III. Strafen

1. Das Dilemma der Vergeltung

Diesem Angriff – in Hegels Terminologie: dieser Negation – wird im Akt der Bestrafung widersprochen; mit Hegel gesprochen wird er negiert. Vergeltung ist nichts anderes als diese Negation der Negation[214]. Derlei Wendungen sind aus der straftheoretischen Diskussion in Geschichte und Gegenwart hinlänglich vertraut. Nicht selten sind sie allerdings zum Gegenstand derben Spotts gemacht worden: Dunkle Worte ohne greifbaren Inhalt, bloße Gedankenlyrik, die dem Rationalitätsanspruch der Moderne, zumal wenn es um ein so ernstes Geschehen wie die Verhängung von Strafen geht, nicht im Entferntesten gerecht werde[215]. Etwas dunkel zu finden ist freilich nicht per se ein Zeugnis überlegener Intellektualität; nach einem Spottwort Lichtenbergs können „die Elefanten und die Pudelhunde […] wer weiß was dunkel finden“[216]. Zwar trifft es zu, dass Hegels Präzision mitunter den Eindruck des Vagen erzeugt[217]. Dieser Eindruck lässt sich indessen zerstreuen; dies möchte ich nachfolgend versuchen.

Ansetzen möchte ich bei einem allgemeinen Bedenken, dem sich die hier skizzierte Konzeption ausgesetzt sieht. Dieses Bedenken kann man in Anlehnung an Möllers als das *Dilemma der Vergeltung* bezeichnen. Von einer angemessen Straftheorie erwarten wir danach einerseits, dass sie einen sachlich plausiblen Konnex zwischen dem Gehalt der verletzten Norm und der Sanktion „Strafe“ zu etablieren vermag. Andererseits aber verlangen wir von der Strafe, Distanz zum Normbruch zu halten, diesen also nicht als Sanktion verkleidet zu wiederholen[218]. Gerade weil die Vergeltung der erstgenannten Anforderung überaus gut gerecht wird, scheint sie der zweiten Anforderung

214 *Hegel* (Fn. 58), § 97 Z (S. 186).
215 Exemplarisch *Hawkins*, in: Grupp (Hrsg.), Theories of Punishment, 1971, S. 16; *Zürcher*, Legitimation von Strafe, 2014, S. 73 ff.
216 *Lichtenberg*, Aphorismen, 1976, S. 94.
217 *Ritter* (Fn. 154), S. 96 f.
218 *Möllers* (Fn. 34), S. 175.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

umso weniger zu genügen. Verbirgt sich hinter ihrer ehrfurchtgebietenden terminologischen Fassade nicht vielmehr ein moralisch höchst anrüchiges Anliegen: der Wunsch nach Rache? Kein Philosoph hat diesen Vorwurf eindringlicher artikuliert als Schopenhauer: „Alle Vergeltung durch Zufügung eines Schmerzes, ohne Zweck für die Zukunft, ist Rache, und kann keinen anderen Zweck haben, als durch den Anblick des fremden Leidens, welches man selbst verursacht hat, sich über das selbst erlittene zu trösten. Solches ist Bosheit und Grausamkeit, und ethisch nicht zu rechtfertigen.“[219]

Die Bedenken gegen ein krudes Vergeltungsdenken waren im 19. Jahrhundert allerdings nicht auf philosophische Außenseiter wie Schopenhauer beschränkt. Auch Friedrich Julius Stahl, der Rechtsphilosoph des preußischen Konservativismus, wies nachdrücklich auf die offene Flanke jenes Modells der Strafbegründung hin: „wie kann eine Wiederherstellung der verletzten Ordnung darin liegen, daß dem Verletzer ein Uebel zugefügt wird, was die Strafe unläugbar ist? Dadurch, daß ein zweites Uebel in die Welt kömmt, ist nicht der Widerspruch, den das erste enthält, aufgehoben.“[220] Stahl griff hier auf eine Erwägung zurück, der einige Jahrzehnte zuvor ausgerechnet der von Schopenhauer gehasste Hegel beredten Ausdruck verliehen hatte: Es sei unvernünftig, ein Übel bloß deshalb zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden sei[221]. Im Lichte dieser Kritik sind vergeltungstheoretische Strafbegründungen nur unter der Voraussetzung akzeptabel, dass es ihnen gelingt, der Strafe einen über die von Hegel perhorreszierte negative Sequenz zweier Übel hinausgehenden *positiven* Sinn zuzuschreiben, ohne dabei auf das Arsenal der herkömmlichen Präventionslehren – Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung – zurückzugreifen. Wie anspruchsvoll diese Aufgabe ist, zeigt sich daran, dass ihr selbst ein so großer Philosoph wie Kant nicht gerecht geworden ist.

