinung und Haltung auch tolerieren *sollte* (§ 270).

„§ 97. Die geschehene Verletzung des Rechts als Rechts ist zwar eine *positive* äußerliche *Existenz*, die aber *in sich* wichtig ist.“ Diese Nichtigkeit manifestiert sich gerade darin, dass die Verletzung aufgehoben werden muss – ich würde sagen: wie eine Krankheit –, und zwar durch eine „*in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung*“. Im Falle eines Eigentumsdelikts geht es dabei zunächst nur um Ersatz und zivile Genugtuung (§ 98).

Die Verletzung des Rechts aber als des *an sich* seienden gemeinsamen Willens ist ebenfalls nichtig, verneint das Recht und den gemeinsamen Willen, und muss deswegen noch auf andere Weise als durch bloße Kompensation aufgehoben werden (§ 99).

„Die positive Existenz der Verletzung ist nur als der *besondere Wille des Verbrechers*.“ Das heißt, der Verbrecher will bzw. anerkennt *an sich* das Recht, das er kennt, aber *als Einzelner* nimmt er sich auf besondere Weise aus. Er ist damit der typische Trittbrettfahrer. Der Gedanke ist durch und durch kantianisch. Der Unterschied zu Kant ergibt sich ‚nur‘ daraus, dass die geschichtlich tradierte Sittlichkeit und als Teil von ihr das positive Recht in Staat und der Gesellschaft, in denen wir zu Bürgern und freien Personen mit den entsprechenden Handlungsmöglichkeiten werden, bei Hegel als längst schon anerkannt eingesehen sind. Das aber ist ein zentraler Unterschied. Denn Kant teilt im Grundsatz die höchst problematische Ansicht einer ebenso subjektivistischen wie skeptizistischen ‚Aufklärung‘. Nach dieser scheint es so, als hätte die Tradition unserer institutionellen Formen und sittlichen Normen an sich keinen *direkten Anspruch* auf meine Anerkennung, da es ja, wie man meint, auch geschehen kann, dass *Traditionen unvernünftig* sind. Demnach müssten sie sich erst vor meinem kritischen Urteil als vernünftig beweisen. Das aber könnte bestenfalls bedeuten, dass sie mir kontingerterweise einleuchten. Man meint so z.B., die formelartigen Prinzipien und gesetzesartigen Ausdrucksformen des Ethos bedürften zur Anerkennung sozusagen meiner nickenden Zustimmung oder sie könnten durch einfaches Kopfschütteln aufgehoben werden. Das aber ist ein völlig falsches Bild dessen, was es heißt, dass ethische Normen und rechtliche Gesetze *gelten* und dabei auch längst schon je von uns im Allgemeinen *anerkannt sind*, unabhängig davon, welchen Kommentaren zu ihnen wir im Besonderen unsere Zustimmung geben oder wie ich im Einzelnen handle.

Während Paul Feuerbach die Institution der Strafe dadurch rechtfertigt, dass nur über sie Strafandrohungen motivationell wirksam werden (GW 14,1; 92), betont Hegel, dass auch Feuerbach, wie alle anderen von ihm kommentierten Begründungen der Strafe, die Begründung „voraussetzen, daß das Strafen an und für sich *gerecht* sei.“ Hegel fährt (a.a.O.) so fort: „In dieser Erörterung kommt es allein darauf an, daß das

Verbrechen und zwar nicht als die Hervorbringung eines *Uebels*, sondern als Verletzung des Rechts als Rechts aufzuheben ist.“

Die Bezugsstellen, auf die Hegels Überlegungen sozusagen reagieren, sind in GW 14,3; 1108-1129 schön zusammengestellt. Es finden sich Bezüge zu Platon, Seneca, Fichte, Thibaut, etc. Dabei sind besonders interessant Paul Johann Anselm Feuerbach, Ernst Ferdinand Klein, ferner Grolman, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* und Beccaria, *Von Verbrechen und Strafen*. Obwohl sich Hegel, wie der § 99 zeigt, mit dem Stand der damaligen Diskussion um eine Begründung des Rechts nicht zufrieden zeigt, befindet sich die Debatte, auf die er sich bezieht, durchaus schon auf recht hohem Niveau. Das zeigt insbesondere ein Vergleich zu Hart. Dieser motiviert seine Überlegungen in *The Concept of Law* gleich zu Beginn (p. 1-2) über die offensichtliche Unzulänglichkeit gnomischer Orakel der folgenden Form: „‘What officials do about disputes is... the law itself’ (Llewellyn, *The Bramble Bush*, 2<sup>nd</sup> edn. 1951, p. 9); ,The prophecies of what the courts will do... are what I mean by the law’ (O.W. Holmes, ‘The Path of the Law’, in *Collected Papers*, 1920, p. 173); Statutes are ,sources of Law ... not parts of the Law itself’ (J. C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, 1902 p. 276); ,Constitutional law is positive morality merely’ (Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, Lecture VI, 1954 edn., p. 259); ,One shall not steal; if somebody steals he shall be punished. .... If at all existent, the first norm is contained in the second norm which is the only genuine norm. ... Law is the primary norm which stipulates the sanction’, Kelsen, *General Theory of Law and State* 1949, p. 61.” Die Aporien dieser bedauernswert schwachen Formulierungen führen Hart, wie lange zuvor schon Hegel, zu den folgenden Fragen: „How does law differ from and how is it related to orders backed by threats? How does legal obligation differ from, and how is it related to, moral obligation? What are rules and to what extent is law an affair of rules?” (p. 13).