219 *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung I, in: ders., Werke in fünf Bänden, hrsg. von Lütkehaus, Bd. 1, 1991, S. 451.
220 *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. II/1, 5. Aufl. 1878, S. 165 f.
221 *Hegel* (Fn. 58), § 99 A (S. 187).

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zwar lässt sich eine Praxis des Verantwortlichmachens nach Maßgabe des Verdienten in einem unter der Idee der Freiheit operierenden System ethischer und juridischer Zurechnung als Ausdruck des *Respekts* vor dem Täter begreifen und legitimieren, der von seiner Fähigkeit zur Weltgestaltung aus freien Stücken nun einmal so (nämlich in pflichtwidriger Weise) und nicht anders (nämlich pflichtgemäß) Gebrauch gemacht hat[222]. Hegel wird diesen Gedanken in die berühmte Formel kleiden, dass der Täter durch seine Bestrafung als Vernünftiges geehrt werde[223]. Damit wird jedoch nicht begründet, weshalb die Praxis des strafrechtlichen Verantwortlichmachens die Inaussichtstellung und Zufügung von *Schmerz* beinhalten darf. Dass dem so sei, ist in Kants System kein spezifisch rechts- oder gar strafrechtsphilosophischer Satz. Das eindeutigste Bekenntnis Kants zur Vernunftnotwendigkeit der Verbindung von sittlichem Gebot und Sanktionsdrohung findet sich vielmehr in einem seiner Beiträge zur Religionsphilosophie, dem *Theodizee*-Aufsatz[224]. Im Hintergrund dieser Ausführungen steht denn auch ein Theodizeeproblem, nämlich „das Mißverhältnis zwischen der Straflosigkeit der Lasterhaften und ihren Verbrechen in der Welt“[225] – ein Missverhältnis, das Kant in das Begriffspaar „Glückseligkeit versus Glückswürdigkeit“ kleidet. Zur Glückseligkeit, der „Befriedigung aller unserer Neigungen“[226], treibe den Menschen seine Natur an. Die Vernunft schränke ihn demgegenüber „auf die Bedingung der Würdigkeit glücklich zu sein, d. i. der Sittlichkeit“ ein[227]. In vollem Maße glückswürdig ist nach Kant deshalb nur eine solche Person, deren Wille sich stets im Einklang mit der allgemeinen Ge-

222 In diesem Sinne etwa *Duff* (Fn. 152), S. 133; *ders.*, in: (Fn. 176 – Retributivism), S. 14; *Holtman*, in: (Fn. 176 – Retributivism), S. 116; *Markel* (Fn. 176), S. 51 f.; *Shuster*, Punishment and the History of Political Philosophy, 2016, S. 101 ff.

223 *Hegel* (Fn. 58), § 100 A (S. 191).

224 *Kant*, Über das Mißlingen aller philosophischen Versuche in der Theodizee, AA, Bd. 8, 1923, S. 257; inhaltlich übereinstimmend bereits *ders.*, Kritik der praktischen Vernunft, AA, Bd. 5, 1908, S. 37 f.

225 *Kant* (Fn. 224 – Mißlingen), AA, Bd. 8, S. 257.

226 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B 834, AA, Bd. 3, 1904, S. 523; näher *ders.* (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 124 (A 224).

227 *Kant*, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, AA, Bd. 7, 1917, S. 326.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzgebung der Vernunft befinde; glücksunwürdig sei der Einzelne hingegen, weil und insoweit sein Wille der Moralität widerstreite[228].

Wer verbrecherische Handlungen begeht, verwirkt nach Kant aus diesem Grund gemäß dem Ausmaß seiner Schuld seine Würdigkeit, die Annehmlichkeit des Lebens zu genießen[229]. Seine Bestrafung mache diese Glückswürdigkeitseinbuße äußerlich sichtbar und physisch erfahrbar[230]. Dieser Argumentationsgang steht jedoch in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zu Kants Unterscheidung zwischen ethischer und juridischer Gesetzgebung[231]. Wer sich nur aus Furcht vor Strafe rechtstreu verhält, genügt danach zwar den Anforderungen der juridischen Gesetzgebung. Moralisch gesehen ist er jedoch ein Sünder[232]. Ein solcher aber ist keineswegs glückswürdig. Aus gutem Grund dient Kant das Postulat des Einklangs von Glückseligkeit und Glückswürdigkeit sowohl in der *Kritik der reinen Vernunft* als auch in der *Kritik der praktischen Vernunft* in erster Linie dazu, die moralische Notwendigkeit Gottes zu erweisen[233]. Als „Herzenskündiger"[234] ist dieser dazu imstande, „auch das Innerste der Gesinnungen eines jeden zu durchschauen und, wie es in jedem gemeinen Wesen sein muß, jedem, was seine Thaten werth sind, zukommen zu lassen"[235]. Ein menschlicher Richter ist zu einem solchen Blick ins Innere eines Anderen weder berechtigt noch in der Lage[236].

Dessen ungeachtet geht Kant offenbar davon aus, dass im juridischen Bereich eine abgeschwächte Version der Verknüpfung von

228 *Kant*, Über den Gemeinspruch, AA, Bd. 8, 1923, S. 278.
229 *Kant* (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 37 (A 66).
230 *Kant*, Metaphysik der Sitten Vigilantius, AA, Bd. 27/2/1,1974, S. 552.
231 *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 218 ff.
232 *Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA, Bd. 6, 1914, S. 30.
233 *Kant* (Fn. 226), B 832 ff., AA, Bd. 3, S. 522 ff.; *ders.* (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 124 ff. (A 223 ff.).
234 *Kant* (Fn. 232), AA, Bd. 6, S. 99, 439.
235 *Kant* (Fn. 232), AA, Bd. 6, S. 99.
236 So schon *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, 1799 (ND 1966), S. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Glückseligkeit und Glückswürdigkeit Geltung beansprucht[237], dergestalt, dass der Kreis der glückwürdigkeitsmindernden Verhaltensweisen dort auf rechtspflichtwidrige Handlungen beschränkt, die Strafduldungspflicht der Delinquenten nach Grund und Umfang an diesen Handlungen ausgerichtet und die Strafe ihnen im Rahmen eines emotionsabsorbierenden und streng rechtsgebundenen Verfahrens auferlegt werde[238]. Bei Kants Versicherung, diese Praxis entspreche „unsere[r] Idee von der Gerechtigkeit"[239], handelt es sich freilich um eine bloße Evidenzbehauptung[240]. Seine Strafbegründung enthält deshalb allenfalls „die Anerkennung der Nothwendigkeit, daß das Strafrecht aus der Vernunft oder aus der Idee der Gerechtigkeit hergeleitet werden müsse, nicht aber die wirkliche Herleitung"[241].

2. Strafe als „Symbol der Strafwürdigkeit"

Worin also liegt das Positive des negierend-vergeltenden Widerspruchs gegenüber dem Verbrechen? Der Ausgangspunkt der von mir vorgeschlagenen Antwort liegt in dem simplen, auf den ersten Blick geradezu banalen Umstand, dass derjenige, der eine Straftat begeht, und derjenige, der ihn dafür zu einer Strafe verurteilt, *eines* gemeinsam haben, nämlich ihre Eigenschaft als Handelnde. Ihr verbrecherisches bzw. strafendes *Handeln* – nicht eine abstrakte Wesenheit wie „das Verbrechen" oder „die Strafe" – ist Gegenstand der Verurteilung

237 So auch die Kant-Deutungen bei *Dusch*, Staat und Strafe, 2011, S. 245 f., 249 f., 274, 293; *Fleischacker*, Kant-Studien 79 (1988), 446 ff.; *Hüning*, in: ders. u. a. (Hrsg.), Aufklärung durch Kritik, 2004, S. 348 f.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 23 f., 38; *Shell*, Kantian Review 1 (1997), 122 f.; *Shuster* (Fn. 222), S. 110 ff.

238 In diesem Sinne *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 460 f.; *ders.* (Fn. 227), AA, Bd. 7, S. 270 f.

239 *Kant* (Fn. 230), AA, Bd. 27/2/1, S. 552.

240 *Brandt*, in: Schönrich/Kato (Hrsg.), Kant in der Diskussion der Moderne, 1996, S. 435; *Scheid*, Ethics 93 (1983), 274.

241 *Luden*, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts, Bd. 1, 1847, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bzw. der Legitimation. Ebenso wie der verbrecherischen Handlung kommt auch der Handlung des Bestrafens der Charakter einer Stellungnahme zu. Stellungnahmen aber umfassen, wie gesehen, stets *zwei* Aussagen: Indem sie etwas Bestimmtes bejahen, verneinen sie anderes, und umgekehrt[242]. Mit seinem Ja zu der von ihm verwirklichten rechtswidrigen Handlungsalternative spricht der Straftäter zugleich ein implizites Nein zu den Anforderungen der von ihm verletzten Norm[243]. Auch das über die Rechtsfolge des Beschuldigtenverhaltens urteilende Gericht sieht sich einer Handlungsalternative gegenübergestellt – der Frage, ob es jenes Verhalten für strafbar erklären soll oder nicht. Indem es diese Frage im erstgenannten Sinne beantwortet, weist das Gericht einerseits die vom Delinquenten in die Welt gesetzte Gegennorm zurück, hält ihr also ein Nein entgegen. Andererseits bestätigt und bekräftigt es dadurch die Maßgeblichkeit der von dem Bestraften gebrochenen Normenordnung.

Die Bestrafung ist demnach in erster Linie ein *Zeichen*, mit Kant kann man auch sagen: ein „Symbol der Strafwürdigkeit“[244]. Durch Symbole werden sinnliche Einzelinhalte zu Trägern allgemeiner geistiger Bedeutungsgehalte geformt[245]. „Ihr Gehalt geht rein und vollständig in der Funktion des Bedeutens auf.“[246] So verhält es sich auch mit der Strafe. Ihre legitimationstheoretisch tragende Bedeutung besteht darin, ein kommunikativer Akt, und zwar eine „aus der Negation des Verbrechens entspringende Position des Rechtes“[247] zu sein[248]: „Punishment as Language“[249]. Die Entscheidung über Bestrafung oder

242 Oben S. 16 f.
243 Oben S. 33.
244 *Kant*, Brief an Johann Benjamin Erhard, AA, Bd. 11, 1900, S. 398.
245 *Cassirer*, Der Begriff der symbolischen Form im Aufbau der Geisteswissenschaften, in: ders., Werke (Fn. 117), Bd. 16, 2003, S. 79.
246 *Cassirer* (Fn. 123), S. 40.
247 *Hälschner* (Fn. 211), S. 15.
248 Im deutschen Sprachraum wird diese Position am prominentesten vertreten von *Jakobs* (Fn. 79), S. 112; *ders.* (Fn. 131), S. 32 f.; *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 25 f. – Für den englischsprachigen Bereich vor allem *Duff* (Fn. 153), S. 79 ff.
249 So der programmatische Titel eines Aufsatzes von *Primoratz*, Philosophy 64 (1989), 187 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nichtbestrafung gehört insofern, anders als von den Präventionstheorien angenommen, nicht dem Bereich der *Poiesis* an, sondern dem der *Praxis*: Sie *dient* nicht der kollektiven Selbstvergewisserung, der Beantwortung der Frage: „Wer wollen wir sein?“, sie *vollzieht* diese Selbstvergewisserung[250].

Dadurch werden die individual- und gesellschaftsgestalterischen Erwartungen und Hoffnungen, die sich an diesen Handlungsvollzug knüpfen, freilich nicht für illegitim erklärt[251]; sie rücken aber legitimationstheoretisch in die zweite Reihe[252]. Selbstverständlich ist es begrüßenswert, dass die Praxis des Bestrafens deliktsgeneigte Bürger abschreckt und die rechtstreuen Bürger in ihrer Haltung bestärkt[253]. In den Worten Hälschners ist dies schon deshalb wichtig, weil im „wohlgeordneten, gesunden Staatsleben“ zwar die einzelne verbrecherische Tat nicht sofort die Staatsgewalt in ihrer Machtstellung zu gefährden vermag. Dies gilt aber „nur unter der Voraussetzung, daß das Recht fortdauernd seine Macht in der Tilgung der Verbrechen bethätigt und damit sich im Bewußtsein der Verbrecher wie aller Anderen in seiner Autorität und Machtstellung behauptet“[254]. Die hiesige Konzeption verbietet mithin nicht die Freude über die verschiedenen individual- und sozialpsychologischen Folgen des Strafens. Sie lehnt es lediglich ab, die *Legitimität* der Strafe maßgeblich auf ihre Eignung zur Erreichung dieser Folgen zu stützen. Dies zu tun hieße nämlich, nicht mehr, wie es dem Bedeutungsgehalt der Strafe entspricht, *mit* dem Delinquenten zu sprechen, sondern *vermittels seiner* mit *anderen* Personen. Dies aber würde den Betreffenden, mit der bekannten Kritik Kants an den präventionstheoretischen Strafbegründungen gesprochen, unter die Gegenstände des Sachenrechts mengen[255], ihm also die ihm ge-

250 *Jakobs*, in: Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, S. 36; *ders.*, EuS 12 (2001), 108; *ders.* (Fn. 85), S. 59 f.; *Duff* (Fn. 153), S. 88 f.

251 Klarstellend *Lacey* (Fn. 176), S. 185.

252 Ebenso *Duff* (Fn. 153), S. 89; *ders.* (Fn. 152), S. 134; *Gärditz* (Fn. 36), S. 23; *Primoratz*, Justifying Legal Punishment, 1989, S. 153; *ders.*, Philosophy 64 (1989), 198.

253 Beispielhaft *Lacey* (Fn. 176), S. 182 f.

254 *Hälschner* (Fn. 172), S. 32.

255 *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 331.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

bührende Anerkennung als kompetent Handelnder, der eine Antwort auf seinen kommunikativ relevanten Beitrag verdient, versagen.

3. Strafzwang

Kompetente Zeichenverwender bringen ihre kommunikativen Anliegen nicht stammelnd oder undeutlich zum Ausdruck, sondern elaboriert, prägnant und gut nachvollziehbar. Diese Anforderungen an „gekonnte" Semantik gelten auch für die Verwendung des „Rechtszeichens"[256] der Strafe. Die strafende Position des Rechts darf deshalb nicht irgendwie, sie muss vielmehr in einer Weise erfolgen, die den genannten Bedeutungsgehalt sozial überzeugend zum Ausdruck bringt. Zwar erbringen die Gerichte, indem sie die Maßgeblichkeit der vom Delinquenten verletzten Normen für das Selbstverständnis der Rechtsgemeinschaft bestätigen, im Ergebnis die gleiche Leistung wie die Bürger, die sich von vornherein rechtstreu verhalten[257]. Im Unterschied zu diesen sehen sich die Gerichte allerdings nicht lediglich mit einem bloß möglichen, sondern einem tatsächlich vollzogenen Nein zu der strafrechtlichen Normenordnung konfrontiert. Der Delinquent stellt, mit Binding gesprochen, die Machtfrage[258], und darauf muss die Rechtsgemeinschaft eine passende Antwort geben. Dies tut sie, indem sie durch die Verhängung von Strafe das Verbrechen „zu einem Untergeordneten und Überwundenen" herabsetzt[259]. Deshalb sorgt die Rechtsgemeinschaft mittels der Bestrafung dafür, dass der von dem Straftäter geübte Zwang auf diesen selbst zurückschlägt[260]. Dadurch bringt sie zum Ausdruck, dass die Macht in Wirklichkeit nach wie vor

256 *Borsche* (Fn. 5), S. 239 ff.
257 Oben S. 37 f.
258 *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 236.
259 Vgl. *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 12, 1986, S. 28 (dort auf die Rolle des Bösen in der Weltgeschichte bezogen).
260 *Hegel* (Fn. 259), S. 43.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei ihr liegt. Gewisse „urtümliche Reaktionsmechanismen“[261] werden auf diese Weise zu sinnvollen Zeichen im Rahmen einer elaborierten und hochgradig ritualisierten Symbolsprache verwandelt.

Die breite soziale Akzeptanz dieses Transformationsvorgangs beweist, dass die Lücke zwischen älteren und modernen, sich gern als „säkularisiert“ beschreibenden Gesellschaften nicht so groß ist, wie dies manchmal behauptet wird. Wie Taylor feststellt, ist das Bedürfnis, einen Riss im Weltgebäude zu kitten, mitnichten auf traditionelle Gemeinschaften beschränkt. Moderne Gesellschaften haben ihre eigenen Rituale der Wiederherstellung, durch die sie die gestörte Ordnung von neuem bekräftigen[262], und die Strafe hat unter ihnen einen zentralen Platz[263]. Wer dies als unvernünftig schimpft, kann zwar nicht im strengen Sinne widerlegt werden. Er verkennt jedoch, was praktische Philosophie leisten kann und auch nur leisten soll: Synthetisierung vorhandener Überzeugungsstrukturen, nicht Neuerfindung[264]. Die Philosophen gebieten zwar über ein subtileres methodisches Instrumentarium als die Laien, aber sie können kraft ihres Berufs nicht etwa eine tiefere moralische Einsicht für sich beanspruchen[265]. Das gewöhnliche moralische Bewusstsein über sich selbst aufzuklären bedeutet deshalb nicht, es einer tadelnden oder entlarvenden Kritik auszusetzen, sondern ihm dazu zu verhelfen, sich besser zu verstehen. Dass die hier skizzierte straftheoretische Konzeption dies leistet, ist der Anspruch, an dem sie gemessen werden will.

Für den Verurteilten zeitigt die strafende Art der Zeichenverwendung freilich oft einschneidende, ja existenziell bedrohliche Konsequenzen, hat er doch nicht nur einen abstrakten Tadel, sondern einen Eingriff in seinen daseienden Willen, seine sinnliche Realität zu dul-

261 *Gärditz* (Fn. 36), S. 45.
262 *Taylor* (Fn. 5), S. 529.
263 *Lacey* (Fn. 176), S. 185.
264 Näher *Pawlik*, GA 2014, 386 f.
265 Diese Position findet Zustimmung in ganz unterschiedlichen philosophischen Lagern; vgl. nur einerseits *Henrich*, Denken und Selbstsein, 2007, S. 94; andererseits *Rorty*, Philosophie als Kulturpolitik, 2008, S. 320.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den[266]. In Hegels Worten wird ihm durch die Bestrafung genommen, was er behalten will[267]: seine Freiheit, sein Eigentum und Vermögen, äußerstenfalls sogar seine leibliche Existenz[268]. Nicht von ungefähr sind der Leib, die Bewegungsfreiheit und die Verfügungsbefugnis über die eigenen Güter in unserer Kultur als die zentralen „Zeichen der Freiheit" anerkannt[269]. Dessen ungeachtet ändert die verbrecherische Handlung des Straftäters nichts daran, dass er Bürger ist und bleibt[270]; eben deshalb wird er aus seiner Verantwortung für das Gelingen des Projekts einer wirklichkeitshaltigen Freiheitsordnung nicht entlassen. Was sich verändert, ist lediglich der *Inhalt* seiner Verpflichtung. Der legal handelnde Bürger trägt zur Stabilisierung eines Zustands realer Freiheitlichkeit dadurch bei, dass er den anderen das Ihrige an Freiheit belässt. Im Fall des Straftäters wandelt sich die primäre Erfüllungspflicht zu einer sekundären Duldungspflicht: Weil der Delinquent dem Grundaxiom aller Rechtlichkeit – dem Satz, dass es gesicherte Freiheit nur um den Preis der Pflichterfüllung gibt – zuwidergehandelt hat, muss er es sich gefallen lassen, dass auf seine Kosten die Unauflöslichkeit des Zusammenhangs von Freiheitsgenuss und Mitwirkungspflichterfüllung bestätigt wird[271]. Der Name des bestätigenden Akts lautet: Bestrafung[272].

Wie die Strafe im Einzelnen ausgestaltet werden muss, um sozial glaubwürdig zu sein, hängt zum einen von der kulturellen Vorprägung und zum anderen von dem aktuellen Sicherheitsniveau der betreffenden Gesellschaft ab. Apriorische Aussagen, namentlich eine buchstäb-

266 *Hegel*, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, hrsg. von Ilting, 1974, Bd. 4, S. 550, 552.
267 *Hegel* (Fn. 266), S. 285.
268 *Hegel* (Fn. 266), S. 550.
269 *Borsche*, in: Simon (Hrsg.), Zeichen und Interpretation, 1994, S. 114.
270 *Duff* (Fn. 153), S. 72, 77, 90, 113, 130, 151; *ders.* (Fn. 176 – Foundations), S. 144.
271 Grundlegend *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 171 f.; *ders.*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899, 1. Hälfte, S. 383 ff., 2. Hälfte, S. 584 ff. sowie *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1913, S. 227; *ders.* (Fn. 150), S. 425 f. – Eine parallele Begründungsfigur entwickelt *Duff* (Fn. 176 – Foundations), S. 140.
272 Einzelheiten bei *Pawlik* (Fn. 31), S. 116 ff. – Nahestehend *Jakobs* (Fn. 79), S. 114; *ders.* (Fn. 248), S. 32; *ders.* (Fn. 131), S. 33 f. – Weitere Nachweise oben Fn. 176.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich verstandene Talion, wie sie Kant vorschwebte[273], sind hier fehl am Platz. So gilt die von Kant und Hegel noch ganz selbstverständlich akzeptierte Todesstrafe[274] heute zumindest unter den kulturellen Eliten Europas als barbarisch und daher als untaugliche sinnliche Repräsentantin des Rechtszeichens der Strafe. Unverzichtbar ist nur eines: Der Staat muss durch die Ausgestaltung seines Strafrechtssystems unmissverständlich deutlich machen, dass es ihm mit der Zurückweisung von Straftaten ernst ist[275]. „Ein höfliches Recht will gar nichts heißen."[276] Begnügt der Staat sich mit dem großzügigen Erlass von Strafbestimmungen, ohne für deren regelmäßige Durchsetzung Sorge zu tragen, so wird seine performative Selbstdarstellung irgendwann ähnlich unglaubwürdig wie diejenige des Vaters, der sein Kind für einen Streich tadelt, sich dabei aber kaum das Lachen verkneifen kann. In den Worten Reinhold Köstlins, des meines Erachtens Wichtigsten aus dem Kreis der strafrechtlichen Hegelianer, wird „trotz aller Protestationen dagegen das Unrecht fortbestehen, sich als geltend behaupten"[277], und dadurch die wirklichkeitsbestimmende Macht des Rechts schmälern. Ein Zuviel an Strafrechtsnormen ist tendenziell schädlicher als ein Zuwenig[278].

273 *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 332 f.
274 Vgl. *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 333 ff.; *Hegel* (Fn. 58), § 100 A/Z (S. 190 ff.).
275 *Anderson* (Fn. 141), S. 220 f.; *Duff* (Fn. 153), S. 28, 72, 114; *ders.* (Fn. 152), S. 138 f.; *ders.* (Fn. 222), S. 17; *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 42; *Markel* (Fn. 176), S. 54; *Primoratz* (Fn. 145), S. 75 ff.; *ders.* (Fn. 252), S. 151 ff.; *ders.*, Philosophy 64 (1989), 200; *Wringe*, An Expressive Theory of Punishment. 2015, S. 85 ff.
276 *Goethe*, Maximen und Reflexionen, 1976, S. 207.
277 *Köstlin* (Fn. 42), S. 36.
278 *Jakobs* (Fn. 107), S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783845287638-47 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY