

Widerspruch und Harte Behandlung

Zur Rechtfertigung von Strafe

Hanno F. Kaiser

1998

hfk@mac.com

ENTWURFSFASSUNG

Inhaltsverzeichnis

A. Die Rechtfertigung von Strafe	4
I. Einleitung	4
II. Hobbes.....	11
1. Natur.....	11
2. Gesellschaft.....	15
3. Vertrag	18
4. De Cive	19
5. Vikarische Legitimation	23
6. Leviathan.....	24
7. Inkonsistenzen	28
8. Wirkung.....	31
III. Kant.....	34
1. Ontologie.....	35
2. Freiheit	38
a) Komparative Freiheit	39
b) Transzendente Freiheit	41
3. Zwang	44
4. Strafe.....	46
a) Das moralphilosophische Argument	46
b) Das staatsphilosophische Argument	48
5. Zurechnung.....	52
6. Gründe als Ursachen	56
IV. Hegel.....	58
1. Die Philosophische Rechtswissenschaft.....	60
2. Recht	64
a) Handlungslehre.....	65
b) Anerkennung	66
aa) Intersubjektive Anerkennung (SB ₁ –SB ₂).....	68
bb) Institutionalisierte Anerkennung (Person–Staat)	72
cc) Wechselwirkungen	74
Exkurs: Zwei Schiffe, aneinander ankernd.....	76
3. Unrecht.....	77
a) Verletzung des Rechts	78
b) Äußerliche Existenz der Verletzung.....	81
c) Innere Nichtigkeit der Verletzung.....	81
4. Strafe.....	83
a) Die Notwendigkeit von Strafe	83
b) Strafe als individueller Zwang.....	84
c) Strafe als institutioneller Zwang.....	85
d) Art und Maß der Strafe.....	86
e) Die Todesstrafe	89

B. Anglo-Amerikanische Strafrechtstheorie	91
<i>I. Einleitung</i>	91
<i>II. Retributivismus</i>	96
1. Das Konzept verdienter Strafe	96
2. Logischer Retributivismus	98
3. Kosten, Nutzen, Fairneß	102
4. Moralische Verantwortlichkeit	111
<i>III. Expressivismus</i>	115
1. Nominalistisch akzessorischer Expressivismus	116
2. Realistisch akzessorischer Expressivismus	122
3. Nicht-akzessorischer Expressivismus	124
<i>IV. Anmerkung</i>	129
C. Nachbemerkung	131
Literaturverzeichnis	132
Register	141

A. Die Rechtfertigung von Strafe

I. Einleitung

Als Michael Kohlhaas, der Roßhändler aus dem Havelland, in Berlin zum Tode durch das Schwert verurteilt wird, "glich nichts der Ruhe und Zufriedenheit seiner letzten Tage".¹ Seiner Klage gegen den Junker Wenzel von Tronka war stattgegeben worden. Der Kurfürst, als Kohlhaas' Landesherr, lieferte ihm alles zurück, was er auf der Tronkenburg widerrechtlich eingebüßt hatte: Rappen, Halstuch, Reichsgulden, Wäsche und die Kurkosten für seinen Knecht, der von Wenzels Leuten zum Krüppel geschlagen worden war. Der Junker selbst war zu zweijähriger Gefängnisstrafe verurteilt worden. Als Kohlhaas dies vernahm, "versicherte [er] freudig dem Erzkanzler (...), daß sein höchster Wunsch auf Erden erfüllt sei." Dann rief der Kurfürst: "nun, Kohlhaas, der Roßhändler, dem solcherart Genuß geworden, mache dich bereit, kaiserlicher Majestät, deren Anwalt hier steht, wegen des Bruchs ihres Landfriedens, deinerseits Genuß zu geben!" Kohlhaas erklärte, daß er bereit sei und "wandte sich zu dem Schafott, wo sein Haupt unter dem Beil des Scharfrichters fiel".²

Kohlhaas empfängt den Tod als Bestätigung seiner Personalität. Es kommt ihm nicht in den Sinn, seine Enthauptung als Unrecht zu begreifen. Es ist der Tag, an dem ihm Recht geschieht.³ Vermutlich hätte er dem Ganzen sogar entrinnen können. Als das Urteil verkündet wurde, glaubte niemand recht an seine Vollstreckung. Kohlhaas genoß das Wohlwollen des Kurfürsten, und dieser war geneigt, das Urteil durch ein Machtwort abzuändern.⁴ Und doch hatte Kohlhaas nicht darum gebeten. Der Schuldspruch anerkennt ihn als Person, der Vollzug des Urteils realisiert seine Freiheit. Eben darum hatte er Krieg geführt.

Was Kleist hier schildert, ist der Idealfall legitimer Strafe. Der Täter erkennt das Urteil als gerecht und vernünftig an. Das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit erlaubt es ihm, sich von der drohenden Zerstörung seines Leibes zu distanzieren.⁵ Dieses Vermögen heißt Personalität, und seine Voraussetzungen zu garantieren, ist der Anspruch, an dem sich die Straftheorie der Moderne messen lassen muß. Nicht länger genügt es, den Missetäter zu fangen, seinen Widerstand mit Gewalt zu brechen und ihn zum Schutze der Gesellschaft einzusperren, hinzurichten oder auf andere Weise zweckmäßig mit ihm zu verfahren. So geht man mit wilden Tieren um. Der Täter hat ein Recht auf einen fairen Prozeß, er hat ein Recht, angehört zu werden, und er hat ein Recht, als Strafgefangener Bürger und Person zu bleiben.⁶ Damit allerdings korrespondiert die Pflicht, die Strafe auf sich zu nehmen. Ein Recht zum Ausbruch gibt es nicht, auch nicht im Falle des Justizirrtums.⁷ Das Gefängnis ist ein rechtlicher Raum und kein Kräftemessen im Naturzustand.

¹ *Kleist*, Michael Kohlhaas (1810), S.113.

² *Kleist*, ebd. S.115-117.

³ *Kleist*, ebd. S.115.

⁴ *Kleist*, ebd. S.107.

⁵ *Kleist* läßt das Haupt seines Helden nicht zufällig in einem Nebensatz fallen. (s.o. Fn.2).

⁶ BVerfGE 33, 1 ff.

⁷ Wie hier *Hirsch* in: Leipziger Kommentar, § 35 Rn.60. Teilweise a.A. *Lenckner* in: Schönke-Schröder, § 35 Rn.26. Beide mit weiteren Nachweisen.

Das Mittelalter hatte sich mit der Bestrafung seiner Missetäter weniger schwer getan. Mit seiner Tat offenbarte der Täter sein wahres, teuflisches Wesen.⁸ Er schied aus der Gemeinschaft der Gläubigen aus und gab sich als böser Feind zu erkennen. Das war tragisch, denn der Teufel lauerte überall, aber nun, da der Freund zum Feinde geworden war, mußte Krieg geführt oder sonstwie instrumentell reagiert werden. Den Missetäter vernichten, hieß Gottes frommes Werk gegen die Mächte der Finsternis tun. "Deshalb wurde eigentlich kein Übeltäter hingerichtet, sondern es wurde feierlich der Sieg über das Böse zelebriert, was zugleich Anlaß eines freudigen Festes war".⁹ Der Konflikt ereignete sich nicht innerhalb der Gesellschaft. Er bestand darin, daß man sich bei ihrer Grenzziehung geirrt hatte.¹⁰

Diese Strategie der Verkleinerung von Gesellschaft als Reaktion auf die Tat begann spätestens im 16. und 17. Jahrhundert an Plausibilität zu verlieren. Um diese Entwicklung zu verstehen, mag es hilfreich sein, noch einmal kurz an den tiefgreifenden Wandel in der Ordnung der Dinge zu erinnern, der sich bereits bei den Nominalisten der Frühscholastik abzuzeichnen begann und endlich mit Galilei, Descartes und Hobbes seinen tumultuösen Höhepunkt erreichte.

Das mittelalterliche Weltbild entsprach im wesentlichen der Kosmologie des Aristoteles, die ihrerseits auf naive Beobachtung und gesunden Menschenverstand gründete. Nach einer schönen Darstellung Crombies ging sie von zwei Prinzipien aus: "1. das Verhalten der Dinge rühre von qualitativ bestimmten Formen oder 'Naturen' her und 2. die Gesamtheit diese 'Naturen' sei so angeordnet, daß sie ein hierarchisch geordnetes Ganzes oder einen Kosmos bilde. (...) Im Zentrum des Universums war die kugelförmige Erde befestigt, konzentrisch, wie von Zwiebelhäuten, von einer Reihe von Sphären umgeben. Zuerst kamen nacheinander die sphärischen Hüllen der drei anderen irdischen Elemente, Wasser, Luft und Feuer. Die Feuersphäre war umgeben von den Kristallsphären, in denen jeweils Mond, Merkur, Venus, Sonne, Mars, Jupiter und Saturn eingebettet waren und im Umlauf gehalten wurden, also von den Sphären der sieben 'Planeten'. Jenseits der Sphäre des letzten Planeten kam die der Fixsterne und jenseits dieser letzten Sphäre – nichts".¹¹ Himmel und Erde standen in enger Wechselwirkung. Die Geschicke der Menschen wurden durch die Konstellationen der Planeten bestimmt. Die zeitgenössische Kunst stellt den Missetäter gerne als Saturn- oder Marskind dar, den Richter als Jupiterkind.¹²

In der kosmischen Ordnung hatte jedes Ding einen ihm gemäßen Platz, und wo dieser zu finden war, stand in seinem innersten Wesen eingeschrieben. Befand sich ein Ding nicht an seinem Orte (war es sich entfremdet), so strebte es ihm zu – gerade so, wie es den Stein, wenn er gewaltsam in die Luft geschleudert wurde, zur Erde zurückzog, wo er die seinem Wesen gemäße Ruhe fand. Das Feuer strebte demgegenüber hinauf zum Himmel, und so war das ganze Universum in Bewegung hin auf eine ideale Ordnung und Harmonie der Sphären. Vor diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, wenn die scholastische Naturphilosophie das Wesen eines jedes Gegenstandes zu ergründen suchte – seine Essenz, seine Seele, seine Intelligenz oder substantielle Form, welche die wirkende Kraft hinter jedem beobachtbaren Verhalten war.¹³ Auf diese Weise vermochte die

⁸ Dies schlägt sich auch in der zeitgenössischen Kunst nieder. Die "Ungleichartigkeit der Menschen in sozialer wie leiblicher wie 'ontologischer' – auf das Menschsein selbst gerichteter – Beziehung [fand] auch ihren Ausdruck in ästhetischen Kategorien. Der vornehme Mensch wurde schön und strahlend, der 'gemeine' Mensch häßlich und mickrig gesehen und dargestellt. (...) So ist es (...) verständlich, daß die verurteilten Missetäter oft abstoßend häßlich abgebildet werden". *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit (1985), S.106

⁹ *Schild* (1985), S.98.

¹⁰ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft (1997), S.102. Eindrucksvoll hierzu die Ausführungen von *Schild*, Die Ordnung und ihre Missetäter (1989), S.82, 92. Siehe zu den Veränderungen an dieser Weltsicht, die im Zuge der Ketzerlehren aufkamen: *ders.* (1985), S.112 ff.

¹¹ *Crombie*, Von Augustinus bis Galilei. Die Emanzipation der Naturwissenschaft (1959), S.72. Zum Übergang des mittelalterlichen ins neuzeitliche Weltbild siehe auch: *Koyré*, Form The Closed World to The Infinite Universe (1957), S.10 ff.; *Röd*, Geometrischer Geist und Naturrecht (1970), S.10 ff.

¹² *Schild* (1985), S.109 f., S.136.

¹³ *Crombie*, S.64.

aristotelische Qualitätenphysik in der Tat die Welt zu erklären. Ihre Erklärungen waren meist überzeugend, wenn auch nicht immer einfach. Und doch hatten sie einen entscheidenden Nachteil: man konnte mit ihnen keine Technik konstruieren.¹⁴ Dieses Problem hatte schon früh dazu geführt, daß die technisch orientierten Naturforscher darauf drängten, die Mathematik auf das gesamte Gebiet der Naturwissenschaften anzuwenden.¹⁵ Dies war mit der aristotelischen Lehre unvereinbar. Da die Mathematik von Veränderungen abstrahierte, konnte sie kein Wissen von den Ursachen der beobachteten Vorgänge vermitteln. Sie konnte allein die quantitativen Aspekte materieller Dinge katalogisieren, niemals jedoch deren substantielle Form adäquat erfassen.¹⁶ Als Galilei und Descartes schließlich den Bruch vollzogen und die Mechanik sowie die Geometrie mathematisierten, brachten sie ein Gebäude zum Einsturz, das über ein Jahrtausend hinweg die Natur und den Menschen in ihr beherbergt hatte. Der Methodentransfer verlangte nach radikaler Vereinfachung der substantiellen Ontologie. Die Essenzen und Qualitäten wichen einem homogenen Universum, das aus Masse in Bewegung bestand – und aus sonst nichts. Die Frage nach der substantiellen Form als Ursache des "wohin" eines Gegenstandes wurde sinnlos. "Die Gegenwart", so schreibt Galilei im Jahre 1638, "scheint nicht die geeignete Zeit zu sein, die Ursache der Beschleunigung bei natürlicher Bewegung zu erforschen, darüber sind von verschiedenen Philosophen verschiedene Meinungen geäußert worden. (...) [Allein, sie zu untersuchen] lohnt der Mühe nicht. Gegenwärtig verfolgt unser Autor nur den Zweck, ein paar der Eigenschaften der beschleunigten Bewegung zu untersuchen und zu beweisen (was immer auch die Ursache dieser Beschleunigung sein mag)".¹⁷ Hobbes wird noch etwas deutlicher: "Es gibt nichts, das so absurd wäre, als daß es nicht einige der alten Philosophen behauptet hätten, wie *Cicero* sagt (der selbst einer von ihnen war). Und ich glaube, daß in der Naturphilosophie kaum etwas gesagt worden ist, das so absurd wäre wie das, was nunmehr *aristotelische Metaphysik* genannt wird".¹⁸ Die Welt, die von der Kirche ausgelegt worden war, wird brutal entzaubert und fortan mathematisch erklärt.¹⁹ "Die Philosophie ist in dem großen Buch niedergeschrieben, das vor unseren Augen immer offenliegt, ich meine das Universum. Aber wir können es erst lesen, wenn wir die Sprache gelernt haben und mit den Zeichen vertraut sind, in denen es geschrieben ist. Es ist in der Sprache der Mathematik geschrieben, und seine Buchstaben sind Dreiecke, Kreise und andere geometrische Figuren; ohne diese Mittel ist es dem Menschen unmöglich, auch nur ein einziges Wort zu verstehen".²⁰ Will sagen, wer keinen Unsinn reden will, der habe sich der Differentialrechnung zu bedienen und nicht der Exegese der Heiligen Schrift. Das Wissen der Neuzeit entspringt nicht dem Wesen der Dinge (essentiell sind sie ja alle gleich), sondern ist das Produkt ihrer methodisch korrekten Erforschung.²¹ Die heilige Inquisition wußte sehr genau, warum sie Galilei die Instrumente zeigte.

Der Ordnung der Dinge entsprach eine Ordnung des Sozialen. Der Bauer bestellte das Feld, der Schuhmacher fertigte den Stiefel, der Jude verlieh das Geld, der Dieb stahl es ihm aus dem Beutel. Der Herr regierte das Land, der Baumeister entwarf den Riß der Kathedrale, der Bischof verkündete Gottes Wort. Der Platz des Menschen in der Ordnung des Kosmos war ihm eingeschrieben wie dem Stein das Ruhen auf der Erde. Sozialer Aufstieg war ontologische Transformation. Wenn im Märchen der Bauernsohn zum König wird, so endet die Geschichte notwendig mit der Aufdeckung seiner königlichen Geburt. Das Motiv der vertauschten Kinder macht nur Sinn vor dem Hintergrund

¹⁴ *Specht*, Descartes (1992), S.96.

¹⁵ *Crombie*, S.70 ff.

¹⁶ *Crombie*, S.65 f.

¹⁷ *Galilei*, Dialogue Concerning The Two Chief World Systems (1632); Übersetzung bei: *Crombie*, S.378-379.

¹⁸ *Leviathan*, 46. Kap., S.510-511.

¹⁹ *Schönherr-Mann*, Leviathans Labyrinth (1994), S.33.

²⁰ *Galilei*, "Il Saggiatore" (1623), Frage 6. Übersetzung bei *Crombie*, S.374.

²¹ Die *adaequatio rei et intellectus* wurde folgerichtig abgelöst vom *justified true belief*. Dazu: *Audi*, Epistemology (1998), S.213 ff.

einer substantiellen Sozialontologie. Herr und Knecht sind keine Berufe im modernen Sinne des Einsatzes von Arbeitskraft, sondern Berufungen und substantielle Lebensformen.²² Mit dem Zusammenbruch der aristotelischen Kosmologie brachen auch die Fundamente der sozialen Ordnung des Mittelalters ein.²³ Auf den Kahlschlag der dinglichen folgte die Bereinigung der sozialen Ontologie. Es entsteht der Mensch als soziales Atom, das vereinzelt, bindingslose, vorsoziale Wesen der modernen Gesellschaftsvertragstheorie ("rational agent").

Die ontologische Kriterienlosigkeit machte erstmals die Menschen fundamental miteinander vergleichbar. (Zuvor stand der Fürst seinem Jagdfalken näher als seinen Bauern.) So wie die Mathematik sich von einer regionalen Beschreibungssprache zur Universalgrammatik alles Bestehenden emanzipiert hatte, so ließ sich zunächst zaghaft und dann mit Erscheinen von De Cive in aller Radikalität denken, daß es auch *eine* Lebensform geben könne, die *allen* Menschen gemäß sei. Der Staat wird von einer harmonischen Schichtung der Seinsweisen zu einem fraktalen Artefakt, wie ihn das menschenchuppige Makromolekül des *homo magnus* auf dem Titelkupfer der Erstausgabe des Leviathan zeigt. Der Friede, den diese Maschinerie verbürgt, ist nicht länger ein Geschenk Gottes, sondern das Ergebnis ausgeklügelter sozialmechanischer Arrangements, entworfen zur Lösung eines kognitiven Problems.²⁴ Mit der essentiellen Gleichheit der modernen Subjekte schwindet die Distanz zum Täter. Dies war für die Entwicklung der modernen Strafrechtstheorie entscheidend. Auch der brave Bürger ist nun im Prinzip zur Mordtat fähig. Auch er hat in sich, was der Täter mit seiner Tat realisiert hat. Dieser Verlust an qualitativer Differenz führt dazu, daß Strafe nicht länger allein *gegen* den Täter legitimiert werden kann. Wenn kein essentieller Unterschied zwischen dem Mörder, dem Opfer und dem Zeugen seiner Tat besteht, dann folgt daraus, daß auch der Täter zur Gruppe der potentiellen Legitimatoren zählt.²⁵ Wäre dies anders, so würde "der Hinzurichtende (...) eben hingerichtet, ohne daß erwartet würde, er begreife die Duldung als seine

²² Eine frühe Ahnung davon vermittelt die von einem unbekanntem Dichter gegen 1050 aufgeschriebene Geschichte vom Bauern Unibos (Einochs), der durch einen glücklichen Schatzfund reich geworden, das soziale Gefüge seines Dorfes auf den Kopf stellt – zum Verderben aller. Bereits der einleitende Satz ist aufschlußreich: "Von ländlichen Eltern ist er geboren *als Bauer von Bauern*; die Natur hat ihn zum Menschen gemacht, das Glück aber zum Wunderwesen". Zitiert nach *Borst*, Lebensformen im Mittelalter (1973), S.100. Hervorhebungen von mir. Unibos *ist* Bauer. Das Unglück ist ihm eingeschrieben. Er kann nicht reich und mächtig sein. Und als Fortuna ihm den Silberschatz zuspielt, da wird er gewaltsam von dem ihm angemessenen Ort vertrieben, zu dem es ihn, nach allerlei derbem Tumult, auch wieder zurückzieht. Am Ende der Geschichte hat er so viel wie zu Beginn. Das Grimmsche Märchen vom Bürle, das auf die Unibos Geschichte zurückgeht, hat dafür bereits keinen Sinn mehr. Dort kommt der Bauer ganz bürgerlich durch Klugheit und Arbeit zu Wohlstand. Im 11. Jahrhundert bedurfte es dazu noch des Wunders.

²³ The "new Philosophy calls all in doubt, / The Element of fire is quite put out; / The Sun is lost, and th'earth, an no mans wit / Can well direct him where to looke for it. / And freely men confesse that this word's spent, When in Planets, and the Firmament / They seeke so many new; then see that this / Is crumbled out againe to his Atomies. / 'Tis all in peeces, all coherence gone; / All just supply, and all Relation". *John Donne*, Anatomy of the World (1611), S.202.

²⁴ Im Zuge dieser Entwicklung geht der politische Aristotelismus als "Reflexionsform einer (...) immobilien Klassengesellschaft" unter. *Kersting*, Die Politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S.6. Der Staat wird vom "metaphysischen Biotop" (*Kersting*, Thomas Hobbes (1992), S.22) des Menschen zu einem technischen Mittel der Friedenssicherung. Damit stellt sich die Frage nach seiner Legitimität grundsätzlich neu. Nicht länger geht es mehr allein darum, *wie* der Staat sein soll – es fragt sich, ob *überhaupt* Staat sein soll und nicht vielmehr Anarchie.

²⁵ *Primoratz*, Kant und Beccaria, Kantstudien (1978), S.411; *Enderlein*, Die Begründung der Strafe bei Kant, Kantstudien (1985), S.303; *Jakobs* (1997), S.82-83, 105; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999), S.1; *Duff*, Penal Communications: Recent Work in The Philosophy of Punishment, Crime and Justice (1996), S.33; *Hampton*, Correcting Harms vs. Righting Wrongs: The Goal of Retribution, UCLA Law Review (1992), S.1668; *von Hirsch*, Censure and Sanctions (1993), S.5.

Pflicht".²⁶ Damit jedoch "gibt (...) die Ordnung ihren Anspruch auf, eine Ordnung für Personen zu sein".²⁷

Der letzte Punkt verdient besondere Beachtung. Wäre im Zuge der ontologischen Homogenisierung auch das Subjekt vollkommen objektiviert worden, so fiel es schwer, die Duldung der Strafe als Pflicht überhaupt zu konzeptualisieren. Das durchgängig objektivierte Subjekt ist *das Individuum*, ein Wesen, das sich und die Welt exklusiv im Schema von Lust und Unlust kartographiert. Es flieht, was ihm Schmerz bereitet, und es tut was ihm gefällt. Reiz und Reaktion bestimmen sein Handeln nach kluger Kalkulation der jeweiligen Kosten und Nutzen, wobei der eigene Leib die Referenzgröße bildet. Das Individuum ist der "rational agent", von dem oben bereits die Rede war. Dieser Agent erfüllt die neue ontologische Gleichheitsbedingung. Jeder ist ein Individuum – wenn auch auf je seine Weise, was die Sache nicht einfacher macht, denn über Geschmack läßt sich nicht streiten. Wie aber kann das so konzipierte Subjekt die ihm auferlegte Strafe als Pflicht begreifen? Das reine Individuum kann es nicht. Wenn die ganze Welt nur aus Lust und Unlust besteht, so läßt sich ein Übermaß an Leid nicht ertragen. Den Tod muß jeder fliehen. Als Individuum hätte Kohlhaas das Schafott nicht frei besteigen können, man hätte ihn an Armen und Beinen gefesselt hinaufzerren müssen. Es zeigt sich, daß, jedenfalls soweit es um das Subjekt geht, die ontologische Bereinigung der Welt zu Beginn des 17. Jahrhunderts nicht ganz erfolgreich war. Zwar hatte man die sekundären Qualifizierungen beseitigt und mit ihnen die Abschattierungen, die Zonen der Unsicherheit und die fließenden Übergänge. Doch scheint es, als sei dies eher ein Prozeß der Konzentration aufs Wesentliche gewesen, an dessen Ende *eine* ontologische Fundamentaldifferenz übrigbleibt, die sich nun klar sichtbar mitten durch das ehemals undeutlich amalgamierte Subjekt hindurchzieht. "Ich", schreibt Descartes, bin "eine Substanz (...), deren ganzes Wesen oder deren Natur nur darin besteht, zu denken und die zum Sein keines Ortes bedarf, noch von irgendeinem materiellen Ding abhängt, so daß dieses Ich d.h. die Seele, durch die ich das bin, was ich bin, völlig verschieden ist vom Körper, ja daß sie sogar leichter zu erkennen ist als er, und daß sie, selbst wenn er nicht wäre, doch nicht aufhörte, alles das zu sein, was sie ist".²⁸ Der Leib des Subjekts ist Teil der *res extensa*, die Seele hingegen ist als *res cogitans* von dieser kategorial verschieden. Der moderne Begriff des Subjekts ist ein Formelkompromiß über diesem letzten großen Riß im Weltgebäude.

Vor diesem Hintergrund verwundert es kaum, daß die Ethik der Neuzeit zu extremen Lösungen neigt. Entweder die totale Instrumentalisierung, wie sie der klassische und der moderne Behaviourismus versuchen, oder eine weltabgewandte Innerlichkeit, die den guten Willen über alle unvollkommene Tat erhebt. Ebensovienig überraschend finden sich hier auch die Wurzeln der beiden großen Straftheoriefamilien wieder, die sich entweder auf die reale Welt beziehen ("relative") oder abgelöst von dieser ("absolut") den Grund für Strafe suchen.

Bei der Vermessung des modernen Subjekts fällt es vergleichsweise leicht, dessen Ausstattung als Individuum plausibel zu beschreiben, da der Rekurs auf konkrete körperliche Erfahrung immer möglich ist. Anders verhält es sich mit der Person. Die *res cogitans* ist zunächst einmal rein negativ als Nicht-Welt und damit auch als Nicht-Leib definiert. Diesen Raum mit inhaltlichen Kriterien zu füllen, ist ein mühsames und hoch abstraktes Unterfangen. Die für das Individuum maßgebliche Leitdifferenz von Lust und Unlust ist der Person, mangels körperlicher Rückbindung, nicht mehr vorgegeben. Das Subjekt als Person ist somit in der Lage, sich von seinem Leib (und damit vom Lust/Unlust-Schema) zu distanzieren, ohne darüber seine Identität zu verlieren. Die maßgebliche Differenzierung, entlang derer sich personale Identität formuliert, ist Pflicht und Willkür.²⁹ Anders als bei Lust und Unlust handelt es sich um ein normatives Schema. Dieses tritt aber nicht einfach

²⁶ Jakobs (1997), S.93.

²⁷ Jakobs (1997), S.93.

²⁸ Descartes, Von der Methode (1637), S.27. Dazu: Ch. Riedel, Subjekt und Individuum (1989), S.62 ff.

²⁹ "Individualität ist (...) der Ordnungsaspekt eines lustgeprägten Bewußtseins, Personalität derjenige eines Bewußtseins, das von Normen geprägt sein soll (...), wobei es jedenfalls darum geht, leibliches Verhalten zu ordnen". Jakobs (1997), S.43-44.

beziehungslos (d.h. schizophren) neben das von Lust und Unlust. Das Subjekt als Person macht seine Individualität zum Thema. Von der Warte des Beobachters zweiter Ordnung aus beurteilt das Subjekt nicht länger, ob ihm dieses gefällt oder jenes, sondern es fragt viel grundsätzlicher nach der Angemessenheit des Lust/Unlust Schemas für die Beschreibung seines Selbst überhaupt.³⁰ Das Subjekt hat fortan die Wahl, ob es sich *als* Individuum begreifen will oder *als* Person. Es kann sich entscheiden, das Schema von Lust und Unlust als einzig relevant für die Definition seines Ich anzuerkennen und somit "willkürlich" zu werden in dem Sinne, daß seine Identität von zufälligen physischen Dispositionen abhängt. Es kann sich aber auch entschließen, seine Ich-Identität im Abonnement einer normativ verfaßten Rolle vorzufinden – und das heißt pflichtgemäß leben. In der Semantik von Pflicht und Willkür läßt sich sogar die Signifikanz des Todes relativieren. Daß das Höchste des Lebens im Augenblick des Todes seine Verwirklichung finden kann, ist für das Subjekt als Person kein Paradox. Als Kohlhaas die Richtstätte bestieg, war sein "höchster Wunsch auf Erden erfüllt".³¹ Gerechtigkeit ist eine personale Kategorie.

Dies erschließt dem Legitimator staatlicher (Straf-) Praxis neues Terrain. Gelingt es, den Subjekten auf überzeugende Weise normativ verfaßte Ich-Identitäten zum Abonnement anzubieten, so können sie die ihren Leibern (im Gefängnis oder auf dem Schafott) angetane Gewalt immer auch und zugleich als Achtung ihrer Person und die Duldung der Strafe als Pflicht begreifen. Damit ist auch die zweite Bedingung neuzeitlicher Legitimität erfüllt. Der Täter ist nicht nur essentiell mit dem braven Bürger vergleichbar geblieben, er zählt auch, wie dieser, zur Gruppe der Legitimatoren seiner eigenen Bestrafung. Als Person kann er die harte Behandlung seines Leibes als gerecht und gesollt anerkennen. Fremdgeseztgebung und Selbstgeseztgebung fallen in eins. Der Delinquent ist, gerade weil er die Strafe auf sich nimmt, ein freier Mann.

Selbstverständlich – man muß hier Einschränkungen machen. Nicht jede personale Ordnung kann Freiheit garantieren, und nicht jede Ordnung, die Freiheit garantiert, muß vom Subjekt in der konkreten Situation als verbindlich anerkannt werden. Im Gegenteil – oft wird bewußt für den Leib optiert, um eine anderenfalls gerechtfertigte Strafe als illegitime Gewalt abzutun. Doch dies bleibt letztlich individuelles Schicksal. Wer es vorzieht, wie ein Tier zu leiden, kann nicht zur Personalität gezwungen werden. Das "So will ich sein", hat immer etwas Bekenntnishafte, es gibt keinen Zwang zur Freiheit. Kein individuelles Schicksal hingegen ist es, wenn die Ordnung, in die ein Subjekt geworfen wird, diesem keine oder, was noch schlimmer sein kann, ausnahmslos unerträgliche Ich-Identitäten zur Personwerdung anbietet. Im ersteren Falle verzichtet der Machthaber darauf, mit seinen Subjekten anders als instrumentell zu kommunizieren. Die Gruppe wird durch Gewalt koordiniert.³² Im zweiten Falle sind die normativen Ich-Identitäten so roh gewählt, daß entweder das Individuum in ihnen kein Auskommen findet (z.B. bei der Strafbarkeit von Homosexualität) oder die Person zur Karikatur verzerrt wird.³³

Die Vielschichtigkeit und das selbstreflexive auf sich Verwiesen-Sein des Subjekts spiegelt sich in den Versuchen seiner (legitimations-) theoretischen Erfassung, Rechtfertigung und Konstitution. Während utilitaristische Theorien erster Ordnung den Affekthaushalt des Individuums kalkulierbar machen wollen, bemühen sich auf der Ebene des Beobachters zweiter Ordnung funktionalistische

³⁰ Systematisch geht es hier um den von der Systemtheorie nur unzureichend erforschten Problemkreis des semantischen Zusammenhangs der Beobachtung erster und zweiter Ordnung. Es ist zwar zutreffend, daß der Beobachter zweiter Ordnung dadurch definiert ist, daß er die Leitdifferenz des Beobachtersystems erster Ordnung beobachtet. Warum er dies aber anhand einer Unterscheidung tut, die sich inhaltlich auf die des Beobachters erster Ordnung bezieht, bleibt ungeklärt. Indes, wäre es anders, so lieferten sich alle gestaffelten Beobachtersysteme lediglich ein gewaltiges *non sequitur*.

³¹ *Kleist*, Michael Kohlhaas (1810), S.115.

³² "Die mit drakonischen Strafen durchgesetzte despotische Ordnung wird nicht als Normenordnung verstanden, sondern als Gewaltregiment". *Jakobs* (1997), S.54. Totalitäre Staaten "begründen keine Ordnung für Personen, sondern sind Instrumente der herrschenden Individuen". *Jakobs* (1997), S.77; *ders.*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken, *ZStW* (1995), S.854.

³³ *Jakobs* (1997), S.46, 51, 53, 55-57, 61, 70, 88-89, 95-96, 98.

Lehren um die Grenzziehung zwischen Individuum und Person, oder ins Institutionelle transponiert, um die Grenze zwischen Natur und Gesellschaft.³⁴ Wiederum auf erster Ebene stehen die material-ethischen Versuche, im Medium von Gesellschaft bestimmte personale Ich-Identitäten gegenüber anderen normativ auszuzeichnen. Auf keine dieser Bemühungen kann verzichtet werden. Ohne den funktionalistischen Blick besteht die Gefahr, eine grausame Gesellschaft als naturhafte Gewalttätigkeit mißzuverstehen. Ohne material-ethische Theorien erster Ordnung bleibt man gegenüber gesellschaftlichem und damit personalem Unrecht indifferent, obwohl dieses (genaugenommen: *nur dieses*) in einer Weise entwürdigend sein kann, wie es natürliche Gewalt nie vermöchte. Die Rolle des Utilitarismus schließlich, auch wenn sie hier sichtbar an Bedeutung verliert, ist es, der Person das Individuum vorzustellen. Man muß sich in der Semantik von Lust und Unlust nicht anerkennen und mit den Dingen solidarisch erklären. Aber letzten Endes ist das Fleisch doch schwach, und auch wenn Heldentum immer möglich bleibt, ist die Existenz von Entschuldigungsgründen beruhigend.

Die folgenden Kapitel werden die systematisch bedeutsamsten Versuche nachzeichnen, dem Subjekt unter den Bedingungen der Moderne eine plausible Ich-Identität anzubieten, die es ihm gestattet, harte (Straf-) Behandlung als Antwort auf und Widerspruch gegen seine Tat zu begreifen. Der Weg nimmt seinen Ausgang bei Hobbes, dessen straftheoretisches Werk viel weniger einseitig ist, als üblicherweise angenommen wird, und führt über Kant zu Hegel. Im zweiten Teil (B.) wird sich zeigen, wie sehr die Diskussion der Gegenwart gewinnen könnte, wenn ihre Teilnehmer nur auf den Schultern der Riesen Platz nähmen. Die systematischen Probleme bleiben – ein weiterer Beleg dafür, daß die Moderne noch höchst aktuell und keineswegs "überwunden" ist.

³⁴ Pawlik (1999), S.72.

II. Hobbes

Thomas Hobbes ist der Vater aller modernen (d.h. subjektzentrierten) Theorieangebote, die das Subjekt als kluges Individuum porträtieren. Die utilitaristische Sozialphilosophie wurzelt in *De Homine*, *De Cive* und dem *Leviathan*. Und weil dies ebenso offensichtlich wie unbestritten ist, teilt Hobbes das Schicksal vieler Gründerfiguren. Des Meisters Werk wird im Lichte seiner Wirkung gelesen – und *nur* in diesem. Die naturalistischen Züge der Hobbesschen Philosophie sollen hier nicht geleugnet werden, ganz im Gegenteil. Es wird sich zeigen, daß sie in ihrer Radikalität meist unterschätzt werden.¹ Neben dem Subjekt als Individuum gibt es jedoch auch klare Hinweise auf ein zweites Modell, welches im Schema von Pflicht und Willkür formuliert ist und in dem das Hobbessche Subjekt als Person auftritt. Hier führen wichtige Entwicklungslinien von Hobbes zu Kant und Hegel, die bislang kaum erforscht worden sind.² Im folgenden wird die Struktur der Hobbesschen Legitimationstheorie nachgezeichnet. Es soll nicht versucht werden, die inneren Widersprüche zu harmonisieren. Auch und gerade sie sind Ausdruck der Probleme, mit denen Hobbes als erster unter den Bedingungen der Moderne zu ringen antrat.³ Was immer sich auch im Detail ergeben mag, Hobbes' weiträumig angelegtes Argument beginnt im Naturzustand.

1. Natur

Dort "ist für Fleiß kein Raum, da man sich seiner Früchte nicht sicher sein kann; und folglich gibt es keinen Ackerbau, keine Schifffahrt, keine Waren, die auf dem Seeweg eingeführt werden können, keine bequemen Gebäude, keine Geräte, um Dinge, deren Fortbewegung viel Kraft erfordert, hin- und herzubewegen, keine Kenntnis von der Erdoberfläche, keine Zeitrechnung, keine Künste, keine Literatur, keine gesellschaftlichen Beziehungen, und es herrscht, was das Schlimmste von allem ist, beständige Furcht und Gefahr eines gewaltsamen Todes – das menschliche Leben ist einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz".⁴ Triebe natürliche Bosheit die Menschen gegeneinander, so wäre alle Hoffnung verloren. Allein, dem ist nicht so. Die Menschen leben im Elend, weil sie *unwissend* sind. Wenn nur "die Verhältnisse der menschlichen Handlungen mit der gleichen Gewißheit erkannt worden wären, wie es mit den Größenverhältnissen der Figuren geschehen ist, so würden Ehrgeiz und Habgier gefahrlos werden, da ihre Macht sich nur auf die falschen Ansichten der Menge über Recht und Unrecht stützt, und das Menschengeschlecht würde eines beständigen Friedens genießen, so daß man wohl nie mehr (...) zu kämpfen brauchte".⁵

Die Gesetze des Friedens zu erkennen, ist das Programm der neuzeitlichen politischen Philosophie. "Die Vernunft ist der Schritt, die Mehrung der Wissenschaft der Weg und die Wohlfahrt der Menschheit das Ziel".⁶ Unordnung und Leid sind kalkulatorische (d.h. kognitive) Probleme, die mit den Mitteln der Wissenschaft gelöst werden können. Wissenschaft heißt dabei Anwendung der geometrischen Methode in einer ontologisch bereinigten Welt. Damit der Staat wissenschaftlicher

¹ Nicht so von *Jakobs* (1997), S.9 ff. Das "isolierte menschliche Individuum" ist der Idealtypus des Hobbesschen Naturzustandsbewohners. Zu den Konsequenzen siehe *Jakobs* (1997), S.19, 29.

² Siehe jedoch die Arbeiten von *Norrie*, *Law, Ideology, and Punishment* (1991), S.1-88 und *ders.*, *Thomas Hobbes and The Philosophy of Punishment, Law and Philosophy* (1984), S.299 ff.

³ Nach einer treffenden Formulierung Kerstings verstand sich Hobbes, nicht wenig selbstbewußt, als "Galilei der Staatsphilosophie". *Kersting* (1992), S.40. So heißt es auch im Widmungsbrief zu *De Corpore*, daß die politische Wissenschaft "nicht älter [ist] als das Buch, daß ich unter dem Titel *De Cive* selbst geschrieben habe". *De Corpore*, Widmungsbrief, zitiert nach *Kersting* (1992), S.195 (Anm.9). Dazu auch: *Röd* (1970), S.17 f.

⁴ *Leviathan*, 13. Kap., S.96.

⁵ *De Cive*, S.61; ebenso *De Corpore*, S.9-11.

⁶ *Leviathan*, 5. Kap., S.37.

Behandlung zugänglich wurde, mußte das Soziale naturalisiert werden.⁷ Descartes hatte dem Ich (res cogitans) neben der homogenen Welt der Dinge (res extensa) eine ontologische Sonderstellung eingeräumt, mit der Folge, daß der Begriff vom Subjekt schillernd geworden war. Hobbes konnte diese Ambivalenz nicht akzeptieren, sie betraf den Gegenstand seiner Forschung, die Bausteine des Sozialen, unmittelbar. Das Subjekt mußte in toto der materiellen Welt der Dinge eingestellt werden. Nicht nur das Sein, auch das Denken mußte fortan als Materie in Bewegung beschrieben werden.⁸ Als schließlich das "Ich" zum Teil der res extensa wird, hat Hobbes das Programm des 17. Jahrhunderts vollendet und die Philosophie als Einheitsmethode über einer monistisch-materialistischen (Welt- und Sozial-) Ontologie etabliert.⁹

Ethik, Recht und Anthropologie werden in diesem Weltbild zu Unterfällen der Physik.¹⁰ Der Mensch ist ein bewegter Körper, weiter nichts. Die Ethik wird psychologisiert, die Psychologie wird physiologisiert, und die Physiologie wird materialisiert, das heißt auf Materie in Bewegung reduziert. Physik wird zur Begründungswissenschaft der Ethik.¹¹ In seinem System der Wissensklassifikation läßt Hobbes keinen Zweifel an der durchgängigen Weltmechanik aufkommen. Das Subjekt findet seinen Platz in der Ordnung der Dinge unter Wissenschaft / Naturphilosophie / Physik / Körper / irdisch / Tier / Mensch.¹² Die Ethik unter Wissenschaft / Naturphilosophie / Physik / Körper / irdisch / Tier / Mensch / Leidenschaft.¹³ Wie das Tier ist auch der Mensch ein Gefangener seiner Sinne. Sein Verhalten ist ohne Rest in der Grammatik von Reiz und Reaktion beschreibbar. Seine Gedanken und Gefühle sind streng determiniert.¹⁴ "[E]s gibt keine Vorstellung im menschlichen Verstand, die nicht ganz oder teilweise in den Sinnesorganen erzeugt worden war"¹⁵, indem das Objekt der Wahrnehmung "auf unsere Organe verschiedenartig drückt. (...) [W]ie Drücken, Reiben oder Stoßen des Auges in uns eine Vorstellung von Licht und das Drücken des Ohres ein Geräusch hervorbringt, so bringen auch die Körper, die wir sehen oder hören, durch ihre starken, wenn auch unbemerkten Wirkungen dieselben Erscheinungen hervor".¹⁶ Der Verstand ist (wie alles andere) ein komplizierter Mechanismus, der als Materie in Bewegung beschrieben werden muß. Keine Regung der von uns als mentale Eigenwirklichkeit empfundenen Denk- und Gefühlswelt ist davon ausgenommen. "Nach der Physik muß die Ethik behandelt werden, in der wir die Bewegungen des Geistes betrachten, nämlich Begierde, Abneigung, Liebe, Wohlwollen, Hoffnung, Furcht, Zorn, Eifersucht, Neid usf.; welches ihre Ursachen sind, und was sie selbst verursachen. Der Grund, warum diese Seelenregungen nach der Physik untersucht werden müssen, ist der, daß sie ihre Ursachen in den Wahrnehmungen und Vorstellungen haben, die beide

⁷ De Cive, S.67; *Schmitt*, Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes, ARSP (1936/37), S.624; *Strauss*, Hobbes' politische Wissenschaft (1965), S.146; *M. Riedel*, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie (1969), S.14.

⁸ *Schmitt* (1936/37), S.630–631

⁹ *Hirschberger*, Geschichte der Philosophie (1965), Bd.2, S.189; *Feuerbach*, Geschichte der neueren Philosophie von Bacon von Verulam bis Benedikt Spinoza (1833), S.121.

¹⁰ *Steinvorth*, Freiheitstheorien in der Philosophie der Neuzeit (1987), S.66; *Weimayr*, Bürgerkrieg und Machtzerfall, Der Staat (1996), S.180 ff.

¹¹ *Kersting* (1992), S.69. *Feuerbach* spricht hier vom "fanatischen Empirismus" Hobbes'. *Feuerbach*, S.102. *Röd* (1970), S.17 f.

¹² *Leviathan*, 9. Kap., S.65.

¹³ *Leviathan*, 9. Kap., S.65.

¹⁴ Jede andere Ansicht hält Hobbes für so dermaßen unsinnig, daß sie nicht einmal mehr guten Gewissens falsch genannt werden kann; sie ist kommunikativ irrelevant. "Und sollte mir deshalb einer mit einem (...) *freien Willen* [kommen], oder irgend einer anderen Freiheit außer der des Freiseins von einem hindernden Widerstand, so darf ich nicht sagen, er befinde sich im Irrtum, sondern seine Worte seien ohne Bedeutung, das heißt widersinnig". *Leviathan*, 5. Kap., S.34.

¹⁵ *Leviathan*, 1. Kap., S.11.

¹⁶ *Leviathan*, 1. Kap., S.11–12.

Gegenstand physikalischer Untersuchung sind".¹⁷ Denken ist Mikrophysik. Erscheinungen und die in Worte gefaßten Erinnerungen (= zerfallende Erscheinungen)¹⁸ sind Molekülen vergleichbar. Mit diesen mikroskopisch kleinen Erscheinungs- und Erinnerungsblöcken beschäftigt sich die Vernunft, und zwar *kalkuliert* sie im strengen Sinne des Wortes, in Anspielung auf die *Calculi*, die Kieselsteine, die man in Reihen legte um so mechanisch addieren und subtrahieren zu können. "*Denken* heißt nichts anderes als sich eine Gesamtsumme durch *Addition* von Teilen oder einen Rest durch *Subtraktion* einer Summe von einer anderen vorzustellen. (...) Diese Rechnungsarten sind nicht nur Zahlen eigen, sondern allen Arten von Dingen, die zusammengezählt oder auseinander entnommen werden können. (...) *Vernunft* in diesem Sinne ist nicht anderes als das *Rechnen*, das heißt Addieren und Subtrahieren, mit den Folgen aus den allgemeinen Namen, auf die man sich zum *Kennzeichnen* und *Anzeigen* unserer Gedanken geeinigt hat".¹⁹

Die Maschine Mensch, als Unterfall der Gattung Tier, funktioniert so lange, wie sie in der Lage ist, ihre Vitalbewegungen aufrechtzuerhalten. "Dazu gehören: Blutkreislauf, Pulsschlag, Atmung, Verdauung, Ernährung, Ausscheidung usw".²⁰ Diesen Zustand in einer potentiell bedrohlichen Umwelt zu erhalten, erfordert ein staunenswertes Maß an Anpassungsfähigkeit. Man muß einem Steinschlag ausweichen können und in regelmäßigen Abständen dem Körper Nahrung zuführen. Dazu ist animalische oder willentliche Bewegung notwendig, wie "Gehen, Sprechen, das Bewegen eines unserer Glieder auf die Weise, wie wir es zuerst in unserem Geist vorgestellt hatten".²¹ Als komplexer Mechanismus ist das Individuum auf Selbsterhaltung programmiert, das heißt auf Perpetuierung oder Verstärkung seiner Vitalbewegung. Die willentliche Bewegung erlaubt es ihm, die dazu notwendigen räumlichen Veränderungen vorzunehmen.²² Die Vernunft ist ein äußerst hilfreiches Instrument, um willentliche Bewegungen im Dienste der Steigerung der Vitalfunktion zu koordinieren. Vernünftige Wesen müssen nicht ständig alles aufs Neue ausprobieren. Sie können durch Erfahrung lernen und vor allem Pläne schmieden, das heißt, interne Testläufe prospektiver Handlungsprogramme vornehmen, ohne ihren Leib unmittelbar in Gefahr zu bringen. Angestoßen durch bestimmte Wahrnehmungen ("Ein Hund rennt auf mich zu") werden zukünftige Situationsvarianten aus Erfahrung und Erinnerung im Wege der Addition zusammengesetzt und auf ihre Nützlichkeit zur Erhaltung der Vitalfunktion hin untersucht. Hindert oder stört das Szenario die Vitalbewegung ("Der Hund beißt mich"), so empfinden wir das als Unlust. Wird die Vitalbewegung hingegen gesteigert ("Es ist mein Hund. Er freut sich, mich zu sehen"), so ruft es Lust hervor. Letzere löst ein Verlangen aus, sich ihrer Ursache, dem Gegenstand der Wahrnehmung, zu nähern ("Hund umarmen"). Unlust hingegen bewirkt den Trieb, ihn zu vermeiden ("Weglaufen"). Lust und Unlust sind die "kleinen Anfänge der Bewegung, die sich im menschlichen Körper befinden, bevor sie als Gehen, Sprechen, Schlagen und andere sichtbare Handlungen in Erscheinung treten".²³

Hobbes beschreibt den Menschen als einen Roboter mit leistungsfähigen Sensoren und einer einigermaßen komplexen Evaluationsstrategie, die, ähnlich wie ein Schachprogramm, je nach gegebenem Input einen dem Ziel förderlichen Gegenzug unternimmt. In dieser Computersimulation gibt es keine Rast und keine Ruhe. Die Roboter sind immer aktiv, sie suchen fortwährend, sich neuen Objekten der Begierde zu nähern, wobei sie, soweit wie möglich, den Kontakt mit Gegenständen der Abneigung vermeiden.²⁴ "Gut" und "Böse" bezeichnen keine

¹⁷ De Corpore, S.61.

¹⁸ Leviathan, 2. Kap., S.13; *Dix*, Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes (1994), S.59.

¹⁹ Leviathan, 5. Kap., S.32. Zur Sprachtheorie siehe Leviathan, 4. Kap., S.25–27. Zutreffende Kritik bei *Kersting* (1992), S.74–75; *Taylor*, Bedeutungstheorien (1988a), S.53–63. Siehe auch *Röd*, Thomas Hobbes (1981), S.284–287.

²⁰ Leviathan, 6. Kap., S.39.

²¹ Leviathan, 6.Kap., S.39.

²² *Dix*, S.58–67.

²³ Leviathan, 6.Kap., S.39.

²⁴ *Gauthier*, The Logic of Leviathan (1969), S.9.

moralischen Standards, sondern individuelle Systemzustände, die von kontingenten Umweltfaktoren und der jeweils verschiedenen (neuro-) physiologischen Ausstattung abhängen. Weil "die Verfassung des menschlichen Körpers sich fortwährend ändert, ist es unmöglich, daß alle Dinge in ihm immer die gleichen Neigungen und Abneigungen verursachen. Noch viel weniger können alle Menschen in dem Verlangen nach ein und demselben Objekt übereinstimmen".²⁵ Kombiniert man diese physiologische Tatsache mit der individuell–nominalistischen Sprachtheorie, dann ergibt sich zwangsläufig: "[W]as auch immer das Objekt des Triebes oder Verlangens eines Menschen ist: Dieses Objekt nennt er für seinen Teil *gut*, das Objekt seines Hasses und seiner Abneigung *böse*. (...) Denn die Wörter gut, böse und verächtlich werden immer in Beziehung zu der Person gebraucht, die sie benützt, denn es gibt nichts, das schlechthin und an sich so ist. Es gibt auch keine allgemeine Regel für Gut und Böse, die aus dem Wesen der Objekte selbst entnommen werden kann".²⁶

Nie zuvor ist das Subjekt klarer, radikaler und unmißverständlicher als Individuum entworfen worden als hier. Das Problem der Eigenwirklichkeit des Bewußtseins stellt sich nicht. Hobbes unterstellt seinen Maschinenmenschen (noch) kein Bewußtsein ihrer selbst, im Sinne einer Ich-Identität. "Es gibt für das Individuum keine objektive, im Sinne einer von ihm gelösten Welt, weil es das genannte Schema [von Lust und Unlust] nicht übersteigen kann; alles ist homogen das Seine. Da nichts ohne es ist, ist es überall, unbeschränkt, was heißen soll: Was ihm auch immer bewußt sein mag, ist seine Lust oder Unlust".²⁷ Das Subjekt entwirft sich nicht *als* Individuum, es *ist* Individuum. Es hat kein Selbst, sondern eine Ausstattung, ein extern beschreibbares Programm. Treffen mehrerer solcherart ausgestatteter Roboter aufeinander, so kommt es zu Koordinierungsproblemen mangels intersubjektiv verbindlicher Kriterien zur Beurteilung der Welt. Jedes Subjekt mag, was es mag und fürchtet was immer es fürchtet – mehr ist nicht zu sagen. Damit jedoch wächst die Komplexität *jeder* Begegnungssituation ins Unberechenbare. Ob der andere als Freund oder Räuber kommt, kann immer nur post facto festgestellt werden. Jedenfalls im letzteren Falle sind die Kosten dieser Unsicherheit zu groß. "Was also auch immer eine Ordnung nach dem Schema von Lust und Unlust ergeben mag, wird schon mangels Berechenbarkeit keine harmonische Gemeinsamkeit sein, wenn nicht das natürliche Defizit kompensiert wird".²⁸ Wohl gemerkt, dieses entsteht nicht aufgrund eines unerkennbar freien Willens des anderen, den es nicht gibt, sondern wegen der Unkenntnis seiner faktischen Disposition.²⁹

Da Sittlichkeit als Kompensationsstrategie mangels Innerlichkeit von vornherein ausscheidet, muß Hobbes nach empirischen Dekontingentierungsmaßnahmen Ausschau halten. Zu diesem Zwecke entwirft er die Theorie vom transzendentalen Interesse der Selbsterhaltung. Was immer das Individuum auch im einzelnen begehren mag, Bedingung der Möglichkeit des Begehrens überhaupt ist, am Leben zu sein und am Leben zu bleiben. Dies ist das höchste Gut. Nicht im antiken Sinne der Liebe zu einem summum bonum, das unserem Streben Richtung und Ziel gibt, sondern rein negativ die Vermeidung des Todes als "Aufhören des Blutumschlags".³⁰ – "Das erste Gut ist für jeden die Selbsterhaltung. (...) Auf der anderen Seite steht unter allen Übeln an erster Stelle der Tod, besonders der Tod unter Qualen".³¹ Und daraus folgt, daß "*jeder* dem gewaltsamen Tode als dem höchsten Übel der Natur auszuweichen sucht".³² Man "kann gar nicht den Willen haben, anders zu handeln. (...) [J]eder (...) flieht (...) das größte der natürlichen Übel, den Tod; und zwar

²⁵ Leviathan, 6. Kap., S.40; Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1962), S.118-119.

²⁶ Leviathan, 6. Kap., S.41.

²⁷ Jakobs (1997), S.9.

²⁸ Jakobs (1997), S.15.

²⁹ Ein idealer Beobachter, der neben den Umweltdaten auch die Systemzustände aller Individuen kennt, hätte keine Schwierigkeiten, sich in dieser Welt zu bewegen. Die Rechenleistung des Menschen allerdings ist begrenzt.

³⁰ Leviathan, 11. Kap., S.75; De Homine, S.6.

³¹ De Homine, S.24.

³² De Cive, S.62. Hervorhebung von mir.

infolge einer natürlichen Notwendigkeit, nicht geringer als die, durch welche ein Stein zur Erde fällt".³³ Diese Notwendigkeit verringert die soziale Entropie beträchtlich. *Jedes Subjekt flieht den Tod* – dies ist das erste und fundamentale *Naturgesetz der sozialen Welt*.³⁴

2. Gesellschaft

Genau genommen ist es zu früh, um von "sozialer Welt" zu sprechen. Die Todesfurcht ist keine soziale Tatsache, sondern ein notwendiges Verhaltensattribut des Subjekts. Den Tod zu fliehen ist Teil seiner natürlichen Grundausstattung. Die Todesangst ist Fluch und Segen zugleich. Fluch, weil sie das Individuum zum asozialen Präventivschlag zwingt. Segen, weil sie ihm den Auszug aus dem Naturzustand erlaubt.

Spielt man die Evolution des Hobbesschen status naturalis exemplarisch mit zwei Subjekten A und B durch, so ergibt sich folgendes Bild.³⁵ A und B versuchen gleichermaßen, die Kontinuität ihrer Vitalbewegung zu sichern (d.h. zu überleben). Die dazu erforderlichen Güter (Nahrung), ebenso wie die Ressourcen, um ihre zukünftige Verfügbarkeit zu garantieren (Macht), sind knapp.³⁶ Folglich werden A und B zu Konkurrenten.³⁷ Optimal für A wäre es, wenn er B vernichten könnte, was aber riskant ist, weil B in etwa gleich stark ist. Hobbes verwendet große Sorgfalt darauf, die Machtbalance im Naturzustand präzise zu kalibrieren, das heißt, die Tötungsgleichheit zu garantieren.³⁸ Nur wenn A den Tod von Hand des B jederzeit zu fürchten hat (und umgekehrt), ist das Verhalten von A und B auch bei wechselseitiger Unkenntnis ihrer je individuellen Bedürfnisstruktur prognostizierbar. Eine *va banque*-Strategie, in der entweder A oder B unter Einsatz ihres Lebens alles auf eine Karte setzen und den Gegner zu zerstören suchen, ist für beide Seiten motivatorisch unmöglich, weil die Vermeidung des eigenen Todes auf der Skala der Bedürfnisse überproportionales Gewicht hat.³⁹ Die einzig rationale Strategie ist demnach eine kontrollierte Defensive unter Bewahrung der Tötungsoption, weil nur so garantiert wird, daß der Gegner nicht angreifen *kann*. Da es um Leben und Tod geht, gilt die Reziprozitätsbedingung unbeding. Was für A rational ist, ist auch für B in der gleichen Situation rational, unabhängig von ihren sonstigen individuellen Präferenzen. Es entsteht die Aggressionslogik der Rüstungsspirale, in

³³ De Cive, S.81. Siehe auch ebd. S.87, 94, 135–136.

³⁴ Zugleich liegt "[i]n der Verabsolutierung des Lebenswertes (...) die Grenze der Hobbesschen Naturrechtslehre. Hobbes' Naturrecht verliert sofort seine Gültigkeit, wenn ihm eine Weltanschauung entgegentritt, die einen höheren Wert als das individuelle Leben ansetzt". *Welzel*, S.122. Wer heute ein (materiell reiches) naturalistisches Naturzustandszenario entwerfen wollte, der müßte die Erkenntnisse der Soziobiologie berücksichtigen und vom Genom als kalkulatorisch vernünftigem "Player" ausgehen. Das Individuum ist kein Endzweck, sondern "Vehikel seiner Gene". Dazu allgemein: *Vogel*, Vom Töten zum Mord (1989); *Alexander*, The Biology of Moral Systems (1987); *Daly/Wilson*, Homicide (1988).

³⁵ Zu einer ausführlichen Besprechung des spieltheoretischen Hintergrundes der Naturzustandssituation, die dem Gefangenendilemma gleicht, siehe jeweils mit weiteren Nachweisen: *Kersting* (1992), S.115 ff.; *Hampton*, Hobbes and The Social Contract Tradition (1986), S.58 ff.; *Gauthier*, S.76 ff.; *Steinvorth*, S.73 f.

³⁶ Für Hobbes' Subjekte ist Macht kein Selbstzweck, sondern ein Mittel um sich vor den Unsicherheiten der Zukunft zu schützen. Macht garantiert, daß ich auch morgen noch meine Bedürfnisse werde befriedigen können (Leviathan, 10. Kap., S.66). Da die Macht, die A gewinnt notwendig dem B verloren geht, ist Machtgewinn ein Nullsummenspiel, das notwendig zu Konkurrenz führt. Der viel zitierte Satz: "Ich halte (...) ein fortwährendes und rastloses Verlangen nach immer neuer Macht für einen allgemeinen Trieb der gesamten Menschheit, der nur mit dem Tode endet" (Leviathan 11. Kap., S.75) ist also keine pessimistische Aussage über die Bösartigkeit und Maßlosigkeit des Menschen, sondern schlicht eine Konsequenz aus seiner instrumentellen Vernunftnatur. Dazu eingehend *Kersting* (1992), S.80 ff.

³⁷ Leviathan, 13. Kap., S.85; De Cive S.81.

³⁸ Leviathan, 13. Kap., S.94; De Cive S.80.

³⁹ *Jakobs* (1997), S.30.

welcher der Angriff des anderen durch ständige Mobilisierung der eigenen Kampfbereitschaft unterbunden wird. A muß argwöhnisch darüber wachen, daß er B durch eigene Schwäche nicht zum Angriff zwingt. Dies erfordert den Einsatz nahezu aller Ressourcen. Selbst gemäßigter Wohlstand wird so illusorisch. Es herrscht der (kalte) Krieg eines jeden gegen jeden, der Naturzustand im eigentlichen Sinne, der Fluch der Todesangst.⁴⁰

Sowohl A als auch B ist klar, daß dieses Leben wenig erfreulich ist. Da man den anderen nicht vernichten kann (va banque-Bedingung), wäre es für beide Seiten vorteilhaft, auf die Rüstungskosten insgesamt verzichten zu können. Ein Szenario, in dem A und B ein Moratorium vereinbaren und die damit frei werdenden Ressourcen zu ihrem jeweiligen Vorteil einsetzen, ist für beide Seiten sinnvoll, wenn man davon ausgeht, daß sich im Kooperationszustand die eigene Sicherheit nicht verringert. Sowohl für A wie für B sähe eine fiktive Kosten–Nutzen Rechnung dieses Arrangements etwa folgendermaßen aus:

	Anteil an knappen Gütern	Davon Rüstungsabgaben ⁴¹	Sicherheit
Rüstungswettlauf	50%	90 %	ausreichend
Kooperation	50%	10 %	ausreichend
Zerstörung des Gegners	100%	0 %	va banque

Die Kooperationsstrategie bietet ausschließlich Vorteile. Das Problem ist aber, daß jeder, der den ersten Schritt in Richtung Kooperation machte, von der Gegenseite mit Notwendigkeit vernichtet werden würde, weil er damit die va banque-Bedingung neutralisierte. Die beste aller Welten ist noch immer die, in der man überhaupt nicht teilen muß. Die Kosten–Nutzen Rechnung für A und B bei *einseitiger* Abrüstung der Gegenseite sieht folgendermaßen aus:

	Anteil an knappen Gütern	Davon Rüstungsabgaben	Sicherheit
Rüstungswettlauf	50%	90 %	ausreichend
Kooperation	50%	10 %	ausreichend
Zerstörung des Gegners	100%	0 %	ausreichend

Das heißt, sobald die Zerstörung des Konkurrenten möglich wird, ist sie in jedem Falle attraktiver, als es die beste Kooperationslösung je sein kann. Für das hardwaremäßig auf Selbsterhaltung hin verdrahtete Subjekt wird sie damit nicht nur zur Handlungsoption, sondern zur naturgesetzlichen Notwendigkeit. Der Naturzustand kann also nur verlassen werden, wenn es gelingt, die va banque-Bedingung auf dem Weg vom Rüstungs– in den Kooperationszustand und darüber hinaus aufrechtzuerhalten. Eben dies soll der Leviathan garantieren. Er ist diejenige Zwangsgewalt, die noch im Zustand des Rüstungswettlaufs errichtet wird, um fortan jeden Versuch der Zerstörung des Gegners unmöglich zu machen, auch wenn dieser beginnt, auf dem Wege zur Kooperation einseitig abzurüsten. A und B führen also einen dritten Spieler C ein, der mächtiger ist als beide zusammen, und der die Aufgabe hat, denjenigen zu vernichten, der die Zerstörung des Gegners versuchen sollte. Mit der Einführung des Leviathan verbleibt die Kosten–Nutzen Rechnung *nun auch bei einseitiger Abrüstung* in folgender Balance:

⁴⁰ Leviathan, 13. Kap., S.96.

⁴¹ Die Zahlenwerte dienen lediglich der Illustration.

	Anteil an knappen Gütern	Davon Rüstungsabgaben	Sicherheit
Rüstungswettlauf	50%	90 %	ausreichend
Kooperation	50%	10 %	ausreichend
Zerstörung des Gegners	100%	0 %	va banque (durch C garantiert)

In dieser Situation haben A und B keine andere Wahl, als zu kooperieren. Sie tun es nicht, weil sich ihre Natur geändert hat, sondern weil sie ihre Umwelt verändert haben. Die Verheißung der Hobbesschen Staatsphilosophie ist, daß der Mensch sich durch bewußte Veränderung seines sozialen Biotops irreversibel zum Frieden zwingen kann.⁴² Das ist der Segen der Todesangst.

⁴² Leviathan, 14. Kap., S.107.

3. Vertrag

Vor dem Hintergrund der gerade entworfenen monistisch-materialistischen Sozialontologie ist der Gesellschaftsvertrag ein Fremdkörper, der auch als Metapher kaum akzeptiert werden kann.⁴³ Die Fähigkeit zu vertraglicher Bindung, diese scheinbar selbstverständliche Prämisse der modernen politischen Philosophie, setzt eine Ausstattung des Subjekts voraus, die Hobbes diesem *ausdrücklich* versagt. "Alle Theorien, nach denen im Naturzustand per Vertrag eine normative Bindung erzeugt werden soll, leiden darunter, daß sie das zu Erzeugende, eine Bindung, bereits zur Erklärung des Erzeugungsvorgangs benötigen: Nur an ihre Erklärungen Gebundene sind geeignete Vertragspartner".⁴⁴ Wo es keinen Willen gibt, der dem Trieb widerstehen könnte, ist Selbstorganisation nach Naturgesetzen der einzige Weg zur Assoziation.⁴⁵ Da dies der gängigen Sicht von Hobbes als Begründer der modernen Lehre vom Sozialvertrag widerspricht, soll das Scheitern des kontraktualistischen Arguments im folgenden genauer untersucht werden. Der Anspruch ist hierbei der einer immanenten Kritik, das heißt, die Gedankengänge von De Cive und Leviathan werden mit größtmöglichem hermeneutischen Wohlwollen nachgezeichnet und dann an ihren eigenen Vorgaben gemessen.

Was der Gesellschaftsvertrag leisten muß, wird durch seinen Zweck bestimmt. Dieser besteht darin, einen Souverän einzusetzen, der so mächtig ist, daß er den Feldzug der denkbar stärksten Allianz gegenüber dem schwächsten einzelnen Vertragspartner zum *va banque*-Spiel macht. "Eine solche Herrschaft, welche die größte ist, welche Menschen auf Menschen übertragen können, heißt absolut".⁴⁶ Sie garantiert innenpolitisch die Regeln der Kooperationslogik, die Sicherheit, und außenpolitisch den Frieden. Ein Staat, der sich nicht gegen Feinde verteidigen kann, ist dem Untergang geweiht, da Staaten einander immer im Naturzustand begegnen. Der Gesellschaftsvertrag muß dem Souverän daher neben dem Schwert der Gerechtigkeit (zur Garantie innerer Sicherheit durch Strafe) auch das Schwert des Krieges in die Hand geben.⁴⁷ Die Schaffung einer juristisch abstrakten Souveränitätsposition genügt nicht, um die *va banque* Bedingung zu garantieren (von der Landesverteidigung ganz zu schweigen). Der Vertrag muß dem Souverän von Beginn an mit praktisch wirksamer Zwangsgewalt versehen. Der schrittweise Aufbau einer Allianz, wie Nozick ihn am Beispiel der "protective agencies" schildert, kommt für Hobbes nicht in Frage.⁴⁸ Im Vertragschluß muß *uno actu* die Souveränitätsposition geschaffen und machtvoll ausgefüllt werden. Hobbes hat dazu im wesentlichen zwei Modelle entwickelt. Eines in De Cive und eines im Leviathan.⁴⁹ Das erste Modell ist konsequent naturalistisch, das zweite zutiefst problematisch - es wird sich unten zeigen warum.

Mit Blick auf das folgende sei eine kurze Anmerkung zu Hobbes' eigentümlichen Sprachgebrauch gestattet. Wenn er von "natürlichen Gesetzen" spricht, meint er rationale Strategien zur

⁴³ Hampton (1986), S.138; Jakobs (1997), S.26.

⁴⁴ Jakobs (1997), S.20-21.

⁴⁵ Jakobs (1997), S.26.

⁴⁶ De Cive, S.138.

⁴⁷ De Cive, S.133, 134.

⁴⁸ De Cive, S.125. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), S.12-25.

⁴⁹ Zu einer vollständigen Besprechung auch der Vorformen dieser beiden Modelle in den *Elements of Law* siehe Gauthier, S.102 ff. Zwar schimmert stellenweise der Gedanke einer vertraglichen Bindung zwischen Souverän und Untertan durch, so z.B. in De Cive, S.148 und selbst noch im Leviathan, 15. Kap., S.115 und 27. Kap., S.236, wo Straftaten als Unrecht (= Vertragsbruch) gegenüber dem Staat bezeichnet werden. Allerdings ist im Ergebnis doch klar, daß Hobbes den Souverän außerhalb des Gesellschaftsvertrags stellen will, vgl. nur Leviathan, 18. Kap., S. 137-138. Zur Theorie der Repräsentation im Leviathan siehe auch Orwin, *On The Sovereign Authorization, Political Theory* (1975), S.26 ff. und Pitkin, *Hobbes's Concept of Representation, American Political Science Review* (1964), S.328-340, 902-918.

Selbsterhaltung.⁵⁰ Sie auszuführen, ist das "natürliche Recht" eines jeden.⁵¹ Auch dies kann Verwirrung stiften, denn zum einen geht es nicht um Recht im normativen Sinne, sondern schlicht um strategisch kluges Handeln. Und zum anderen hat der "Berechtigte" keine Wahl, ob er sein "Recht" ausübt oder nicht. Wenn es um Leben und Tod geht, *muß* der Hobbessche Maschinenmensch die für die Perpetuierung seiner Vitalbewegung optimale Strategie ausführen.

4. De Cive

In De Cive führt Hobbes das Rechtsverzichtsmodell ein. Die Argumentation verläuft folgendermaßen. Im Naturzustand wird jeder tun, was er für die Beförderung seiner Vitalbewegung als geboten erachtet. Es gibt keine Limitationen. Wird A so schwach, daß seine Vernichtung für B zu einem kalkulierbaren Risiko wird, dann muß B ihn töten. Im Rahmen der Aggressionslogik ist dies die einzig rationale Strategie. Diesen Zustand allseitiger Unbegrenztheit der Handlungsoptionen nennt Hobbes "Recht auf alles". Wenn es vier Subjekte gibt, A, B, C und D, so schließen ihre Handlungsstrategien die Auslöschung des jeweils anderen ein, wenn sich dies als durchführbar erweisen sollte. Der wechselseitige Verzicht auf das "Recht auf alles" bedeutet nun nicht daß A, B, C und D sich gegenseitig versprechen, auf die Tötungsoption zu verzichten, selbst wenn sich eine Chance dazu ergeben sollte. Ein solcher Vertrag wäre sinnlos.⁵² Denn sobald es für A möglich würde, den B zu überfallen, müßte er den Vertrag brechen, da dieser dem natürlichen Gesetz (der rationalen Strategie zur Selbsterhaltung) widerspräche.⁵³ Ein wirksamer "Rechtsverzicht" kann also nur bedeuten, daß A, B, C und D ihre soziale Umwelt so verändern, daß sich die Ausübung der Tötungsoption faktisch nicht mehr lohnt. Der Vertrag nimmt daher folgende charakteristische Form an: A, B und C versprechen sich gegenseitig (i) einander nicht zu töten und (ii) jedem Befehl von D zu gehorchen, solange dieser (i) garantiert. Nach dem Vertragschluß hat A folgende Optionen, wobei unterstellt wird, daß D sich seiner neuen Rolle als Souverän gemäß verhält:

	Anteil an knappen Gütern	Davon Rüstungsabgaben	Sicherheit
(a) Rüstungswettlauf	33% (muß mit B und C teilen)	90 %	ausreichend
(b) Kooperation	33%	10 %	ausreichend
(c) Zerstörung des B	50% (müßte mit C teilen)	0 %	va banque (durch D garantiert)

Option (c) ist zu einem va banque-Spiel geworden, weil A sich B, C und D gegenübersehen, gegen die er nicht gewinnen kann. Option (b) ist *möglich* geworden. A kann den ersten Schritt tun und einseitig abrüsten, da es aus Sicht von B und C ebenfalls ein va banque-Spiel wäre, aus seiner Schwäche Profit schlagen zu wollen. Option (a) ist unklug angesichts der Möglichkeit von (b). Da dies spiegelbildlich für B und C gilt, ist die allseitige Etablierung der Kooperationsregeln die notwendige Folge. Hobbes' Argument ist am Ziel. Der Gesellschaftsvertrag ist eine Klugheitsfalle.

⁵⁰ De Cive, S.86–87; "Natürliches Gesetz (materielle Definition) = Regel, die festlegt was für die Erhaltung notwendig ist", *Gauthier*, S.52–57. *Jakobs* (1997), S.41; *Steinworth*, S.71.

⁵¹ *Leviathan*, 14. Kap., S. 99. "A hat das natürliche Recht, X zu tun (materielle Definition) = Die Handlung X befördert (aus Sicht des A) zunächst einmal A's Erhaltung", *Gauthier*, S.49.

⁵² Wenn im folgenden von Vertrag die Rede ist, so soll damit der Terminologie Hobbes' Referenz erwiesen werden. Damit ist jedoch nicht gemeint, daß es sich bei den Abreden der klugen Individuen tatsächlich um Verträge in einem noch zu etablierenden, normativen Sinne handelt.

⁵³ Ausführlich *Gauthier*, S.62.

Hat man sich einmal hineinbegeben, so kommt man nicht mehr heraus. Der Vertrag hat die charakteristische Struktur eines wechselseitigen Verzichts zu Gunsten Dritter. A, B und C verzichten auf die Ausübung des Rechts, den anderen zu töten. D ist am Vertrag nicht beteiligt. Er verzichtet auf nichts. Seine Souveränitätsposition kommt nicht durch, sondern nur anlässlich dieses "Konsenses" zustande.⁵⁴ Gegenüber A, B und C verbleibt er im Naturzustand – mit der bemerkenswerten Modifikation, daß er jetzt A, B und C Befehle erteilen kann, *die diese auch ausführen werden*, solange dies für jeden einzelnen von ihnen nützlich ist. Letztere Bedingung wird dadurch garantiert, daß auf Befehlsverweigerung Strafe steht. Dies ist keine leere Drohung, weil D im Falle der Befehlsverweigerung durch A sowohl dem B als auch dem C befehlen kann, gegen A vorzugehen und die Strafe zu vollstrecken, was es wiederum für A unmöglich macht, den Befehl zu verweigern usw. Ist das System erst einmal etabliert, stabilisiert sich selbst. Aus Macht folgt Macht.

Nie zuvor hatte das Strafrecht, oder genauer: die Etablierung der Strafgewalt in der Hand des Herrschers, eine so zentrale Rolle in der Staatslehre gespielt. Nie zuvor war das Vermögen des Herrschers zu strafen, Bedingung für die *Existenz* des Staates gewesen.⁵⁵ Die äußeren Merkmale von Hobbes' Theorie der Strafe sind für das 17. Jahrhundert nicht untypisch und fügen sich in das Bild der Entwicklung eines liberalen Zweckstrafrechts ein.⁵⁶ So definiert er im 28. Kapitel des Leviathan: *"Strafe ist ein Übel, das die öffentliche Autorität demjenigen auferlegt, der getan oder unterlassen hat, was diese Autorität als Gesetzesübertretung beurteilt, und zwar zu dem Zweck, den menschlichen Willen zum Gehorsam anzubalten"*.⁵⁷ In dieser Definition ist Hobbes' Lehre vom Zweckstrafrecht nahezu vollständig versammelt. Strafe ist ein Übel, Strafe ist staatliche Strafe (und keine Privatrache), Strafe ist Reaktion auf Gesetzesbruch, Strafe wirkt auf die Psyche ein, und Strafe ist Mittel zum Zweck, um individuellen Gehorsam zu erzwingen. Der "Zweck der Strafe", so heißt es in diesem Sinne weiter in De Cive, "ist es (...) den menschlichen Willen (...) in der Weise zu formen und zu beeinflussen, wie der Gesetzgeber es wünscht. Und die Überlegung besteht nur in der gleichsam wie bei einer Waage stattfindenden Abwägung der Vorteile und Nachteile der beabsichtigten Tat; was hierbei das Übergewicht erhält, bestimmt gemäß seiner Neigung unser Handeln".⁵⁸ Aus der Gewißheit der Strafe folgt die Notwendigkeit, die Tat zu unterlassen.⁵⁹ Strafe muß somit ein *Übel* sein, und zwar ein gravierendes Übel, denn andernfalls ließe sich nicht garantieren, daß *jeder* ihre Verwirklichung als Behinderung seiner Vitalbewegung begriffe und

⁵⁴ Schmitt (1936/37), S.629; ders., Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes (1938), 52. Konsens steht in Anführungszeichen, da es genau genommen um jeweils unilaterale Verhaltensankündigungen geht, welche lediglich äußerlich parallelisiert werden. Ein "meeting of the minds" findet nicht statt. Seine zeitgemäße Parallele findet dies in "unilateral parallel policy declarations", die fester Bestandteil des Völkerrechts sind. Vgl. dazu Glennon, Constitutional Diplomacy (1990), S.165 ff.

⁵⁵ "Die Menschen, die von Natur aus Freiheit und Herrschaft über andere lieben, führten die Selbstbeschränkung, unter der sie, wie wir wissen, in Staaten leben, letztlich allein mit dem Ziel und der Absicht ein, dadurch für ihre Selbsterhaltung zu sorgen und ein zufriedeneres Leben zu führen – das heißt, dem elenden Kriegszustand zu entkommen, der (...) aus den natürlichen Leidenschaften der Menschen notwendig folgt, dann nämlich, wenn es keine sichtbare Gewalt gibt, die sie im Zaume zu halten und durch *Furcht vor Strafe* an die Erfüllung ihrer Verträge (...) zu binden vermag". Leviathan, 17. Kap., S.131. Hervorhebung von mir.

⁵⁶ Cattaneo, Hobbes's Theory of Punishment (1965), S.276 f., 289, 297. Dies gilt insbesondere für die Stellungnahmen Hobbes' zur Natur der bürgerlichen Gesetze im 26. Kapitel des Leviathan, seiner Abneigung gegenüber jeder Form von Case-Law und der damit einhergehenden Bindungskraft von Präzedenzfällen, der Anerkennung des positiven Gesetzes als einziger Rechtsquelle, der Beschränkung der Gerichte auf Rechtsanwendung und der Betonung, daß jeder frei ist zu tun, was nicht gesetzlich verboten ist. Vgl. auch Kriele, Einführung in die Staatslehre (1994), S.93 ff.

⁵⁷ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁵⁸ De Cive, S.216.

⁵⁹ Dazu Schreiber, Gesetz und Richter (1976), S.39–43.

somit das verbotene Verhalten notwendig miede. Weiterhin muß Strafe *staatliche Strafe* sein, weil nur der Souverän mächtig genug ist, den Eintritt des Übels gegenüber jedermann, auch gegenüber organisierten Verbrecherbanden zu garantieren.⁶⁰ Formal nimmt Strafe dazu den Charakter einer Reaktion auf *Gesetzesbruch* an – und zwar auf den Bruch positiver Staatsgesetze allein, die öffentlich sein müssen.⁶¹ Denn sind die Gesetze unbekannt, so können die Subjekte die Folgen ihrer Devianz nicht fürchten. "Zur Freiheit (...) gehört (...) wesentlich, daß man keine anderen Strafen zu fürchten habe als solche, die man *voraussehen und erwarten kann*".⁶² Im leviathanischen Staat gilt der Grundsatz *nulla poena sine lege certa, praevia, stricta et scripta* uneingeschränkt. "Eine Strafe setzt (...) voraus, daß die Tat, über die ein Urteil gefällt wird, eine Gesetzesübertretung war; deshalb ist ein vor Erlaß des Gesetzes zugefügter Schaden keine Strafe, sondern ein feindlicher Akt".⁶³ Hobbes geht sogar so weit, dem Souverän eine Mitschuld an der Tat anzulasten, wenn er den Bürger durch zu niedrige Strafen falsch programmiert hat. "Bestimmt (...) der Gesetzgeber für ein Vergehen eine zu kleine Strafe, so daß die Furcht nicht das Übergewicht über die Begierde erhält, vielmehr der Überschuß der Begierde über die Furcht vor der Strafe das Vergehen veranlaßt, so trifft die Schuld den Gesetzgeber".⁶⁴ Dieser mechanistischen Frühform der Lehre vom psychologischen Zwang korrespondiert eine Normentheorie, die zentrale Aussagen der Imperativtheorie antizipiert. Jedes vollständige Gesetz ist ein Befehl des Souveräns. Dieser Befehl gilt nicht aufgrund seines Inhalts, sondern allein aus dem Grunde, weil er vom Souverän erlassen wurde.⁶⁵ Gesetzesbruch ist Befehlsverweigerung. Daher entschuldigt die "fehlende Möglichkeit, das Gesetz zu kennen (...) völlig. Denn ein Gesetz, über das man sich nicht unterrichten kann, ist nicht verbindlich".⁶⁶ Aus dem folgt nun mehr oder minder zwingend, "daß man bei der Rache oder den Strafen nicht das vergangene Übel, sondern das zukünftige Gute im Auge haben sollte; d.h. die Auferlegung von Strafen ist nur zu dem Zwecke erlaubt, daß der, welcher gefehlt hat, gebessert werde oder daß andere, durch dessen Strafe gewarnt, sich bessern".⁶⁷ Und im Anschluß daran: "Deshalb ist es ein Gebot des Naturgesetzes, daß man bei der Rache nicht rückwärts, sondern vorwärts schau. Die Verletzung dieses Gebots heißt allgemein *Grausamkeit*".⁶⁸ Mit Blick auf die Konsequenzen wird auch das Strafmaß bestimmt. Da "es nicht Zweck der Strafe ist, sich zu rächen oder seinen Zorn loszuwerden, sondern den Täter oder andere durch sein Beispiel zu bessern, so sind die strengsten Strafen für die Verbrechen zu verhängen, die für die Öffentlichkeit am gefährlichsten sind".⁶⁹ All dies bewegt sich unauffällig im Prämissenrahmen der naturalistischen Psychologie und dem Schema von Lust und Unlust.⁷⁰ Vom Vertrag, dies hier nur notabene, ist nirgends die Rede.

⁶⁰ De Cive, S.95; Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁶¹ Zwar ist jedes Verbrechen eine Sünde, aber nicht jede Sünde ist ein Verbrechen (Leviathan, 27. Kap., S.223). Die strafrechtlich relevante Sünde ist allein die, "die im Begehen einer gesetzlich verbotenen Handlung (...) oder in der Unterlassung eines gesetzlichen Befehls besteht" (Leviathan, 27. Kap., S.223). Wo das Gesetz aufhört, enden die relevanten Sünden, und mit dem Staat hören die Gesetze auf (Leviathan, 27. Kap., S.224).

⁶² De Cive, S.215. Hervorhebung von mir.

⁶³ Leviathan, 28. Kap., S.239.

⁶⁴ De Cive, S.216.

⁶⁵ De Cive, S.217.

⁶⁶ Leviathan, 27. Kap., S.230.

⁶⁷ De Cive, S.104.

⁶⁸ De Cive, S.104.

⁶⁹ Leviathan, 30. Kap., S.255. Siehe auch ebd. 27. Kap., S.232; 28. Kap., S.238.

⁷⁰ Keineswegs soll hier die Innovationsleistung Hobbes' geschmälert werden. Sein konsequent naturalistisches Strafkonzzept weicht radikal von den Lehren des klassischen Naturrechts ab, denen zufolge ein jeder mittels des ihm eingeborenen *lumen naturale* die wesentlichen moralischen Regeln des Zusammenlebens im Wege der Introspektion erkennen kann. Die Unterscheidung zwischen *lex naturalis* und *lex humana* wird bei Hobbes hinfällig, da jedes Naturrecht der Transformation in staatliches Recht

"Konsequent individualistisch argumentierende Utilitaristen gehen davon aus, das zuvor Ausgeführte sei alles, was sich über das Zusammenleben der Menschen [und über ihr Strafrecht] sagen lasse".⁷¹ Es stellt sich die Frage, ob das genügt. Und diese Frage ist bedeutsam, denn Strafrecht ist (wie gesagt) *der* zentraler Teil der Hobbesschen politischen Philosophie. Läßt sich die Strafgewalt nicht sicher begründen, dann fehlt dem Staat das Fundament. Aus den naturalistischen Prämissen scheint nun zu folgen, daß die Macht der Gruppe endet, wo sie dem Individuum nichts mehr bieten kann.⁷² Dieses Problem taucht in zwei Formen auf, und beide sind für das utilitaristische Argument tödlich. Denn ausgerechnet angesichts der Gefahren von Kriegsdienst und Strafe verschiebt sich das individuelle Nutzenkalkül. Droht gar der *sichere Tod*, sei es in hoffnungsloser Schlacht oder am Galgen, so kann das betroffene Individuum gar nicht anders, als wieder in den Naturzustand abzutauchen. Da die Menschen "mit Naturnotwendigkeit [wählen], was ihnen als ein Gut für sie selbst erscheint", *muß* sich der Todeskandidat gegen seine Henker zur Wehr setzen und *muß* der Soldat angesichts feindlicher Übermacht desertieren.⁷³ Hobbes ist sich über diese Konsequenz im klaren: "Wenn (...) ein Souverän einem wenn auch rechtmäßig verurteilten Menschen befiehlt, sich zu töten, zu verletzen oder zu verstümmeln, Angreifern keinen Widerstand zu leisten oder auf Nahrung, Luft, Arznei oder andere lebensnotwendige Dinge zu verzichten, so hat dieser Mensch (...) die Freiheit, den Gehorsam zu verweigern".⁷⁴ Die eigentümliche Schwäche des Hobbesschen Staates ist, daß er trotz unbegrenzter Gewalt über seine Subjekte deren Wesen nicht verändern kann. Die Plausibilität des Naturzustandsarguments wird ihm zur Falle. Dort wurde die Notwendigkeit zur Assoziation im Schema von Lust und Unlust bewiesen. Dasselbe Schema zwingt nun aber, wenn es erneut ums Leben geht, die Individuen mit eben derselben Notwendigkeit zur Dissoziation. Der Hobbessche Staat ist schützende ("Lust") oder bedrohliche Gewalt ("Unlust"), in beiden Fällen aber ist er Umwelt und damit zutiefst unpolitisch. Unter seinem Schatten bleibt das Subjekt Individuum. Der Naturzustand ist nicht überwunden, sondern lediglich kalkulatorisch suspendiert.⁷⁵ Der Staat aus *De Cive* hat keine Bürger.⁷⁶

bedarf. "Diebstahl, Totschlag, Ehebruch und alles Unrecht ist nach dem Naturgesetz verboten; was aber als Diebstahl, als Totschlag, als Ehebruch oder als Unrecht an einem Bürger gelten soll, hat nicht das natürliche, sondern das bürgerliche Gesetz zu bestimmen" (*De Cive*, S.142). Nicht aber, und darauf kommt es an, weil alles andere inhuman oder grausam wäre, sondern allein deswegen, weil in dem materialistischen Weltbild von Hobbes kein Platz für ein *lumen naturale* ist. Der Mensch ist Materie in Bewegung. Er ist ein Mechanismus, der nur auf ganz bestimmte Weise beeinflusst werden kann, nämlich durch die Androhung eines Übels, das, wenn es einträte, die Vitalbewegung des Subjekts schwächen würde, kurz: durch Furcht. "Die Leidenschaft, die die Menschen am wenigsten die Gesetze übertreten läßt, ist die Furcht. Ja sie ist (...) *die einzige Kraft*, die die Menschen zu ihrer Einhaltung bringt, wenn ein Vorteil oder Vergnügen durch Gesetzesübertretung in Aussicht steht". *Leviathan*, 27. Kap., S.228. Hervorhebung von mir.

⁷¹ *Jakobs* (1997), S.29.

⁷² *Jakobs* (1997), S.31, 74; *Welzel*, S.118; *Dix*, S.93 ff.; "Die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän dauert nur so lange, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger", *Leviathan*, 21. Kap., S.171.

⁷³ *De Cive*, S.133. Siehe auch ebd. S.95.

⁷⁴ *Leviathan*, 21. Kap., S.168.

⁷⁵ *Feuerbach* spricht treffend vom "limitierten" oder vom "amönen Naturzustand" im Hobbesschen Staat, der lediglich "von den Lästigkeiten und Schädlichkeiten eines allgemeinen Krieges befreit" sei, sich aber vom eigentlichen *status naturalis* nicht qualitativ unterscheide. *Feuerbach*, S.126, 136. So auch: *Schmitt* (1938), S.34

⁷⁶ *Cattaneo* hat also recht, wenn er schreibt, daß "eine Diskrepanz zwischen [Hobbes'] Theorie der Souveränität und seiner Konzeption des natürlichen Rechts auf Selbsterhaltung (...) [besteht]. Jedes dieser beiden Konzepte beansprucht, absolut zu sein, und findet darin im anderen ein unübersteigbares Hindernis (*Cattaneo*, S.293). Ganz ähnlich äußert sich *Gauthier*: "Hobbes konstruiert eine politische Theorie, die grenzenlose politische Autorität auf grenzenlosem Individualismus gründet. Dieser Schluß ruht auf der Prämisse, daß alles andere als absoluter Individualismus lediglich begrenzte politische Autorität legitimieren

Hobbes hat das Scheitern seines utilitaristischen Arguments früh erkannt.⁷⁷ Und dennoch konnte er auf die Begründung der Strafgewalt des Souveräns nicht verzichten. Ohne Strafrecht kein Staat – an dieser Prämisse ändert sich nichts. Furcht vor dem gewaltsamen Tod ist und bleibt das einzige, was den Maschinenmenschen mit Notwendigkeit motiviert. Nur durch die Garantie der *va banque*-Bedingung kann der Naturzustand verlassen werden. Der Souverän muß absolut sein, und das heißt, absolute Gewalt über Leben und Tod haben. Es ist bedeutsam, die folgenden Ausführungen im Lichte dieser Situation zu lesen. Hobbes sucht nach einem Ausweg. Er muß das Schema absoluter Souveränität (die Strafgewalt des Oberherren) begründen, ohne dazu auf das utilitaristische Argument aus *De Cive* zurückgreifen zu können. Er versucht dies auf zwei Wegen. Der erste führt ihn zur Theorie der vikarischen Legitimation, der zweite ins Herz des Leviathan.

5. Vikarische Legitimation

Zu Beginn des 28. Kapitels verspricht Hobbes "eine Frage von großer Wichtigkeit zu beantworten, nämlich, durch welche Tür das Recht oder die Gewalt, in allen Fällen zu strafen, hereingekommen ist".⁷⁸ Das ist aus den gerade genannten Gründen ein Problem, "[d]enn dem bisher Gesagten zufolge kann von niemandem angenommen werden, daß er vertraglich verpflichtet sei, der [Staats-] Gewalt keinen Widerstand zu leisten".⁷⁹ Da man im naturalistischen Modell kluger Handlungsstrategien keine Rechte (d.h. strategische Optionen) übertragen kann, ist klar, "daß das Strafrecht des Staates (...) auf keinem Zugeständnis oder einer Überlassung der Untertanen beruht".⁸⁰ Der Souverän bleibt also im Vollbesitz seines natürlichen Rechts auf alles, während sich die anderen unter seine Herrschaft begeben. "Und dies ist der Grund des in jedem Staate ausgeübten Strafrechts. Denn die Untertanen [A, B, C] geben dem Staat [D] dieses Recht nur dadurch, daß sie ihm durch Aufgabe ihres Rechtes [d.h. durch simultane Unterwerfung] die Machtstellung einräumten, sein eigenes Recht nach eigenem Gutdünken zum Schutz aller anzuwenden. So wurde es ihm allein überlassen – nicht übertragen –, und zwar so vollständig, wie es im reinen Zustand der Natur und des Kriegs eines jeden gegen seinen Nachbarn bestand".⁸¹ Der Souverän ist am Rechtsverzicht (an der faktischen Unterwerfung aller) nicht beteiligt. Er ist verbleibt im Naturzustand, er ist der letzte Wolf, er steht außerhalb der ohnehin bloß äußerlichen Assoziation. Nirgends spricht Hobbes die Konsequenz des unpolitischen Staates klarer aus als hier. Das Modell der naturalistischen Psychologie wird nicht verlassen.

Wie aber wird die Souveränitätsposition machtvoll ausgefüllt? "Bei der Schaffung des Staates gibt jeder das Recht auf, *einen anderen zu verteidigen*, nicht aber das Recht der Selbstverteidigung. Auch verpflichtet er sich, dem Inhaber der Souveränität bei der Bestrafung eines anderen beizustehen, nicht aber bei der eigenen Bestrafung".⁸² Auf Befehl des D (des Souveräns) gehen A und B gegen C vor. Das ist das Modell der vikarischen Legitimation. Sie löst das praktische Problem im Rahmen der naturalistischen Prämissen. Der Souverän wird handlungsfähig. Er kann die *va banque*-Bedingung garantieren. Konkret gesprochen: Weil C's Widerstand gegen seine Festnahme für A und B weniger bedrohlich ist, als es die Befehlsverweigerung gegenüber D wäre, müssen sie seinem Befehl nachkommen. Auch hier kommt dem Vertragsmotiv keine Bedeutung zu. Die Verpflichtung, dem Souverän gegen andere beizustehen, kann jederzeit in ein positives Kosten-Nutzen Kalkül übersetzt werden.

kann. Aber diese Prämisse ist zu stark für die Schlußfolgerung; (...) aus grenzenlosem Individualismus [folgt] lediglich Anarchie. Die Theorie ist ein Fehlschlag". *Gauthier*, S.vi.

⁷⁷ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁷⁸ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁷⁹ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁸⁰ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁸¹ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁸² Leviathan, 28. Kap., S.237. Hervorhebung von mir.

Und doch kann diese Lösung nicht befriedigen. Sie greift an zwei entscheidenden Stellen zu kurz. Zum einen löst sie das Problem der Landesverteidigung nicht, zum anderen legitimiert sie das Strafen allein aus Sicht der Häscher. Der erste Punkt ist offensichtlich. Wenn die Gefahr im Felde zu sterben größer ist als die, vom (bisherigen) Souverän wegen Desertion bestraft zu werden, dann kann den Soldaten nichts am Überlaufen hindern.⁸³ Angesichts feindlicher Übermacht wäre Kriegführung zwecklos. Das Schwert des Krieges ruht in schlaffer Hand. Das zweite Problem ist nicht minder gravierend. Der Täter wird aus der Gruppe der potentiellen Legitimatoren verstoßen. Strafe wird allein *gegen* ihn legitimiert. Und das ist unter den Bedingungen der Moderne zu wenig.⁸⁴ Seit Täter, Opfer und Häscher essentiell vergleichbar geworden sind und sich an dieser substantiellen Verwandtschaft durch die Tat nichts ändert, muß der Täter an der Legitimation seiner Strafe – *nicht aktuell* beteiligt werden, aber doch zumindest potentiell beteiligbar sein. Der Täter muß (wie alle anderen) die Möglichkeit haben, seine Strafe als gerechtfertigt anerkennen zu können. Dies ist in Hobbes' Modell der vikarischen Legitimation von Strafe nicht der Fall. Dem Delinquenten wird, selbst wenn man ihm – arguendo – Innerlichkeit zugestehen wollte, keine Identität angeboten, in der er die Duldung der Strafe als vernünftig akzeptieren kann. Im Gegenteil, er wird explizit von allen Rationalisierungsbemühungen ausgeschlossen. Die entscheidende Passage wurde bereits zitiert. Ein jeder verpflichtet sich, "dem Inhaber der Souveränität bei der Bestrafung eines anderen beizustehen, *nicht aber bei seiner eigenen Bestrafung*".⁸⁵ Der Täter wird den Interessen der anderen geopfert. Die an der Strafvollstreckung beteiligten Individuen zu fragen, ob sie (und nur sie) ihr Tun in der einzig verfügbaren Grammatik von Nutzen und Kosten rechtfertigen können, fällt hinter die selbst gesetzten Standards zurück.⁸⁶ Der Vektor der Legitimation biegt sich zurück. Mit einem Male ist der Staat wieder älter als das Individuum, oder (weil Staat hier bloß äußere Gemeinschaft ist) genauer, einzelne Individuen (Delinquenten) unterscheiden sich von anderen insofern *essentiell*, daß das Interessenskalkül der ersteren legitimationstheoretisch irrelevant wird. Auch Hobbes war mit dieser Lösung nicht zufrieden. Und damit beginnen die eigentlichen Probleme.

6. Leviathan

Im 18. Kapitel des Leviathan handelt Hobbes "von den Rechten der Souveräne durch Einsetzung".⁸⁷ Dort heißt es an entscheidender Stelle zur Legitimation der Strafe: "Wenn außerdem derjenige, welcher versucht, seinen Souverän abzusetzen, wegen dieses Verbrechens getötet oder bestraft wird, *so ist er der Autor seiner eigenen Bestrafung, da er durch die Einsetzung Autor aller künftiger Handlungen seines Souveräns ist*".⁸⁸ Mit anderen Worten, der Delinquent straft sich

⁸³ Die Reputation, ihre Kriegsgefangenen gut zu behandeln, ist eine der mächtigen Offensivwaffen der U.S. Army. Diese Reputation wird unter vergleichsweise großem Aufwand von Personal und Sachmitteln durch die PSYOP (Psychological Operations) gepflegt. Im Golfkrieg 1991 ließen sich 87.000 Soldaten der irakischen Armee kampfflos entwaffnen, wobei sie von der U.S. Air Force abgeworfene Flugblätter als "safe passage" Garantie über ihren Köpfen hielten. Über einen Zeitraum von 7 Wochen hatte die U.S. Air Force 29.000.000 Flugblätter über den irakischen Stellungen abgeworfen, die (i) ein Bett mit warmen Decken, (ii) Essen (u.a. Bananen), (iii) Rückkehr zu den Familien nach Ende des Krieges und (iv) Schutz vor Mitgefangenen versprochen. Alle U.S. Soldaten, die auf den Flugblättern abgebildet waren, trugen dichte Bärte – als Zeichen von Bruderschaft. Dies ist ein unmittelbarer Appell ans furchtsame Individuum gegen die Person des Soldaten.

⁸⁴ Pawlik (1999), S.1.

⁸⁵ Leviathan, 28. Kap., S.237.

⁸⁶ Seelmann, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion (1995), S.43; Norrie (1991), S.65. Eine andere Variante der vikarischen Straftheorie ist die Lehre der Übertragung von Verteidigungsrechten auf den Staat. Auch hier wird der Anspruch aufgegeben, die Strafe gegenüber dem Täter zu legitimieren. Vgl. Seelmann (1995), S.82.

⁸⁷ Leviathan, 18. Kap., S.136.

⁸⁸ Leviathan, 18. Kap., S.136. Hervorhebung von mir.

selbst. Das ist modern, und es stellt sich die Frage, wie man dies mit einem naturalistischen Modell des Staates und dem Reiz-Reaktionsschema kausalmechanisch determinierter Individuen vereinbaren soll. Kurz gesagt, es läßt sich nicht vereinbaren. Im Leviathan entwirft Hobbes eine *zweite* Theorie des Staates, die mit dem naturalistischen Modell aus De Cive nichts mehr zu tun hat. Der Staat des Leviathan ist genuin politisch. Er nimmt nicht länger die "halbe Welt für die ganze".⁸⁹ Seine Subjekte haben das Vermögen, sich aus ihrer Naturverhaftung zu lösen. Sie können sich *als* Personen entwerfen. Erstmals gibt es ein Identitätsangebot, und dieses ist formuliert im Schema von Pflicht und Willkür. Der Leviathan ist mehr als eine "Ansammlung sich gegenseitig beeinflussender Individuen".⁹⁰ Er ist der *body politic* des Titelkupfers der Erstausgabe von 1651.⁹¹ Die Subjekte wenden *als Bürger* ihre Häupter dem Antlitz ihres Souveräns zu, während sie *als Individuen* im Schatten des Leviathan dem städtischen Erwerbsleben und der Seefahrt nachgehen.⁹² Wie kam es zu diesem Wandel, und welche Konsequenzen ergeben sich daraus?

Bereits in De Cive hatte Hobbes nach Wegen gesucht, um das Unpolitische seiner Verzichtslösung zu beheben, und den Staat "als *eine* Person zu definieren, deren Wille vermöge des Vertrages mehrerer Menschen *als ihrer aller Wille gilt*, so daß sie die Kräfte und Fähigkeiten der einzelnen für den gemeinsamen Frieden und Schutz verwenden kann".⁹³ In diesem Falle würden die Soldaten für ihren Staat auch zu sterben bereit sein. Der Wille des Souveräns ("Kämpfen bis zum Tod") wäre "ihrer aller Wille". Der Delinquent würde zum Autor seiner Strafe, da der Wille des Souveräns ("A muß bestraft werden") sein eigener Wille wäre. Dies setzt voraus, daß "die einzelnen ihren Willen dem Willen eines einzelnen, d.h. *eines* Menschen oder *einer* Versammlung so unterwerfen, daß dieser Wille für den Willen aller einzelnen gilt, soweit er etwas über das zum *gemeinsamen* Frieden Notwendige bestimmt".⁹⁴ Das "zum *gemeinsamen* Frieden Notwendige" ist das Öffentliche, und *das* ist ein Initialereignis. Gemeinsamer Friede ist etwas kategorial anderes als der jeweils individuelle Verzicht auf Kampfhandlungen. Neben das Schema von Lust und Unlust tritt nun ein weiteres: das von Öffentlichkeit und Privatheit, von Citoyen und Bourgeois, von Pflicht und Willkür.⁹⁵

Im Leviathan gibt Hobbes das Verzichtsmodell aus De Cive auf, und damit verabschiedet er das zentrale Theoriestück seiner naturalistischen Herrschaftslegitimation. An dessen Stelle tritt das Autorisationsmodell.⁹⁶ Gegen Ende des 17. Kapitels führt Hobbes es bereits als Teil der Definition des Staates ein: "Hierin liegt das Wesen des Staates, der, um eine Definition zu geben, *eine Person ist, bei der sich jeder einzelne einer großen Menge durch gegenseitigen Vertrag eines jeden mit jedem zum Autor ihrer Handlungen gemacht hat, zu dem Zweck, daß sie die Stärke und Hilfsmittel aller so, wie sie es für zweckmäßig hält, für den Frieden und die gemeinsame Verteidigung einsetzt*".⁹⁷ – "Dies ist mehr als Zustimmung oder Übereinstimmung; Es ist eine wirkliche Einheit aller in ein und derselben Person, die durch Vertrag zustande kam, als hätte jeder zu jedem gesagt: *Ich autorisiere diesen Menschen oder diese Versammlung von Menschen und übertrage ihnen mein Recht, mich zu regieren, unter der Bedingung, daß du ihnen ebenso dein*

⁸⁹ Jakobs (1997), S.29.

⁹⁰ Jakobs (1997), S.29.

⁹¹ Umfassend dazu: Brandt, Das Titelblatt des Leviathan und Goyas El Gigante (1982), S.203–231. Siehe auch: Schmitt (1938), S.25 ff.

⁹² "Die obere Bildhälfte bietet damit eine Veranschaulichung der modernitätstypischen Dualität von Staat und Gesellschaft und der dieser korrespondierenden Doppexistenz der Individuen als Staatsbürger und als Gesellschaftsbürger". Kersting (1992), S.35.

⁹³ De Cive, S.129 Hervorhebung von mir. Weitere bedeutsame Passagen, in denen Hobbes vom naturalistischen Verzichtsmodell abrückt, oder doch zumindest Zweifel äußert, finden sich in De Cive, S.98 (zum Vertrag) und ebd.S.163, 199 (zur zentralen Frage der Repräsentation).

⁹⁴ De Cive, S.128. Hervorhebung von mir.

⁹⁵ Jakobs (1997), S.33.

⁹⁶ Orwin, S.26 ff.; Pitkin, S.328–340, 902–918.

⁹⁷ Leviathan, 17. Kap., S.135. Vorbereitet wird dies in Leviathan, 15. Kap., S.115; 16. Kap., S.124 ff.

Recht überträgt und alle ihre Handlungen autorisierst. Ist das geschehen, so nennt man diese zu einer Person vereinigte Menge *Staat*, auf lateinisch *civitas*. Dies ist die Erzeugung jenes großen *Leviathan* oder besser, um es ehrerbietiger auszudrücken, jenes *sterblichen Gottes*, dem wir unter dem *unsterblichen Gott* unseren Frieden und Schutz verdanken".⁹⁸ Der Leviathan ist im Besitze politischer Macht, die über sein Recht auf alles aus dem Naturzustand hinausgeht. Das ist nicht bloß metaphorisch gemeint, denn die *inbaltliche* Unbegrenztheit des Rechts auf alles ändert nichts an dessen *individuellem* Charakter.⁹⁹ Durch den Akt der Autorisation erhält der Souverän (neben seinem Recht auf alles, das er ohnehin behält) die Selbstregierungsrechte *der anderen* zur Ausübung anvertraut. Die Bürger kommen überein, in Dingen des politischen Lebens, ihren jeweils individuellen Willen vom Souverän verwalten zu lassen. Der Herrscher vervielfältigt sich in seinen Bürgern. Neben vertikale Gewalt tritt fraktale Macht.¹⁰⁰ Die Legitimation des politisch verbindlichen Weltentwurfs erfolgt durch konsequente Delegitimation aller individuellen Gegenentwürfe.¹⁰¹

Das Autorisationsmodell stellt die Legitimation staatlicher Machtausübung auf ein vollkommen neues theoretisches Fundament. Wenn der Bürger sein Recht auf Selbstregierung auf den Souverän übertragen hat, dann begegnet er sich in jedem Hoheitsakt selbst. Er hat ihn, vertreten durch den Souverän, selbst angeordnet. Der Bürger wird Teil der Staatsgewalt, und die Staatsgewalt wird Teil des Bürgers. "Das *Volk* ist eine Einheit mit *einem* Willen und ist *einer* Handlung fähig; all das kann von einer *Menge* nicht gesagt werden. Das Volk herrscht in jedem Staate, selbst in der Monarchie; denn da äußert das Volk seinen Willen durch den *eines* Menschen. Die Menge besteht dagegen aus den Bürgern, d.h. aus den Untertanen. In der Demokratie sind die Bürger die Menge, und die Versammlung ist das Volk; in der Monarchie sind die Untertanen die Menge, und (auch wenn das paradox ist) der König ist das Volk".¹⁰² *Populus est rex, rex est populus*: dieses Konfusionsargument hat sich als legitimationstheoretisch fruchtbar erwiesen.¹⁰³ "Da jeder Untertan durch diese Einsetzung Autor aller Handlungen und Urteile des eingesetzten Souveräns ist, so folgt daraus, daß dieser durch keine seiner Handlungen einem seiner Untertanen Unrecht zufügen kann, und daß er von keinem von ihnen eines Unrechts angeklagt werden darf. Denn wer auf Grund der Autorität eines anderen eine Handlung vornimmt, tut damit dem kein Unrecht, auf Grund von dessen Autorität er handelt. Bei dieser Einsetzung eines Staates ist aber jeder einzelne Autor alles dessen, was der Souverän tut, und folglich beklagt sich, wer sich über ein Unrecht seines Souveräns beklagt, über etwas, wovon er selbst Autor ist und darf deshalb niemanden anklagen als sich selbst. Und sich selbst kann er nicht wegen eines Unrechts anklagen, da es unmöglich ist, sich selbst Unrecht zu tun".¹⁰⁴ In *De Cive* beruhte die Ungebundenheit des Souveräns im wesentlichen noch auf dem

⁹⁸ Leviathan, 17. Kap., S.134.

⁹⁹ *Gauthier*, S.124.

¹⁰⁰ In seiner Romantrilogie "The Tripods" beschreibt John Christopher eine Welt, in der die Menschen von einer Rasse Außerirdischer beherrscht werden. Im Alter von 14 Jahren bekommt jeder ein Modul in den Schädel implantiert, das den außerirdischen Herrschern die Kontrolle der *politischen* Gedanken ermöglicht. Als Erwerbsbürger sind die Menschen frei, als Staatsbürger werden sie ferngesteuert. Dieses Sci-Fi Szenario entspricht dem Autorisationsmodell. *Christopher*, The Tripod Series (1988).

¹⁰¹ An dieser Stelle entzündet sich der Streit, ob Hobbes' Leviathan liberal sei oder autoritär. Im Rahmen der hier vertretenen Deutung kann man die Frage präzise beantworten. Solange der Bürger unpolitisch bleibt, also Handel treibt, sich eine Wohnung sucht, für Ernährung, Familie und Beruf sorgt, ist er frei, von seinem Recht auf Selbstregierung Gebrauch zu machen (Leviathan, 21. Kap., S.165). Das ist die liberale Seite des Leviathan. Sobald der Bürger jedoch seinen Aggregatzustand wechselt und als Citoyen politisch wird, wird er vom Souverän ferngesteuert. Im Politischen gibt es keine Freiheit. Das ist die autoritäre Seite des Leviathan.

¹⁰² *De Cive*, S.198–199. Diese Passage ist der wohl auffälligste Fremdkörper im Zusammenhang des in *De Cive* entwickelten naturalistischen Arguments.

¹⁰³ *Kersting* (1994), S.93.

¹⁰⁴ Leviathan, 18. Kap., S.139. Ebenso: "[D]enn jeder ist jedem gegenüber verpflichtet, alles, was ihr derzeitiger Souverän tun (...) wird, als eigene Handlung anzuerkennen, und sich als ihr Autor ansehen zu

rechtlichen Vakuum, das dadurch entsteht, daß der Souverän nicht am Verzichtsvertrag beteiligt ist. Im Leviathan wird diese Konstruktion durch den Gedanken des *volenti non fit iniuria* ersetzt.

Was die Subjekte für sich selbst wollen, können sie nicht als Unrecht erfahren. Der Inhalt ihres (politischen) Wollens wird vom Souverän diktiert, und dieses Diktat ist gerecht, da seinerseits je individuell gewollt. Es wird deutlich, wie weit sich Hobbes vom naturmechanischen Psychologismus aus *De Cive* entfernt hat. Die Subjekte haben das Vermögen zum "Selbst" bekommen. Sie können *als* Personen dem Trieb des Individuums widerstehen. Und damit ist die Voraussetzung für Verträge im eigentlichen Sinne gegeben, für Bindung trotz negativen Kosten-Nutzen Kalküls. Das Universum der monistisch-mechanistischen Ontologie ist spätestens an dieser Stelle verlassen. Strafe wird von furchtgesteuerter Programmierung des Individuums zu einem politischen Akt des Souveräns. Der individuelle Vorbehalt, bei negativem Nutzensaldo der Herrschaft Widerstand leisten zu müssen, ist im dualistischen Subjektmodell suspendiert.¹⁰⁵ Durch die private Willkürfreiheit des Individuums wird "die souveräne Gewalt über Leben und Tod [nicht] aufgehoben oder eingeschränkt. Denn es wurde schon gezeigt, daß die souveräne Vertretung einem Untertanen nichts zufügen kann, was aus irgendeinem Grund zu Recht Ungerechtigkeit oder Unrecht genannt werden könnte, *da jeder Untertan Autor jeder [politischen] Handlung des Souveräns ist*".¹⁰⁶ Unpolitische Freiheit kann politische Macht nicht länger begrenzen.

Da das Recht zur Selbstregierung schrankenlos ist und da prinzipiell einer vollständigen Übertragung nichts im Wege steht, gibt es keine Grenzen für die Strafgewalt des Souveräns. Der Untertan ist Autor *aller* staatlichen Handlungen. Er hat (als Person) die Strafe, die er selbst über sich gebracht hat, zu erdulden. Widerstand gegen die Häscher ist selbstwidersprüchlich, absurd und pflichtwidrig. Der Fortschritt über die vikarische Legitimationslösung ist klar zu sehen. Der Täter ist Co-Legitimator seiner eigenen Strafe. Das Subjektparadigma wird nicht verletzt, auch wenn dazu die Ausstattung des Subjekts verändert werden mußte. Das Schwert der Gerechtigkeit liegt fest in der Hand des Souveräns, genau genommen sogar fester als je zuvor. In *De Cive* beruhte die Macht des Souveräns allein auf seinem Vermögen, jederzeit eine so große Anzahl von Getreuen mobilisieren zu können, daß die Gegenwehr des Abtrünnigen bei seiner Ergreifung rein faktisch aussichtslos war. Macht stand gegen Macht. Im Falle eines organisierten Aufstandes konnte nicht ausgeschlossen werden, daß die Rebellen die Oberhand gewinnen, womit sich das Gemeinwesen (mangels Fähigkeit, die *va banque*-Bedingung weiterhin zu garantieren) aufgelöst hätte.¹⁰⁷ Der Staat des Leviathan findet sich in einer ungleich besseren Position. Sobald ein Aufstand politisch wird (und jeder Aufstand ist bereits definitionsgemäß politisch), hat der Souverän die Kontrolle über den Willen eines jeden einzelnen Revolutionärs. Erstmals ist die Macht des Souveräns größer, als die aller seiner Untertanen zusammengenommen: *non est potestas super terram quae comparetur ei*.¹⁰⁸ Auf dieselbe Weise löst das Autorisationsmodell auch das Problem des äußeren Friedens, an der die naturalistische Theorie von *De Cive* scheitern mußte. Jeder Frontsoldat ist ein Freiwilliger und kann sich demnach nicht beklagen, wenn er sich plötzlich in Lebensgefahr befindet. "Wer sich (...) als Soldat einschreiben läßt oder Handgeld nimmt, *begibt sich der Entschuldigung, er sei von ängstlicher Natur* und ist *verpflichtet*, nicht nur in die Schlacht zu ziehen, sondern auch nicht ohne

lassen" (Leviathan, 18. Kap., S.136). "Denn es wurde schon gezeigt, daß die souveräne Vertretung einem Untertanen nichts zufügen kann, was (...) Unrecht genannt werden könnte, da jeder Untertan Autor jeder Handlung des Souveräns ist". Leviathan, 21. Kap., S.165.

¹⁰⁵ Jakobs (1997), S.31.

¹⁰⁶ Leviathan, 21. Kap., S. 165.

¹⁰⁷ "Der Souverän wird immer zahlenmäßig überlegen sein, jedenfalls so lange er jeweils nur wenige Täter auf einmal zu betrafen sucht". Gauthier, S.106. Mehr als quantitative Übermacht ist so jedoch nicht zu erlangen.

¹⁰⁸ Leviathan, 18. Kap., S.143. Das Titelkupfer zitiert Hiob 41, 24 "Es gibt keine Gewalt auf Erden, die der seinen vergleichbar wäre".

Erlaubnis seines Vorgesetzten zu fliehen".¹⁰⁹ Der Souverän vermag das Schwert des Krieges zu führen.

7. Inkonsistenzen

Hobbes' politische Philosophie enthält zwei miteinander inkompatible und nicht aufeinander reduzierbare Staatstheorien, von denen die erste naturalistisch und (grob gesprochen) in De Cive zu finden ist, die zweite hingegen genuin normativ ist und an zentraler Stelle im Leviathan entwickelt wird. Das Problem ist, daß die normative Staatstheorie (das Vertrags- und Autorisationsmodell) mit dem monistischen Materialismus aus De Corpore, De Homine und De Cive unvereinbar ist. Strauss hat bereits 1935 auf dieses Problem hingewiesen: "[E]s fragt sich", schreibt er, "ob die von Hobbes' politischer Wissenschaft vorausgesetzte Natur-Auffassung identisch ist mit der von ihm in seinen naturwissenschaftlichen Darlegungen explizierten Natur-Auffassung".¹¹⁰ Das ist, wie gezeigt, nicht der Fall. Am Beispiel des Willens "wird klar, daß die von Hobbes' Politik vorausgesetzte Natur-Auffassung *dualistisch* ist: die Idee der Zivilisation setzt voraus, daß sich der Mensch kraft seines *Geistes* aus der *Natur* herausstellen, gegen die Natur auflehnen kann. Dieser Dualismus schimmert in Hobbes' Politik überall durch (...) wird nun aber verdeckt durch die von Hobbes *gelehrte* monistische (materialistisch-deterministische) Metaphysik, zu deren Übernahme er lediglich genötigt war, weil er keine andere Möglichkeit sah, der 'dinglichen', 'substantialistischen' Auffassung des Geistes und damit dem 'Kingdom of Darkness' zu entgehen".¹¹¹ Dieser Befund kann nur bestätigt werden. Unzutreffend allerdings ist die Schlußfolgerung, die Strauss daraus zieht, nämlich "daß die politische Wissenschaft von der Naturwissenschaft wesentlich unabhängig" sei.¹¹² Es gibt bei Hobbes nicht *die* politische Wissenschaft, sondern es gibt *zwei* Modelle vom Staat, von denen immerhin eines (De Cive) sich mit der monistischen Metaphysik in perfekter Harmonie befindet. Die Lage ist komplizierter. Übersichtlich betrachtet, hat Hobbes' politische Philosophie folgende Binnenstruktur:

	De Cive	Leviathan
Ontologie	monistisch	(dualistisch)
Psychologie	deterministisch	(voluntaristisch)
Gesellschaftsbildung durch	Selbstorganisation	Vertrag
Straftheorie	instrumentell	autonomiebasiert
Natur des Staates	unpolitisch	politisch

¹⁰⁹ Leviathan, 21. Kap., S.169. Hervorhebung von mir. Man vergleiche dies mit den eingangs zitierten Passagen aus De Cive. Dort hieß es, daß jeder "infolge einer natürlichen Notwendigkeit, nicht geringer als die, durch welche ein Stein zur Erde fällt" dasjenige verlangt, was gut für ihn ist und flieht was übel für ihn ist, allem voran den gewaltsamen Tod (De Cive, S.81; Siehe auch ebd. S.87, 94, 135–136). Im naturalistischen Modell ist die unüberwindbare Todesangst keine "Entschuldigung", sondern eine anthropologische Prämisse.

¹¹⁰ Strauss, S.158.

¹¹¹ Strauss, S.158.

¹¹² Strauss, S.16. Insofern ist Kersting recht zu geben, wenn er Strauss' Inkonsistenzthese verwirft (Kersting (1992), S.69). Lediglich auf Hobbes' im Leviathan vorgestellte nicht-naturalistische Staatslehre trifft das Verdikt zu, daß "der konsequente Naturalismus (...) der Ruin seiner Politik" ist (Strauss, S.159). Andererseits ist Strauss gegenüber Kersting recht zu geben, wenn dieser von einem durchgängigen Reduktionismus Hobbes' ausgeht (Kersting (1992), S.69 f.). Auch das ist eine unzutreffende Verallgemeinerung. Die nicht-naturalistische Politik des Leviathan ist, wie gezeigt, voller Passagen, die sich gerade *nicht* aus der mechanistischen Psychologie deduzieren lassen. Vgl. dazu auch Röd (1970), S.20 f.

Die Gegensätze sind unversöhnlich. Das Modell der Selbstorganisation ist naturalistisch. Es beruht auf einer monistisch-materialistischen Ontologie. In ihm ist der Vertrag ein Fremdkörper, der selbst als Metapher unbrauchbar ist. Das Gesellschaftsmodell des Leviathan hingegen ist genuin normativ. Es setzt eine dualistische Ontologie voraus, vor deren Hintergrund das Subjekt als Person gegenüber dem Individuum naturresistente Obligationen begründen kann. Der Vertrag wird zum legitimationstheoretischen Initialereignis.¹¹³ Er ist normbegründet und normbegründend zugleich.

Damit stellt sich nun in aller Schärfe die Frage, ob die politische Theorie des Leviathan implizit eine Revision der metaphysischen Grundannahmen aus *De Cive* enthält. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: die fällige Revision findet *nicht* statt. Nachdem Hobbes im 17. Kapitel ausführlich sein nicht-naturalistisches Autorisationskonzept und im 18. Kapitel die dazugehörige Straftheorie, die beide zur Gänze auf der Möglichkeit interessenwidriger Verpflichtung beruhen, vorgestellt hat, macht er im 21. Kapitel einen Rückzieher. "*Freiheit* bedeutet (...) das Fehlen von Widerstand, wobei ich unter Widerstand äußere Bewegungshindernisse verstehe. Dieser Begriff kann ebensogut auf vernunft- und leblose Dinge wie auf vernünftige Geschöpfe angewandt werden".¹¹⁴ Das ist eine explizite Absage an das Subjekt als Person. Und wie zur Bekräftigung schickt er folgendes nach: "Endlich kann von der gewöhnlichen Verwendung des Wortes *Willensfreiheit* nicht auf die Freiheit des Willens, des Verlangens oder der Neigung geschlossen werden, sondern auf die Freiheit des Menschen, die darin besteht, daß er bei der Verfolgung dessen, was er will, nach dem er verlangt und wozu er neigt, auf kein Hindernis stößt".¹¹⁵ Alles andere ist widersinnig.¹¹⁶ Der Wille ist das Endprodukt eines durch Todesfurcht geeichten Abwägungsvorgangs. Wille, Neigung und Verlangen sind wesensgleich. Es gibt keine Wünsche zweiter Ordnung. Das Subjekt ist das im Schema von Lust und Unlust operierende Individuum. Im folgenden unternimmt Hobbes einige (wenig überzeugende) verbale Verrenkungen, um Freiheit und Furcht und Freiheit und Notwendigkeit zu vereinbaren, verläßt das naturalistische Modell fortan aber nicht mehr. "Werden die Worte *frei* und *Freiheit* auf andere Dinge als auf Körper angewandt, so werden sie mißbraucht, denn was nicht bewegt werden kann, kann auch nicht gehindert werden".¹¹⁷ Und damit ist das Argument wieder am Ausgangspunkt von *De Cive* angelangt. Die Welt ist Materie in Bewegung und weiter nichts.

Hobbes steht nun vor dem Problem, sich ausführlich widersprochen zu haben. Er hat eine Straftheorie entworfen (im 17. und 18. Kapitel), die das Subjekt als Person voraussetzt und bekennt sich unmittelbar im Anschluß daran (im 21. Kapitel) zu einer Metaphysik, die eben dies unmöglich macht. Im Anschluß an Gauthier¹¹⁸ haben einige Interpreten bei der Durchsicht dieser Passagen erklärt, Hobbes habe im 18. Kapitel einen Fehler gemacht, den er im 28. Kapitel (in dem er die naturalistische Straftheorie aus *De Cive* wiederholt) behoben habe.¹¹⁹ Doch das ist wenig überzeugend, denn nicht nur das Strafrecht ruht auf der Prämisse der Personalität des Subjekts, sondern auch das Autorisationsmodell, *die* entscheidende theoretische Innovation des Leviathan. Diesem Zusammenhang verweigern Gauthier und Dix die gebührende Aufmerksamkeit. Man kann kaum annehmen, daß Hobbes mit dem Rückgriff auf das unpolitische Strafrecht aus *De Cive* im 28. Kapitel implizit das Herz des Leviathans herausreißen und die Revision erneut revidieren wollte.

¹¹³ Genauer gesagt wird er zum gültigen Ausdruck der Obligationentstehung. Da der Vertrag seinerseits prinzipiiert ist (durch das dualistische Subjektmodell), kann er nicht zum Prinzip der Legitimation werden. Solange man sich diesen Zusammenhang bewußt hält, kann man aber ohne weiteres von "Legitimation durch Vertrag" sprechen.

¹¹⁴ Leviathan, 21. Kap., S.163.

¹¹⁵ Leviathan, 21. Kap., S.163.

¹¹⁶ Leviathan, 5. Kap., S.34.

¹¹⁷ Leviathan, 21. Kap., S.163.

¹¹⁸ Gauthier, S.146.

¹¹⁹ Dix, S.105. Anders Metzger, der den Widerruf im 28. Kapitel erst gar nicht zur Kenntnis nimmt und lakonisch schreibt: "Das Recht des Souveräns zu strafen resultiert ausschließlich aus dem Sozialvertrag". Metzger, Thomas Hobbes und die englische Revolution (1991), S.237.

Und so ist es auch nicht, denn Hobbes wählt eine andere Strategie. Er versucht, die Sprengkraft der nicht-naturalistischen Theorie zu entschärfen, indem er sie *im Ergebnis* an ihren naturalistischen Vorläufer angleicht. Besondere Mühe verwendet er dabei auf die Straftheorie, was kein Zufall ist. Entgegen der vor dem Hintergrund einer dualistischen Ontologie konsequenten Annahme vollkommener Verfügbarkeit über das Recht auf Selbstregierung, postuliert Hobbes nun Einschränkungen, die dieses auf Kosten–Nutzen Grenzwerte limitieren. Danach "kann von niemandem [als Person] angenommen werden, daß er bei der Errichtung der souveränen Gewalt das Recht zur Erhaltung seines eigenen Körpers aufgegeben hätte, zu dessen Sicherheit ja die gesamte Souveränität eingerichtet wurde".¹²⁰ Der individuelle Vorbehalt wird wieder eingeführt.¹²¹ Die Vertragsgeltung wird unter die Bedingung eines positiven Nutzenkalküls gestellt. Jedermann hält somit *naturnotwendig*¹²² gewisse Rechte zurück, "wie das Recht, über den eigenen Körper zu herrschen, das Recht auf Luft, Wasser, Körperbewegung, auf Verbindungswege von Ort zu Ort, sowie auf alle Dinge, ohne die ein Mensch nicht oder nicht angenehm leben kann".¹²³ Der Täter muß sich seiner Strafe nicht länger stellen.¹²⁴

Im Rahmen der hier vertretenen Deutung versuchen diese Passagen, die Ergebnisse der nicht-naturalistischen politischen Theorie in das von der naturalistischen Theorie der Vergesellschaftung errichtete Gehege einzupferchen, ohne die konstruktiven Vorteile des Autorisationmodells aufzugeben.¹²⁵ Nicht ohne Gewaltsamkeit wird die politische Theorie des Leviathan mit dem Fundament der materialistischen Ontologie und der mechanistischen Psychologie verklammert, um die subversive Kraft der implizit vorausgesetzten dualistischen Ontologie zu bändigen und hinter dem Putz eines einheitlichen Ergebnisses zu verbergen. Hobbes hat sich bei der endgültigen Formulierung seiner politischen Philosophie die Freiheit genommen, Teilargumente aus beiden Welten, naturalistische und nicht-naturalistische, miteinander zu kombinieren. Dem Leviathan in seiner Endfassung liegt somit folgende spannungsreiche Logik zugrunde:

	Leviathan	
Ontologie	monistisch	-
Psychologie	deterministisch	-
Gesellschaftsbildung durch	-	Vertrag
Straftheorie	instrumentell	-
Natur des Staates	-	politisch

¹²⁰ Leviathan, 27. Kap., S.224.

¹²¹ Jakobs (1997), S.31.

¹²² Leviathan, 14. Kap., S.107.

¹²³ Leviathan, 15. Kap., S.118.

¹²⁴ Leviathan, 21. Kap., S.168.

¹²⁵ Vgl. auch: Leviathan, 14. Kap., S.101, wo auch die Verpflichtung "Ketten und Gefängnis" zu ertragen, abgelehnt wird; Leviathan, 14. Kap., S.107, wo u.a. eine Pflicht gegen sich selbst aussagen zu müssen, verneint wird; weiterhin Leviathan, 21. Kap., S.168; 27. Kap., S.229. Wichtig ist Leviathan, 27. Kap., S.231, wo der Gedanke des entschuldigenden Notstands ausgesprochen wird: "Wird jemand aus Furcht vor dem sofortigen Tod zu einer gesetzeswidrigen Tat gezwungen, so ist er völlig entschuldigt, da kein Gesetz einen Menschen dazu verpflichten kann, seine Selbsterhaltung aufzugeben". Interessant ist auch folgende Passage aus dem selben Kapitel (Leviathan, 27. Kap., S.228): "Die Leidenschaft, die die Menschen am wenigsten die Gesetze übertreten läßt, ist die Furcht. Ja sie ist – einige edelmütige Menschen ausgenommen – die einzige Kraft, die die Menschen zu ihrer Einhaltung bringt, wenn ein Vorteil oder Vergnügen durch Gesetzesübertretung in Aussicht steht". Diese "edelmütigen Menschen" lassen sich mit den Vorgaben der mechanistischen Psychologie nicht beschreiben. Sie sind nicht edel sondern krank.

Natürlich funktioniert das so nicht. Im Rahmen der Vorgaben der deterministischen Psychologie läßt sich (mangels naturresistentem Obligationsvermögen des Subjekts) kein genuin verpflichtender Vertrag konstruieren, der interessenunabhängige Handlungsgründe zu liefern im Stande wäre. Trotzdem muß Hobbes mit der Vertragsfigur arbeiten (= verpflichtender Gesellschaftsvertrag), wenn er den Souverän von einer unpolitischen Naturzustandsgefahr als politische Macht in den Staat integrieren will (= politischer Staat). Der logische Weg dazu wäre, das Autorisationsmodell zur Strafbegründung nach Innen und zur Landesverteidigung nach Außen zu verwenden. Dies jedoch hätte den Bruch mit den ontologischen und psychologischen Prämissen unübersehbar gemacht, weswegen Hobbes in systemwidriger Weise auf das naturalistisch-utilitaristische Argument zurückgreift (= instrumentelle Straftheorie) und sich das Problem der doppelten Schwäche des Souveräns einhandelt.

8. Wirkung

Die ungelösten Widersprüche innerhalb der politischen Theorie (oder besser: Theorien) von Thomas Hobbes haben die Geschichte seiner Rezeption geprägt. Es stehen sich zwei Lager gegenüber, von denen das eine die naturalistischen Elemente aus *De Cive* und *Leviathan* für maßgeblich erklärt (und folgerichtig der Vertragsfigur jede Bedeutung abspricht), das andere hingegen die nicht-naturalistischen Elemente des *Leviathan*, insbesondere das Autorisationsmodell betont.¹²⁶ Beide Seiten haben teilweise Recht. Hobbes politische Theorie *ist* ein spannungsvoller Hybrid, in dem sich, auf der Metaebene noch unartikuliert, der ontologische Fundamentalkonflikt der Moderne spiegelt. Die Rezeption der Hobbesschen *Straftheorie* ist demgegenüber kaum vom Kontroversen geprägt. Das mag verwundern, wenn man bedenkt, daß der konzeptuelle Widerspruch im *Leviathan* sich gerade dort am augenfälligsten ereignet. Und doch ist es verständlich, denn Hobbes versammelt, wie gezeigt, in *De Cive* und *Leviathan* (scheinbar) alle charakteristischen Merkmale des neuen, liberalen Strafrechts, das die Aufklärung prägen sollte: die Lehre vom psychologischen Zwang, die Imperativtheorie, den Grundsatz *nulla poena sine lege* und die Orientierung am künftigen Wohl (*ne peccetur*).¹²⁷ Der Phänotypus seiner explizit gelehnten Straftheorie verbirgt deren höchst problematische Genese so vollkommen, daß ein Schein von Eindeutigkeit entsteht, der extensive Spezialforschung kaum herausfordern konnte.¹²⁸ Cattaneo spricht daher durchaus für die herrschende Meinung, wenn er schreibt, daß "Hobbes Konzept im Kern die Grundprinzipien einer utilitaristischen Straftheorie enthält, Prinzipien, die später von Beccaria und Bentham mit Blick auf rechtliche und soziale Reformen entwickelt und ausformuliert wurden".¹²⁹ Und so ist es nur konsequent, zwischen den Theorien von Hobbes und Beccaria derart enge Verwandtschaft zu erblicken, daß jedenfalls dem Geiste nach, auch Hobbes' Straftheorie die Zurückweisung der Todesstrafe fordere.¹³⁰ Mit Blick auf die Einteilung der Straftheorien in relative und absolute schreibt Cattaneo weiter, daß Hobbes "im Einklang mit utilitaristischen Prinzipien (...) von den (...) drei klassischen Straftheorien (Vergeltung, Besserung und Prävention) (...) definitiv die erste ablehnt und die anderen beiden bejaht".¹³¹ Gegen diese Sicht der Dinge, die sich gänzlich auf den naturalistischen Strang der politischen Philosophie Hobbes' beruft (und dabei irrigerweise einen legitimationstheoretischen Zusammenhang zwischen Kontraktualismus und Utilitarismus

¹²⁶ Durchgängig naturalistisch argumentieren: *Dix*, S.21-23; *Hampton* (1986). Für eine Trennung von (naturalistischer) Anthropologie und (idealistischer) Staatslehre optieren *Taylor*, *The Ethical Doctrine of Hobbes*, *Philosophy* (1938), S.415; *Warrender*, *The Political Philosophy of Hobbes* (1966), S.213.

¹²⁷ Dazu mit umfangreichen Nachweisen *Cattaneo*, S.277. Siehe auch oben, S.20.

¹²⁸ Das auffällige wissenschaftliche Desinteresse an Hobbes Straftheorie kommentieren auch *Cattaneo*, S.276 und *Norrie* (1984), S.299.

¹²⁹ *Cattaneo*, S.289. Auch *Norrie* sieht Hobbes als in dieser Weise von der h.M. verstanden. *Norrie* (1984), S.299.

¹³⁰ *Cattaneo*, S.294.

¹³¹ *Cattaneo*, S.288.

herstellt¹³²), hat sich am klarsten Norrie ausgesprochen. Gegen Cattaneo hält er Hobbes nicht nur für den Vater aller utilitaristischen Straftheorien der Moderne, sondern ebenso für den Begründer des modernen Retributivismus.¹³³ Die Existenz zweier einander ausschließender Straftheorien "folgt aus der Existenz von zwei verschiedenen und einander widersprechenden Sichtweisen der Natur des Menschen. Zum einen ist da der Mensch als durch seine Natur determiniertes Individuum, der deshalb kein Recht zur Strafe auf einen anderen übertragen kann. Zum anderen ist da der Mensch als freies Individuum, das bindende Verträge abschließen kann, weil es frei ist, und das aus eben diesem Grunde jedes Recht übertragen kann. Dieses zweite Individuum ist die klassische Rechtsperson, der von seinem natürlichen und sozialen Kontext abstrahierte Vertragspartner".¹³⁴ Dies liegt ganz auf der Linie der hier vertretenen Deutung. Aus der gespaltenen politischen Theorie folgen mit Notwendigkeit zwei Straftheorien. Norrie geht jedoch noch einen Schritt weiter. "Der Gedanke der Zustimmung des Individuums zum Gesellschaftsvertrag ist der historische Grundstein des modernen Retributivismus".¹³⁵ Hier werden Gesellschaftsvertrag und absolute Straftheorie (und nicht: Utilitarismus) in ein begründungstheoretisches Abhängigkeitsverhältnis gestellt. Es wird behauptet, daß es sich mit der Strafe strukturell nicht anders verhält, als mit dem Einhalten eines Versprechens. Ob man ein Versprechen abgibt, mag man anhand des erwartbaren Nutzens kalkulieren. Ist das Versprechen jedoch einmal in der Welt, so muß derjenige, der auf Einhaltung besteht, nicht darlegen, daß dies noch immer im Interesse seines Vertragspartners liege. Es genügt, ihn an das Versprechen selbst zu erinnern. Verpflichtungsakte wie Versprechen oder Vertrag haben die fundamentale begründungstheoretische Eigenschaft, interessenunabhängige Handlungsgründe zu liefern.¹³⁶ Mit anderen Worten, Versprechen sind aus anderen Gründen zu halten, als sie gegeben werden. *Volenti non fit iniuria* heißt eben auch, daß derjenige, der ein Versprechen bricht, selbstwidersprüchlich handelt.¹³⁷ In veränderter Form ist dieses Argument fester Bestandteil aller retributiven Straftheorien geworden. Es ist "absolut" insofern, als daß für die Strafbegründung von aktuellen Lust/Unlust Schemata abgesehen und allein auf Pflicht und Willkür abgestellt wird.¹³⁸ Relative (Obligations-)Theorien, so kann man formulieren, befassen sich mit den Klugheitsgründen, eine Verpflichtung einzugehen. Absolute Theorien befassen sich mit den nicht-utilitaristischen Folgen aus einer eingegangenen Verpflichtung. Utilitaristische Straftheorien versuchen, die Strafe extern als nützlich auszuweisen. Retributive Theorien porträtieren die Strafe als konzeptuell notwendige Folge des Normbruchs, unabhängig davon, welche Zwecke mit dem Normsystem als ganzem verfolgt werden. Wer die Einhaltung eines Versprechens nicht mit dem Hinweis auf das Versprechen, sondern mit dem Nachweis der Nützlichkeit einfordert, beweist, daß er sich in der Semantik des Versprechens nicht auskennt.¹³⁹

¹³² "Da das Recht zu strafen bei Hobbes eine vertragliche Basis hat, so werden seine Charakteristika, die Funktion und der Zweck der Strafe von ihm im Einklang mit utilitaristischen Prinzipien wahrgenommen". Cattaneo, S.288.

¹³³ Norrie (1984), S.315.

¹³⁴ Norrie (1984), S.306.

¹³⁵ Norrie (1984), S.315.

¹³⁶ Kersting (1994), S.26. Dazu auch De Cive, S.217 ff., S.219.

¹³⁷ De Cive, S.98.

¹³⁸ Die Fundierung dieses Arguments im Subjekt *als Person* leuchtet unmittelbar ein, denn als Individuum kann das Subjekt Verpflichtung gar nicht anderes begreifen, als positive Bilanz eines Nutzenkalküls. Für das Individuum ist der Vertragschluß die Dokumentation einer bestimmten Handlungsprognose, die so lange Gültigkeit besitzt, wie sich das zugrundeliegende Interessenkalkül nicht verschiebt. Zwischen Vertragschluß und Vertragserfüllung besteht kein inneres Band. Verträge werden aus Klugheitsgründen geschlossen, und sie verpflichten nur so lange, wie sie nützlich sind (De Cive, S.91. Zweifel aber in De Cive, S.98). Die Bindung endet, wenn die Erfüllung des Versprechens materiell nachteiliger wird als der Vertragsbruch. Die Tatsache des Vertragschlusses allein ist für das Individuum kein Argument, das versprochene Verhalten vorzunehmen. Vgl. auch Jakobs (1997), S.20-21.

¹³⁹ Kersting (1994), S.26.

Trifft man die Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Straftheorien in der hier vorgeschlagenen Weise, nach der relative Theorien die quantitative Balance von Lust und Unlust im Blick haben, während absolute Theorien von diesem Schema Abstand nehmen und sich an der qualitativen Leitdifferenz von Pflicht und Willkür orientieren, dann zeigt sich erneut, warum relative Theorien zur nicht-vikarischen Legitimation von Strafe grundsätzlich untauglich sein müssen. Das Schema von Lust und Unlust verhindert jede Bindung über das natürlich Begehrenswerte hinaus. Das Individuum *kann* Geltung gar nicht anderes als durchgängig positive Bilanz eines Nutzenkalküls begreifen. Zwischen Norm und Motivation besteht kein inneres Band. Im Ergebnis baut jede relative Theorie auf einer ontologischen Prämisse, welche die Rationalisierung harter Behandlung bereits prinzipiell unmöglich macht. Voraussetzung einer absoluten Straftheorie hingegen ist das Angebot einer Ich-Identität (auch an den Delinquenten), in der die Pflicht, sich der Strafe zu stellen, im Schema von Pflicht und Willkür begründbar ist.¹⁴⁰ Der Gesellschaftsvertrag ist das wirkmächtige Motiv, hinter dem sich diese sozialontologische Prämisse verbirgt. Wer vom Vertrag spricht, der rekurriert auf ein Subjekt, das nicht nur Individuum (Mittel), sondern jederzeit zugleich Person (Zweck) ist. Hobbes politische Philosophie scheitert daran, daß sie diese Tatsache zu leugnen versucht.

¹⁴⁰ Genau genommen kann dies jedes Schema bewirken, das nicht bloß (wie Lust und Unlust) die Tatsache der leiblichen Existenz reformuliert.

III. Kant

Nur derjenige Staat ist im eigentlichen Sinne rechtmäßig, "welche[r] allein die *Freiheit* zum Princip, ja zur Bedingung alles *Zwanges* macht".¹ Der Staat muß dem Subjekt eine Identität zur Verfügung stellen, die es ihm gestattet, sich vom Zwang gegen seinen Leib personal zu distanzieren. Wer Zwang aus Freiheit legitimieren will, der muß mit dem sozialontologischen Monismus brechen. Zwang und Freiheit dürfen einander nicht ausschließen, und daraus folgt, daß Freiheit (auch) etwas anderes als Handlungs- und Bewegungsfreiheit bedeuten muß. Kant bringt den Anspruch der modernen Legitimationstheorie auf den Begriff. Staatliche Macht kann nur noch unter Berufung auf personale Freiheit (des Delinquenten) gerechtfertigt werden. "Alle Strafe im Staat geschieht wohl zur correction und zum Exempel, aber sie muß allererst um des Verbrechens an sich selbst willen gerecht sein, *quia peccatum est*. Der Verbrecher muß nicht über Unrecht klagen können".² Zwang gegen das Individuum muß von der Person autorisierbar sein. Der im Subjektbegriff verborgene Dualismus, der bei Hobbes nur dunkel im Hintergrund zu ahnen war, sieht sich bei Kant ins grelle Licht wissenschaftlicher Aufmerksamkeit gerückt. Im vollen Bewußtsein der ontologischen und epistemologischen Implikationen entwirft Kant zwei grundlegend verschiedene Ich-Identitäten für das (einheitliche) Subjekt.³ Der Mensch ist kluges Individuum, welches um seine Glückseligkeit besorgt ist und freies Vernunftwesen unter Gesetzen der Sittlichkeit zugleich. Das Modell des homo phaenomenon ist im Alphabet von Lust und Unlust buchstabiert, der homo noumenon entwirft sich entlang der Differenz von Pflicht und Willkür. Die explizite Spaltung des Subjekts in Individuum und Person ermöglicht es erstmals, die Leistungsfähigkeit beider Legitimationsressourcen (Leib und Vernunft) *prinzipiell* zu untersuchen. Das Ergebnis ist bekannt. Kant verwirft die leibzentrierten Identitätsangebote (die "Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre") als Quellen staatlicher Zwangsbegründung und stellt allein auf das Subjekt als Vernunftwesen ab.⁴ Seine Versuche, den leeren Raum der res cogitans mit Inhalten und Kriterien zu füllen, sind bis heute maßgeblich. Jede moderne Straftheorie hat sich mit Blick auf Kant zu erklären. Innerhalb des Paradigmas der dualistischen Sozialontologie vermißt er das Feld politischer Legitimation abschließend. Bei Kant erreicht die systematische Verklammerung von Ontologie, Epistemologie, Moral- und Rechtslehre ein Höchstmaß an Perfektion. Auch das ist kennzeichnend. Personale Identitätsangebote müssen sich großräumig rechtfertigen lassen.⁵ Die Kohärenz des Systems der praktischen Philosophie mit der theoretischen Vernunftkenntnis ist von ausschlaggebender Bedeutung für den Entwurf einer plausiblen Ich-Identität als Vernunftwesen.⁶ Wo man nicht mehr auf die konkrete Gewißheit der Leiblichkeit zugreifen kann, muß man sein Netz weiträumig werfen. Die res cogitans mag uns epistemisch nahe sein, epistemologisch jedoch ist sie in fast unerreichbarer Ferne. Im folgenden wird das komplizierte und verschlungene Verhältnis von theoretischer und praktischer Philosophie nachgezeichnet, welches den Hintergrund und zugleich das Plausibilitätsreservoir für Kants Modell politischer Identität bildet. Erst dann wird sich zeigen, warum das Strafrecht, im Gegensatz zum Polizeirecht, eine so eigentümliche Behandlung erfahren hat, die Gegenstand vielfältiger (nicht selten grundsätzlicher) Kritik geworden ist. Mit Kant werden die Dinge endgültig kompliziert. Man

¹ MdS, S.340-341.

² R 8029, Reflexionen zur Rechtsphilosophie, Bd. XIX, S.586.

³ Paulik (1999), S.24.

⁴ MdS, S.331; Primoratz (1978), S.403.

⁵ Naucke, Rechtsphilosophische Grundbegriffe (1986), S.103.

⁶ "Nur auf eines sei mir erlaubt (...) noch aufmerksam zu machen, nämlich daß jeder Schritt, den man mit der reinen Vernunft tut, sogar im praktischen Felde, wo man auf subtile Spekulationen gar nicht Rücksicht nimmt, dennoch sich so genau und zwar von selbst an alle Momente der Kritik der theoretischen Vernunft anschließe, als ob jeder mit überlegter Vorsicht, bloß um dieser Bestätigung zu verschaffen, ausgedacht wäre". KpV, A 190. "Das theoretische Bewußtsein schlägt, bis zum äußersten gesteigert, ins praktische um". Kroner, Von Kant bis Hegel (1924), Bd.1, S.169, 175. Zum Primat der praktischen Philosophie im Denken Kants, Kroner, Bd.1, S.185 ff., 204-205; Bd.2, S.257 f.

kann sich nicht mehr auf einen Aspekt des philosophischen Systems beschränken, wenn man über die Legitimation staatlicher Strafe sprechen will.

1. Ontologie

Wie jeder große Neuerer ist Kant zunächst dem Vorverständnis seiner Zeit verpflichtet. Ontologisch und epistemologisch ist er Realist.⁷ Es gibt eine reale Außenwelt in Gestalt eines geordneten Kosmos, die den Gesetzen der (Newtonschen) Physik unterworfen ist.⁸ Diese Gesetze gelten objektiv, das heißt, sie beschreiben in streng allgemeiner Form, wie die Dinge der Welt sich mit Notwendigkeit verhalten. Kants Wissenschaftskonzeption ist klassisch-rationalistisch. Nur streng allgemeine und notwendige Realurteile qualifizieren als Wissen im eigentlichen Sinne.⁹ Die Mutter aller Naturgesetze ist das Kausalprinzip: "Alles was geschieht, hat seine Ursache".¹⁰ Dieses Urteil ist streng allgemein ("Alles, was geschieht...") und notwendig ("...*hat* seine Ursache"). Erkenntnis strömt (wie tradiert) aus zwei Quellen, aus sinnlicher Erfahrung und aus dem reinen Denken.¹¹ Diese Überzeugungen bilden den Hintergrund, vor dem die kritische Philosophie entworfen wird.¹²

In seinem "Treatise of Human Nature" hatte Hume das rationalistische Wissenschaftsideal seiner Zeit einer vernichtenden Kritik unterzogen und ihm ein empirisch-psychologisches Modell entgegengestellt.¹³ Ausgehend von einer sensualistischen Erfahrungstheorie können Naturgesetze keine objektive Geltung haben, da man sie weder induktiv durch Experiment, noch deduktiv durch den Verstand beweisen kann. Der induktive Beweis scheitert daran, daß die Kenntnis regelmäßigen Verhaltens in Vergangenheit und Gegenwart nicht den Schluß gestattet, daß auch in Zukunft ein Ereignis mit Notwendigkeit stattfinden müsse. (Daß die Sonne bislang immer aufgegangen ist, garantiert nicht, daß sie dies auch morgen tun wird.) Die Deduktion versagt, weil sich die Analyse von Begriffen wie Ursache und Wirkung nicht ohne weiteres auf die reale Welt der Dinge übertragen läßt. Nur die Logik und die Mathematik erlauben deduktive Schlüsse, da sie insgesamt analytisch sind. Naturgesetze sind demnach immer nur *subjektiv* gültig. Sie sind habitualisierte Erwartungen des beobachtenden Subjekts.

Nicht nur für Kant war dies die "Zerstörung alles Wissens".¹⁴ Und das war für das 18. Jahrhundert kein akademisches Problem. Es ging in einem ganz handgreiflichen Sinne um die Legitimität der Neuzeit. Das wissenschaftliche Weltbild war nicht (wie heute) ohne ernsthafte Konkurrenz. Weite Teile dessen, was für uns Natur ist, nahezu die gesamte Lehre vom Menschen (Medizin, Anthropologie, Religion), wurde zu Kants Lebzeiten als Teil von Gesellschaft verwaltet. "Die Erde dreht sich nur dann nach *Naturgesetzen* um die Sonne, wenn es bei dieser Aussage um Wissenschaft und nicht um Gesellschaft, also nicht um normative Verständigung geht; im letzteren

⁷ KrV, A 370-371.

⁸ *Sachta*, Die Theorie der Kausalität in Kants "Kritik der reinen Vernunft" (1975), S.21.

⁹ *Sachta*, S.9-14; GMS, BA 127.

¹⁰ KrV, A 91, B 124.

¹¹ KrV, B 29; GMS, BA III.

¹² *Sachta*, S.15; *Schipper*, Kant's Answer to Humes Problem, Kantstudien (1961), S.73; *Kroner*, Bd.1, S. 40 ff. Mit Recht warnt *Kroner* davor, die sittlich-religiösen Hintergründe des Kantischen Denkens zu ignorieren, und die kritische Philosophie zu einer Magd der Naturwissenschaften herabzuwürdigen. Und doch ging zeitlich sowie systematisch die Lösung des "Humeschen Problems" der praktischen Philosophie voraus, so daß die Behandlung der Erkenntnistheorie auch dann gerechtfertigt ist, wenn die KrV nicht wegen, sondern nur bei Gelegenheit der Lösung einer wissenschaftstheoretischen Fragestellung entstanden sein sollte. Vgl. Prol., Vorrede, S.3.

¹³ *Hume*, A Treatise of Human Nature (1739-40), S.372 ff.; vgl. dazu: *Hirschberger*, Bd.2, S.223 ff.; KpV, A 88-93.

¹⁴ KpV, A 91.

Fall mag auch das Gegenteil verbindlich werden".¹⁵ Die Eingangsfrage zur KrV, "Wie ist reine Naturwissenschaft möglich?", kann nur so angemessen gewürdigt werden.¹⁶ Wie muß die Welt beschaffen sein, damit das Paradigma der Neuzeit (der Mensch als Herr und Besitzer unbeseelter Verfügungsmasse) objektiv zutreffend ist? Zumindest eine *conditio sine qua non* läßt sich formulieren. Wenn das allgemeine Kausalprinzip ("Nichts geschieht ohne Ursache") nicht objektiv, sondern im Sinne Humes nur "psychologisch" gelten sollte, dann wäre Newtons Programm und mit ihm die Wissenschaft der Neuzeit gescheitert.

An dieser Stelle beginnt die Innovationsleistung der KrV, welche ihre Großartigkeit und ihre Zweifelhafte zugleich begründet: der Umbau der Prämissenmenge.¹⁷ Wie muß die Welt beschaffen sein, damit synthetische Urteile in ihr a priori wahrheitsfähig sind? Gesetzt, es wäre möglich, die logische Grund-Folge Relation mit der ontologischen Ursache-Wirkung Beziehung zu identifizieren, dann wäre das Kausalitätsproblem in apriorischer Weise gelöst. Jedoch, die "unbedingte Notwendigkeit von Urteilen (...) ist nicht eine absolute Notwendigkeit von Sachen".¹⁸ Man kann, mit anderen Worten, "von der Möglichkeit der Begriffe (logische) nicht sofort auf die Möglichkeit der Dinge (reale) schließen".¹⁹ Dies, wohl gemerkt, gilt unter der Prämisse des ontologischen Realismus, nach dem das Reich der Logik (*res cogitans*) von dem der Dinge (*res extensa*) geschieden ist. Jedoch, muß das so sein? "Man versuche es (...) einmal, ob wir nicht in den Aufgaben der Metaphysik damit besser fortkommen, daß wir annehmen, *die Gegenstände müssen sich nach unserem Erkenntnis richten*".²⁰ Das ist die kopernikanische Wende. Richten sich die Gegenstände "nach unserem Erkenntnis", so "schöpft [der Verstand] seine Gesetze (a priori) nicht aus der Natur, sondern schreibt sie dieser vor".²¹ Die ontologische Ordnung wird der logischen unterworfen, und der zentrale Einwand gegen den Rationalismus entfällt. Da jede Folge einen Grund haben muß, dieser Schluß ist nun zulässig, so muß auch a priori (!) jede Wirkung eine Ursache haben.

Wie kann nun – gegen Hume – die strenge Allgemeinheit und Notwendigkeit, die objektive Geltung des Kausalprinzips bewiesen werden? Das ist die Frage und das Beweisprogramm von dem die KrV ihren Ausgang nimmt.²² Zunächst greift Kant Humes Argumente auf. Allgemeinheit und

¹⁵ Jakobs (1997), S.64. Hervorhebung von mir.

¹⁶ KrV, B 20.

¹⁷ Kroner, Bd.1, S.58 ff.

¹⁸ KrV, A 593, B 621.

¹⁹ KrV, A 596, B 624. Spezifisch zur Ursache-Wirkung Relation schreibt Kant: "Man nehme den Satz: Alles, was geschieht, hat seine Ursache. In dem Begriff von etwas, das geschieht, denke ich zwar ein Dasein, vor welchem eine Zeit vorhergeht usw. und daraus lassen sich analytische Urteile ziehen. Aber der Begriff einer Ursache *liegt ganz außer jenem Begriffe*, und zeigt etwas von dem, was geschieht, Verschiedenes an, *ist also* in dieser letzteren Vorstellung gar nicht mit enthalten". KrV A 9, B 13.

²⁰ KrV, Vorrede, B XVI. Hervorhebung von mir.

²¹ ProL. § 36, A 46-49.

²² Zwei Vorwürfe werden an dieser Stelle erhoben, und beide sind berechtigt. *Erstens*: Die Voraussetzung des rationalistischen Wissenschaftsideals ist eine nicht weiter reflektierte Prämisse der Kantischen Philosophie. Bei einer anderen Wissenschaftskonzeption (z.B. einer empiristischen oder konventionalistischen) hätte das Unternehmen der KrV eine andere Richtung genommen (*Sachta*, S.14). Die KrV ist somit von Beginn an mit dem Fehler einer *petitio principii* belastet. So besonders: *Vaibinger*, Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft (1922), Bd.1. S.225-229. *Zweitens*: Kant stellt sich der Frage Humes nicht frontal. Auch er gehört zu denen, die "immer das als zugestanden annahmen, was er [Hume] eben bezweifelte" (ProL., Vorrede, S.5), nämlich *daß* die rationalistische Naturwissenschaft möglich sei. Kant setzt eine positive Antwort auf die *quaestio facti* ("Ist Naturwissenschaft möglich?") schlicht voraus. "[D]aß (...) [Naturwissenschaft] möglich sein (...) [muß], wird durch ihre Wirklichkeit bewiesen" (KrV B 20). Mit der *quaestio juris* ("Wie ist reine Naturwissenschaft möglich?") macht er sich einer offenkundigen *ignoratio*

Notwendigkeit können in der Tat weder durch Experiment, noch durch Deduktion garantiert werden. Das Experiment produziert synthetisches Wissen a posteriori, deduktive Erkenntnis aus Begriffen analytisches Wissen a priori.²³ Daraus folgt, denn in beiden Fällen gilt tertium non datur, daß das allgemeine Kausalprinzip (wie alle Sätze der reinen Naturwissenschaft) ein synthetisches Urteil a priori ist.²⁴ Man kann demnach die Eingangsfrage ("Wie ist reine Naturwissenschaft möglich?") folgendermaßen umformulieren: "Wie sind synthetische Urteile a priori möglich?"²⁵ Vergegenwärtigt man sich die Prämissen der Fragestellung (absoluter Realismus, rationalistischer Wissenschaftsbegriff und die Lehre von den zwei Stämmen der Erkenntnis) so zeigt sich, daß nur eine Antwort möglich ist, und das ist Antwort Humes.²⁶ Synthetische Urteile a priori sind objektiv nicht wahrheitsfähig.

Allerdings, die kopernikanische Wende ist zunächst nur Hypothese²⁷, denn "[d]aß die Natur sich [*tatsächlich*] nach unserem subjektiven Grunde der Apperzeption richten, ja gar davon in Ansehung ihrer Gesetzmäßigkeit abhängen solle, lautet wohl sehr widersinnig und befremdlich".²⁸ In der Tat, die kopernikanische Wende ist mit der Prämisse des absoluten Realismus nicht zu vereinbaren. Aber ist dieser unverzichtbar? In gewisser Weise schon, denn Kant hat sich von der solipsistischen Lösung Berkeleys ausdrücklich distanziert. Die reale Außenwelt aufzugeben, käme einem Pyrrhussieg gleich. An dieser Stelle entwirft Kant den transzendentalen Idealismus, der es ihm erlaubt, sowohl am absoluten Realismus (einer beobachterunabhängigen Welt) festzuhalten, als auch den Verstand der Welt seine Gesetze vorschreiben zu lassen.²⁹ Die Pointe liegt in einer Verdoppelung der Wirklichkeitssphären. Zusätzlich zur absolut realen Welt, die jetzt die noumenale Welt der Dinge an sich genannt wird, führt Kant die phänomenale Welt der Erscheinungen ein. Die Welt der Dinge an sich ist vom Beobachter unabhängige *res extensa* im realistischen Sinne. Die Welt der Erscheinungen ist logisch und ontologisch perfekt geordnet, aber dafür vom Beobachter abhängig. Die Gesetze des Denkens sind die Naturgesetze der Erscheinungswelt. In dieser hat der Verstand zwei Funktionen, eine unbewußt konstruktive und eine bewußt erkennende. "Die Ordnung und Regelmäßigkeit (...) an den Erscheinungen, die wir Natur nennen, bringen wir selbst hinein, und würden sie auch [im Modus bewußter Erkenntnis] nicht darin finden können, hätten wir sie nicht, oder die Natur unseres Gemüts [im Modus unbewußter Konstruktion] ursprünglich hineingelegt".³⁰ Für die Welt der Erscheinungen gilt: "Die Bedingungen a priori einer möglichen Erfahrung überhaupt sind zugleich die Bedingungen der Möglichkeit der Gegenstände der Erfahrung".³¹ Die a priori zutreffende analytische Verbindung von Grund und Folge *hat* ihre

elenchi schuldig. *Murphy*, Kant's Second Analogy as an Answer to Hume, *Ratio* (1969), S.78; *Sachta*, S.15 m.w.N.

²³ "Erscheinungen geben gar wohl Fälle an die Hand, aus denen eine Regel möglich ist, nach der etwas gewöhnlichermaßen geschieht, aber niemals, daß der Erfolg notwendig sei: daher der Synthesis der Ursache und Wirkung auch eine Dignität anhängt, *die man gar nicht empirisch ausdrücken kann*, nämlich daß die Wirkung nicht bloß zu der Ursache hinzukomme, sondern durch dieselbe gesetzt sei, und aus ihr erfolge". KrV A 91, B 124. Hervorhebung von mir.

²⁴ KrV, B 18, 20, 128. Auch das ist eine problembelastete Unterstellung Kants. Der Schluß von der nicht-Aposteriorität des Kausalurteils auf seine Apriorität ruht auf der nicht weiter begründeten Prämisse, daß es (nur) zwei Quellen der Erkenntnis gebe, Sinn und Verstand (KrV, B 29). Der Schluß von der Nicht-Analytizität auf die Synthetizität wiederum setzt voraus, daß man die eine Urteilsform von der anderen unterscheiden kann. Das ist jedoch, wie Quine nachgewiesen hat, keineswegs selbstverständlich. *Quine*, *Form a Logical Point of View* (1961), S.20 ff.

²⁵ KrV, B 19

²⁶ *M. Williams*, *The Breach, Again*, *Ratio* (1969), S.79.

²⁷ *Sachta*, S.81.

²⁸ KrV, A 114.

²⁹ KrV, A 370 ff.

³⁰ KrV, A 125.

³¹ KrV, A 111.

Entsprechung in der Relation von Ursache und Wirkung, dies ist nun keine Hypothese mehr. "Die unbewußten Akte des Verstandes konstruieren (...) die Erfahrungsgegenstände nach den selben Kategorien, aufgrund deren der Verstand in seinen bewußten Akten über diese Gegenstände notwendige und streng allgemeine Urteile fällt".³² Die kopernikanische Wende löst das Apriorizitätsproblem, und der transzendente Idealismus garantiert die Synthetizität des Urteils. Mit anderen Worten: über die Welt der Erscheinungen sind synthetische Realurteile a priori möglich. Das Beweisziel ist erreicht.

Natürlich ist diese Lösung problematisch. Es ist unübersehbar, daß Kant die Frage nach der Möglichkeit von Wissenschaft nicht in derselben Welt beantwortet hat (1b), in der er sie ursprünglich gestellt hatte (1). Kants Lösung des "Humeschen Problems" besteht letztlich nicht in einer Antwort auf die Frage, wie Naturwissenschaft möglich sei, sondern in der Auswechslung ihrer Prämissen.

Prämissen der Frage	Prämissen der Antwort
(1) Absoluter Realismus	(1a) Absoluter Realismus
	(1b) Welt der Erscheinungen
(2) Rationalistisches Wissenschaftsmodell	(2) Rationalistisches Wissenschaftsmodell
(3) Korrespondenz zwischen (1) und (2)	(3) Korrespondenz zwischen (1b) und (2)

Zu klären bleibt das Verhältnis von (1a) und (1b). Da Kant am rationalistischen Wissenschaftsmodell unverändert festhält, ist die Welt der Dinge an sich (1a) dem kognitiven Zugriff des Subjekts prinzipiell entzogen – jedenfalls so lange es um Wissenschaft geht. "Die Kategorie hat keinen anderen Gebrauch zum Erkenntnis der Dinge, als ihre Anwendung auf Gegenstände der Erfahrung".³³ Die Erscheinungen sind weder Abbilder der Dinge an sich noch Zeichen, wie die Spitze des Eisbergs, die seinen im Wasser liegenden Leib verrät. Zwischen (1a) und (1b) bestehen keine semantischen Brücken. Phänomenale und noumenale Welt sind für die Vernunft im theoretischen Gebrauch voneinander geschieden. Dies ist der Preis, den der transzendente Idealist zahlen muß. Und damit ist der Boden für die praktische Philosophie bestellt.

2. Freiheit

Die Verdoppelung der Welt führt zu einer Verdoppelung des Subjekts.³⁴ Der Mensch an sich ist homo noumenon, und er erfährt sich sowie andere als homo phaenomenon. Was ihn von den Dingen unterscheidet, ist seine Vernunft.³⁵ Das Subjekt weiß um seine Doppelnatur, "mithin hat es zwei Standpunkte, daraus es sich selbst betrachten, und die Gesetze des Gebrauchs seiner (...) Handlungen erkennen kann, *einmal*, sofern es zur Sinnenwelt gehört, unter Naturgesetzen (Heteronomie), *zweitens*, als zur intelligibelen Welt gehörig, unter Gesetzen, die, von der Natur unabhängig, nicht empirische, sondern bloß in der Vernunft gegründet sind".³⁶ Der zweite "Standpunkt" bringt das Subjekt als homo noumenon erstmals unverstellt ins Blickfeld der politischen Philosophie. Dieser Paradigmenwechsel (hier ist das große Wort ausnahmsweise

³² *Sachta*, S.84. Zur Rolle der Urteilskraft: *Kroner*, Bd.1, S.71 ff.

³³ KrV, B 146. Es ist nicht ausgemacht, daß Kants Prämissen diesen Schluß tragen. Wenn die Kategorien auf die Welt der Erscheinungen anwendbar sind, dann folgt daraus lediglich, daß man über ihre Geltung im Reich der Dinge an sich nichts sagen kann, nicht aber, daß sie dort *nicht* gelten.

³⁴ *Primoratz* (1978), S.416.

³⁵ GMS, BA 107-108.

³⁶ GMS, BA 108-109.

angebracht) hat so durchgreifende Wirkung gezeigt, daß man darüber leicht vergißt, wie grundlegend sich bereits der homo phaenomenon Kants vom Hobbesschen Individuum unterscheidet.

Das Hobbessche Individuum ist ganz und gar von seiner Welt durchdrungen. Es ist aus seinem Umstand noch nicht herausgetreten und ex-sistiert damit noch nicht. Einheit, nicht Differenz, ist das Prinzip seines vorbewußten, weltversunkenen Seins. Kants homo phaenomenon hingegen lebt (nach dem Sündenfall) in einer von ihm kategorial verschiedenen Welt. Sein "Ich" steht dem gewaltigen "Nicht-Ich" gegenüber. Genau genommen ist "homo phaenomenon" der Name, auf den das Subjekt sich selbst tauft, wenn es in dieser Lage seinem "Ich" in erklärender Perspektive begegnet. Kants Subjekte entwerfen sich unter Ausschluß anderer Alternativen *als* Individuen. Sie sind, als Beobachter zweiter Ordnung, in der Lage, die Leitdifferenz ihrer Identität (z.B. Lust/Unlust) und damit diese Identität *als* Identität zu thematisieren. Während das Hobbessche Individuum mit wachen Sinnen wie ein Wolf durch die Nacht streift, nimmt der homo phaenomenon an Schäferspielen teil.

Das Subjekt unterliegt den epistemischen Restriktionen des transzendentalen Idealismus, das Ding an sich ist also der Limesbegriff. Der erklärende Zugriff auf seine Natur als homo phaenomenon steht dem Subjekt grundsätzlich offen, als homo noumenon hingegen kann es sich nicht erkennen.³⁷ Dies gilt uneingeschränkt für die Vernunft in ihrem theoretischen Gebrauch. In praktischer Hinsicht hingegen, kann das Subjekt die Distanz zu "sich" vorübergehend aufgeben und die Teilnehmerperspektive der ersten Person Singular einnehmen. In diesem Falle sucht es nicht nach *Erklärungen* für sein Tun, sondern nach *Gründen* für prospektive oder nach *Rechtfertigungen* für vollzogene Handlungen. Der epistemologische Status der Teilnehmerperspektive wird nirgends befriedigend geklärt.³⁸ Unzweifelhaft ist allein, daß das Subjekt, wenn es nach Gründen sucht, sich "als zur intelligibelen Welt gehörig", das heißt: als homo noumenon entwirft. Wegen dieser inneren Verdoppelung des Subjektsbegriffs, entwirft Kant zwei Theorien der Handlung und zwei korrespondierende Theorien der Freiheit. Die erste Theoriegruppe soll das Tun des homo phaenomenon erklären, die zweite will es dem homo noumenon möglich machen, sein Handeln zu begründen.

a) *Komparative Freiheit*

In der "empirischen Seelenlehre", wie Kant seine Handlungslehre für den homo phaenomenon nennt, geht es um Kriterien für die kluge Verwaltung eigener Interessen.³⁹ Es fragt sich, "worauf [das] Gefühl von Lust und Unlust [das individuelle Rationalitätsschema] beruhe, und wie hieraus Begierden und Neigungen, aus diesen aber, durch Mitwirkung der Vernunft, Maximen entspringen".⁴⁰ Eine (im empirischen Sinne) vernünftige Handlung ist eine finale Handlung. Vernünftigkeit wird relativ zum Ziel bestimmt, das es zu erreichen gilt, und sie besteht im wesentlichen in der klugen Auswahl geeigneter Mittel.⁴¹ Die Vernünftigkeit des Zieles selbst ist der Bewertung entzogen. Es wird dem Individuum durch seine Natur diktiert. Die Summe aller Ziele (eines Individuums) wird dessen Glückseligkeit genannt.⁴² Nun ist es für die praktische Vernunft keine leichte Aufgabe, "das Interesse der Neigungen unter dem sinnlichen Prinzip der

³⁷ "Hierbei erhält nun zugleich die befremdliche, obzwar unstreitige, Behauptung der spekulativen Kritik, daß sogar das denkende Subjekt ihm selbst, in der inneren Anschauung, bloß Erscheinung sei, in der Kritik der praktischen Vernunft auch ihre volle Bestätigung". KpV, A 9.

³⁸ *Kroner*, Bd.1, S.178.

³⁹ GMS, BA 63.

⁴⁰ GMS, BA 62-63.

⁴¹ "Der Mensch ist ein bedürftiges Wesen, so fern er zur Sinnenwelt gehört und so fern hat seine Vernunft (...) einen nicht abzulehnenden Auftrag, von Seiten der Sinnlichkeit, sich um das Interesse derselben zu kümmern und sich praktische Maximen, auch in Absicht auf die Glückseligkeit dieses, und, wo möglich, auch eines zukünftigen Lebens zu machen", KpV, A 108.

⁴² KpV, A 224; GMS, BA 46.

Glückseligkeit" zu verwalten.⁴³ Die Begierden des Individuums sind weder logisch noch hierarchisch organisiert, und die Realisierung der einen ("Beruf"), mag die Enttäuschung der anderen ("Geliebte") nach sich ziehen.⁴⁴ Um von der Komplexität der Aufgabe nicht überwältigt zu werden, entwickelt die praktische Vernunft Maximen.⁴⁵ Maximen sind Sedimente großräumiger Zweck-Mittel Kalkulationen. Sie dienen dazu, bestimmte, an sich zur Zielerreichung taugliche Handlungsoptionen, von vornherein auszuschließen. So mag es das Ziel des Boxers sein, den großen Kampf zu gewinnen. Ist seine Maxime Fairneß, so wird er den Gegner im Ring nicht beißen. Die Komplexität der Handlungssituation ("Schlagen? Treten? Beißen?") wird auf ein erträgliches Maß reduziert ("Schlagen!"). Zugleich wird der empirische Charakter eines Subjekts durch die Maximen, die es als für sich verbindlich anerkennt, bestimmt. Die Summe aller Maximen ist die Ich-Identität des Subjekts als homo phaenomenon.

Das Schema von Lust und Unlust wird im Rahmen der empirischen Seelenlehre an keiner Stelle verlassen. Und doch gelingt es Kant, das Reiz-Reaktionsmodell des Hobbesschen Individuums entscheidend zu verbessern. Anders als das Tier ist der Mensch auch als homo phaenomenon unabhängig "von der Nötigung durch Antriebe der Sinnlichkeit".⁴⁶ Das instinktive Schema von Reiz und Reaktion wird durch das "Begehungsvermögen nach Begriffen" ersetzt.⁴⁷ Die Sinnlichkeit schlägt nicht unmittelbar auf die Motivation durch, sondern wird durch den Willen (durch die Instanz des "Ich") vermittelt. Der Wille formuliert ein sinnliches Begehren "nach Begriffen", wägt es gegen konfligierende Interessen, filtert es durch die identitätsbestimmenden Maximen und macht schließlich seine Vorstellungen zur "Ursache der Gegenstände dieser Vorstellungen", m.a.W. setzt den Körper zur Verwirklichung seines Wunsches in Bewegung.⁴⁸ Die Vernunft (ratio) ist an der Entstehung von Motivation unmittelbar beteiligt. Der Wille steht nicht in Konkurrenz zu ihr, sondern ist, ganz im Gegenteil, praktisch werdende Vernunft.⁴⁹ Damit eröffnet sich Kant ein bislang nicht gekanntes Universum der Beurteilung empirischer Vernünftigkeit im praktischen Handeln. Ohne die Frage transzendentaler Freiheit thematisieren zu müssen, können Handlungen des homo phaenomenon aus der Beobachterperspektive als vernünftig oder unvernünftig bewertet werden, jeweils relativ zum individuellen Begriff der Glückseligkeit. Das ist ein entschiedener Schritt über Hobbes hinaus. Verstießen dessen Individuen gegen das Programm der Selbsterhaltung, so handelten sie nur in einem sehr übertragenen Sinne unklug, denn eigentlich ging es um pathologische Fehlfunktion. Altruistische Individuen sind nicht dumm, sondern kaputt. Konsequenterweise hält Kant empirische Dekontingentisierungsversuche, wenn sie die Auswahl der Ziele betreffen, für aussichtslos. Was immer Menschen faktisch begehren, wird Teil ihrer Glückseligkeit sein.⁵⁰ Todesfurcht ist kein ultimatives Übel. Ihre Vermeidung steht nicht an der Spitze einer fest verdrahteten Bedürfnispyramide. "[D]er ehrliche Mann wählt den Tod, der Schelm aber die Karre; so bringt es die Natur des menschlichen Gemüths mit sich. Denn der erstere kennt etwas, was er noch höher schätzt als das Leben: nämlich die Ehre".⁵¹

Der "komparative Begriff" von Freiheit ist dem Subjekt als Individuum vollkommen angemessen.⁵² Er kann Handlungen *erklären*, und darin antizipiert Kants Entwurf die Ergebnisse der modernen kausalen Handlungslehren. Und doch ist er nur ein "elender Behelf", wenn es um

⁴³ KpV, A 217.

⁴⁴ GMS, BA 46-48.

⁴⁵ Vgl. dazu *Willaschek*, Praktische Vernunft. Handlungstheorie und Moralbegründung bei Kant (1992), S.58, 64-76; *Höffe*, Immanuel Kant (1992), S.186-189.

⁴⁶ KrV, A 534, B 562.

⁴⁷ MdS, S.213-214.

⁴⁸ MdS, S.211. Wie der Wille (im hier verwendeten weiteren Sinne) sich zu Willkür und Wille im eigentlichen Sinne verhält, wird unten besprochen.

⁴⁹ GMS, BA36-37; MdS, S.213; *Höffe* (1992), S.174; *Gerhard*, Was ist ein vernünftiges Wesen? (1990), S.64.

⁵⁰ KpV, A 41-45; *Jakobs* (1997), S.15.

⁵¹ MdS, S.333-334.

⁵² KpV, A 171.

die *Begründung* menschlichen Handelns geht.⁵³ Als Teil der Erscheinungswelt ist der homo phaenomenon durchgängig kausal determiniert. Auf seine Ziele hat er keinen Einfluß, auch der Sadist handelt vernünftig, wenn er die Daumenschrauben anzieht. Will man die Frage der moralischen Verantwortlichkeit diskutieren, so muß man die Welt der Dinge transzendieren und das Tun des homo phaenomenon aus der Perspektive des homo noumenon betrachten. Zu diesem Zwecke, und weil nur dies (unter den Bedingungen der Moderne) eine plausible Identität formuliert, entwirft Kant die Lehre von der Kausalität aus Freiheit.

b) *Transzendente Freiheit*

"Freiheit im strengsten, d.i. transzendentalen Verstande" bedeutet gänzliche Unabhängigkeit "von dem Naturgesetz der Erscheinungen, nämlich dem Gesetz der Kausalität".⁵⁴ Unabhängigkeit vom Gesetz der Kausalität bedeutet, "das Vermögen, einen Zustand von selbst anzufangen", und das heißt, ohne vorangehende Ursache.⁵⁵ In der phänomenalen Welt der Erscheinungen "kann [nun] sicherlich nichts sein, welches eine Reihe schlechthin und von selbst anfangen könnte".⁵⁶ Die Quellen transzendentaler Freiheit müssen folglich im Noumenalen liegen, wo die Anschauungsform der Zeit (als Voraussetzung kausaler Ordnung) keine Gültigkeit hat.⁵⁷ Dies ist bislang noch streng analytisch. Freiheit ist definiert als Freiheit vom Kausalgesetz, dieses gilt (da Verstandeskategorie) nur in der beobachterabhängigen Welt der Erscheinungen, folglich kann es Freiheit nur im Reich der Dinge an sich geben. Man darf aber auch hier die Prämissen des Problems nicht mit seiner Lösung verwechseln. Die Frage ist nicht, ob Freiheit – abstrakt betrachtet – möglich ist.⁵⁸ Die Frage ist, wie "reine Vernunft praktisch sein könne", mit anderen Worten, wie freies *Handeln* möglich ist.⁵⁹ Wir erwarten einerseits von den Ideen der Vernunft "Wirkungen in der Erfahrung"⁶⁰, sehen aber andererseits, "daß die transzendente Freiheit eine Unabhängigkeit dieser Vernunft selbst (in Ansehung ihrer Kausalität, eine Reihe von Erscheinungen anzufangen) von allen bestimmenden Ursachen der Sinnenwelt fordert".⁶¹ Wie kann die Vernunft frei von natürlicher Kausalität sein und zugleich kausal in der Natur wirken?

Kant schlägt die Brücke zwischen noumenaler und phänomenaler Welt folgendermaßen. Jede Erscheinung ist die Wirkung einer Ursache. Einige Ursachen sind ihrerseits Erscheinungen, das sind die phänomenalen Ursachen. Andere Ursachen, und das ist die Pointe, sind keine Erscheinungen. "Eine solche intelligible Ursache (...) wird in Ansehung ihrer Kausalität nicht durch Erscheinungen bestimmt, obzwar ihre Wirkungen erscheinen. (...) Sie ist samt ihrer Kausalität außer der Reihe; dagegen ihre Wirkungen in der Reihe der empirischen Bedingungen angetroffen werden können".⁶² Bestimmte, aus theoretischer Perspektive unerkennbare Zustände des Subjekts als Ding an sich, lösen in dessen Erfahrungswirklichkeit Erscheinungen aus, welche dann den weiteren Verlauf der phänomenalen Entwicklung kausal determinieren. Die intelligible Ursache ist ein Kuckucksei, welches der homo noumenon dem homo phaenomenon unterschiebt. In erklärender Perspektive wird das (sich selbst) beobachtende Subjekt für die Wirkungen intelligibler Ursachen mit Notwendigkeit eine naturkausale Erklärung finden. Aber letztlich ist das ein epistemischer Fehlschluß, eine unbewußte hermeneutische Verzerrung, die darauf beruht, daß unser

⁵³ KpV, A 172. Kritisch hierzu: *Kroner*, Bd.1, S.194 f.

⁵⁴ KpV, A 51.

⁵⁵ KrV, A 533, B 561.

⁵⁶ KrV, A 543, B 571.

⁵⁷ KrV, B 146.

⁵⁸ "[D]ie Möglichkeit derselben wird dadurch *bewiesen*, daß Freiheit wirklich ist". KpV, A 5.

⁵⁹ KpV, A 30; *Kaulbach*, Der Herrschaftsanspruch der Vernunft in Recht und Moral bei Kant, Kantstudien (1976), S.400.

⁶⁰ KrV, A 548, B 576.

⁶¹ KrV, A 803, B 831.

⁶² KrV, A 537, B 565. Kritik bei *Kroner*, Bd.1, S.179.

Wahrnehmungsapparat alles, was in seinen Arbeitsbereich gerät, geflissentlich unter die Anschauungsform der Zeit und die Kategorie der Kausalität subsumiert. "Wenn wir (...) eines anderen Blicks (der uns aber freilich gar nicht verliehen ist) (...), nämlich einer intellektuellen Anschauung (...) fähig wären, so würden wir (...) inne werden, daß diese ganze Kette von Erscheinungen (...) von der Spontaneität des Subjekts, als Dinges an sich selbst abhängt, von deren Bestimmung sich [eigentlich] gar keine physische Erklärung geben läßt".⁶³ Wenn das aus Freiheit bewirkte Ereignis in unseren Erlebnishorizont eintritt, ist es bereits als gewöhnliche Erscheinung verkleidet und mit einer naturkausalen Legende versehen worden.⁶⁴ Und damit ist das Problem gelöst. "Die Wirkung kann (...) in Ansehung ihrer intelligiblen Ursache als frei, und [muß] doch zugleich in Ansehung der Erscheinungen als Erfolg aus denselben nach der Notwendigkeit der Natur angesehen werden".⁶⁵

So subtil diese Lösung ist, es bleibt ein praktisches Problem. Wenn das erkennende Subjekt mit Notwendigkeit für jede Handlung eine naturkausale Erklärung findet (sei sie "an sich" zutreffend oder nicht), wie kann es dann Handlungen aus Freiheit von solchen aufgrund naturkausaler Determination unterscheiden? Wenn freies Handeln mehr sein soll als unerkennbarer Zufall, dann muß das Subjekt in der Lage sein, diejenigen noumenalen Zustände (seiner selbst) gezielt herbeizuführen, welche als intelligible Ursachen auf die Erscheinungswelt durchschlagen. An dieser Stelle muß man die Perspektive des theoretischen Vernunftgebrauchs verlassen.⁶⁶ Freie und unfreie Handlungen lassen sich nur aus der Teilnehmerperspektive unterscheiden, und zwar anhand der *Gründe*, die für ihre Vornahme angeführt werden. Die "Wirklichkeit der intelligiblen Welt (...), die in theoretischer Absicht transzendent (überschwänglich) sein würde, ist in praktischer immanent".⁶⁷ Dies ist der alles entscheidende Übergang von praktischen Gründen zu intelligiblen Ursachen.⁶⁸ Bestimmte Gründe, die das Subjekt als Teilnehmer an seiner Handlung hat, versetzen es (aus der Beobachterperspektive unerkennbar) noumenal in einen Zustand, welcher als intelligible Ursache die erkennbare Erscheinungswelt verändert, wenn auch das Individuum dafür augenblicklich eine naturkausale Erklärung findet. Diejenigen Gesetze, welche den Übergang von Teilnehmer-Gründen zu (unerkenntbaren) intelligiblen Ursachen und von diesen zu Beobachter-Erscheinungen beschreiben, nennt Kant praktische Gesetze der Freiheit.⁶⁹ Wer ihnen folgt, löst sich aus den Fesseln des Kausalprinzips und handelt im "strengsten, d.i. transzendentalen Verstande" frei, nämlich frei von natürlicher Determination und zugleich nach streng allgemeinen und notwendigen, wenn auch theoretisch unerkennbaren, praktischen Gesetzen.⁷⁰

⁶³ KpV, A 178.

⁶⁴ "[D]as Sinnenleben hat in Ansehung des intelligiblen Bewußtseins seines Daseins (der Freiheit) absolute Einheit eines Phänomens". KpV, A 177; vgl. auch GMS, BA 110, 113-114. "Auch die höchst zu preisende Tat ist nur Tat, weil ein körperliches Verhalten eines Individuums vorlag, so daß die Frage nach der Lust, die zum Verhalten trieb (...) gestellt werden muß. Kann es eine Lust geben, sich für andere zu opfern, zu denen kein durch Natur zu erklärendes Band besteht? Es muß möglich sein; denn es geschieht". *Jakobs* (1997), S.48.

⁶⁵ KrV, A 537, B 565.

⁶⁶ "[W]ie reine Vernunft praktisch sein könne, das [aus theoretischer Perspektive] zu *erklären*, dazu ist alle menschliche Vernunft gänzlich unermöglich, und alle Mühe und Arbeit, hiervon *Erklärung* zu suchen, ist verloren". GMS, BA 125. Hervorhebung von mir. Vgl. auch GMS, BA 120.

⁶⁷ KpV, A 188-189.

⁶⁸ "Beschränkt man sich auf die handlungstheoretische Dimension der transzendentalen Freiheit, so kann man das Problem der Dritten Antinomie ohne Verlust an historischer Genauigkeit mit der Frage nach dem Zusammenhang von *rationalen Handlungsbegründungen* und *kausalen Handlungserklärungen* identifizieren". *Willaschek*, S.107.

⁶⁹ GMS, BA IV, 97-98, 122-123; KpV, A 84 ff., 114-115; MdS, S.213-214.

⁷⁰ Hier wird eine weitere problematische Prämisse Kants sichtbar. *Alles*, was geschieht (sei es in der phänomenalen oder in der noumenalen Welt) geschieht nach Gesetzen. Vgl. GMS, BA 36. Siehe unten, S.56.

Diese Gesetze aufzuklären, ist Aufgabe der reinen praktischen Philosophie. Sie muß herausfinden, *welche* phänomenalen Gründe aus der Teilnehmerperspektive nach Gesetzen der Freiheit als intelligible Ursachen wirken. Im Ergebnis sind dies Gründe (oder Maximen), die einer doppelten Qualifikation genügen. Sie müssen (a) universalisierbar und (b) wegen ihrer Universalisierbarkeit gewollt sein.⁷¹ Nur wer eine Handlung will, deren Maxime universalisierbar ist, und wer sie will, *weil* ihre Maxime universalisierbar ist, erfüllt den Tatbestand des moralischen Gesetzes, welches das bedeutsamste praktische Gesetz der Freiheit ist.⁷² Damit hat das Problem der freien *Handlung* eine Antwort gefunden. Das Subjekt kann sich durch sittliche Motivation zu ihr bestimmen. Kurz: "[E]in freier Wille und ein Wille unter sittlichen Gesetzen [ist] einerlei".⁷³

Dieses Ineinandergreifen von Gründen und Ursachen nimmt Kant zum Anlaß, das Lust/Unlust Schema in Fragen politischer Legitimation prinzipiell zurückzuweisen. Alle Lehren, die "einen Gegenstand des Willens auf[suchen], um ihn zur Materie und dem Grunde eines Gesetzes" als dem "obersten Prinzip der Moral" zu machen, werden, selbst wenn sie universalisierbar sein sollten, nicht deshalb befolgt, weil sie (formal) universalisierbar sind, sondern weil ihr Inhalt (materiell) begehrenswert erscheint.⁷⁴ Maximen dieser Art, und sei ihr Inhalt Gottes Herrlichkeit, *können* den Tatbestand praktischer Gesetze der Freiheit *nicht erfüllen*. Das Subjekt handelt als Individuum und nicht als Person.⁷⁵

Um die Ergebnisse der empirischen und transzendentalen Handlungslehre für den späteren Gebrauch zusammenzufassen, bedient sich Kant einer eigenwilligen Terminologie. Eine Handlung, die aus inhaltlichen Gründen vorgenommen wird, führt zu Legalität. Eine Handlung, die aus formalen Gründen vorgenommen wird (die Maxime ist gewollt, *weil* sie universalisierbar ist), führt zu Moralität.⁷⁶ Im Kern geht es hier um eine Theorie der Motivation. Die Ziele legalen Handelns entspringen aus dem "unteren Begehrensvermögen", das heißt aus Lust und Neigung. Der Wille greift diese Ziele auf, wägt sie ab, formuliert Strategien zu ihrer Realisierung und führt sie aus. Das

⁷¹ Die Maxime muß *universalisierbar* sein: GMS, BA 17, 52, 70; KpV, A 71, 113, 123, 196. Und sie muß *wegen* ihrer Universalisierbarkeit gewollt sein, "[d]enn bei dem, was moralisch gut sein soll, ist es nicht genug, daß es dem sittlichen Gesetz gemäß geschehe, sondern es muß auch um desselben willen geschehen". GMS, BA XI, 14-15. "Nun ist freilich unleugbar, daß alles Wollen auch einen Gegenstand, mithin eine Materie haben müsse; aber diese ist darum nicht eben der Bestimmungsgrund und Bedingung der Maxime. (...) Also die bloße Form eines Gesetzes [welche seine Universalisierbarkeit ist], welches die Materie einschränkt, muß zugleich ein Grund sein, diese Materie zum Willen hinzuzufügen, aber nicht sie vorauszusetzen". KpV, A 60-61, 71, 284-285; MdS, S.231, 392.

⁷² "Das moralische Gesetz ist in der Tat ein Gesetz der Kausalität durch Freiheit", KpV, A 82, 85. Es ist "ein Gesetz der Freiheit, nach welchem der Wille, unabhängig von allem Empirischen (...) bestimmbar sein soll", KpV, A 119-120.

⁷³ GMS, BA 98. *Kroner*, Bd.1, S.171.

⁷⁴ KpV, A 113. *Kroner*, Bd.1, S.201 ff.

⁷⁵ Diesen fundamentalen Begründungszusammenhang verkennen die besonders im anglo-amerikanischen Raum populären Theorien, welche Kant als quasi Utilitaristen bezeichnen und seine Theorie politischer Legitimation in eine Kosten-Nutzen Analyse übersetzen wollen. Besonders hervorgetan hat sich hier R.M. Hare. Vgl. *Hare*, *Essays in Ethical Theory* (1989), S.107 ff; *ders.*, *Punishment and Retributive Justice*, *Philosophical Topics* (1986), S.218 ff.; *ders.*, *Sorting out Ethics* (1997), S.129 ff., 147 ff. Kant akzeptiert den Utilitarismus als Erklärung, warum die Zwangsandrohung gegenüber dem Individuum wirksam ist. Er verwirft ihn jedoch als Begründungstheorie. Treffend spricht *Höffe* von einer "Umkehrung des Beweisziels". "Beim Erkennen weist Kant die Anmaßungen der *reinen*, beim Handeln die der *empirisch bedingten* Vernunft zurück". *Höffe* (1992), S.175. Ausführlich dazu unten, S.102.

⁷⁶ "Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben die *Legalität* (Gesetzmäßigkeit), diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die *Moralität* (Sittlichkeit) derselben", MdS, S.219, 219-221, 225, 394; KpV, A 126-127.

Subjekt handelt als kluges Individuum. Seine Motivation ist kalkulatorisch, weil relativ zu einer Naturdisposition. Die Ziele moralischen Handelns hingegen entspringen der Vernunft selbst. Die praktische Vernunft produziert Maximen mit Blick auf ihre Universalisierbarkeit. Der Wille führt sie aus, weil sie universalisierbar sind. In diesem Falle entspringt die Motivation dem "oberen Begehrungsvermögen". Das Subjekt handelt als Person und findet sich sittlich motiviert.

Die Verlagerung bei der Unterscheidung von Moralität und Legalität vom Inhalt des Gesetzes auf den Modus seiner Befolgung, führt dazu, daß jede dem Subjekt irgendwie nützliche Handlung auf das Lust/Unlust Schema zurückgeführt und damit ihres sittlichen Gehalts entkleidet werden kann.⁷⁷ Denn auch wenn die Maxime der (nützlichen) Handlung universalisierbar ist, so bleibt doch unerkennbar, ob das Subjekt sie als Individuum mit Blick auf ihren Inhalt oder als Person mit Blick auf ihre Universalisierbarkeit exekutiert hat.⁷⁸ Seit Kant kommt dem Altruismus (wie dem Egoismus) keine moralische Bedeutung mehr zu.⁷⁹ Lediglich Handlungen, die unter keinem denkbaren Aspekt nützlich sind, müssen aus "Achtung für das moralische Gesetz" begangen sein – oder sie sind absurd.⁸⁰ Erst "wenn Widerwärtigkeiten und hoffnungsloser Gram den Geschmack am Leben gänzlich weggenommen haben; wenn der Unglückliche, stark an Seele, über sein Schicksal mehr entrüstet, als kleinmütig oder niedergeschlagen, den Tod wünscht, und sein Leben doch erhält, ohne es zu lieben, nicht aus Neigung, oder Furcht, sondern aus Pflicht: alsdenn hat seine Maxime einen moralischen Gehalt".⁸¹ Das mag grimmig klingen und bitter, und doch betont Kant lediglich, daß diese Akte in ganz besonderer Weise geeignet sind, Handeln aus Freiheit *erkennbar* zu machen.⁸² Nützliche Handlungen können, nutzlose müssen moralisch (oder absurd) sein.

3. Zwang

Der Maßnahmecharakter staatlichen Zwangsrechts steht für Kant vollkommen außer Frage.⁸³ Der prospektive Täter soll durch Androhung harter Behandlung von seinem verbrecherischen Vorhaben abgeschreckt werden. Daß Recht staatliches Zwangsrecht sei, ist eine politische Prämisse, welche Kant mit der Aufklärung teilt. Die Wirkung von Zwang ist angemessen nur im Schema von Lust und Unlust zu erklären. Mit seiner Legitimation allerdings hat dies nichts zu tun.⁸⁴ Rechtmäßig ist Zwang nur unter der Bedingung von Freiheit. Man kann juridisch nur dazu gezwungen werden, wozu man auch moralisch verpflichtet ist. Jedes Gesetz besteht daher aus zwei Teilen, einem Gesetzesbefehl und einem intendierten Befolgungsmodus.⁸⁵ Letzterer kann entweder ethisch sein oder juridisch.⁸⁶

⁷⁷ Was durchaus eine Frechheit sein kann. Vgl. *Jakobs* (1997), S.47-48.

⁷⁸ GMS, BA 10, 25-26, 49-50.

⁷⁹ Dies führt unmittelbar dazu, daß fortan die Erfüllung ihrer Pflicht (ihrer Rolle) der Person ganz unabhängig von ihren Antrieben dazu (also "absolut") angesonnen wird. Woher sich das Subjekt als Individuum die dazu nötige Motivation verschafft, ist seine Sache. "Es gilt als Fehler der Person (und nicht der Norm), wenn die Norm übertreten wird". *Jakobs* (1997), S.67-68.

⁸⁰ KpV, A 132-159; MdS, S.321 Anmerkung.

⁸¹ GMS, BA 10. Ebenso GMS, BA 10-11 und KpV, A 158, 279.

⁸² KpV, A 5 Anmerkung.

⁸³ *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit (1993), S.127; *Schild*, Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants (1995), S.833-835; *Fleischacker*, Kant's Theory of Punishment, Kantstudien (1988), S.435.

⁸⁴ Dies verkennt *Murphy*, Does Kant have a Theory of Punishment? (1987), S.31 ff.

⁸⁵ "Zu aller Gesetzgebung (...) gehören zwei Stücke: erstlich ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, objektiv als notwendig vorstellt, d.i. welches die Handlung zur Pflicht macht; zweitens eine Triebfeder, welche den Bestimmungsgrund der Willkür zu dieser Handlung subjektiv mit der Vorstellung des Gesetzes verknüpft; mithin ist das zweite Stück dieses: daß das Gesetz die Pflicht zur Triebfeder macht. Durch das erstere wird die Handlung als Pflicht vorgestellt, welches eine bloß theoretische Erkenntnis der möglichen Bestimmung der Willkür d.i. praktischer Regeln ist; durch das zweite wird die Verbindlichkeit so

Im Falle des ethischen Gesetzes muß der Befehl universalisierbar sein, weil man ihn nur dann *wegen* seiner Universalisierbarkeit wollen kann. Sind diese Bedingungen erfüllt, handelt das Subjekt als Person und damit im transzendentalen Sinne frei. Die Pointe der Kantischen Zwangsbegründung liegt nun darin, daß sie die Möglichkeit moralischer Gesetzesbefolgung zur Rechtfertigung externen Zwanges verwendet. In einem ersten Schritt wird der Gesetzesbefehl auf seine Freiheitstauglichkeit hin untersucht (auf seine Universalisierbarkeit). Im zweiten Schritt wird dann der ursprünglich intendierte Befolgungsmodus (Moralität) durch externen Zwang ersetzt. Damit ist "allein die Freiheit zum Princip (...) allen Zwangs [ge]macht".⁸⁷ Kant gelingt die Trennung *und* die Verschränkung von Recht und Moral.⁸⁸ Ihrem Inhalt nach sind die Rechtsgesetze eine Teilmenge der ethischen. Kein Gesetz, das nicht universalisierbar ist, kann im Modus der Moralität ("...weil es universalisierbar ist") exekutiert werden. Im Hinblick auf den intendierten Befolgungsmodus hingegen unterscheiden sich juridisches und ethisches Gesetz kategorial. Das ethische Gesetz verlangt moralische Gesinnung, das juridisches Gesetz ist indifferent.⁸⁹ Dies ist unschädlich, weil das Rechtsgesetz, anders als das ethische, keine Freiheit im transzendentalen Sinne gewährleisten, sondern lediglich die Bedingungen einer äußerlichen Koexistenzordnung schaffen will.⁹⁰ "Also ist das allgemeine Rechtsgesetz: handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne, zwar ein Gesetz, welches mir eine Verbindlichkeit auferlegt [universalisierbarer Gesetzesbefehl], aber ganz und gar nicht erwartet, noch weniger fordert [intendierter Befolgungsmodus], daß ich ganz um dieser Verbindlichkeit willen meine Freiheit auf jene Bedingungen *selbst* einschränken *solle*".⁹¹ Der Zwang zu potentiell moralischem Verhalten ist somit sittlich zulässig, ohne sittlicher Zwang zu sein. Ohne das Recht zu moralisieren, gelingt Kant die moralische Begründung des Rechtszwangs. Genetisch entspringt das Zwangsrecht kontingenten politischen Forderungen. Geltungstheoretisch können jedoch die notwendigen Bedingungen seiner moralischen Zulässigkeit aus den Prinzipien einer Philosophie der Freiheit begründet werden. "Den ich moralisch zwingen kann, den kann ich auch pathologisch zwingen, aber nicht weiter. Die heilige [sic] des Himmels stehen unter seinem pathologischen Zwange".⁹² Das Subjekt autorisiert eine auf die Grenzen möglicher Personalität beschränkte Zwangsandrohung gegen das Individuum.

zu handeln, mit einem Bestimmungsgrunde der Willkür überhaupt im Subjekte verbunden". MdS, S.218. Vgl. dazu *Kaulbach*, S.391-394.

⁸⁶ "Diejenige [Gesetzgebung], welche eine Handlung zur Pflicht und diese Pflicht zugleich zur Triebfeder macht, ist *ethisch*. Diejenige aber, welche das letztere nicht im Gesetze mit einschließt, mithin auch eine andere Triebfeder als die der Idee der Pflicht selbst zuläßt, ist *juridisch*". MdS, S.219.

⁸⁷ MdS, S.340

⁸⁸ *Höffe* (1992), S.177, 212.

⁸⁹ "Das Rechthandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die [allein] die Ethik an mich thut". MdS, S.231.

⁹⁰ Insoweit ist der Gesetzesbefehl eines juridisches Gesetzes gegenüber dem eines ethischen Gesetzes *qualifiziert*. Die rechtlichen Gesetze bilden (ihrem Inhalt nach) eben nur eine *Teilmenge* der ethischen. Sie betreffen das äußere, praktische Verhältnis eines endlichen Vernunftwesens gegen ein anderes unter dem Aspekt ihrer jeweiligen Handlungsfreiheit. Das Recht dient zur Lösung der Probleme, welche aus der *Körperlichkeit* mehrerer Subjekte entspringen. MdS, S.230, 232.

⁹¹ MdS, S.231.

⁹² R 7246, Reflexionen zur Moralphilosophie, Bd. XIX, S.293-294.

4. Strafe

Mit seiner Theorie des Rechtszwangs hat Kant das bis heute gültige Modell zur Legitimation des Polizeirechts geschaffen. Mit Strafe allerdings hat das noch nichts zu tun.⁹³ Kant hat lediglich gezeigt, daß es nach Prinzipien einer Philosophie der Freiheit zulässig ist, dem Individuum im Rahmen des personal Möglichen mit präventivem Zwang zu drohen.⁹⁴ Er hat nicht gezeigt, daß es *notwendig* ist, für bereits begangenes Unrecht *vergeltend zu strafen*. Diesem Anspruch versucht die MdS gerecht zu werden. Strafe ist Vergeltung für begangenes Unrecht. Sie ist "das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen eines Verbrechens [und nicht zu dessen Prävention] mit einem Schmerz zu belegen. (...) Richterliche Strafe (...) muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat".⁹⁵ Und Strafe ist Pflicht, keine Option. "Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind".⁹⁶ Ob Kant diesem veränderten Begründungsprogramm gerecht werden konnte, ist fraglich und wird zumeist verneint. Er hat zwei großräumig angelegte Anläufe unternommen.⁹⁷ Der erste versucht, die Notwendigkeit staatlicher Vergeltungsstrafe aus den Prämissen der Moralphilosophie abzuleiten. Der zweite beläßt das moralphilosophische Argument wie es ist (als Legitimation präventiver Zwangsandrohung) und versucht die Vergeltungsstrafe und deren Notwendigkeit moralextern zu begründen.

a) Das moralphilosophische Argument

Bei der Begründung der moralischen Zulässigkeit des Polizeirechts hatte Kant großen begrifflichen Aufwand getrieben, um das Recht, zu zwingen, nicht aus den Prinzipien der Moralphilosophie deduzieren zu müssen.⁹⁸ Das Zwangsrecht war eine kontingente politische Prämisse, deren sittliche *Zulässigkeit* in Frage stand. Bei der Begründung der sittlichen *Notwendigkeit* staatlicher Vergeltungsstrafe hingegen, stellt Kant nun offenbar explizit einen genetischen Nexus zwischen Unsittlichkeit und rechtlicher Strafwürdigkeit her. "Endlich ist noch etwas in der Idee unserer praktischen Vernunft, welches die Übertretung eines sittlichen Gesetzes begleitet, nämlich ihre Strafwürdigkeit".⁹⁹ Das juridische Gesetz wird in unmittelbare Nähe zum ethischen Gesetz gerückt und zwar diesmal auch im Hinblick auf den intendierten Befolgungsmodus. Das Inselbeispiel ist in diesem Zusammenhang zu lesen. Am Vorabend der Auflösung des Staates gibt es keine Nützlichkeitsabwägungen mehr. Den letzten Mörder laufen zu lassen, schadet niemandem, und doch muß er gehenkt werden. "Das Strafgesetz ist ein

⁹³ *Fleischacker*, S.435. Dies verkennt z.B.: *Höffe* (1992), S.236. Übersichtlich zu den verschiedenen Aspekten von Zwang und Strafe *Lesch*, Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, Juristische Ausbildung (1994), S.510-512.

⁹⁴ Das Recht zur *aktuellen* Unrechtsabwehr, die Befugnis, einen ungebetenen Eindringling aus meinem Organisationskreis zu vertreiben, ist bloß die (private) Konsequenz aus der Polizeigewalt. "Recht und die Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei", MdS, S.232.

⁹⁵ MdS, S.331.

⁹⁶ MdS, S.333; R 7114, Reflexionen zur Moralphilosophie, Bd. XIX, S.251-252.

⁹⁷ *Enderlein* unterscheidet drei Begründungsversuche, Sittlichkeit (*ders.*, S.304-308), allgemeines Rechtsprinzip (*ders.*, S.308-309) und Staat (*ders.*, S.309-326).

⁹⁸ "Von der reinen praktischen Vernunft führt kein Weg zum äußeren Zwang, aber wohl vom äußeren Zwang zu den Bedingungen seiner moralischen Möglichkeit". *Kersting* (1993), S.127.

⁹⁹ KpV, A 66.

kategorischer Imperativ".¹⁰⁰ Sittliche Schuld ist von einer notwendigen zur hinreichenden Bedingung von Strafe geworden.

Die Ethisierung der Strafe macht das Recht zum Unterfall der Moral. Jedes Rechtsgesetz ist ein moralisches Gesetz und jedes moralische Gesetz ein Strafgesetz. Nur wer im transzendentalen Sinne frei handelt, wird *nicht* bestraft. Das Reich personaler Freiheit ist coextensiv mit den Bedingungen der Strafflosigkeit. Kant entwirft das Bild eines zutiefst illiberalen Gesinnungsstrafrechts. Die Frage ist nur: warum? Das Zwangsrecht war eine Prämisse, die von außen an die praktische Philosophie herangetragen wurde. Das Gesinnungsstrafrecht soll dagegen aus ihr folgen? Das ist nirgends ausgeführt.¹⁰¹ Kant hat lediglich gezeigt, daß auch ein dramatisch repressives Strafrecht mit den Prämissen der Moralphilosophie vereinbar ist, so lange es nur das (jetzt präzise definierte) Reich personaler Freiheit achtet. Damit aber ist das Gesinnungsstrafrecht in genau demselben Maße kontingente Prämisse wie das utilitaristisch inspirierte Zweckstrafrecht der Aufklärung. Aus der moralischen Möglichkeit, jedes unsittliche Verhalten mit Strafe zu belegen, folgt nicht, daß dies auch *sittlich geboten* sei.

Neben diesem Argument finden sich zahlreiche Textbelege, die belegen, daß Kant die durchgängige Ethisierung des Rechts nie ernsthaft erwogen hat. Die Einteilung der MdS in Rechts- und Tugendlehre spiegelt die systematische Trennung beider Bereiche nach außen. Das allgemeine Rechtsprinzip macht die Verletzung äußerer Freiheitssphären zum Anknüpfungspunkt staatlicher Gesetzgebung. Mit Ausnahme der genannten Passagen "sieht Kant ausdrücklich davon ab, die Sittlichkeit der Beweggründe bei der Bewertung einer Handlung als rechtmäßig zu berücksichtigen".¹⁰² Im Rahmen eines moralisierten Strafrechts unverständlich wäre auch die Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Verbrechen, die Kant bereits bei der Definition (!) von Strafe einführt. "Diejenige Übertretung des öffentlichen Gesetzes, die den, welcher sie begeht, unfähig macht, Staatsbürger zu sein, heißt Verbrechen schlechthin (*crimen*), aber auch ein öffentliches Verbrechen (*crimen publicum*); daher das erstere (das Privatverbrechen) vor die Civil-, das andere vor die Criminalgerechtigkeit gezogen wird".¹⁰³ Veruntreuung, Betrug und Unterschlagung sind Privatverbrechen, Diebstahl und Raub sind öffentliche Verbrechen.¹⁰⁴ Der Grund dieser Einteilung ist, daß durch öffentliche Verbrechen "das gemeine Wesen und nicht bloß eine einzelne Person (...) gefährdet wird".¹⁰⁵ Aus sittlicher Perspektive ist das alles irrelevant. Sowohl dem privaten wie dem öffentlichen Verbrechen liegt eine nicht universalisierbare Maxime zugrunde, die per definitionem nicht im Modus der Moralität exekutiert werden kann. Die Differenzierung in öffentliche und private Verbrechen macht nur Sinn, wenn die Unsittlichkeit der Tat als hinreichende Bedingung von Strafbarkeit aufgegeben wird. Das moralphilosophische

¹⁰⁰ MdS, S.331. Es ist umstritten, was an dieser Stelle mit dem "kategorischen Imperativ" gemeint ist. Versteht man den Begriff (wie hier) in seiner starken Form als terminus technicus, so indiziert er die Ethisierung des Strafrechts. Sollte Kant den Begriff hingegen untechnisch gebraucht haben, so bräute er zum Ausdruck, daß das Strafrecht bestimmtes Verhalten "kategorisch" verbietet und nicht bloß eine Lizenzgebühr einfordert. Bedenkt man den Zusammenhang ("Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre"), so ist letztere Deutung zwar nicht falsch aber doch einigermaßen trivial.

¹⁰¹ Im Gegenteil. "Weh aber dem Gesetzgeber, der eine auf ethische Zwecke gerichtete Verfassung durch Zwang bewirken wollte! Denn er würde dadurch nicht allein gerade das Gegenteil der ethischen bewirken, sondern auch seine politische untergraben und unsicher machen". REL, S.95-96. "Pragmatische Strafen sind warnend und gehen auf das äußere der handlung, moralische auf die böse Gesinnung. Obrigkeiten strafen pragmatisch", R 6681, Reflexionen zur Moralphilosophie, Bd. XIX, S.132.

¹⁰² Enderlein, S.306; Höffe (1992), S.214.

¹⁰³ MdS, S.331.

¹⁰⁴ MdS, S.331.

¹⁰⁵ MdS, S.331.

Argument, die Identifizierung von Unsittlichkeit mit Strafwürdigkeit, muß als systemwidrig zurückgewiesen werden.¹⁰⁶

b) Das staatsphilosophische Argument

Wenn die Notwendigkeit staatlicher Vergeltungsstrafe nicht aus den Prämissen der Moralphilosophie abgeleitet werden kann, dann muß sie moralextern begründet werden. Das Strafrecht bleibt in diesem Falle eine der Moral äußerliche Prämisse. Aber, und das ist die Hoffnung und das Ziel des Unternehmens, keine *kontingente* Prämisse mehr, wie Zweck- und Gesinnungsstrafrecht es waren. Gelingt es, (a) das staatliche Vergeltungsstrafrecht als vernunftnotwendig auszuweisen und stellt sich weiterhin heraus, daß (b) dieses mit den Prinzipien einer Philosophie der Freiheit kompatibel ist, dann ist das Ziel erreicht. Staatliches Strafrecht ist moralisch zulässig und, aus anderen als moralischen Gründen, vernunftnotwendig. Selbstverständlich darf die moralexterne Begründungsstrategie nicht im Schema von Lust und Unlust formuliert werden. Allein das Subjekt als Person kann strenge Notwendigkeit garantieren. Diese Vorerinnerung ist notwendig, denn Kants staatsphilosophischer Entwurf beginnt im gängigerweise auf das Individuum zugeschnittenen Naturzustand.

Die Menschen leben auf einem Planeten mit endlicher Oberfläche und endlichen Gütern. Da im Prinzip niemand daran gehindert ist, alles zu wollen, und weiterhin jeder von der Erhaltung seines Leibes abhängig ist, entsteht eine Situation allseitiger Konkurrenz. Diese darf nicht mit dem Hobbesschen Krieg eines jeden gegen jeden verwechselt werden. Nirgends stellt Kant auf Motivationen, Interessen oder Fähigkeiten der Naturzustandsbewohner ab. Sie streben nicht nach Macht, sie können böse sein ("ein Volk von Teufeln") oder von Natur aus gutmütig.¹⁰⁷ Kants Naturzustand setzt allein das im Begriff des endlichen Vernunftwesens analytisch enthaltene Faktum der Leiblichkeit des Menschen voraus, die Freiheit des Begehungsvermögens (jeder kann alles wollen) und die Begrenztheit der Erdoberfläche. Hobbes' Naturzustand enthielt die anthropologischen Voraussetzungen für die Entstehung des Staates. Kants status naturalis ist anthropologiefrei.¹⁰⁸ In ihm geht es um die logische Bedingung, unter der sich das Problem der Staatsentstehung überhaupt erst stellt: die notwendige Güterkonkurrenz endlicher Vernunftwesen.

Zu seiner Lösung bieten sich zwei Strategien an, die das Problemfeld abschließend vermessen, Besitzrealismus und Besitzidealismus.¹⁰⁹ Der Realist will das Konkurrenzproblem dadurch lösen, daß jeder nur sein Eigen nennen darf, was er auf dem Leibe trägt oder in seinen Händen hält.¹¹⁰ Wer einen Gegenstand zurückläßt und sich entfernt, gibt diesen der Aneignung durch andere preis. Juristisch gesprochen identifiziert der Besitzrealist, insoweit als konsequenter Kommunist, das Eigentum mit dem unmittelbarem Eigenbesitz – Kant spricht vom "physischen Besitz".¹¹¹ Ihm gegenüber steht der Idealist, dem der moderne Privateigentümer im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches entspricht. Nicht die Kraft soll über die Zuordnung der Welt zum Subjekt entscheiden ("die Lösung der starken Habenichtse"), sondern die Zeit ("die Lösung der schwachen Besitzer").¹¹² Wer zuerst kommt, der soll auch weiterhin besitzen, selbst wenn er die Sache aus den Händen gibt (beati possidentes).¹¹³ Entscheidend für die Zuordnung einer Sache zum Subjekt ist

¹⁰⁶ Enderlein, S.308. Unkritisch macht Fleischacker sich das moralphilosophische Argument zu eigen. "Strafe gehört ihrem Wesen nach ins Reich der Moral". *Fleischacker*, S.442 ff., insb. S.446. Der Begründung des Strafrechts aus der Moral neigt ebenfalls Höffe zu. *Höffe* (1992), S.235.

¹⁰⁷ MdS, S.312.

¹⁰⁸ Kersting (1994), S.187; Höffe (1992), S.213.

¹⁰⁹ Dazu Kersting (1993), S.225-321; Höffe (1992), S.218-225.

¹¹⁰ MdS, S.250-251.

¹¹¹ Kersting (1993), S.233.

¹¹² Jakobs (1997), S.90.

¹¹³ MdS, S.251.

damit nicht mehr der physische, sondern der rechtliche Besitz, der "intelligible Besitz" oder kurz: das Eigentum.

Im Ergebnis erweist sich das Privateigentum als einzige unter Freiheitsgesichtspunkten legitimierbare Institution. "Es ist möglich, einen jeden äußeren Gegenstand meiner Willkür als das Meine [als Privateigentum] zu haben; d.i. [denn] eine [besitzrealistische] Maxime, nach welcher, wenn sie Gesetz würde, ein Gegenstand der Willkür an sich (objectiv) herrenlos (*res nullius*) werden müßte, ist rechtswidrig".¹¹⁴ Der Beweisgang, der zu diesem Ergebnis führt, ist zweischrittig. Zunächst wird die Vernunftwidrigkeit des Kommunismus aufgezeigt, und im Anschluß daran werden freiheitstheoretische Bedenken gegen das Privateigentum ausgeräumt. Im einzelnen.¹¹⁵

Der Besitzrealismus behauptet, daß nur was ich in meinem unmittelbaren Eigenbesitz halte, rechtmäßiger Gegenstand des Gebrauchs meiner freien Willkür sein kann. Das "in den Händen halten" einer Sache wird damit zur Bedingung der Freiheit, mit ihr nach Belieben verfahren zu können. In diesem Falle "würde die Freyheit sich selbst vom physischen Besitz d.i. von Sachen in Raum und Zeit abhängig machen folglich der Rechtsbegriff selbst von empirischen Bedingungen *a priori* abhängig mithin selbst empirisch seyn welches dem Begriffe des Rechts widerspricht".¹¹⁶ Die Beschränkung der Freiheit auf physischen Besitz mag nützlich sein (um das Konkurrenzproblem zu lösen), aber darauf kommt es nicht an. Im Hinblick auf personale Freiheit ist sie eine vollkommen externe Restriktion. "Da nun die reine praktische Vernunft keine andere als formale Gesetze des Gebrauchs der Willkür zum Grunde legt und also von der Materie der Willkür [dem Schema von Lust und Unlust] (...) abstrahiert, so kann sie in Ansehung eines solchen Gegenstandes kein absolutes Verbot seines Gebrauchs enthalten, weil dieses ein Widerspruch der äußeren Freiheit mit sich selbst sein würde".¹¹⁷

Doch auch der privateigentümliche Besitzidealismus sieht sich zunächst freiheitstheoretischen Einwendungen ausgesetzt. Das Okkupationsprinzip, auf dem Kants Theorie des Privateigentums in der MdS beruht, hat einen dauernden Wettlauf aller um die Aneignung der Welt zur Folge. Zufall und Macht bestimmen über die Verteilung ihres Reichtums, und dies ist nach Prinzipien einer Philosophie der Freiheit ebenfalls nicht zu legitimieren. Der Erwerb einer äußeren Sache durch Besitznahme hat rechtlich den Ausschluß aller anderen von dessen Nutzung zur Folge (*titulus possessionis*).¹¹⁸ Da originärer Erwerb nicht konsensuell stattfindet, sondern allein durch das Faktum der Okkupation, so "entspringt Anderen eine Verbindlichkeit etwas zu leisten oder sich wovon zu enthalten [d.h. mein Eigentum zu achten] die sie vor meiner Handlung nicht hatten. – Es kann aber niemandem eine Verbindlichkeit entspringen als die er sich selbst zuzieht (*omnis obligatio est contracta*)".¹¹⁹ Dies ist das "Axiom des Rechts".¹²⁰ Die Maxime, daß alle anderen meine einseitigen Willkürakte als für sie verbindlich zu akzeptieren haben, kann nicht mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen.

Diese "Schwierigkeit mit dem Mein und Dein" löst Kant durch den Gesellschaftsvertrag.¹²¹ In ihm verpflichtet sich ein jeder gegen jeden, dessen Okkupation als verbindliches Zeichen rechtlicher Zuordnung zu akzeptieren. Unter dieser Voraussetzung "hängt das Mein und Dein nur von der vereinigten Willkühr in der Idee (*a priori*) ab und keine Sache wird mein durch *occupation* sondern durch *distributive Willkühr*".¹²² Mit anderen Worten: "Durch einseitige Willkür kann ich keinen Anderen verbinden, sich des Gebrauchs einer Sache zu enthalten, wozu er sonst keine

¹¹⁴ MdS, S.246.

¹¹⁵ Ausführlich wird das Privatrecht Kants untersucht von *Kersting* (1993), S.225-321.

¹¹⁶ Vorarbeiten zur Rechtsphilosophie, Bd. XXIII, S.336.

¹¹⁷ MdS, S.246.

¹¹⁸ MdS, S.251.

¹¹⁹ Vorarbeiten zur Rechtsphilosophie, Bd. XXIII, S.219; MdS, S.253.

¹²⁰ MdS, S.250.

¹²¹ Vorarbeiten zur Rechtsphilosophie, Bd. XXIII, S.213.

¹²² Vorarbeiten zur Rechtsphilosophie, Bd. XXIII, S.306.

Verbindlichkeit haben würde: also [sondern] nur durch vereinigte Willkür Aller in einem Gesamtbesitz".¹²³ Der Gesellschaftsvertrag macht also das Privateigentum freiheitstheoretisch möglich. Da die einzige Alternative (der Kommunismus) freiheitswidrig ist, wird aus dieser Möglichkeit sogleich Notwendigkeit. Der erste Schritt im staatsphilosophischen Argument ist getan. Privateigentum (als Lösungsstrategie für den initialen Konflikt) ist vernunftnotwendig, ohne *sittlich* geboten zu sein.

Wenn Privateigentum vernunftnotwendig ist, so sind es auch seine notwendigen Voraussetzungen. "Der Vernunfttitel der Erwerbung aber [das Privateigentum] kann nur in der Idee eines *a priori* vereinigten (nothwendig zu vereinigenden) Willens Aller liegen, welche[r] hier als unumgängliche Bedingung (*conditio sine qua non*) stillschweigend vorausgesetzt wird. (...) Der Zustand (...) eines zur Gesetzgebung allgemein wirklich vereinigten Willens ist der bürgerliche Zustand".¹²⁴ In ihm allein ist es möglich, "[e]twas Äußeres als das Seine zu haben".¹²⁵ Daraus folgt "die eintzige affirmative äussere natürliche Pflicht: *exeundum e statu naturali*".¹²⁶ Und das hat Konsequenzen. Da es gestattet ist, im Rahmen des personal Möglichen zu zwingen¹²⁷, korrespondiert der Pflicht zur Verstaatlichung das Recht, ihr auch gegen Widerstand nachzukommen. "Wenn es rechtlich möglich sein muß, einen äußeren Gegenstand als das Seine zu haben: so muß es auch dem Subject erlaubt sein, jeden Anderen, mit dem es zum Streit über das Mein und Dein über ein solches Objekt kommt [bzw. kommen kann¹²⁸], *zu nöthigen*, mit ihm zusammen in eine bürgerliche Verfassung zu treten".¹²⁹

Der Gesellschaftsvertrag ist Voraussetzung des Privateigentums, welches aus Rechtsgründen vernunftnotwendig ist. Ohne die Geltung des Rechtsprinzips allerdings, könnte der Vertrag nicht geschlossen werden, denn nur als Personen sind Subjekte taugliche Vertragspartner. Ohne den Vertrag wiederum könnten die Forderungen aus dem Rechtsprinzip (nach Privateigentum) nicht eingelöst werden. Der Vertrag prinzipiiert den Staat, ist aber seinerseits durch das Rechtsprinzip (und das heißt durch das duale Modell des Subjekts als Individuum und als Person) prinzipiiert.¹³⁰ Recht, Person, Eigentum und Staat bilden bei Kant ein unauflösbares legitimationstheoretisches Amalgam. Kants Staatslehre beginnt, wo Hobbes' Theorie der Assoziation endet: im Medium des genuin Politischen.¹³¹ Dies zeigt sich am augenfälligsten darin, daß Kant (anders als Hobbes) der inneren Organisation des Staates gegenüber keineswegs indifferent ist. Im Gegenteil, die Staatsform steht vor dem Staate fest.¹³² Ein Zusammenschluß von Subjekten muß *a priori* bestimmten Verfaßtheitsbedingungen genügen, um als "bürgerlicher Zustand" zu qualifizieren.¹³³ "Die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen. Denn da von ihr alles Recht ausgehen soll, so muß sie durch ihr Gesetz schlechterdings niemanden unrecht thun können. Nun ist es, wenn jemand etwas gegen einen Anderen verfügt, immer möglich, daß er ihm dadurch Unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit*

¹²³ MdS, S.261, 258-259.

¹²⁴ MdS, S.264. "Ist nun der Begriff des äußeren Mein und Dein ein nothwendiger Rechtsbegriff (...), d.i. ist es nothwendig, daß es ein äußeres Mein und Dein geben könne, so muß auch ein *a priori* vereinigter Wille diesem Verhältnisse zum Grunde liegen, durch welchen jedes besondere Willkühr andere nöthigen kann." Vorarbeiten zur Rechtsphilosophie, Bd. XXIII, S.335-336.

¹²⁵ MdS, S.255 (Überschrift zu § 8).

¹²⁶ R 7075, Reflexionen zur Moralphilosophie, Bd. XIX, S.242-243; MdS, S.237.

¹²⁷ Siehe oben, S.46.

¹²⁸ MdS, S.307.

¹²⁹ MdS, S.256; R 7648, Reflexionen zur Rechtsphilosophie, Bd. XIX, S.477.

¹³⁰ MdS, S.330; *Jakobs* (1997), S.21. Demgegenüber unterschätzt Primoratz, wie sehr der Gesellschaftsvertrag von außervertraglichen Voraussetzungen abhängt. *Primoratz* (1978), S.408.

¹³¹ MdS, S.341.

¹³² MdS, S.313, 329.

¹³³ MdS, S.315, 340-341.

iniuria.) Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille Aller, so fern ein jeder über Alle und Alle über einen jeden ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemeine vereinigte Volkswille gesetzgebend sein".¹³⁴ Vernunftnotwendig ist allein ein republikanisch-demokratisches Staatswesen.¹³⁵ In diesem ist das Subjekt als Person in seinen Rechten und Pflichten definiert über die politische Funktion, die es darin ausübt (*status activus*). "Nur die Fähigkeit der Stimmgebung macht die Qualifikation zum Staatsbürger aus".¹³⁶ Das ist die explizite Formulierung der modernen Ich-Identität als Citoyen.

Damit sind zugleich die Fundamente für das staatstheoretische Argument zur Legitimation von Vergeltungsstrafe gelegt. Verbrechen ist "[d]iejenige Übertretung des öffentlichen Gesetzes, die den, welcher sie begeht, unfähig macht, Staatsbürger zu sein".¹³⁷ Der Verbrecher demonstriert mit seiner Tat, daß er zur Teilnahme am allgemeinen Willen untauglich ist.¹³⁸ Er ist nicht gewillt, nach verallgemeinerungsfähigen Maximen zu handeln. Blicke er Teil des Volkswillens, so würde er diesen durch Beimischungen seiner individuellen Lust und Unlust kontaminieren. In diesem Falle wäre nicht mehr gewährleistet, daß der vereinigte Wille aller "schlechterdings niemandem Unrecht tun" kann. Dies wiederum ist eine Forderung der Vernunft, weil nur so der bürgerliche Zustand errichtet und der Naturzustand verlassen werden kann. Wie oben gezeigt ist dies kein hypothetisches, sondern ein kategorisches Argument: es kann nicht anders sein. Verbrechen ist normative Selbstbeschädigung. Der Täter verliert durch die Tat seine Personalität als Staatsbürger. Dieser Verlust ist seine Strafe, welche somit allein Reaktion auf vergangenes Tun ist. Die Notwendigkeit staatlicher Vergeltungsstrafe ist bewiesen.

Die Konsequenzen für den Täter sind drastisch. Mit seinem Status als Staatsbürger verliert er die "gesetzliche *Freiheit* keinem anderen Gesetz zu gehorchen, als zu welchem er seine Beistimmung gegeben hat".¹³⁹ Das personenrechtliche Verhältnis des Täters zu seinen Mitbürgern wird durch ein sachenrechtliches ersetzt.¹⁴⁰ Ist er einmal strafbar befunden, so kann nach Belieben mit ihm verfahren werden.¹⁴¹ Grenzen ergeben sich lediglich aus der "angeborene[n] Persönlichkeit", d.h. der kontrafaktisch durchgehaltenen Identität als Vernunftwesen.¹⁴² Dieser Theoriekern ist zur Grundlage aller zweistufigen Vereinigungslehren geworden. Ob der Täter Strafe verdient, wird kategorisch entschieden. Wie die Strafe zu gestalten ist, unterliegt dem Prinzip der Nützlichkeit.¹⁴³

Mit seinem staatsphilosophischen Argument hat Kant die qualitative Isolierung des Missetäters aus der Gemeinschaft der Gläubigen unter den Bedingungen der Moderne reformuliert. Was im Rahmen des moralphilosophischen Arguments nicht gelingen konnte (die unmittelbare Anbindung der Rechtsstrafe an ein motivatorisches Defizit), wird über die Qualifikation zum Staatsbürger

¹³⁴ MdS, S.313-314.

¹³⁵ MdS, S.341.

¹³⁶ MdS, S.314.

¹³⁷ MdS, S.331.

¹³⁸ Man mag die Signifikanz *einer* Abweichung bezweifeln. Hier ist durchaus Raum für Plausibilitätserwägungen. Im Prinzip ist Kants Argument aber zutreffend, denn "[e]ine ununterbrochene Kette normgemäßer Handlungen wird nur produzieren, wer sich als Subjekt [hier: Person] definiert". *Jakobs* (1997), S.77.

¹³⁹ MdS, S.314.

¹⁴⁰ MdS, S.329-330, 363 Anmerkung.

¹⁴¹ MdS, S.331.

¹⁴² MdS, S.331.

¹⁴³ "Die *iustitia punitiva* hat zur Absicht: 1. den Unterthan aus einem schlimmen in einen besseren Bürger umzuwandeln; 2. durch warnende Beispiele andere abzuhalten; 3. unbesserliche aus dem Gemeinen Wesen, es sei durch deportation, *exilium*, oder Tod wegzuschaffen (oder durch Gefängnis). Aber alles dieses ist nur Klugheit der politick. – Das Wesentliche ist die Ausübung der Gerechtigkeit selbst alsdenn noch, wenn die Verfassung aufgehoben würde", R 8035 (vgl. auch R 8029, 7286) *Reflexionen zur Rechtsphilosophie*, Bd. XIX, S.587-588; *Enderlein*, S.313; *Höffe* (1992), S.238.

nunmehr moralextern begründet. Wem es an rechtlicher Gesinnung mangelt und wer dies durch äußerliche Tat manifestiert, der muß bestraft werden.

Natürlich gibt es Kritik im Detail. Wenn Kant davon spricht, daß der Verbrecher "[o]hne alle Würde" sei, "ein Leibeigener (*servus in sensu stricto*)", "Eigentum (*dominium*) eines anderen (...) der ihn als eine Sache veräußern und nach Belieben (nur nicht zu schadbaren Zwecken) brauchen und über seine Kräfte, wenn gleich nicht über sein Leben und Gliedmaßen verfügen (disponieren) kann", dann ist das teils zu weitgehend und teils zu unbestimmt.¹⁴⁴ Zu weit geht es, weil in einem Alles-oder-Nichts Prinzip dem Dieb seine *gesamte* staatsbürgerliche Identität aberkannt wird und nicht nur die im Bereich der fehlerhaften Maximensetzung.¹⁴⁵ Damit beraubt sich Kant gewissermaßen der Pointe seiner Straftheorie. Der Täter kann die Strafgewalt gegen seinen Leib nicht mehr als personal legitimiert rationalisieren, weil ihm diejenige Identität, im Rahmen derer dies möglich wäre, aberkannt worden ist. Unbestimmt ist das Verhältnis des in der GMS entworfenen Personenmodells zu dem des Staatsbürgers. In der GMS heißt es an zentraler Stelle, daß "die vernünftige Natur (...) als Zweck an sich selbst [existiert]", woraus folgt, daß man den anderen jederzeit zugleich als Zweck und niemals bloß als Mittel brauche.¹⁴⁶ Das verträgt sich kaum mit der Degradierung des Täters zum Sklaven. Kant liefert keine rechte Erklärung dafür, wie das Staatsrecht als Teil der Rechtslehre, das moralphilosophische Grundprinzip des praktischen Imperativs auf ein Verbot der Übermaßnutzung des Delinquenten limitieren kann. Und doch sind diese Unstimmigkeiten letztlich marginal.¹⁴⁷ Kants staatsphilosophisches Argument ist bis heute systematisch vorbildlich. Wie viel ihm das moderne Schuldstrafrecht verdankt, ist unübersehbar.

5. Zurechnung

Die Spaltung des Subjekts in Individuum und Person ermöglicht den Zugriff auf Legitimationsreserven, welche der praktischen Philosophie vor Kant unzugänglich waren. Und doch führt die explizite Formulierung zweier Ich-Identitäten (eine in der Grammatik von Lust und Unlust, die andere in der von Pflicht und Willkür) zu einem konstruktiven Problem innerhalb der Zurechnungslehre. Die Person autorisiert die harte Behandlung des Individuums. "Wenn ich (...) ein Strafgesetz gegen mich als einen Verbrecher abfasse, so ist es in mir die reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft (*homo noumenon*), die mich als einen des Verbrechens Fähigen, folglich als eine andere Person (*homo phaenomenon*) samt allen übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft".¹⁴⁸ Daraus folgt allerdings, daß "[i]ch als Mitgesetzgeber, der das *Strafgesetz* dictiert, (...) unmöglich dieselbe Person sein [kann], die als Unterthan nach dem Gesetz bestraft wird; denn als solcher, nämlich als Verbrecher kann ich unmöglich eine Stimme in der Gesetzgebung haben (der Gesetzgeber ist heilig)".¹⁴⁹ Der Verbrecher verliert seinen Status als Person, jedoch allein die "Person ist dasjenige Subject, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind".¹⁵⁰ Damit steht Kant vor folgendem Dilemma. Allein der *homo noumenon* ist Subjekt möglicher Zurechnung.¹⁵¹ Er kann jedoch nur durch gute Taten (universalisierbare Maximen im Modus der Moralität exekutiert) in der Welt wirken. Der *homo phaenomenon* kann demgegenüber Unrecht tun, ist aber, mangels Personalität, kein taugliches Zurechnungssubjekt.¹⁵² Daraus folgt,

¹⁴⁴ MdS, S.329-330.

¹⁴⁵ *Jakobs* (1997), S.101.

¹⁴⁶ GMS, BA 66-67; KpV, A 155-156; MdS, S 237, 270.

¹⁴⁷ So auch *Höffe* (1992), S.208-209.

¹⁴⁸ MdS, S.335. Vgl. die parallele Passage in MdS, S.418.

¹⁴⁹ MdS, S.335.

¹⁵⁰ MdS, S.223.

¹⁵¹ Ohne transzendente Freiheit ist "keine Zurechnung (...) möglich". KpV, A 173.

¹⁵² Sowohl die Triebtat ist Natur, als auch die kalkulatorisch rationale Handlung. Mit Blick auf letztere heißt es explizit: "Eine Ausflucht [aus der Unzurechenbarkeit] darin zu suchen, daß man bloß die Art der

daß unrechte und unmoralische Handlungen nicht zurechenbar sind.¹⁵³ Blicke es dabei, so wäre Kants Straftheorie auf spektakuläre Weise an ihren eigenen Voraussetzungen gescheitert. Sie wäre wenig mehr als eine komplizierte Neufassung der Klage des Apostels. "Ich weiß ja, daß in mir, das heißt in meinem Fleisch, nichts Gutes wohnt; denn das Wollen liegt bei mir, das Vollbringen des Guten aber nicht. Denn nicht das Gute, das ich will, tue ich, sondern was ich nicht will, das Böse, vollbringe ich. Wenn ich aber das, was ich nicht will, tue, *so vollbringe nicht mehr ich es, sondern die in mir wohnende Sünde*".¹⁵⁴ Und in der Tat wird Kants Straftheorie (als Alterswerk eines bereits leicht senilen Philosophen) mit diesem Argument nicht selten summarisch verworfen.¹⁵⁵

Bei genauerer Lektüre läßt sich das jedoch nicht halten. Im Gegenteil, *zu keiner Zeit* hatte Kant die Beschränkung der zurechenbaren Taten auf gute oder erlaubte Handlungen akzeptiert.¹⁵⁶ So bespricht er in der KrV (1781) den Fall der Zurechenbarkeit einer boshafte Lüge.¹⁵⁷ Die Konklusion lautet: "[D]ie [lügenhafte] Handlung wird seinem [des Täters] intelligiblen Charakter beigemessen, er hat jetzt, in dem Augenblicke, da er lügt, gänzlich Schuld; mithin war die Vernunft, unerachtet aller empirischen Bedingungen der Tat, völlig frei, und ihrer Unterlassung ist diese gänzlich beizumessen".¹⁵⁸ In der KpV (1785) handelt Kant vom Diebstahl. In empirischer Aufsicht mag dieser sich jederzeit erklären lassen. Im Hinblick auf den Menschen als homo noumenon hingegen "kann das vernünftige Wesen, von jeder gesetzeswidrigen Handlung, die es verübt (...) mit Recht sagen, daß er sie hätte unterlassen können; denn sie, mit allem Vergangenen, das sie bestimmt, gehört zu einem einzigen Phänomen seines Charakters, den er sich selbst verschafft, und nach welchem er sich, als einer von aller Sinnlichkeit unabhängigen Ursache, die Kausalität jener Erscheinungen selbst zurechnet".¹⁵⁹ "[J]ede vorsätzlich verübte Handlung", so heißt es unmittelbar im Anschluß daran, hat "eine freie Kausalität zum Grunde".¹⁶⁰ In der Religionsschrift (1793) wird dies bekräftigt. Das Sittengesetz ist "das einzige, was uns der Unabhängigkeit unserer Willkür von der Bestimmung durch alle anderen Triebfedern (unserer Freiheit) und hiermit zugleich der Zurechnungsfähigkeit *aller* Handlungen bewußt macht".¹⁶¹ Die Konsequenz wird in der MdS (1797) ausgesprochen: "Eine jede Übertretung des Gesetzes kann und muß nicht anders als so erklärt werden, daß sie aus einer Maxime des Verbrechers (sich eine solche Untat zur Regel zu machen) entspringe; denn wenn man sie von einem sinnlichen Antrieb ableitete, so wäre sie nicht von ihm, als einem freien Wesen, begangen und könnte ihm nicht zugerechnet werden".¹⁶² Wenn jede (vorsätzliche) Straftat zurechenbar ist, und wenn Zurechnung Freiheit im transzendentalen Verstande voraussetzt, dann sind Straftaten im transzendentalen Sinne freie Handlungen.

Dies löst in der Tat das Zurechnungsproblem, aber um welchen Preis? Die zentrale Prämisse der Moralphilosophie war, daß ein freier Wille und ein Wille unter sittlichen Gesetzen einerlei sei.¹⁶³ Von diesem fundamentalen Prinzip rückt Kant nun ab. Die Definition wird erweitert. Ein freier Wille kann fortan auch ein Wille unter unsittlichen Gesetzen sein. Das ist das eigentliche Thema der Zurechnungsfrage: die implizite Neudefinition des Freiheitsbegriffs. In der GMS und der KpV hatte

Bestimmungsgründe seiner Kausalität nach dem Naturgesetze einen *komparativen* Begriffe von Freiheit anpaßt (...), ist ein elender Behelf". KpV, A 171-172.

¹⁵³ Norrie (1991), S.62; Prauss, Kant über Freiheit als Autonomie (1983), S.52 ff., 140; Wolff, The Autonomy of Reason (1973), S.135-136.

¹⁵⁴ Römer 7, 19-20.

¹⁵⁵ Norrie (1991), S.56.

¹⁵⁶ So auch Willaschek, S.233, 328 ("absurde Position").

¹⁵⁷ KrV, B 582.

¹⁵⁸ KrV, B 583.

¹⁵⁹ KpV, A 175.

¹⁶⁰ KpV, A 179.

¹⁶¹ REL, S.26 Anmerkung.

¹⁶² MdS, S.321 Anmerkung.

¹⁶³ GMS, BA 98; KpV, A 5.

Kant ein Gesetzesmodell der Freiheit entworfen.¹⁶⁴ Frei handelt, wessen Maxime universalisierbar und aus eben diesem Grunde gewollt ist, weil dies den Tatbestand eines praktischen Gesetzes der Freiheit auslöst, welches mittels nicht-empirischer Kausalität die Welt der Erscheinungen bestimmt. Und doch taucht bereits in der KrV ein alternatives Konzept auf. Es handelt sich um Freiheit als Spontaneität der Willkür und Autonomie des Willens.¹⁶⁵ Nach diesem Modell umfaßt die praktische Vernunft (als einheitliches Vermögen) zwei Fakultäten, die Willkür und den Willen. Der Wille erfüllt legislative Funktion.¹⁶⁶ Er formuliert Maximen, und wenn er dazu auf nichts außer ihm Liegendes Zugriff nimmt, so handelt er autonom. Die Willkür wählt, in absoluter Spontaneität, zwischen den ihr vom Willen vorgeschlagenen Maximen aus, welche sie als Imperative erfährt.¹⁶⁷ Die gewählte Maxime wird zum Gesetz der Handlung. Insofern ist die Willkür die exekutive Fakultät der praktischen Vernunft.¹⁶⁸ Die praktische Vernunft ist *frei*, wenn sie nach einer selbst gegebenen (Wille) und ausgewählten (Willkür) Maxime handelt. Mit anderen Worten: Der Wille kann Maximen bilden mit Blick auf ein Reich der Zwecke.¹⁶⁹ In diesem Falle wird er vom Gedanken der Universalisierbarkeit bereits bei der Formulierung des Handlungsplans geleitet.¹⁷⁰ Maximen dieser Art (Mx_1) sind ein Produkt der reinen praktischen Vernunft, und damit autonom. Der Wille kann aber auch mit Blick auf sinnliche Begierden Maximen entwerfen. Die praktische Vernunft wird in ihrem Interesse empirisch und ist nicht mehr rein. Autonomie ist verloren, Maximen dieser Art sind heteronom.¹⁷¹ Damit allerdings ist noch keineswegs gesagt, daß sie *unfrei* seien. Auch heteronome Maximen sind Produkte der praktischen Vernunft. Auch sie entspringen (anders als die Triebtat) dem gesetzgebenden Willen. Einige mögen universalisierbar sein (Mx_2 : "Stille deinen Durst an einer öffentlichen Quelle"), andere nicht (Mx_3 : "Nehme deinem Nächsten das Wasser weg"). Das Gesetzgebungsvermögen der praktischen Vernunft (der Wille) kann somit drei Klassen von Maximen generieren.¹⁷²

	Mx_1	Mx_2	Mx_3
autonom	+	-	-
universalisierbar	+	+	-

Es ist das Schicksal des endlichen Vernunftwesens, durch Mx_1 nicht notwendig bestimmt zu werden. Und so treten die Maximen der Willkür (nur) als Imperative gegenüber.¹⁷³ Mx_1 als

¹⁶⁴ Siehe oben, S.41 ff.

¹⁶⁵ Dazu ausführlich Hudson, Wille, Willkür, and The Imputability of Immoral Actions, Kantstudien (1991), S.179-196.

¹⁶⁶ Beck, A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason (1960), S.202.

¹⁶⁷ Hudson, S.183.

¹⁶⁸ Beck, S.202.

¹⁶⁹ GMS, BA 74.

¹⁷⁰ GMS, BA 87.

¹⁷¹ GMS, BA 88.

¹⁷² Die Universalisierbarkeit einer Mx_1 Maxime folgt bereits analytisch aus ihrer Definition, da sie mit Blick auf das Reich der Zwecke (also *weil* sie universalisierbar ist) entworfen wird. Aus diesem Grunde kann es auch den theoretisch möglichen vierten Fall (einer autonomen aber nicht universalisierbaren Maxime) nicht geben.

¹⁷³ "Alle Imperativen werden durch ein Sollen ausgedrückt, und zeigen dadurch das Verhältnis eines objektiven Gesetzes der Vernunft zu einem Willen an, der seiner subjektiven Beschaffenheit nach dadurch nicht notwendig bestimmt wird (eine Nötigung)". GMS, BA 37. Motivation ereignet sich für Menschen immer als Imperativ. GMS, BA 39; KpV, A 36. Hingegen "gelten für den göttlichen und überhaupt für einen heiligen Willen keine Imperativen; das Sollen ist hier am unrechten Orte, weil das Wollen schon von selbst mit dem Gesetz notwendig einstimmig ist". GMS, BA 39, 87; KpV, A 57, 146–152; MdS, S.222, 379, 383. Engel sind aus Fädelheit gut.

kategorischer Imperativ, Mx_2 und Mx_3 als hypothetische Imperative. Entscheidet sich die Willkür in absoluter Spontaneität für Mx_1 , dann folgt die Frage nach ihrer Motivation. Hat sie sich für Mx_1 aus Pflicht entschieden, d.h. *weil* Mx_1 ein kategorischer Imperativ ist, so handelt sie im Modus der Moralität. Ist die Entscheidung von Neigung diktiert, d.h. weil der (zufällige) Inhalt von Mx_1 begehrenswert erscheint, geht es um Legalität. Das gleiche gilt im Prinzip für Maximen der Klassen Mx_2 und Mx_3 , mit einem bedeutsamen Unterschied. Die Willkür kann sich für Mx_2 entscheiden, weil Mx_2 universalisierbar ist. In diesem Falle wird eine heteronome Maxime moralisch exekutiert. Sie kann sich jedoch auch aus nicht-moralischen Gründen für Mx_2 entscheiden, was der Normalfall sein wird. Im Falle Mx_3 ist diese Wahl nicht möglich. Maximen der Klasse Mx_3 können nicht moralisch ausgeführt werden, weil sie nicht universalisierbar sind. Hier handelt es sich um die unmoralisch-illegalen *und doch freien Taten*. Denn wann immer die Willkür eine Maxime der Vernunft auswählt, wird spontan gehandelt, und das heißt frei von naturkausaler Bestimmtheit.¹⁷⁴ Unzurechenbar sind somit alleine diejenigen Taten, welche ohne Gesetzgebung des Willens aus "einem sinnlichen Antrieb"¹⁷⁵ und damit maximenlos vorgenommen werden. Und so ist die Freiheit des Menschen als Autonomie neu definiert. Es handelt sich um die Freiheit, allein durch selbst gegebene Maximen bestimmt zu werden.¹⁷⁶

Stellt man die Ergebnisse des Gesetzes- und des Autonomiemodells unter dem Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit von Handlungen übersichtlich nebeneinander, so ergibt sich folgendes Bild.

Gesetzesmodell der Freiheit		Autonomiemodell der Freiheit	
zurechenbar	unzurechenbar	zurechenbar	unzurechenbar
Mx_1	-	Mx_1	-
-	Mx_2	Mx_2	-
-	Mx_3	Mx_3	-
-	Triebtät	-	Triebtät

Der Vorwurf der Unzurechenbarkeit rechtswidrigen Handelns ist also unbegründet.¹⁷⁷ Tatsache ist vielmehr, daß Kant seiner Straftheorie ein anderes Freiheitskonzept unterlegt, als es nach der Lektüre der GMS und der KpV zunächst den Anschein haben mag. In der Systematik des Autonomiemodells der Freiheit sind Diebstahl und lügenhafte Handlung zurechenbar als Fälle von Mx_3 . Es muß bestritten werden, daß Kant in der MdS das in seinen früheren Werken erreichte philosophische Niveau "kraß unterbietet".¹⁷⁸ Im Rahmen der Zurechnungslehre führt er seine beiden Freiheitstheorien auf ihre gemeinsame Wurzel zurück. Das Gesetzesmodell erweist sich als illustrativer Spezialfall des Autonomiemodells. Im Gesetzesmodell ging es darum, zu zeigen, wie

¹⁷⁴ "Denn eine Willkür ist sinnlich, sofern sie pathologisch (durch Bewegursachen der Sinnlichkeit) affiziert ist; sie heißt tierisch (*arbitrium brutum*), wenn sie pathologisch necessitiert werden kann. Die menschliche Willkür ist zwar ein *arbitrium sensitivum*, aber nicht *brutum*, sondern *liberum*, weil Sinnlichkeit ihre Handlungen nicht notwendig macht, sondern dem Menschen ein Vermögen beiwohnt, sich, unabhängig von der Nötigung durch sinnliche Antriebe, von selbst zu bestimmen". KrV, A 534, B 562. In KrV, A 802, B 830 spezifiziert Kant dies. *Arbitrium liberum* ist diejenige Willkür, welche "durch Bewegursachen, welche *nur* von der Vernunft [vom Willen] vorgestellt werden, bestimmt werden kann". – *Warum* allerdings die Willkür sich in ihrer Spontaneität für die eine und gegen die andere Maxime entscheidet, ist teils prinzipiell unerklärbar ("...wie es aber dem Subject möglich ist, eine solche Maxime wider das klare Verbot der gesetzgebenden Vernunft zu fassen, läßt sich schlechterdings nicht erklären". MdS, S.321 Anmerkung) und teils Gegenstand der Lehre vom intelligiblen Charakter. Darauf kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Ausführlich *Willaschek*, S.106-168, 232-248.

¹⁷⁵ MdS, S.321 Anmerkung.

¹⁷⁶ KrV, A 802, B 830. Vgl. auch *Gerbard*, S.66-68.

¹⁷⁷ Ebenso *Willaschek*, S.16.

¹⁷⁸ *Schild* (1995), S.831. Wie hier *Höffe* (1992), S.208.

eine bestimmte Klasse von Handlungsgründen transzendental freie Handlungen garantiert. Das Autonomiemodell widerspricht dem in keiner Weise, im Gegenteil, es baut auf den Voraussetzungen des Gesetzesmodells auf ("Gründe als Ursachen") und *erweitert* lediglich die Klasse der Freiheit verbürgenden Handlungsgründe.

6. Gründe als Ursachen

Die gemeinsame Wurzel des Gesetzes- und des Autonomiemodells der Freiheit ist Kants Theorie vom gesetzmäßigen Übergang bestimmter Gründe, die das Subjekt in der Perspektive der ersten Person für sein Handeln anführen mag, zu Ursachen, welche das Individuum zur Vornahme der intendierten Handlung bestimmen. Dies ist der Punkt, an dem die beiden separaten Ich-Identitäten zusammenfinden. Das Subjekt als Person konvergiert mit dem Individuum, der homo noumenon setzt sich als homo phaenomenon in Bewegung. Diesen influxus physicus kann Kant jedoch nicht wirklich plausibel machen. Seine "Konzeption scheidet, da sie zwei 'Standpunkte' oder Beschreibungsarten miteinander identifiziert, die, abgesehen vielleicht von der Möglichkeit einer teleologischen Vermittlung, voneinander unabhängig sind".¹⁷⁹ Die Auflösung der Dritten Antinomie kann nicht überzeugen.

Es gibt wohl keinen Weg, diese desaströse Konsequenz zu vermeiden. Wie Gründe zu Ursachen werden, kann im Rahmen der von der KrV gezogenen Grenzen nicht erklärt werden. Die Erkenntnis der praktischen Gesetze der Freiheit beruht auf der Ineinsetzung bestimmter Zustände des Menschen als Ding an sich, die uns aus theoretischer Perspektive unerkennbar sind, mit Gründen, die wir in der Teilnehmerperspektive als praktisch vernünftige Wesen haben. Das Faktum der sittlichen Handlung ist "mit dem Bewußtsein der Freiheit des Willens unzertrennlich verbunden, ja mit ihm einerlei".¹⁸⁰ Die "übersinnliche Natur" vernünftiger Wesen, "ist (...) ihre Existenz nach Gesetzen, die von aller empirischen Bedingung unabhängig sind, mithin zur Autonomie der Vernunft gehören. (...) Das Gesetz dieser Autonomie aber ist das moralische Gesetz; welches also das Grundgesetz einer übersinnlichen Natur und einer reinen Verstandeswelt ist, deren Gegenbild in der Sinnenwelt, aber doch zugleich ohne Abbruch der Gesetze derselben, existieren soll".¹⁸¹ Das Problem an dieser Stelle ist nicht, daß die praktische Perspektive den Zugriff auf Begriffe ermöglicht, die der theoretischen entzogen sind. Das Problem ist, daß die Begriffe, welche in praktischer Absicht gewonnen werden (Universalisierbarkeit, Moralität), mit *Zuständen* des Menschen als Ding an sich identifiziert werden. Um diese Identifikation vornehmen zu können, bedürfte es eines Standpunkts jenseits von praktischer und theoretischer Vernunft, "der uns aber freilich gar nicht verliehen ist".¹⁸² Die von Kant angestrebte praktische Vernunftkenntnis impliziert ein Wissen, das wir nach den Vorgaben der transzendentalen Methode nicht haben können und zwar *weder* theoretisch *noch* praktisch.¹⁸³ Damit ist aber nicht nur Kants Begründung der Notwendigkeit von Strafe gescheitert, sondern bereits der erste Schritt einer Begründung der moralischen Möglichkeit rechtlicher Unrechtsabwehr.

Das Ergebnis der Untersuchung ist also negativ. Kants praktische Philosophie (und mit ihr die Straftheorie) scheitert, weil der Graben zwischen der phänomenalen und der noumenalen Welt

¹⁷⁹ Willaschek, S.149.

¹⁸⁰ KpV, A 72.

¹⁸¹ KpV, A 74-75.

¹⁸² KpV, A 178.

¹⁸³ "Das theoretische Wissen, das Kant 'unserer' Vernunft abspricht, weil unser Verstand keine andere als die sinnliche Anschauung besitze, ist in Wahrheit das Wissen des theoretische und praktische Philosophie zu einem Ganzen zusammendenkenden spekulativen Systems. Eine 'Erklärung' der Kausalität aus Freiheit ist uns damit nicht beschieden: aber die tiefere Einsicht erkennt, daß eine solche Erklärung ein Widersinn wäre, weil sie aus der intelligiblen Welt wiederum eine Natur, aus dem sich selbst bestimmenden Ich ein durch Kategorien bestimmtes Ding machen, - weil sie dem Erklärten seine Eigentümlichkeit rauben, der Freiheit die Freiheit nehmen würde". Kroner, Bd.1, S.180 ff. (184), 191.

nicht übersprungen werden kann, jedenfalls nicht in einer Weise, die wissenschaftlicher Darstellung zugänglich ist. Hobbes' staatsphilosophisches Gebäude brach zusammen, weil er den fundamentalen Dualismus nicht erkannt hatte, der sein System von innen heraus sprengen sollte.¹⁸⁴ Kants Entwurf scheitert daran, daß er eben diesen Dualismus nicht nur erkannt, sondern ihn bis heute verbindlich auf den Begriff gebracht hat. Mit Hobbes und Kant aber sind die Legitimationsstrategien innerhalb des dualistischen Paradigmas erschöpft. Dem Hobbesschen Individuum fehlt es bereits am Vermögen zur Thematisierung seiner Präferenzstruktur. Aber auch Kants leibbezogenes Ich-Identitätsangebot erlaubt es dem geschundenen Subjekt, welches sich *als* homo phaenomenon entwirft, nicht, seine Strafe außerhalb des Schemas von Gewalt und Unterwerfung zu deuten. Erst der homo noumenon ist Person. Das Schema von Lust und Unlust wird in der Grammatik von Pflicht und Willkür transzendiert. Der Täter kann sich personal von der harten Strafbehandlung distanzieren. Allein, diese Distanzierung erfolgt allzu gründlich. Der Zusammenhang von Gründen und Ursachen kann nicht mehr hergestellt werden. Die semantischen Brücken vom homo noumenon zum homo phaenomenon sind eingefallen. Hobbes kausalmechanisch determinierten Subjekten fehlt es an Innerlichkeit. Sie sind ununterscheidbar in ihre leblose und sinnleere Umwelt eingelassen. Kants Subjekte hingegen sind schizophoren. Der Mensch ist homo phaenomenon und homo noumenon zugleich, ohne daß die beiden Identitäten (als Beobachter und als Teilnehmer) aufeinander bezogen oder (durch Gesetze der Freiheit) plausibel vermittelt wären. Letzteres ist selbstverständlich ein sehr theoretischer Einwand, der den praktischen Erfolg des Kantischen Modells und seinen Aufstieg zum heute gültigen Paradigma nicht hindern konnte. Als Rechtsperson ist das Subjekt verantwortlich, auch wenn man sein Tun als (durch Sozialisation und Umfeld geprägtes) Individuum nur zu gut verstehen mag. Was immer nach diesen Entwürfen kommen sollte, es mußte eine ontologische Neubesinnung stattfinden.

¹⁸⁴ Norrie (1991), S.61. Siehe oben, S.28 ff.

IV. Hegel

Seit Kant muß man das Problem von Strafe in der Grammatik von Pflicht und Willkür diskutieren. Der Rückgriff auf bloß instrumentelle Kommunikation, das heißt die exklusive Verwendung eines Lust/Unlust Schemas, ist dem Legitimator versagt. Das Subjekt hat eine Ich-Identität bekommen, es begreift sich *als* Person oder *als* Individuum.¹ Wenn also das Schema von Pflicht und Willkür mitbedacht werden muß, dann ist Unrecht immer auch Pflichtverletzung und Strafe ist Reaktion auf diese. Das Subjekt als Person handelt, weil es Gründe hat. Gründe existieren in Ausdruck und Sprache, genauer gesagt, im Medium normativer Kommunikation. Sie lassen sich nur mit Referenz auf eine Ich-Identität explizieren. Nimmt man dies zusammen, so zeigt sich, daß Unrecht ein kommunikatives Ereignis und Strafe eine sinnhafte Reaktion darauf ist. Bei der Ohrfeige unter Edelleuten war es nicht der Schmerz, der den Geohrfeigten nach Satisfaktion im Duell suchen ließ.

Für das moderne Strafrecht haben vor allem Jakobs, und in seiner Folge Pawlik und Lesch, die Konsequenzen aus diesen sozialontologischen Prämissen gezogen.² Der Güterschaden ist für die Person lediglich sichtbare Manifestation eines Normwiderspruchs.³ Die Strafe, vor deren Unbill das Individuum zurückschrecken mag, ist für das Subjekt als Person Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm und damit Kommunikation über Gründe. So wie man dem Offizier die Tressen abreißt, um das Ende seiner Existenz als Offizier zu dokumentieren, so nimmt man dem Straftäter die Freiheit als das universelle Zeichen intakten Bürgertums. Den Täter ins Gefängnis stecken bedeutet, daß sein normwidriger Weltentwurf (die Behauptung einer Ich-Identität, in deren Rahmen Gründe für verbrecherisches Tun anschlussfähig sind) als Ausgangspunkt für künftige Kommunikation nicht akzeptiert wird.⁴ Strafe ist kontrafaktische Bestätigung der Normgeltung im Wege expliziter Devaluierung alternativer Ich-Entwürfe.⁵ Sozialpsychologisch stabilisiert Strafe die personale Identität der sich als rechtstreue Bürger entwerfenden Subjekte.⁶ Auf institutioneller Ebene definiert sie die normative Identität der Gesellschaft in Form verbindlicher Festlegung gewisser Minimalstrukturen akzeptabler Ich-Identitäten, und garantiert so, daß Gesellschaft tatsächlich stattfindet und sich nicht nur "ab und an glücklich ereigne[t]".⁷

Der damit erzielte Fortschritt über den Naturalismus, der im Begriff des Rechtsguts (trotz aller bereits erfolgten Normativierung) noch immer durchschimmert, ist nicht nur ein gradueller Erfolg, sondern die zutreffende Antwort auf eine prinzipielle Neufassung der Frage, was Strafe eigentlich sei. Allein die Behandlung von Unrecht und Strafe als sinnhafte Akte im Medium symbolischer Kommunikation, erlaubt beispielsweise den Umgang mit Sukzessor-Fällen, wie sie sich zuletzt im

¹ Wie bereits ausgeführt ist dies nicht identisch mit dem konsequent durchgeführten Hobbesschen Modell. Das Individuum, das nur Individuum ist, und sich nicht unter Ausschluß anderer Alternativen als Individuum entwirft, hat keine Identität, sondern nur eine extern beobachtbare Ausstattung bzw. ein Programm. Siehe oben, S.13.

² *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil (1993) 1/1, S.5 ff.; *ders.* (1997), S.103-111. *Pawlik* (1999), S.65 ff.; *Lesch*, S.596-599; *Seelmann* (1995), S.26.

³ *Jakobs*, AT (1993) 1/9, S.9.

⁴ *Jakobs*, AT (1993) 1/6, S.7; 1/10, S.9; *ders.* (1995), S.848; *ders.* (1997), S.104-105.

⁵ *Jakobs*, AT (1993) 1/10, S.9; *ders.* (1995), S.849; *Lesch*, S.597-598.

⁶ *Jakobs*, AT (1993) 1/15, S.13; *Lesch*, S.598.

⁷ *Jakobs* (1997), S.70, 98 ff. Strafe "hat" somit keinen Zweck, "sondern ist Zweckerreichung, scil. Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft", ebd. S.106. Daß man die Bestätigung der Identität in Form von Kommunikation über Normen auch immer (oft sogar methodisch) als utilitaristische Dressur des Individuums mißverstehen kann, liegt in der dualen Natur des Subjekts begründet. Wer sich in dieser Weise für Sinnhaftes blind macht, trägt eben "die Brille eines 'psychologischen Kammerdieners'", ebd. S.47-48.

Kontext der Wiedervereinigung Deutschlands ereignet haben.⁸ Es kann nur bestraft werden, wer einer bestehenden Ordnung widerspricht, nicht aber der, "welcher eine erst noch zu errichtende nicht herstellt".⁹ Der Widerspruch (das Negative) wird allein vor dem Hintergrund der Norm (des Positiven) verständlich. Der Täter behauptet: "Nicht diese Gesellschaft!", damit hat er und allein darin liegt sein Unrecht.¹⁰ Der Funktionär eines anderen Staates hingegen behauptet: "Diese Gesellschaft!", und das ist definitionsgemäß kein gesellschaftliches (!) Unrecht. Es sei denn, es gibt bestimmte Gesellschaften, die man kategorisch nicht bejahen darf.¹¹ Diese Frage allerdings liegt außerhalb des strafrechtsfunktionalen Blicks des Beobachters zweiter Ordnung. Dieser Beobachter muß voraussetzen, daß die Ordnung, deren Bestand es zu sichern gilt, dies auch wert ist – immer unter der Prämisse, daß es sich bei der betreffenden Ordnung überhaupt um *Gesellschaft* handelt (d.h. das Schema von Lust und Unlust nicht absolut gilt).¹²

Vor diesem Hintergrund läßt sich die Bedeutung der Rechtsphilosophie Kants und Hegels für eine moderne funktionale Strafrechtstheorie präzise beschreiben. Das explizite Angebot zweier kategorial verschiedener Ich-Identitäten (als homo phaenomenon und als homo noumenon) macht die Formulierung einer kommunikationsbasierten Straftheorie überhaupt erst möglich. Insofern ist der Funktionalismus der praktischen Philosophie Kants zutiefst verpflichtet. (Der Vorwurf, das Subjekt werde eskamotiert, beruht demnach auf einem geradezu dramatischen Mißverständnis.) Von Kant übernimmt der Funktionalismus daher auch eines seiner kardinalen Probleme, die Verdoppelung der Welt. Wenn Unrecht und Strafe zutreffend als Kommunikation und nicht als unsinnige Sequenz zweier Übel beschrieben werden, dann ist das entscheidende Merkmal der Strafe der Widerspruch gegen den Weltentwurf und die personalen Handlungsgründe des Täters.¹³ (Handlungserklärungen werden ohnehin kognitiv erledigt. Auf sie muß hier nicht eingegangen werden.) Wenn dem so ist, dann fragt sich allerdings, warum das Subjekt als Individuum im Prozeß der Bestrafung eine so prominente Rolle spielt. Es ist der Leib des Täters, dem im Gefängnis die Handlungsfreiheit entzogen wird. Es ist der Leib, dem die tödliche Injektion gilt. Der Ausschluß des Angeklagten von der Zeugenrolle im deutschen Strafprozeß (anders in den USA) dokumentiert, daß hier gerade nicht die Person, sondern das sich in Furcht und Lüge vor dem Richterstuhl windende Individuum im Vordergrund steht. Wenn es auf personalen Widerspruch ("censure") ankommt, warum ist dann individuell harte Behandlung ("hard treatment") nötig? Der Funktionalismus tut sich hier mit Erklärungen schwer. Denn unausgesprochen unterliegen den modernen Konzepten von Strafe als sinnhafter Kommunikation mehr oder weniger explizite nominalistische Bedeutungstheorien. Harte Behandlung ist das konventionelle Symbol, um Mißachtung und Widerspruch auszudrücken. Ändert sich dies, so kann man auf "hard treatment" verzichten. Dies führt in die legitimationstheoretisch mißliche Lage, daß man im Rahmen eines Kantischen Modells harte Behandlung nur akzessorisch als Symbol für Widerspruch legitimieren kann. Jede Form von "hard treatment" wird per se suspekt. In dialektischer Manier liefern die Quellen, welche Kant mit dem Modell des Subjekts als Person für die Legitimation von Widerspruch gegen die Straftat

⁸ BGHSt. 39, S.1-36; *Jakobs*, Untaten des Staates - Unrecht im Staat, Goldammer's Archiv für Strafrecht (1994), S.1-19; *Pawlik*, Strafrecht und Staatsunrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht (1994), S.415-502.

⁹ *Jakobs*, Freispruch für Marx, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.08.1997

¹⁰ *Jakobs* (1997), S.103. Zum Ganzen ebd. S.109-111.

¹¹ Hier werden die Spezifika liegen, welche die DDR-Urteile gesamtdeutscher Gerichte vom Alliierten Gerichtshof der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse unterscheiden. Daß die Nürnberger Prozesse *rechtlich* kaum legitimierbar sein dürften (nulla poena sine lege praevia et scripta, Naturrecht als lex imperfecta) heißt nicht, daß sie *moralisch* unzulässig waren. Im Gegenteil. Es ist vielmehr so, daß es wohl kaum ein Tribunal gab, dessen moralische Legitimität so offenkundig außer Frage steht. Daß die Siegermächte einem genuin *moralischen Prozeß* die Form des *juridischen Verfahrens* gaben, kann nicht gegen sie verwendet werden. Das gerichtsähnliche Verfahren schützte vielmehr die Angeklagten juristisch in einer Weise, auf die sie moralisch keinerlei Anspruch hatten.

¹² *Jakobs* (1995), S.854; *ders.*, AT (1993), 1/18, S.15; "Legitimiert wird Strafe letztlich allein durch die Legitimität der Ordnung selbst, für deren Erhalt gestraft wird". *Lesch*, S.599.

¹³ *Jakobs* (1995), S.849; *Pawlik* (1999), S.67; *Lesch*, S.598

erschloß, zugleich die Munition für die Delegitimation harter Behandlung. Hegel bietet hier das Alternativmodell. Er lehnt die nominalistisch-konventionelle Bedeutungstheorie ab und ersetzt sie durch eine Theorie des vollkommenen Ausdrucks, der Realisierung bestimmter Konzepte in der Wirklichkeit als Idee. Das ist einer der Gründe, warum Hegel für eine moderne Straftheorie von Bedeutung ist.

Ein weiterer Grund wiegt womöglich noch schwerer. Es liegt in der Logik des Funktionalismus als Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, daß sein Beobachtungsgegenstand (Straftat und Strafe im Medium der Gesellschaft) durch eine bereits bestehende objektive Norm konstituiert wird. In der Philosophie Hegels werden die Positionen des Beobachters erster und zweiter Ordnung zwar zunächst methodisch getrennt (was sich im "an sich" und "für sich" der PhG zeigt), dies jedoch nur, um beide Sichtweisen letztlich (im "an und für sich Seienden") zu vereinigen. Gelingt es, das "an sich" des Funktionalismus um das "für sich" einer normativen Theorie der Beobachtung erster Ordnung zu ergänzen, dann kann auch dem Vorwurf der Indifferenz gegenüber perversen Gesellschaftssystemen begegnet werden.¹⁴ Hegels Philosophie bietet sich hier in ganz ausgezeichneter Weise an, weil für ihn Freiheit nicht in einem abstrakten Maßstab besteht, der jeder möglichen Gesellschaft extern ist, sondern in den im Rahmen einer konkreten Gruppe zur Personwerdung widerspruchsfrei notwendigen Voraussetzungen. Es geht nicht nur darum, zu beobachten, *ob* sich ein Subjekt durch die Zuordnung von (personalen) Rollen konstituiert, sondern darum, zu begründen, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, *damit* dies geschieht.

1. Die Philosophische Rechtswissenschaft

Die Einleitung zu den Grundlinien der Philosophie des Rechts von 1820 beginnt mit dem berühmten Programmsatz: "*Die philosophische Rechtswissenschaft hat die Idee des Rechts, den Begriff des Rechts und dessen Verwirklichung zum Gegenstande*".¹⁵ Hinter dieser Formulierung verbirgt sich ein für die Philosophie des objektiven Geistes zentrales Konzept, welches sich als das Leitmotiv der (Straf-) Rechtsphilosophie erweisen wird: die Lehre von der Idee als Realisierung eines Begriffs. Die Idee ist kein abstraktes, geistiges Konzept¹⁶, sondern "*die absolute Einheit des Begriffs und der Objektivität*". Ihr ideeller Inhalt ist kein anderer als der Begriff in seinen Bestimmungen; ihr reeller Inhalt ist nur seine Darstellung, die er sich in der Form des äußerlichen Daseins gibt".¹⁷ Das ist eine fundamentale ontologische Grundbestimmung. Im vollen Sinne *wirklich* ist nur, was Ausdruck eines Konzepts und damit kein zufälliges Dasein ist.¹⁸ Die Idee des Hauses kann vollständig nur in der Besonderung *dieses* Hauses existieren, welches die gemauerte Realisierung (das Dasein) eines Plans (eines Begriffs) ist. Die Idee als informierter Stoff, als Objektivation eines Konzepts, ist zugleich das Vernünftige.¹⁹ Und so, als ontologisches Prinzip, versteht Hegel auch das oft zitierte Epigramm: "Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich

¹⁴ Ein perverses Gesellschaftssystem ist zwar pervers, aber doch *Gesellschaft* und nicht bloß Koordination von Individuen durch Gewalt. Den Subjekten *werden* personale Ich-Identitäten angeboten. Allerdings, nur wenige davon sind egalitär. Und doch, eine Ordnung ist auch dann Gesellschaft, wenn sie einer Herrscherelite den Dienst zum Wohl des Staates ansinnt und den Unterworfenen gottesfürchtiges Ausharren. Die Rolle der Frau im strenggläubigen Islam ist ein modernes Beispiel für radikal inegalitäre *Personalität*.

¹⁵ RPh § 1 (S.29); RPh § 141 A (S.287). Die Zitierweise ist <Werk> <Seite> oder <Werk> <§> (<Seite>). Anmerkungen sind mit "A" abgekürzt, Zusätze mit "Z" und handschriftliche Zusätze mit "hZ".

¹⁶ Enz § 213 A (S.368). Keine "abstrakte Verstandesbestimmung", RPh § 1 A (S.29); Die Zurückweisung jeglicher körperlosen geistigen Realität ist eines der Grundprinzipien der Hegelschen Philosophie". Taylor, Hegel (1983), S.42.

¹⁷ Enz § 213 (S.367).

¹⁸ "Wenn umgekehrt die *Idee* für das gilt, was nur so eine Idee, eine [subjektive] Vorstellung in einem Meinen ist, so gewährt hingegen die Philosophie die Einsicht, daß nichts wirklich ist als die Idee". RPh, Einleitung, S.25; Enz § 213 A (S.368); Enz § 213 Z (S.369).

¹⁹ RPh, Einleitung, S.25.

ist, das ist vernünftig".²⁰ Wirklich ist in diesem Sinne *allein die Idee*, und die "vollendete Idee (...) wäre der Zustand, in dem der Begriff sich völlig realisiert hätte und in welchem das Dasein desselben nichts als die Entwicklung seiner selbst wäre".²¹ Bereits hier zeigt sich, wie tief der Begriff des *Geistes* in die Lehre vom Sein eingewoben ist.²² Der Geist, als individueller Geist eines Baumeisters ebenso wie als objektiver (Volks-) Geist oder als absoluter (göttlicher) Geist, bringt den Begriff hervor, das Konzept, welches sich in der Welt realisiert, um so zur Wirklichkeit zu werden. Damit wird ein Motiv wiederaufgegriffen und ontologisch radikalisiert, das bereits bei Hobbes und später auch bei Kant in ganz unterschiedlicher Weise bedeutsam war: die Herstellung des Erkenntnisobjekts durch das Erkenntnissubjekt. Wirklich sind nur *Artefakte*. Die erkenntnistheoretischen Implikationen sind weitreichend. Nur die Idee als die Realisierung eines Konzepts ist wirklich, und nur was wirklich ist, kann *wahr* sein.²³ Das Konzept alleine, der Begriff, ist lediglich dem subjektiven Meinen zugänglich. Und das schlichte Dasein, welches an verminderter *realitas objectiva* leidet, bleibt von vornherein außerhalb der Diskussion.²⁴ "Die Seite der Antinomie, die den Begriff (...) behauptet, hat daher den Vorzug, den absoluten *Ausgangspunkt*, aber auch nur den Ausgangspunkt für die Wahrheit zu enthalten, während die andere Seite, welche bei der begrifflosen Existenz stehenbleibt, den Gesichtspunkt von Vernünftigkeit (...) gar nicht enthält".²⁵ Erst die Vereinigung dieser Gegensätze, erst "[d]ie Idee ist die *Wahrheit*; denn die Wahrheit ist dies, daß die Objektivität dem Begriffe entspricht".²⁶

Hegels Lehre von der Idee als Realisierung des Begriffs ist Ausdruck der "große[n] Synthese, die seit Renaissance und Reformation (...) wieder zur Aufgabe geworden war", der Versöhnung des protestantischen Christentums mit dem griechischen Leben.²⁷ Wie tief diese beiden Ströme den Geist des deutschen Idealismus geprägt haben, kann hier nicht ausgeführt werden. Und doch fand die eine ihre zeitgemäße Daseinsform in der Philosophie der Freiheit Kants, und die andere in einer von Herder, Humboldt und Hamann beeinflussten Lehre, welche Taylor treffend die Theorie des vollkommenen Ausdrucks genannt hat.²⁸ Oben wurde ausführlich gezeigt, mit welcher Radikalität

²⁰ RPh, Einleitung, S.24.

²¹ RPh § 34 Z (S.92).

²² Die Idee ist "zunächst nur die eine, allgemeine *Substanz* (...), aber ihre entwickelte, wahrhaftige Wirklichkeit ist, daß sie als *Subjekt* und so als Geist ist". Enz § 213 A (S.368).

²³ "Aber auch *alles* Wirkliche, insofern es ein Wahres ist, ist die Idee und hat seine Wahrheit allein und kraft der Idee". Enz § 213 A (S.368).

²⁴ "Alles, was nicht durch den Begriff selbst gesetzte Wirklichkeit ist, ist vorübergehendes *Dasein*, äußerliche Zufälligkeit, Meinung, wesenlose Erscheinung, Unwahrheit, Täuschung usf.", RPh § 1 A (S.29) vgl. auch RPh § 270 Z (S.429).

²⁵ RPh § 57 A (S.123).

²⁶ RPh § 213 A (S.368). Dies gilt auch für das Wissen selbst, das nicht allein im psychischen Akt des Innehabens eines "justified true belief" besteht, sondern zugleich in der Tat, "durch welche sich das Bewußtsein zum Wissen seiner selbst erhebt, die Tat der Selbstverwirklichung des Wissens". *Kroner*, Bd.2, S.365. Wissen ist nicht nur Inhalt eines Gedankens, sondern die Hervorbringung dieses Gedankens selbst. Damit gehört die ganze Geschichte der Einseitigkeiten und Irrtümer, die schließlich zum Wissen und zum wissenden "Ich" geführt haben, zur Wahrheit hinzu – und ohne sie ist das Wahre nicht wirklich wahr, sondern bloß ein zufällig richtiger Satz.

²⁷ *Kroner*, Bd.2, S.259.

²⁸ *Taylor* (1983), S.129, 24–44; "Prinzip notwendiger Verkörperung", S.122; Auf dieses Prinzip nimmt Hegel unmittelbar Bezug u.a. in: RPh, Einleitung, S.25; RPh § 10 (S.60); RPh § 10 Z (S.61–62); RPh § 21 Z (S.73–74); RPh § 34 Z (S.92); RPh § 41 (S.102); RPh § 57 (S.124); RPh § 129 (S.243); RPh § 142 (S.292); Enz § 213 (S.367); Enz § 496 (S.309); Enz § 484 (S.303). Vgl. auch *Kroner*, Bd.2, S.257.

Kant die Freiheit der Person gegen alle Natur begründet hatte. Nur der "Selbstherr"²⁹ ist im eigentlichen Sinne frei und aus dem Hintergrund der kausalmechanisch determinierten Natur hervorgehoben. Jede Form von Fremdbestimmung ist Heteronomie (wenn auch nicht notwendigerweise Unfreiheit), und sei es der Gehorsam gegen die Gebote Gottes.³⁰ Die Generation des Sturm und Drang, aus dem Schlaf gerissen durch das welthistorische Ereignis der französischen Revolution, machte sich Kants protestantischen Freiheitsbegriff zu eigen und ging zugleich über ihn hinaus. Freiheit ist nicht nur ein distanzierendes Vermögen, wahre Freiheit verlangt nach Realisierung.³¹ Der Mensch ist nicht nur negativ von aller Naturbestimmung frei, er soll sich darüber hinaus machtvoll verwirklichen.³² Bestimmte Konzepte wie Freiheit existieren wahrhaft nur dann, wenn sie in einer Praxis verkörpert sind. Der Stoiker, der sich in Fesseln ebenso frei wähnt wie auf dem Throne, hat den Ernst der Lage nicht begriffen. Es geht um ein erkenntnistheoretisches und um ein ontologisches Problem. Was Freiheit ist, kann man nur erfahren, wenn man ihre Praxis kennt – im Guten wie im Bösen.³³ Was eine Verfassung ist, weiß man erst, wenn man den ihr gemäß verfaßten Staat studiert.³⁴ Was der Geist eines Volkes ist, kann nur durch seinen Ausdruck in Sprache und Dichtung verstanden werden. Es ist kein wahrhaftes Leben, sich in Ketten liegend auf die Würde transzendentaler Freiheit zurückzuziehen. Innerlichkeit alleine reicht zum Freisein nicht hin.³⁵ Sich damit zufriedengeben hieße, die Moderne zu halbieren. Das geglückte Leben ist Ausdruck der Individualität. Es ist die *Realisierung von Autonomie* und damit in einem ganz unmittelbaren Sinne Selbstverwirklichung.³⁶

Diese Verwirklichung ist nicht nur Ausdruck meiner selbst, sondern zugleich Klärung dessen, was ich *bin*.³⁷ In einem Brief aus dem Jahre 1805 spricht Kleist von der "allmähliche[n] Verfertigung der Gedanken beim Reden".³⁸ Es geht beim (sprachlichen) Ausdruck nicht allein darum, das korrekte Synonym zu finden, so wie man über einen Fachausdruck nachsinnt oder versucht, einen Text zu übersetzen.³⁹ Es geht um die Klärung dessen, was zum Ausdruck kommen soll, um die explizite

²⁹ "Geh hin, verkaufe deine freie Seele, / Nimm Land zu Lehen, werd ein Fürstenknecht, / Da du ein Selbstherr sein kannst und ein Fürst / Auf deinem eignen Erb und freien Boden." *Schiller*, Wilhelm Tell, 2. Aufzug, 1. Szene.

³⁰ KpV, A 113; GMS, S.76 ff.; *Taylor* (1983), S.52–55.

³¹ RPh § 129 (S.243).

³² Kant selbst gibt zahlreiche quasi–expressivistische Hinweise und Andeutungen, auf die sich die Stürmer und Dränger berufen konnten. So z.B. in MdS, S.260, 466–468, 535. Im ganzen seiner dualistischen Systemkonzeption haben diese Passagen jedoch deutlich den Charakter von Fremdkörpern.

³³ Die Geschichte der Befreiung von sowjetischer Herrschaft in Osteuropa hat dies drastisch illustriert. Der *Wunsch* nach Freiheit ist eine Sache, sie zu *erfahren* eine andere. Politische Kategorien werden von existentiellen abgelöst, oder wie Baudrillard es mit Blick auf Amerika bissig formuliert hat: "Vorbei die Orgie, vorbei die Befreiung (...) es ist immer das gleiche: einmal befreit, muß man sich fragen, wer man überhaupt ist". *Baudrillard*, Amerika (1995), S.68.

³⁴ Die Verfassung ist ein besonders interessantes Beispiel, weil sie die Bedingungen ihrer eigenen Existenz, wenn schon nicht zur Gänze schafft, so doch erhält.

³⁵ Hier zeigt sich, daß Kant von vielen seiner Zeitgenossen einseitig rezipiert wurde. Der Aspekt der negativen Freiheit von Naturbestimmung steht eindeutig im Vordergrund. Die eigentliche Frage der KpV war jedoch, wie die Durchsetzung des moralischen Gesetzes in Gesinnung und Handlung (!) zu bewirken sei. Dazu oben, S.41, sowie *Kaulbach*, S.400 ff.

³⁶ *Taylor* (1983), S.43.

³⁷ Taylor unterscheidet drei Funktionen der Sprache, die über bloße Repräsentation hinausgehen. Das Hervorbringen expliziten Bewußtseins (*Taylor* (1988a), S.64–67), das Hineinstellen von Dingen in den öffentlichen Raum (ebd. S.67–70) und das Treffen von Unterscheidungen, die grundlegend für menschliche Anliegen sind (ebd. S.70–74).

³⁸ *Kleist*, Über die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden (1805), Bd.5, S.53.

³⁹ *Taylor* (1988a), S.66.

Formulierung einer Witterung, um das beim Namen Nennen eines zuvor bloß Erahnten.⁴⁰ Erst im Aussprechen wissen wir, womit wir es zu tun haben. Der Erkenntnisgegenstand wird durch seine Realisierung (im Wort) konstituiert. Hegel hat dieses Ringen um den rechten Ausdruck in der berühmten Formulierung von der Eule der Minerva eingefangen, die erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug beginnt.⁴¹ Im Augenblick der Handlung sind wir blind. Wir wissen erst post facto, was wir getan haben.

Es war das große philosophische Rätsel der 1790'er Jahre, wie die beiden großen Strömungen, der Kantische Freiheitsbegriff und die Lehre vom vollkommenen Ausdruck, innerhalb einer umfassenden Theorie miteinander versöhnt werden konnten.⁴² Das Problem entsteht, weil jedes Theoriestück für sich genommen den ontologischen Voraussetzungen des anderen widerspricht. Kant konnte dem Menschen die moralische Freiheit als Unabhängigkeit von jeder äußeren Autorität nur sichern, indem er den ontologischen Graben zwischen *res extensa* und *res cogitans* endgültig festschrieb.⁴³ Die Theorie des vollkommenen Ausdrucks ruht demgegenüber auf der Prämisse einer unmittelbaren Wechselwirkung von praktischer Vernunft und Welt, was nur vor dem Hintergrund einer anti-dualistischen Ontologie möglich ist. Schellings Lösung des Problems, die in der Vergeistigung der Natur bestand, konnte Hegel nicht befriedigen, weil sie mit der Prämisse radikaler Freiheit kollidierte. Wenn das Universum von einer kreativen Kraft durchzogen ist, die den Menschen in sich einschließt, dann kann die Autonomie der Vernunft ebensowenig gerettet werden, wie in einem mechanistischen Weltmodell.⁴⁴ Und auch die Lösung der Romantiker (Novalis, Schlegel, Hölderlin) konnte Hegel nicht akzeptieren, da diese die Einheit von Geist und Natur nicht durch Vernunft, sondern lediglich in der Kunst, der Intuition oder der Phantasie zustande bringen konnten, was in Hegels Augen keine Lösung war, sondern eine Kapitulation.⁴⁵

In der Phänomenologie des Geistes als dem "sich vollbringende[n] Skeptizismus"⁴⁶, gelingt es Hegel, aus dem Trilemma auszubrechen, sich entweder für den Dualismus (Kant) oder den Materialismus (Spinoza) oder für den subjektiven Idealismus (Fichte) entscheiden zu müssen. Durch Adaptation der skeptischen Epoché überwindet Hegel im Wege der Suspendierung vorschnellen Urteilens das "Entweder–Oder" und macht damit den Weg frei für eine neuartige Form des Wissens, für ein Wissen des "sowohl als auch", für die *Spekulation* oder den *wahren*

⁴⁰ Die Bedeutung dieses Übergangs von *mimesis* zu *poiesis* in Kunst und Literatur untersucht Taylor in: *ders.* (1983), S.34–38, 616–619. Bei Kleist heißt es dazu: "Aber weil ich doch irgend eine dunkle Vorstellung habe, die mit dem, was ich suche, von fern her in einiger Verbindung steht, so prägt, wenn ich nur dreist damit den Anfang mache, das Gemüt, während die Rede fortschreitet, in der Notwendigkeit, dem Anfang nun auch ein Ende zu finden, jene verworrene Vorstellung zur völligen Deutlichkeit aus, dergestalt, daß die Erkenntnis, zu meinem Erstaunen, mit der Periode fertig ist". Kleist, Über die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden (1805), Bd.5, S.54.

⁴¹ RPh, Vorrede, S.28. Diese poetische Passage ist oft als resignierende Passivität und als Ausdruck eines politischen Quietismus verstanden worden (vgl. die Darstellung bei Höhle, Hegels System (1985), Bd.2, S.424 ff.). Im Zusammenhang mit Hegels Polemik gegen die Normativität der Staatslehre ist diese Lesart durchaus nachvollziehbar. Und doch trifft sie nicht den Kern des Problems, welches tiefer liegt. Es geht um eine fundamentale Grundbestimmung der Erkenntnissituation, um die Unmöglichkeit, *wahre* Prognosen abgeben zu können, weil kein zukünftiges Sein bereits jetzt zur Idee und damit wirklich geworden sein kann. Erst die Tat bringt den Gedanken zum Ausdruck und nur *durch* den Ausdruck können wir ihn verstehen.

⁴² Taylor (1983), S.55; Kroner, Bd.2, S.259.

⁴³ Kroner, Bd.1, S.197.

⁴⁴ Taylor (1983), S.70–73; Kroner, Bd.2, S.363.

⁴⁵ Taylor (1983), S.76. Kroner, Bd.2, S.267 ff., 292-294.

⁴⁶ PhG, S.72.

Idealismus.⁴⁷ Für den Dogmatismus gibt es nur "das strenge *Entweder–Oder*, und es heißt demgemäß z.B.: die Welt ist *entweder* endlich *oder* unendlich, aber *nur eines* von beiden. Das Wahrhafte, das Spekulative ist dagegen gerade dies, welches keine solche einseitige Bestimmung an sich hat und dadurch nicht erschöpft wird, sondern als Totalität diejenigen Bestimmungen in sich vereinigt enthält, welche dem Dogmatismus in ihrer Trennung als ein Festes und Wahres gelten. (...) So wird der [wahre, nämlich spekulative] Idealismus sagen: Die Seele ist weder *nur* endlich noch *nur* unendlich, sondern sie ist wesentlich *sowohl* das eine *als auch* das andere und hiermit *weder* das eine *noch* das andere, d.h. solche Bestimmungen in ihrer Isolierung sind ungültig, und sie gelten nur als [in einem größeren Ganzen] aufgehoben".⁴⁸ In *diesem* Sinne heißt es, "[d]as Wahre ist das Ganze", oder negativ formuliert: Jede Einseitigkeit ist *notwendigerweise* dogmatisch.⁴⁹ Das ist der Hintergrund der Idee als Synthese zweier Gegensätze: Begriff und Dasein, *res cogitans* und *res extensa*. Verknüpft sind sie durch die Theorie des vollkommenen Ausdrucks, und deshalb ist es auch nicht ganz zutreffend, Hegel einen ontologischen Monisten zu nennen.⁵⁰ Taylor ist an dieser Stelle mit Recht vorsichtig.⁵¹ Er spricht von Anti–Dualismus, denn in der Idee sind ja gerade *beide* Momente aufgehoben. *Synthetischer Dualismus* mag daher eine zutreffendere Formel sein.⁵²

Vor diesem Hintergrund wird die Kurzfassung der Hegelschen Strafrechtstheorie, welche in § 97 und § 101 vorgestellt wird, bereits weitgehend verständlich. In § 97 heißt es: "Die geschehene Verletzung des Rechts als Recht ist zwar eine *positive*, äußerliche *Existenz*, die aber *in sich* nichtig ist. Die *Manifestation* dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit".⁵³ Fast alle problematischen Termini sind hier bereits versammelt: Recht, Existenz, innere Nichtigkeit, Aufhebung, Notwendigkeit und Manifestation, womit offenbar auf die Theorie des vollkommenen Ausdrucks verwiesen wird. Ergänzt wird dieses Destillat durch § 101, der an den in § 97 beschriebenen Rechtsbuch anknüpft, und sich mit der Strafe als Reaktion beschäftigt: "Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Wiedervergeltung*, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Dasein nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation als Dasein einen ebensolchen hat. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die *Gleichheit* in der spezifischen, sondern in der *an sich* seienden Beschaffenheit der Verletzung – nach dem *Werte* derselben".⁵⁴ In den folgenden Abschnitten werden die zentralen Begriffe dieser beiden Paragraphen analysiert, kommentiert und ins Ganze der politischen Philosophie Hegels eingestellt.

2. Recht

Wenn das Unrecht seinen Ausgang nimmt von einer "geschehenen Verletzung des Rechts als Rechts"⁵⁵, so muß zunächst geklärt werden, was Hegel unter "Recht" und dann genauer, was er unter "Recht als Recht" versteht. In den Grundlinien der Philosophie des Rechts beginnt die Behandlung des Themas mit einer Erläuterung, aus der eine Definition folgt. In § 4 heißt es: "Der Boden des Rechts ist überhaupt das *Geistige* und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der *Wille*, welcher *frei* ist, so daß die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht und das

⁴⁷ Eine ausgezeichnete Besprechung von Hegels sympathetischer Lektüre der antiken Skeptiker und deren Bedeutung für die Methode der PhG siehe R. Williams, S.103–112. Vgl. auch Enz § 39 (S.112).

⁴⁸ Enz § 32 Z (S.98–99).

⁴⁹ PhG, S.24. Kroner, Bd.2, S.265, 282, 285.

⁵⁰ Norman, Hegel's Phenomenology. A Philosophical Introduction (1976), S.42.

⁵¹ Taylor (1983), S.32–33, 42, 119, 121.

⁵² Ähnlich M. Riedel, S.17–18. Unzutreffend hingegen Primoratz, Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe (1986), S.31, der Hegel einen Dualismus Kantischer Prägung zuschreibt.

⁵³ RPh § 97 (S.185).

⁵⁴ RPh § 101 (S.192).

⁵⁵ RPh § 97 (S.185).

Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit, die Welt des Geistes aus ihm selbst hervorgebracht, als eine zweite Natur, ist".⁵⁶ Die Freiheit, oder genauer, der freie Wille ist der Begriff, dessen Realisierung das Rechtssystem zum "Reich der verwirklichten Freiheit" macht. Recht ist über Freiheit definiert. "Dies, daß ein Dasein überhaupt *Dasein des freien Willens* ist, ist das *Recht*. – Es ist somit überhaupt die Freiheit, als Idee".⁵⁷ Hegel schließt sich, insoweit ganz als Nachfolger Kants, dem Freiheitsparadigma an.⁵⁸ Damit kommt alles auf die Definition von Freiheit an, und dementsprechend analysieren die folgenden Paragraphen der Einleitung im Detail, was ein "freier Wille" ist. Hegel gliedert das Kapitel in zwei Teile. Zum einen in die freiheitstheoretischen Grundlagen einer Handlungslehre, welche die formalen Strukturmerkmale des wahrhaft freien Willens analysiert. Zum anderen in eine Meta-Theorie, welche die Bedingungen der Möglichkeit eines wahrhaft freien Willens untersucht (§§ 21–23) und in die große (straf-) theoretische Innovation Hegels mündet: die Lehre von der Anerkennung.

a) Handlungslehre

Die freiheitstheoretische Grundlegung der Handlungslehre beschreibt, was ein freier Wille ist, wie er praktisch funktioniert und was ihn von verwandten Erscheinungen (Willkür) unterscheidet. Der Wille ist die Synthese⁵⁹ aus Wunsch⁶⁰ und Wissen um den gewünschten Gegenstand⁶¹, aus reiner Unbestimmtheit ("Ich will...") und absoluter Besonderung ("...dies!").⁶² Damit präsentiert Hegel zunächst eine kausale Handlungslehre, die sich in ganz ähnlicher Form bereits bei Kant finden ließ.⁶³ Jede Handlung dient der Realisierung eines begehren Zweckes. Das Begehren ist die Form des Willens, der Zweck (die Zielvorstellung) ist sein Inhalt.⁶⁴ Der Inhalt bestimmt, ob der Wille frei ist. Wird der Inhalt nur zwischen äußeren Bestimmungen⁶⁵ oder zufälligen inneren Trieben ausgewählt⁶⁶, so verbleibt der Wille auf der Stufe der Willkür.⁶⁷ Willkür bedeutet demnach formale Freiheit bei inhaltlicher Unfreiheit.⁶⁸ Die Willkür ist nur ihrem Vermögen nach frei ("an sich"), aber dieses Vermögen ist noch nicht realisiert ("für sich").⁶⁹ "Erst indem der Wille sich selbst

⁵⁶ RPh § 4 (S.46).

⁵⁷ RPh § 29 (S.80).

⁵⁸ "[D]as Recht der *subjektiven Freiheit* macht den Wende- und Mittelpunkt in dem Unterschiede des *Altertums* und der *modernen Zeit*". RPh § 124 A (S.233); RPh § 273 Z (S.439); vgl. auch *Paulik* (1999), S.11 ff.

⁵⁹ "Der Wille ist die Einheit dieser beiden Momente; – die *in sich* reflektierte und dadurch zur *Allgemeinheit* zurückgeführte *Besonderheit*". RPh § 7 (S.54).

⁶⁰ RPh § 5 (S.49).

⁶¹ RPh § 6 (S.52).

⁶² RPh § 6 Z (S.54). Bedeutsam ist hier, daß für Hegel der Wille nichts Irrationales ist. Im Gegenteil, der Wille ist im wesentlichen Denken und freie Intelligenz, vgl. RPh § 258 A (S.400). In RPh § 5 (S.49–50) setzt er sich mit dem Humeschen Modell von "desire" und "belief" auseinander, das wir heute externalistisch nennen würden (vgl. dazu *Smith*, *The Moral Problem* (1994), S.60–63, 92–125). Von Hegels synthetisch-dualistischem Standpunkt aus ist klar, daß dies nicht zutreffen kann. Vertreter von Lehren dieser Art "zeigen sogleich von vornherein, daß sie gar nichts von der Natur des Willens wissen". RPh § 5 A (S.50). Nicht nur "desire", sondern auch "belief" alleine kann zum Inhalt einer Zielvorstellung werden und aus sich heraus motivieren. Hegel ist mit anderen Worten Internalist.

⁶³ Siehe oben, S.39.

⁶⁴ RPh § 9 (S.59).

⁶⁵ RPh § 14 (S.65).

⁶⁶ RPh § 11 (S.62); RPh § 11 Z (S.63).

⁶⁷ RPh § 15 (S.65–66).

⁶⁸ RPh § 15 A (S.66); RPh § 15 Z (S.67).

⁶⁹ RPh § 10 A (S.61).

zum Gegenstande [d.h. zum Inhalt] hat, ist er *für sich*, was er *an sich* ist".⁷⁰ Frei ist der Wille, wenn er sich das einzige zum Ziel setzt, was per definitionem nicht heteronom sein kann: den freien Willen selbst. "Indem er [der Wille] die Allgemeinheit, sich selbst, als die unendliche Form zu seinem Inhalte, Gegenstande und Zweck hat, ist er nicht nur der *an sich*, sondern ebenso der *für sich* freie Wille – die wahrhafte Idee".⁷¹ Objektiv und nach dem Begriffe frei⁷² ist damit allein "*der freie Wille, der den freien Willen will*".⁷³ Die Realisierung dieses freien Willens (des Willens, der den freien Willen will) ist die Idee der Freiheit (d.h. ihr verwirklichtes Konzept), und diese ist das Recht.⁷⁴

Mit dieser Präzisierung ist bereits einiges gewonnen. Freiheit ist kein Wunsch erster, sondern ein Wunsch zweiter Ordnung.⁷⁵ Sie besteht im wesentlichen darin, etwas Unendliches zu begehren und sich so aus den Fesseln der individuell-kreatürlichen Besonderung zu lösen. In welchem Subjekt aber findet sich der freie Wille, den der freie Wille begehrt? Begehrt Selbstbewußtsein Nr.1 (= SB₁) seinen eigenen freien Willen und damit sich selbst, so handelt es sich bei Hegels Freiheits- und Rechtstheorie um ein solipsistisches Modell. Begehrt SB₁ hingegen "den freien Willen" eines von ihm verschiedenen SB₂, m.a.W. begehrt SB₁, von SB₂ begehrt zu werden, so eröffnen sich neue Horizonte, welche Hegel in der Lehre von der Anerkennung erforscht.

b) Anerkennung

Die für den Rechtsbegriff alles entscheidende Frage ist, ob "der freie Wille, der den freien Willen will" sich selbst oder einen anderen freien Willen will.⁷⁶ Die Antwort ist: *beides* – oder genauer, der freie Wille will sich selbst im anderen. Zum Verständnis dieser zentralen Einsicht der Anerkennungslehre muß man sich vergegenwärtigen, wie eng an dieser Stelle Freiheits- und Erkenntnistheorie ineinander verwoben sind. Auch in der Rechtsphilosophie ist Hegels Methode erkenntnistheoretisch.⁷⁷ Gemäß dem Programm der philosophischen Rechtslehre fragt er nach den Existenzbedingungen eines wahrhaft freien Willens als der Grundlage des Rechts. In § 23 beginnt Hegel sein Argument mit einer Zusammenfassung der bereits in der Handlungslehre besprochenen Strukturmerkmale des freien Willens. Nur als freier Wille, der den freien Willen will, "ist der Wille schlechthin bei sich, weil er sich auf nichts als sich selbst bezieht, so wie damit alles Verhältnis der *Abhängigkeit* von etwas *anderem* hinwegfällt".⁷⁸ Im nächsten Satz verläßt Hegel die Position des Beobachters erster Ordnung und wendet sich den Bedingungen zu, unter denen der freie Wille "wirklich" ist. Der freie Wille "ist *wahr* oder vielmehr die *Wahrheit* selbst, weil sein Bestimmen darin besteht, in seinem *Dasein*, d.i. als sich Gegenüberstehendes zu sein, was sein Begriff ist, oder der reine Begriff die Anschauung seiner selbst zu seinem Zwecke und Realität hat".⁷⁹ Das bedeutet zweierlei. Zum einen muß sich der freie Wille realisieren, um vom Begriff zur Idee zu werden. Das ist unmittelbare Folge der Theorie des vollkommenen Ausdrucks. Entscheidend ist aber, worin diese Realisierung besteht, nämlich darin, "als sich Gegenüberstehendes zu sein". Und das heißt:

⁷⁰ RPh § 10 (S.60) Die Terminologie ist nicht immer einheitlich. Zum Gebrauch des Begriffspaars "an sich" und "für sich" in den verschiedenen Werken Hegels vgl. *Taylor* (1983), S.158–159.

⁷¹ RPh § 21 (S.72).

⁷² Objektive Freiheit: RPh § 26 (S.76–77); Freiheit dem Begriffe nach: RPh § 21 (S.72–72).

⁷³ RPh § 27 (S.79).

⁷⁴ RPh § 29 (S.80).

⁷⁵ Der Sache nach ist das Konzept von Wünschen erster und zweiter Ordnung bereits in aller Klarheit von Kant ausgesprochen worden. Vgl. nur GMS, S.91. Die hier verwendete Terminologie ("first and second order desires") stammt von *Frankfurt*, Freedom of the Will and the Concept of a Person, *The Journal of Philosophy* (1971), S.6 ff.

⁷⁶ Beide Modelle und ihr Verhältnis zueinander untersucht *R. Williams*, S.253–284

⁷⁷ *Kroner*, Bd.2, S.364.

⁷⁸ RPh § 23 (S.74–75).

⁷⁹ RPh § 23 (S.75).

der freie Wille wird von einer bloß subjektiven Illusion zur Wahrheit, indem er sich *in einem anderen Subjekt* gegenübersteht.⁸⁰ "Die konkrete Rückkehr meiner in mich in der Äußerlichkeit ist, daß Ich, die *unendliche* Beziehung meiner auf mich, als Person die Repulsion meiner von mir selbst bin und in dem *Sein anderer Personen*, meiner Beziehung auf sie und dem Anerkanntsein von ihnen, das gegenseitig ist, das Dasein meiner Persönlichkeit habe".⁸¹ Hier greift Hegel auf seinen in der PhG entwickelten Wahrheitsbegriff zurück.⁸² Wahr ist nur, was auch einem anderen Selbstbewußtsein zugänglich ist. Sich gegenüberstehen bedeutet damit, einem anderen mir gleichen und doch von mir unabhängigen SB gegenüberzustehen. SB₁ begegnet SB₂ und begehrt, von diesem begehrt zu werden, wobei es zugleich weiß, daß SB₂ dasselbe von SB₁ begehrt.⁸³ Dann, und nur dann, hat der "reine Begriff [der Freiheit] die Anschauung seiner selbst [SB₂] zu seinem [des SB₁] Zwecke und [dadurch hat SB₁] Realität".⁸⁴

Die zitierte Passage steht in einem größeren Zusammenhang, der sich über die Rechtsphilosophie hinaus erstreckt. Im Kern geht es um eines der zentralen erkenntnistheoretischen Postulate Hegels, welches ihn von Kant und der Tradition seit Descartes unterscheidet und das seine Wurzeln in der Theorie des vollkommenen Ausdrucks hat. Die Fähigkeit des Selbstbewußtseins zur Selbsterkenntnis ist begrenzt. Das Subjekt ist sich selbst nicht vollkommen transparent. Epistemisch mag es sich nahe sein, epistemologisch bleibt es sich entfremdet. Durch Introspektion alleine kann man nie bestimmen, was man selbst als das Subjekt in einer Subjekt–Objekt Erkenntnisbeziehung ist. Das isolierte Erkenntnissubjekt ist sich immer zum Teil verborgen.⁸⁵ Vollkommene Selbsterkenntnis setzt die Mitwirkung anderer voraus. Nach einem Diktum Vilém Flussers bin Ich bin nicht nur, wozu ich "Ich" sage, sondern immer auch wozu die anderen "Du" sagen.⁸⁶ Um diese mir verborgene Information zu erlangen, bin ich auf freiwillige Kooperation der anderen angewiesen. Erkenntnis, das ist die Schlußfolgerung Hegels, setzt eine bestimmte *soziale* Struktur voraus. Die Sozialphilosophie ist damit bereits in die Fundamente der Erkenntnistheorie eingegossen.⁸⁷ Insofern ist die Theorie der Anerkennung, Hegels Grundlegung zur Sozialphilosophie, *prima philosophia* im strengen Sinne des Begriffs. Kein anderer Philosoph vor ihm hat dem Recht, welches die Idee der Freiheit und damit die Realisierung eben dieser für die Erkenntnis notwendigen sozialen Struktur ist, derartige Bedeutung beigemessen. Der andere ist konstitutiv für meine Selbsterkenntnis, und diese Konstitutionsbeziehung ist der Begriff des Rechts. Der freie Wille will einen anderen freien Willen. Das gegenseitige Begehren der Begierde des anderen ist die soziale Voraussetzung für Selbsterkenntnis als Voraussetzung von Welterkenntnis. –

⁸⁰ So auch Kojève, S.18; Seelmann (1995), S.14, 41; R. Williams, S.146, 173; Höhle (1985), Bd.2, S.372–373; Norman, S.47; Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft (1991), S.26, 42.

⁸¹ Enz § 490 (S.307).

⁸² "Jedes [Selbstbewußtsein] ist wohl seiner selbst gewiß, aber nicht des andern, und darum hat seine eigene Gewißheit von sich noch keine Wahrheit; denn seine Wahrheit wäre nur, daß sein eignes Fürsichsein [die durch Introspektion gewonnene Selbstbeschreibung] sich ihm als selbständiger Gegenstand [als von einem anderen Subjekt bestätigt] oder, was dasselbe ist, der Gegenstand sich als die reine Gewißheit seiner selbst dargestellt hätte". PhG, S.148.

⁸³ Kojève, S.13–14.

⁸⁴ RPh § 23 (S.75).

⁸⁵ Pawlik spricht anschaulich vom Subjekt–Subjekt, das sich nur in seiner Rolle als Objekt–Subjekt erkennen kann. Pawlik (1999), S.8. Kants Position hierzu ist im wesentlichen die, daß der Introspektion des Subjekts als *homo phaenomenon* prinzipiell nichts im Wege steht (MdS, S.441). Was er als Ding an sich ist, bleibt dem Menschen allerdings verschlossen. "So gar sich selbst und zwar nach der Kenntnis, die der Mensch durch innere Empfindung von sich [als *homo phaenomenon*] hat, darf er sich nicht anmaßen zu erkennen, wie er an sich selbst sei". GMS, BA 106.

⁸⁶ Flusser, Von der Freiheit des Migranten (1994), S.120.

⁸⁷ Dazu ausführlich R. Williams, S.191–199.

Was genau meint aber das Begehren der Begierde des anderen? Wie *funktioniert* Hegels Lehre von der Anerkennung?

Die Anerkennungslehre hat zwei Ebenen, eine intersubjektive und eine institutionelle.⁸⁸ Intersubjektive Anerkennung findet statt zwischen mir (= SB₁) und dir (= SB₂) und allen anderen, und sie mündet in die Kreation des "Wir" als einer intersubjektiven Struktur. Diese Struktur ist objektiver Geist. In ihm sind Selbst- und Fremdbeobachtung vereint. Durch ihn wird Selbsterkenntnis als Gemeinschaftsprojekt möglich. Nach der Theorie des vollkommenen Ausdrucks realisiert sich der objektive Geist als Idee in bestimmten Institutionen: in der Person, in der Familie, im Recht und im sittlichen Staat. Institutionelle Anerkennung setzt intersubjektive Anerkennung voraus. Das SB ist also bereits durch allseitige Anerkennung zur Person geworden. Jetzt steht die Beziehung zwischen Person und Staat im Mittelpunkt. Der Staat als Expression des objektiven Geistes ist seinerseits Subjekt und die Person kann sich zu ihm, obwohl sie ihn zum Teil konstituiert, im Prinzip ebenso verhalten, wie zu einer anderen Person. Die Teilnahme an Anerkennungsbeziehungen ist nicht auf psychische Systeme beschränkt. Auch soziale Systeme können in Form ihrer institutionellen Realisierungen anerkennen und anerkannt werden.⁸⁹ Institutionelle Anerkennung findet statt zwischen Person und Institution, oder kürzer: zwischen Subjekt und Staat.

aa) Intersubjektive Anerkennung (SB₁-SB₂)

Hegel behandelt die Lehre von der intersubjektiven Anerkennung in dem berühmten Abschnitt über "Herrschaft und Knechtschaft" im Selbstbewußtseinskapiel der PhG.⁹⁰ Der dort geschilderte Kampf um Anerkennung ist der Schlüssel zur Strukturaufklärung von Freiheit und Recht. Hier liegt die eigentliche legitimationstheoretische Innovation Hegels, mit der er endgültig den Rahmen der aufklärerisch-vertragstheoretischen Argumentformen verläßt. Hegels Argument soll im folgenden anhand eines Kommentars der wichtigsten Absätze des "Herr und Knecht" Kapitels nachgezeichnet werden.⁹¹

Der Prozeß erfolgreicher Anerkennung beginnt in einem Zustand, in dem jedes SB für sich alleine lebt.⁹² Es kennt sich selbst, und es kennt die Welt. Das durch Introspektion erforschte "Ich" ist das unendlich Begehrende. Damit wird die durch Beobachtung taxierte Welt eine Ansammlung von Dingen, welche entweder begehrllich, verächtlich oder gleichgültig sind. Das Subjekt blickt in eine Objekt-Welt hinaus, die nur in Beziehung auf das "Ich" einen Sinn hat. Das einsame SB ist

⁸⁸ *Step*, Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie (1979), S.53–54, 86 ff., 137–138, 144; *ders.*, Recht und Anerkennung (1990), S.166–172; *R. Williams*, S.192-193.

⁸⁹ Was sich u.a. in der völkerrechtlichen Anerkennung von Staaten zeigt, RPh § 331 S.498.

⁹⁰ PhG, S.137–177.

⁹¹ Dieses Vorgehen ist methodisch angeregt von *Kojève*, Hegel (1958), S.11–33; Auch Williams hat Teile des Herr-Knecht Kapitels sorgfältig kommentiert, wobei er die Einseitigkeiten Kojèves, für den die PhG eine Art existentielle Anthropologie darstellt, vermeidet. *R. Williams*, S.149–160. Gezählt werden die Absätze von S.141–150, was dem Gliederungspunkt IV.A entspricht. Insgesamt handelt es sich um 19 Absätze. Zitierung: PhG Abs. <Absatz> (Seite).

⁹² Es ist bedeutsam, daß die eigentliche Dialektik von Herr und Knecht in den Abs. 13–16 und Abs. 17–19 Illustrationen *erfolgloser* Anerkennung sind. Die zum Erfolg führende Variante präsentiert Hegel in den Abs. 1 und Abs. 4–7, welche interessanterweise von Kojève übersprungen werden (*ders.*, S.17). So besehen expliziert gerade die berühmteste Passage lediglich einen Modus *defizienter* Anerkennung. Ob weiterhin die Selbstbefreiung des Knechtes durch Arbeit, wie sie das Thema der Abs. 17–19 ist, tatsächlich mit dem System der Anerkennung kompatibel ist, muß bezweifelt werden. Vgl. dazu *R. Williams*, S.179 m.w.N.; *Habermas*, Arbeit und Interaktion (1967), S.30 ff.; *Jakobs* (1997), S.36.

souverän in der Bestimmung seiner selbst ("Ich"SB₁)⁹³ und in der Herrschaft über die Welt (Nicht-"Ich"SB₁).⁹⁴ Tritt nun das zweite Selbstbewußtsein in seinen Gesichtskreis, so wird es zunächst einmal, mangels Emphatie, als weiteres Tier eingestuft.⁹⁵ Diese Klassifizierung wird jedoch mit der Zeit fragwürdig. Das neue Tier verhält sich auf seltsam naturwidrige Weise, die sich innerhalb der Kategorie des Nicht-Ich nicht vernünftig erklären läßt. SB₁ sieht sich genötigt, das neue Tier unter einen Begriff zu subsumieren, der bislang exklusiv, d.h. als *Name*, verwendet wurde. Das neue Tier ist *wie "Ich"*. In seinem Leib verborgen muß es einen freien Willen haben, und es muß, *wie ich*, die Welt in "Ich"SB₂ und Nicht-"Ich"SB₂ einteilen. Eben das ist problematisch. Was, wenn SB₂ *mich* als Tier ansieht? In dem Augenblick, in dem SB₁ erkennt, daß es neben ihm noch andere Selbstbewußtseine gibt, wird seine Souveränität in Frage gestellt. Meine Identität als SB₁ ist nicht mehr vollständig durch Introspektion als "Ich"SB₁ beschreibbar. Es kommt plötzlich darauf an, was der andere in mir sieht. Das "Du"SB₂ ist ebenso Teil meiner Identität wie das "Ich"SB₁. Zum ersten Male muß ich mich als Selbstbewußtsein *bewähren*.⁹⁶ Die Erkenntnis, daß die Welt zurückblickt und mich als Objekt *mißverstehen* kann, zieht einen dramatischen Selbstverlust nach sich. Das Bewußtsein kommt "*aufßer sich*".⁹⁷ In dieser Lage hilft es nicht, den anderen zu töten, im Gegenteil. Die Erinnerung an seinen Blick bliebe, und mit dem Tod des anderen wäre die einzige Ressource verschüttet, durch die SB₁ sein Objekt-Ich hätte erkennen können.⁹⁸ Es gibt keinen Weg zurück. SB₁ muß um die Anerkennung durch SB₂ kämpfen.

Der Kampf um Anerkennung ist seiner Logik nach kein Vernichtungs-, sondern ein Prestigekampf.⁹⁹ Die SBe "müssen in diesen Kampf gehen, denn sie müssen die Gewißheit ihrer selbst, *für sich zu sein*, zur Wahrheit an dem Anderen und an ihnen selbst erheben. Und es ist allein das Daransetzen des Lebens, wodurch die Freiheit, wodurch es bewährt wird, daß dem Selbstbewußtsein nicht das [naturhafte] *Sein*, nicht die *unmittelbare* Weise, wie es auftritt, nicht sein Versenktsein in die Ausbreitung des Lebens das Wesen [d.h. wesentlich], – sondern daß an ihm nichts vorhanden, was für es nicht verschwindendes Moment wäre, daß es nur reines *Fürsichsein* ist".¹⁰⁰ Es geht nicht darum, den anderen zu töten. Es geht darum, sich aus seinem Versenktsein in der Natur zu lösen und sich dem anderen als frei *darzustellen*. Die grandiose Geste, sein Leben für seine Ehre geben zu wollen, ist die ultimative Demonstration von Naturverachtung, die sich aus Sicht von SB₂ nur so erklären läßt, daß der Angreifer eben kein Tier ist, sondern wie "Ich"SB₂. Der Kampf um Anerkennung ist ein riskantes Unterfangen. Beide Seiten müssen bereit sein, bis zum äußersten zu gehen, da streng genommen der eine nur durch den Selbstmord des anderen Gewißheit über dessen (verlorene) Freiheit gewinnen und nur durch eigenen Selbstmord den anderen zur Anerkennung seiner Freiheit zwingen kann. Hegel behandelt diese Konsequenz, die so

⁹³ "Ich"SB₁ bedeutet, daß SB₁ "Ich" sagt. "Du"SB₁ bedeutet dementsprechend, daß SB₁ "Du" sagt. *Worauf* "Ich" oder "Du" verweisen, wird durch die Notierung nicht vorgegeben. Es geht ausschließlich um die Kennzeichnung desjenigen Systems, welches die Information "Ich" oder "Du" intern als Gewißheit generiert.

⁹⁴ Hierbei handelt es sich nicht um ein kontingentes Naturzustandszenario, sondern um die Illustration der Logik einer Existenzaussage. Das eine ist nicht denkbar ohne das andere, von dem es sich unterscheidet. Vgl. dazu die Ausführungen von *Pawlik* (1999), S.4.

⁹⁵ Die Unfähigkeit zu Emphatie ist eine Prämisse von Hegels sozialer Ontologie. Kein Selbstbewußtsein hat unmittelbaren Zugriff auf den Inhalt eines anderen Selbstbewußtseins. Gäbe es ein verlässliches Verstehen auf dem Wege gemeinsamer Intuition und Emphatie, so stellte sich das Problem der Anerkennung nicht. *R. Williams*, S.150.

⁹⁶ *Kojève*, S.14.

⁹⁷ PhG Abs. 2 (S.146).

⁹⁸ PhG Abs. 3 (S.146).

⁹⁹ So auch *Kojève*, S.15. Das ist der entscheidende Unterschied zum Kampf eines jeden gegen jeden im Hobbesschen Naturzustand. Denn dieser *ist* ein Vernichtungskampf. Vgl. *Siep*, *Praktische Philosophie im deutschen Idealismus* (1992), S.174–175. Dies verkennen *Roux/Chanavat*, *Die Staatsauffassung bei Hobbes und Hegel*, *Der Staat* (1978), S.8.

¹⁰⁰ PhG Abs. 10 (S.149).

eindrucksvoll im Hildebrandtslied besungen wird, in Abs. 11: "Durch den Tod ist zwar [für uns als Beobachter] die Gewißheit geworden, daß beide ihr Leben wagten und es an ihnen und an dem Anderen verachteten; aber nicht für die [Kombattanten], welche diesen Kampf bestanden [d.h. sich bekämpft und getötet haben]. Sie heben ihr in dieser fremden Wesenheit, welches das natürliche Dasein ist, gesetztes Bewußtsein oder [bzw.] sie heben sich [auf]¹⁰¹ [indem sie den Leib des anderen töten und dabei selbst getötet werden] und werden [dabei zugleich] als die für sich sein wollenden *Extreme* [die nach unendlicher Souveränität strebenden Selbstbewußtseine] aufgehoben [d.h. zerstört]. Es verschwindet aber damit aus dem Spiele des Wechsels das wesentliche Moment, sich in Extreme entgegengesetzter Bestimmtheiten [d.h. in "Ich"SB₁ und "Ich"SB₂] zu zersetzen; und die Mitte [die mögliche Synthese durch den anderen als *Medium* der Selbsterkenntnis] fällt in eine tote Einheit zusammen, welche in tote, bloß seiende [Leichen], nicht [aber in] entgegengesetzte Extreme [SBe] zersetzt ist; und die beiden geben und empfangen sich nicht gegenseitig voneinander [als "Du"SB₂ bzw. "Du"SB₁] durch das Bewußtsein [des jeweils anderen] zurück, sondern lassen einander nur gleichgültig, als Dinge [nämlich als Leichen], frei. Ihre Tat ist die abstrakte Negation, nicht die [dialektische] Negation des Bewußtseins, welches so *aufbebt*, daß es das Aufgehobene *aufbewahrt* und *erhält*, und hiermit sein Aufgehobenwerden überlebt".¹⁰² Erfolgreiche Anerkennung setzt also mindestens voraus, daß die Kombattanten am Leben bleiben. Dies kann auf zwei Weisen geschehen. Entweder unterwirft der eine den anderen, so daß dieser um sein Leben bittet und der Knecht des Herren wird. Oder beide Kämpfer halten erschöpft nach langem Kampfe inne, und erkennen die Ehre des anderen an, so wie es in den Ritterepen des Mittelalters besungen wird. Nur der würdige Gegner kann zum Freund und Gefährten werden. Hegel behandelt den ersten Fall in den Abs. 12–16 und den zweiten in Abs. 4–6 und 1.

(1) Einseitige Anerkennung

Indem der Besiegte den Sieger als Herren anerkennt, wählt er sein Leben an Stelle der Freiheit. Er erklärt sich mit den Dingen solidarisch. Er erkennt die Herrschaft an, welche die Natur über ihn hat und weiterhin, daß der Herr von dieser Bindung frei ist, denn das hat er im Kampfe bewiesen. "Der Herr ist das *für sich* seiende Bewußtsein, aber nicht mehr nur der [abstrakte] Begriff desselben [nicht mehr nur "Ich"SB₁], sondern [in der Welt realisiertes] für sich seiendes Bewußtsein, welches durch ein *anderes* Bewußtsein [SB₂] mit sich [als "Du"SB₂] vermittelt ist, nämlich durch ein solches [SB₂], zu dessen Wesen es gehört, daß es mit selbständigem *Sein* oder der Dingheit überhaupt synthetisiert ist. (...) Der Herr bezieht sich *auf den Knecht mittelbar durch das selbständige Sein* [indem er ihn bei Nichtgehorsam an Leib und Leben zu strafen droht]; denn eben hieran [an Leib und Leben] ist der Knecht gehalten; es ist seine Kette, von der er im Kampfe nicht abstrahieren konnte und darum sich als unselbständig, seine Selbständigkeit in der Dingheit zu haben erwies. Der Herr aber ist die Macht über dies Sein [und damit über das Leben des Knechts], denn er erwies im Kampfe, daß es [das Sein] ihm [dem Herren] nur als ein Negatives gilt [d.h. daß es ihm gleichgültig ist]; indem er [der Herr] die Macht darüber [über das Sein], dies Sein aber die Macht über den Anderen ist, so hat er in diesem Schlusse [Herr beherrscht Sein und Sein beherrscht Knecht] diesen Anderen unter sich".¹⁰³

Was hat das mit Anerkennung zu tun? Für den Herren ist es zunächst einmal nur angenehm, einen Knecht zu haben, denn der nimmt ihm körperliche Arbeit ab, indem er die Natur nach dem Wunsche des Herren für diesen bearbeitet (z.B. ein Mahl zubereitet). Das aber ist nicht alles. "In diesen beiden Momenten [in der Herrschaft über den Knecht durch dessen Leiblichkeit und in der Herrschaft über die Dinge durch den Knecht] wird [d.h. realisiert sich] für den Herrn sein Anerkanntsein durch ein anderes Bewußtsein; denn dieses [das knechtische Bewußtsein] setzt sich in ihnen als Unwesentliches, einmal in der Bearbeitung des Dinges, das andere Mal in der Abhängigkeit von einem bestimmten Dasein; in beiden kann es nicht über das Sein Meister werden und zur absoluten Negation [d.h. zur Unabhängigkeit von der dinglich-leiblichen Welt] gelangen

¹⁰¹ Klammern im Originaltext.

¹⁰² PhG Abs. 11 (S.149-150).

¹⁰³ PhG Abs. 13 (S.150-151).

[so wie der Herr dies als Sieger im Zweikampf vermochte]. Es ist also hierin dies Moment des Anerkennens vorhanden, daß das andere Bewußtsein [der Knecht] sich als Fürsichsein aufhebt und hiermit selbst das tut, was das erste gegen es tut".¹⁰⁴ Der Knecht erkennt im Außenverhältnis ("Du"SB₂-SB₁) den Herrn als Herrn an, was sich mit der Selbstbeschreibung des Herrn im Innenverhältnis (SB₁-Ich"SB₁) deckt, und der Herr erkennt den Knecht als Knecht an, was ebenfalls mit der Selbstbeschreibung des Knechtes kongruiert. Insofern besteht formal in der Tat eine Anerkennungsbeziehung. "Aber zum eigentlichen Anerkennen fehlt das Moment, daß, was der Herr gegen den Anderen tut, er auch gegen sich selbst, und was der Knecht gegen sich, er auch gegen den Anderen tue. Es ist dadurch ein einseitiges und ungleiches Anerkennen entstanden".¹⁰⁵ Der Anerkennungsmodus von Herr und Knecht ist defizient. Daß der eine nicht tut, was er gegen den anderen tut, mag trivial erscheinen, denn die Positionen von Herr und Knecht sind gerade dadurch definiert, daß sie einander ausschließen. Und doch enthält dies mehr als eine bloß analytische Wahrheit. Zur wahren Anerkennung ist eben erforderlich, daß der eine den anderen in Analogie zu seiner Ich-Identität entwirft und umgekehrt. Nur wenn SB₁ das SB₂ intern als "wie ich" konzipiert, und SB₂ das SB₁ in gleicher Weise, kann SB₁ auf Anerkennung hoffen. "Das unwesentliche Bewußtsein ist hierin für den Herrn der Gegenstand, welcher die *Wahrheit* der Gewißheit seiner selbst ausmacht. [Die Herrlichkeit des "Du"SB₂ wird vom knechtischen SB₂ öffentlich und damit wahr gemacht.] Aber es erhellt, daß dieser Gegenstand [der Knecht] seinem Begriffe [ein anderes Selbstbewußtsein zu sein] nicht entspricht, sondern daß darin, worin der Herr sich vollbracht hat, ihm [durch die Unterwerfung] vielmehr ganz etwas anderes geworden als ein selbständiges Bewußtsein [nämlich ein Tier]. Nicht ein solches [selbständiges Bewußtsein] ist für ihn [und steht dem Herren gegenüber], sondern vielmehr ein unselbständiges; er [der Herr] ist also nicht *des Fürsichseins* als der Wahrheit gewiß sondern seine Wahrheit ist vielmehr das unwesentliche Bewußtsein und das unwesentliche Tun desselben".¹⁰⁶ Dies ist die ironische Konsequenz der Herrschaft. Wenn das Selbstverhältnis, das zur Anerkennung führt, so beschaffen sein muß, daß jedes daran beteiligte SB das andere SB als mit dem eigenen Selbstentwurf analog identifiziert, dann ist der Knecht ein untaugliches Objekt, um das herrschaftliche Fürsichsein des SB₁ zu bestätigen. Das Medium ist Teil der Botschaft. Unfähig ein anerkennungstaugliches "Du"SB₁ zu entwerfen, kann SB₁ sein "Ich"SB₁ durch das knechtische Tun des SB₂ nicht bestätigt finden. "Die *Wahrheit* des selbständigen Bewußtseins ist demnach das *knechtische Bewußtsein*"¹⁰⁷ – und insofern ein tragikomisches Mißverstehen. Der Herr ist wie ein einsamer, alter Mann, der seine vermeintliche Liebenswürdigkeit durch die Zuneigung seines Hundes bestätigt sieht.

(2) Wechselseitige Anerkennung

Die Knechtung des anderen im Kampf ist eine existentielle Sackgasse. Die Entfremdung, die durch die Gegenwart des anderen SB eingetreten ist, kann nur mit dem anderen und nicht gegen ihn überwunden werden. "Dies doppelsinnige Aufheben seines doppelsinnigen Andersseins [die Überwindung der Entfremdung] ist ebenso eine doppelsinnige Rückkehr *in sich selbst*; denn *erstlich* erhält es [das SB₁] durch das Aufheben [der Knechtung des SB₂] sich selbst [d.h. die Chance auf Anerkennung] zurück, denn es wird sich wieder gleich durch das Aufheben *seines* Andersseins [m.a.W. durch das Aufheben der Entfremdung von sich selbst, die durch die Erkenntnis verursacht wurde, daß Introspektion alleine zur Definition der Ich-Identität nicht mehr genügt]; *zweitens* aber gibt es das andere Selbstbewußtsein ihm [d.h. diesem] wieder ebenso zurück, denn es [das SB₁] war [lediglich] sich im Anderen [d.h. SB₁ hat SB₂ zu anerkennungsähnlichem Verhalten gezwungen, und es hat damit die Freiheit von SB₂ ebenso zerstört wie den Wert der Anerkennung für sich selbst], es hebt [nun] dies *sein* Sein im Anderen auf, entläßt also das Andere wieder frei".¹⁰⁸ Das Freigeben des anderen war durch die asymmetrische Beziehung der Knechtschaft erforderlich

¹⁰⁴ PhG Abs. 14 (S.151-152).

¹⁰⁵ PhG Abs. 14 (S.152).

¹⁰⁶ PhG Abs. 15 (S.152).

¹⁰⁷ PhG Abs. 16 (S.152).

¹⁰⁸ PhG Abs. 4 (S.146).

geworden. Eine Sache kann nicht anerkannt werden, und von einer Sache kann man nicht anerkannt werden. Doch das *einseitige* Freilassen ist für *wechselseitige* Anerkennung noch nicht genug. Es bedarf eines reflexiv–synallagmatischen Zusammenwirkens. "Die Bewegung ist also schlechthin die gedoppelte beider Selbstbewußtsein[e]"¹⁰⁹. Jedes sieht *das Andere* dasselbe tun, was es tut; jedes tut selbst, was es an das Andere fordert, und tut darum, was es tut, auch *nur* insofern, als das Andere dasselbe tut; das einseitige Tun wäre unnütz; weil, was geschehen soll [die vollkommene Selbsterkenntnis und Freiheit beider SBe], nur durch beide zustande kommen kann".¹¹⁰ Hinter die Unzulänglichkeit der Introspektion zur vollkommenen Selbsterkenntnis führt seit der Begegnung der beiden SBe kein Weg mehr zurück. Mit dieser Entfremdung muß man leben. Jedoch kann die ursprüngliche Einheit ("These") und die Entfremdung ("Antithese") auf einer höheren Ebene vermittelt, überwunden und aufgehoben werden ("Synthese"). Denn "[j]edes [SB] ist dem Anderen die Mitte [d.h. das Medium], durch welche jedes [SB] sich [d.h. sein "Ich"SB_p] mit sich selbst [als "Du"SB_q] vermittelt und zusammenschließt, und jedes ist sich und dem Anderen unmittelbares für sich seiendes Wesen, welches zugleich nur durch diese Vermittlung so für sich ist. Sie *anerkennen* sich als *gegenseitig sich anerkennend*".¹¹¹ Mit anderen Worten: "Das Selbstbewußtsein ist *an* und *für sich* [nur], indem und dadurch, daß es für ein Anderes an und für sich ist; d.h. es ist nur [vollständig es selbst] als ein [das andere anerkennendes] Anerkanntes".¹¹² "Das Selbstbewußtsein erreicht seine Befriedigung nur in einem anderen Selbstbewußtsein".¹¹³ Selbstverwirklichung ist nur in Gesellschaft möglich, oder genauer, in einer Gesellschaft, welche freiheitlich organisiert ist, und das heißt: im sittlichen Staat. Nur im Medium allseitiger Anerkennung ist die Realisierung des freien Willens möglich und zugleich garantiert. Die intersubjektive Anerkennungslehre formuliert die Tiefenstruktur von Freiheit und Recht.

bb) Institutionalisierte Anerkennung (Person–Staat)

Die wechselseitige Anerkennung zweier SBe ist die Realisierung der Freiheit auf intersubjektiver Ebene ("Recht").¹¹⁴ Im "*Ich*, das *Wir*, und *Wir*, das *Ich* ist", erreicht Hegels Theorie der Intersubjektivität ihren Höhepunkt.¹¹⁵ Wie oben bereits angedeutet, läßt Hegel an dieser Stelle die soziale Struktur der Anerkennungsbeziehung in die Fundamente seiner Ontologie und Erkenntnislehre ein. Ohne wechselseitige Freiheit kein "Wir", ohne "Wir" keine Selbsterkenntnis, ohne diese keine Welterkenntnis, keine Vernunft und keine Wirklichkeit. Das "Wir" ist das kollektive Subjekt der Erkenntnisrelation. Das "Wir" ist der Begriff des Geistes.¹¹⁶ Um diesen Begriff unter den Bedingungen des realen Zusammenlebens vieler verwirklichen zu können, muß die Anerkennungslehre über die Zweierbeziehung hinaus zu einem Konzept allseitiger Anerkennung erweitert werden. Vollkommene Selbsterkenntnis, vollkommener Ausdruck und vollkommen verwirklichte Freiheit wird nur durch Vermittlung aller erreicht.¹¹⁷ Diese Struktur begründet den

¹⁰⁹ Klammern im Originaltext.

¹¹⁰ PhG Abs. 5 (S.146-147).

¹¹¹ PhG Abs. 7 (S.147).

¹¹² PhG Abs. 1 (S.145).

¹¹³ PhG, S.144. Wenn das andere SB in mir einen Elenden sieht, und ich weiß, daß es recht hat, d.h. daß mein "Ich"SB₁ im Hinblick auf das "Du"SB₂ korrigiert werden muß, dann bin ich *beschämt*. Scham ist nur im Medium der Anerkennung möglich. *Sartre*, *Das Sein und das Nichts* (1943), S.300. Für eine eindrucksvolle Beschreibung des sich-Findens im anderen siehe auch RPh § 158 Z (S.307–308).

¹¹⁴ RPh § 29 (S.80).

¹¹⁵ PhG, S.145.

¹¹⁶ PhG, S.145.

¹¹⁷ *Siep* (1979), S.88; RPh § 75 (S.157). Eine sehr anschauliche Schilderung am Beispiel von Liebe und Freundschaft findet sich in RPh § 7 Z (S.57).

Begriff des objektiven Geistes, oder, wenn er auf ein Volk bezogen wird, des Volksgeistes¹¹⁸ als eines *neuen Subjekts*.¹¹⁹

Der Begriff des objektiven Geistes realisiert sich in rechtlichen Institutionen und schließlich im Staat.¹²⁰ Der Staat ist die vollkommene Wirklichkeit der Freiheit.¹²¹ Er garantiert das Eigentum, oder allgemeiner formuliert, die Fähigkeit des SB zur institutionellen Handlung.¹²² Bedient sich das SB in seinen Handlungen der Formen des Rechts, so ist es *positiv* frei.¹²³ Die allseitige Anerkennung seines Willens ist ihm garantiert und ebenso der Respekt vor dessen Realisierung.¹²⁴ Wer im Staat als Person ein Haus baut, der erhält nicht bloß den Besitz an der Sache, sondern zugleich Eigentum als Ausdruck eines allseitig anerkannten freien Willens. Der Respekt der anderen gilt der Person, wie es das Rechtsgebot zum Ausdruck bringt, das jetzt erst vollkommen verständlich wird: "*Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*".¹²⁵ Erneut ist die Theorie des vollkommenen Ausdrucks ein zentrales Scharnier. Der Staat ist die Verwirklichung von Freiheit, weil in ihm der vernünftige Wille durch die Mitwirkung aller *erkannt* und *vollkommen realisiert* werden kann. Und daraus folgt, daß wer als Person handelt, mit seiner konkreten Tat das Recht immer zugleich als Allgemeines affirmiert.¹²⁶

Damit ist die institutionelle Anerkennungsbeziehung beschrieben. Sie findet statt zwischen Person und Staat.¹²⁷ Entscheidend für das Verständnis der Rechtsphilosophie ist, daß sie sich primär mit dieser Relation auseinandersetzt. Der besondere Wille ist dort bereits Person, er ist das intersubjektiv anerkannte SB.¹²⁸ Die Rechtsphilosophie findet im Medium erfolgreicher allseitig–intersubjektiver Anerkennung statt, sie setzt also die Ergebnisse der Anerkennungslehre aus der PhG voraus.¹²⁹ "Der Standpunkt des freien Willens, womit das Recht und die Rechtswissenschaft anfängt, ist über den unwahren Standpunkt, auf welchem der Mensch als Naturwesen und nur an sich seiender Begriff, der Sklaverei daher fähig ist, schon hinaus. Diese frühere unwahre Erscheinung betrifft den Geist, welcher nur erst auf dem Standpunkte seines Bewußtseins ist; die

¹¹⁸ Der Volksgeist ist gewissermaßen eine "regionale Ausprägung" des objektiven Geistes, vgl. *Taylor* (1983), S.511 Fn.152.

¹¹⁹ Der objektive Geist ist eine emergente Eigenschaft. Er entsteht aus der Ausweitung der vis-à-vis Anerkennung auf alle Gesellschaftsmitglieder, erschöpft sich jedoch nicht in ihr. Objektiver Geist *ereignet sich* innerhalb einer sozialen Struktur wechselseitiger Anerkennung, ohne mit dieser identisch zu sein, vergleichbar dem Gedanken, der eine bestimmte Konfiguration neuronaler Hardware voraussetzt, ohne diese Hardware zu *sein*. Dies übersieht *Seelmann* (1995), S.26, 73.

¹²⁰ RPh § 263 (S.410).

¹²¹ RPh § 258 Z (S.403); RPh § 258 (S.399); RPh § 258 A (S.399); RPh § 257 (S.398); *Pawlik* (1999), S.33 ff.

¹²² RPh § 41 (S.102); "Das Vernünftige des Eigentums liegt nicht in der Befriedigung der Bedürfnisse, sondern darin, daß sich die bloße Subjektivität der Persönlichkeit aufhebt. Erst im Eigentume ist die Person als Vernunft". RPh § 41 Z (S.102); "In dem Eigentum ist die Person mit sich selbst zusammengeschlossen". Enz § 490 (S.307).

¹²³ RPh § 258 A (S.399).

¹²⁴ "Diese Einheit des vernünftigen Willens mit dem einzelnen Willen, welcher das unmittelbare und eigentümliche Element der Betätigung des ersteren ist, macht die einfache Wirklichkeit der Freiheit aus". Enz § 485 (S.303); RPh § 153 (S.303); RPh § 258 A (S.399); RPh § 260 (S.406).

¹²⁵ RPh § 36 (S.95).

¹²⁶ RPh § 95 (S.181) spricht vom Recht als Recht als "Dasein der Freiheit in seinem *konkreten* Sinne", was in der Anmerkung ausgeführt wird: "Das Recht (...) hat (...) die Gestaltungen, die wir gesehen haben". RPh § 95 A (S.182), nämlich Eigentum, einzelne Sachen, Körper, Teile desselben, Leben. RPh § 95 hZ (S.182). "[D]as in diesen Formen Substantielle ist das Allgemeine". RPh § 95 A (S.182).

¹²⁷ So auch *Pawlik* (1999), S.37.

¹²⁸ RPh § 57 (S.122); Explizit in RPh § 57 A (S.123–124).

¹²⁹ *Siep* (1979), S.21; *Seelmann* (1995), S.15, 29.

Dialektik des Begriffs und des nur erst unmittelbaren Bewußtseins der Freiheit bewirkt daselbst den *Kampf des Anerkennens*".¹³⁰ In den Verhältnissen des objektiven Geistes "ist das Moment der Anerkennung schon (...) enthalten und vorausgesetzt".¹³¹ Erkennt die Person den Staat an, begehrt sie, von ihm begehrt zu werden, so wird sie sich praktisch innerhalb der von ihm bereitgestellten Rechtsformen und Institutionen bewegen. Verweigert sie ihm die Anerkennung, lehnt sich ihr besonderer Wille gegen den allgemeinen Willen auf, so zerbricht die Vereinigung von Individualität und Allgemeinheit im Recht.¹³² Hier deutet sich bereits an, daß dies die "Verletzung des Rechts als Rechts" sein wird, von der § 97 spricht. Was das im einzelnen bedeutet, wird unten im Kapitel über das Unrecht besprochen. Im folgenden soll das Potential von Hegels zweistufiger Anerkennungslehre wegen ihrer fundamentalen Bedeutung als Allgemeiner Teil der Rechtsphilosophie noch etwas tiefer ausgelotet werden.

cc) Wechselwirkungen

"Anerkennung", schreibt Siep, "ist der Geist unter dem Aspekt der Bildung des Selbstbewußtseins in Interaktionen – zwischen Individuen und Institutionen".¹³³ Dem entspricht die hier vertretene Deutung. Und doch ist das Verhältnis auf dieser zweiten Stufe nicht im selben Maße von Reziprozität und Symmetrie geprägt, wie das der ersten Stufe.¹³⁴ Das SB ist nur frei, wenn es der Anerkennung aller gewiß sein kann. Es kann sich gegen den objektiven Geist und die Institutionen, welche dessen Allgemeinheit verkörpern, nicht mit Aussicht auf Erfolg durchsetzen. Die Selbständigkeit des einzelnen SB gegenüber dem Allgemeinen ist keineswegs in dem Maße anerkannt, wie die des Allgemeinen gegenüber dem Besonderen. "Die einzelne Person ist (...) ein Untergeordnetes, das dem sittlichen Ganzen sich weihen muß. Wenn der Staat daher das Leben fordert, so muß das Individuum es geben"¹³⁵ denn "allen Wert, den der Mensch hat, alle geistige Wirklichkeit, [hat] er allein durch den Staat".¹³⁶ Das klingt zwar bei ersten Lesen etwas brachial, und doch geht es auch hier erkennbar nicht um einen Aufruf zu Demut und Unterwerfung unter den Moloch Staat.¹³⁷ Die entscheidende Passage ist, daß der Mensch "alle geistige Wirklichkeit" (d.h. Personalität im vollen Sinne) durch den Staat hat, weil nur in diesem das Prinzip allseitiger Anerkennung gewährleistet ist. Hegel spricht somit *nur vom freiheitlich organisierten, sittlichen Staat*.¹³⁸ Zwischen dem besonderen und dem allgemeinen Willen findet eine echte Wechselwirkung statt.¹³⁹ Das Besondere ist vom Allgemeinen als seiner Substanz abhängig. Jedoch ist auch der allgemeine Wille auf die Anerkennung durch die jeweils besonderen Willen angewiesen, da er nur in ihrer Besonderung als Idee existiert. Das Allgemeine kann sich nur im Besonderen ereignen. Ohne das Recht als generalisierte Struktur allseitiger Anerkennung können die SBe zwar nicht zur

¹³⁰ RPh § 57 A (S.123–124).

¹³¹ RPh § 71 A (S.153).

¹³² RPh § 33 Z (S.91); RPh § 57 A (S.124).

¹³³ Siep (1979), S.93.

¹³⁴ "Hinsichtlich des Anerkennens der Rechte von einzelem Selbst und Staat kann also nicht von Wechselseitigkeit gesprochen werden". Siep (1979), S.126; ders. (1990), S.171–172.

¹³⁵ RPh § 70 Z (S.152); RPh § 100 A (S.191).

¹³⁶ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werke 12, S.56.

¹³⁷ Anders: Popper, Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde (1945), Bd.2, S.35 ff.

¹³⁸ "Auf die Frage eines Vaters nach der besten Weise, seinen Sohn sittlich zu erziehen, gab ein Pythagoreer (...) die Antwort: wenn du ihn zum *Bürger eines Staats von guten Gesetzen* machst". RPh § 153 A (S.303); "Darin, daß es Bürger eines *guten* Staates ist, kommt erst das Individuum zu seinem *Recht*". RPh § 153 Z (S.304); Hervorhebungen von mir. So auch Jakobs (1997), S.61, 93-94.

¹³⁹ "Wie jedes Verhältnis gegenseitiger Anerkennung ist (...) auch die Beziehung zwischen dem praktischen Subjekt und den (...) freiheitsermöglichenden (...) sozialen Praktiken letztlich zirkulär". Pawlik (1999), S.38.

vollkommener Freiheit finden, aber ohne die SBe hätte auch das Recht keinen Bestand.¹⁴⁰ "Der Bund Gottes mit dem in Abram, dem Wanderer, tätigen Menschengestalt war ein Bund zum Endzwecke beiderseitiger Heiligung, ein Bund, in welchem menschliche und göttliche Bedürftigkeit sich derart verschränken, daß kaum zu sagen ist, von welcher Seite, der göttlichen oder der menschlichen, die erste Anregung zu einem solchen Zusammenwirken ausgegangen sei, ein Bund aber jedenfalls, in dessen Errichtung sich ausspricht, daß Gottes Heiligwerden und das des Menschen einen Doppelprozeß darstellen und auf das innigste aneinander 'gebunden' sind".¹⁴¹

Das Recht als "auskristallisiertes System der Anerkennung"¹⁴² ist entstanden aus mannigfaltigen individuellen Anerkennungsbeziehungen auf der ersten Stufe. Die Institutionen sind Ausdruck des "Wir", sie sind das Dasein des Begriffs der wechselseitigen Anerkennung aller. Im Anerkennen der Institution, das wurde oben ausgeführt, findet das SB sich selbst in allen anderen. Daraus folgt aber umgekehrt ebenso, daß sich das SB in den Institutionen wiedererkennen muß. Das ist der Fall, wenn sich die Institutionen als Emanation des "Wir" begreifen lassen, wobei die schiere Existenz eines "Wir" ja bereits die Freiheitlichkeit der zugrundeliegenden Anerkennungsbeziehungen garantiert. Entsprechen die Institutionen diesem Kriterium nicht, wie z.B. in einem Terror-Regime, so beschädigt ihre Anerkennung durch SB₁ die *interpersonale* Anerkennung SB₁-SB₂. Über kurz oder lang zerstört die Unfreiheit der Institutionen diese selbst.¹⁴³ Daraus folgt: Das Anerkennen des Rechts als Recht macht das SB zur Person, *genau dann, wenn* das Recht strukturell richtiges Recht (ein auskristallisiertes System der Anerkennung) ist. Ist es das nicht, so führt seine "Anerkennung" nicht zu real existierender Freiheit, sondern zu Entfremdung. Nicht jede soziale Struktur ist freiheitlich organisiert.¹⁴⁴ Im Gegenteil, allein das Recht als System der Anerkennung ist es. Und allein dieses verdient Anerkennung. Nur in ihm gilt normativ das Rechtsgebot.¹⁴⁵

Mit seiner zweistufigen Anerkennungslehre gelingt Hegel die bis heute letzte Großinnovation im Bereich der Legitimationstheorie. Das begründungstheoretische Programm von Hobbes und Kant besteht grob gesprochen darin, die Koexistenzbedingungen bereits *fertiger* Subjekte (mit jeweils anders gearteter Ausstattung) zu untersuchen.¹⁴⁶ Recht ist die Formulierung dieser Bedingungen. Es ist das Produkt der sich ihm unterwerfenden Subjekte, seien sie kluge Naturwesen (Hobbes) oder ontologisch gespaltene Doppelexistenzen (Kant). In beiden Fällen geht ein punktförmiges Subjekt dem Recht voraus. Hegels philosophische Rechtswissenschaft setzt grundsätzlicher an. Das Rechtsverhältnis beschreibt die Entstehungsvoraussetzungen von Rechtspersonen überhaupt. Hegel untersucht die Bedingungen der Möglichkeit des Rechtssubjekts. Seine begründungstheoretische Innovation besteht darin, die Rechts- und die Persondefinition miteinander zu verschränken. Das Rechtsverhältnis (die zweistufige Anerkennungsbeziehung) ermöglicht überhaupt erst die an ihm

¹⁴⁰ RPh § 210 (S.361).

¹⁴¹ *Tb. Mann*, Joseph und seine Brüder. Die Geschichten Jaakobs (1933), S.238, 321. Vgl. auch RPh § 154 (S.304).

¹⁴² *Paulik* (1999), S.64.

¹⁴³ RPh § 57 (S.123) Sklaverei ist absolut freiheitswidrig. Hier zeigt sich, daß der vielfach gegen Hegel erhobene Vorwurf, er habe eine "furchtbare Doctrin [formuliert], welche *das Bestehende als Bestehendes heilig spricht*" (*Haym*, Hegel und seine Zeit (1857), S.367-368) so nicht richtig ist. Gerade in der Anerkennungslehre treten die normativen Fundamente der Rechtsphilosophie unübersehbar hervor.

¹⁴⁴ "Nicht jeder Staat erfüllt die zur Verkörperung des Allgemeinen notwendigen Voraussetzungen. Derjenige Staat, der sie erfüllt und den der Geist braucht, um zu sich selbst zurückzukehren, muß vollkommen rational sein". *Taylor* (1983), S.479. Vgl. RPh § 257 (S.398); RPh § 258 (S.399); RPh § 272 Z (S.434); RPh § 273 Z (S.440).

¹⁴⁵ Die Normativität von Hegels Philosophie des objektiven Geistes ist ein seit langem umstrittenes Thema. In der Vorrede zur RPh (S.26) polemisiert Hegel gegen eine normative Philosophie. Wie Höhle überzeugend nachgewiesen hat, folgt aus der Methode Hegels jedoch, daß die RPh *inbaltlich* eine normative Theorie ist, was sich auch aus dem oben Besprochenen – RPh § 27 (S.79) – ergibt. *Höhle* (1985), Bd.2, S.421–423, 481 ff. So auch *Siep* (1979), S.272, 275.

¹⁴⁶ *Paulik* (1999), S.25.

beteiligte Person. Die beschränkte Definitionsmacht der Person über ihren rechtlichen Status ist Bedingung der Möglichkeit ihres Personseins. Ich bin nur Ich, *weil* ich auf mich alleine gestellt nicht wissen kann, was ich bin. Recht ist nicht, was Subjekte zwecks Sicherung ihrer Koexistenzbedingungen aushandeln oder als vernünftig erkennen. Recht ist diejenige soziale Struktur, die das Subjekt als Person überhaupt erst möglich macht.

Exkurs: Zwei Schiffe, aneinander ankernd

Jakobs illustriert seine Kritik an Hegels Anerkennungslehre mit folgendem schönen Bild: "Anerkennung [kann] nicht als wechselbezügliche Leistung zweier (oder mehrerer) Individuen begriffen werden – zwei Schiffe können nicht aneinander ankern –, sondern nur als ein Verbundensein von Personen durch eine sie konstituierende Norm – durch einen Ankergrund –, als Zuordnung von Rollen, wobei, so der Vorgang begriffen wird, sich ein Subjekt konstituiert".¹⁴⁷ Den Individuen fehlt das Vermögen zur individuellen Anerkennung. Personwerdung ist allein durch institutionelle Anerkennung möglich. Allein, es bleibt unklar, was Jakobs in dieser Passage unter "Individuum" versteht. Zwei Lesarten bieten sich an. Entweder ist das Individuum der "einsame Mensch", wie er in den Abschnitten I. – III. von "Norm, Person, Gesellschaft" beschrieben wird, oder er ist das bereits differenzierte Subjekt der Abschnitte V. ff.¹⁴⁸

Der einsame Mensch ist so tief in die Natur versunken, daß er sich aus ihr nicht lösen kann. Er entwirft sich nicht *als* Individuum, er *ist* Individuum. Es weiß nicht, *daß* er im Schema von Lust und Unlust differenziert, als sturer Beobachter erster Ordnung *differenziert* er im Schema von Lust und Unlust. Für ihn gibt es "keine objektive, im Sinne einer von ihm gelösten Welt, weil er das genannte Schema [von Lust und Unlust] nicht übersteigen kann; alles ist homogen das Seine. Da nichts ohne ihn ist, ist er überall, unbeschränkt, was heißen soll: Was ihm auch immer bewußt sein mag, ist seine Lust und Unlust".¹⁴⁹ Der einsame Mensch kann "sich selbst nicht erfassen (sei es durch Wahrnehmung oder in Gedanken); denn Vordergrund wie Hintergrund sind das Seine, taugen also nicht dazu, dieses zu isolieren".¹⁵⁰ Begegnet dieser Mensch einem anderen, so bleibt es schlicht dabei. Der eine beobachtet den anderen als Teil seiner Umwelt und umgekehrt, so daß es "zwei Präferenzzentren [gibt], die jeweils wissen, daß sie einem anderen Präferenzzentrum gleichen, ohne deshalb ihre je eigene Welt von außen betrachten zu können: Jedes Zentrum hat seine eigenen Präferenzen in solcher Selbstverständlichkeit, daß ihm sogar der Begriff des Eigenen fehlt – alles was ist, ist ihm eigen".¹⁵¹ Dieser Mensch ist zur individuellen Anerkennung prinzipiell unfähig. Er ist eine Grenzgestalt, die das Reich der Natur nicht verlassen kann. Damit allerdings ist zugleich bestimmt, daß er der "Zuordnung von Rollen" verständnislos gegenüberstehen muß. Wer nicht in der Lage ist, sich selbst begrifflich zu fassen, dem ist auch die "Gewißheit des Heiligen"¹⁵² unzugänglich. "Selbstverständnis ist die apriorische Bedingung eines jeden Fremdverständnisses"¹⁵³, oder in der klassischen Formulierung Fichtes: "Kein Du, kein Ich; kein Ich, kein Du".¹⁵⁴ Allein, diese Konsequenz ist systematisch untragbar. "Gesellschaft existiert!", das ist die sozialontologische Prämisse des Funktionalismus, und auch Jakobs stellt nicht die *quaestio facti*. Die Wirklichkeit von Gesellschaft beweist ihre Möglichkeit. Der "einsame Mensch" der Abschnitte I. - III. ist eine Figur, die zum Aufweis der inneren Widersprüche naturalistischer Gesellschaftstheorien (ein Oxyoron) geschaffen wurde. *Er* kann der Hegelkritik nicht zugrunde liegen.

¹⁴⁷ Jakobs (1997), S.37.

¹⁴⁸ Zum einsamen Menschen vgl. Jakobs (1997), S.9-28. Zum differenzierten Subjekt, ders. (1997), S.38 ff.

¹⁴⁹ Jakobs (1997), S.9. Das Zitat wurde grammatikalisch geändert.

¹⁵⁰ Jakobs (1997), S.10.

¹⁵¹ Jakobs (1997), S.19.

¹⁵² Jakobs (1997), S.40.

¹⁵³ Gerbard, S.71-72.

¹⁵⁴ Fichte, Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre (1794), S.109.

Um die Ausstattung des Ursubjekts zu bestimmen, welches zur individuellen Anerkennung unfähig ist, wohl aber die Zuordnung von Rollen begreifen kann, muß man transzendental argumentieren und nach den subjektiven Bedingungen fragen, welche das Anerkennen einer Rollenaufprägung möglich machen. Zunächst muß das Subjekt in der Lage sein, aus dem Hintergrund seiner Umwelt her austreten zu können. Dazu bedarf es eines Ich-Begriffs, der vom Nicht-Ich unterscheidbar ist.¹⁵⁵ Soll das "Ich" begrifflich erfaßt werden, so muß die erkennende Instanz von ihm verschieden sein. (Einheit ist bloß ein Gefühl. Erkenntnis beginnt mit Differenz.) Das Selbst (das Subjekt-Subjekt) inszeniert sein Ich (das Objekt-Subjekt).¹⁵⁶ Es entwirft sich *als* etwas, es sagt: "Das bin ich". Das Subjekt muß also zur Beobachtung zweiter Ordnung fähig sein. Das Selbst beobachtet, nach welchen Kriterien sein Ich die Welt beobachtet. Ist das ein Schema von Lust und Unlust, so entwirft es sich selbst als Individuum. Ist es ein Schema von Pflicht und Willkür, so hält es sich für eine Person. Dieses Subjekt ist gesellschaftstauglich. Es kann, wenigstens dem Vermögen nach, die "Zuordnung von Rollen" durch den Gewalthaber begreifen und sich fortan in ihrer Semantik als Gesellschaftswesen verstehen.

Warum aber hält Jakobs (gegen Hegel) dies für den einzigen Weg? Warum kann das differenzierte Subjekt nicht durch die Begegnung mit einem anderen differenzierten Subjekt zur Person werden? Wer hier sagt, weil alles "was in sein Bewußtsein kommt, als eigene Welt erscheinen muß, eben als eigene Lust oder Unlust", der greift auf den "einsamen Menschen" zurück – und riskiert, das Kind mit dem Bade auszuschütten.¹⁵⁷ Überzeugender ist folgendes Argument: "Um zum Begreifen zu kommen, muß ein Maßsystem angewendet werden, das ein anderes ist als das zu begreifende".¹⁵⁸ Das Subjekt *realisiert* sein Vermögen zur Differenzierung erst, wenn ein zweites Schema (Pflicht und Willkür) in sein Bewußtsein eingelassen wird.¹⁵⁹ Über das Vermögen, dieses (und mit ihm erstmals auch das natürliche Schema von Lust und Unlust) zu erkennen, verfügte das Subjekt längst, es mangelte ihm bloß an Gelegenheit, damit etwas anzufangen. Hegel vertraut an dieser Stelle darauf, daß das Scheitern des Ich-Entwurfs als unendlich Begehrendes dem Menschen den Entwurfcharakter seiner Existenz hinreichend bewußt macht. Wer anerkennen muß, daß er nicht alles ist, sondern sich bloß als ein Subjekt entwirft, das glaubt, alles zu sein, der wird die Anerkennung des anderen (und damit die Bestätigung seiner angenommenen Unendlichkeit) begehren – mit den tragischen Folgen des Anerkennungskampfes.

Sich hier zu entscheiden fällt schwer. Das Problem des Anstoßes ist womöglich unergründlich. Und doch kann man mit dieser Unsicherheit leben. Denn letztlich geht es nicht darum, *ob* Gesellschaft möglich ist. Gesellschaft ist wirklich und das heißt *nach beiden Ansichten*, daß sich sowohl institutionelle wie individuelle Anerkennung fortwährend *ereignen*. Was bleibt dann kontrovers? Es ist eine Frage der Geltungslogik. Für Hegel ist die individuelle Anerkennung Bedingung der Möglichkeit institutioneller Anerkennung. Für Jakobs ist die institutionelle Anerkennung Bedingung der Möglichkeit individueller Anerkennung. Im Medium der Gesellschaft existieren beide.

3. Unrecht

Weil das Recht nur in seiner Besonderung als Idee existiert, ist die physische Zerstörung einer Manifestation des Rechts notwendige Mindestbedingung für seine Verletzung.¹⁶⁰ Mit der Zerstörung des Angriffsobjekts wird dem Recht als Idee ein Teil seiner Wirklichkeit genommen.¹⁶¹ Diese Anknüpfung sichert dem Strafrecht bei Hegel ein gewisses Maß an Liberalität. Gesinnungsstrafrecht

¹⁵⁵ Pawlik (1999), S.3 ff.

¹⁵⁶ Gerbard, S.71.

¹⁵⁷ Jakobs (1997), S.33.

¹⁵⁸ Jakobs (1997), S.34.

¹⁵⁹ Jakobs (1997), S.34.

¹⁶⁰ RPh § 92 hZ (S.179).

¹⁶¹ RPh § 90 (S.178). Weil das Recht nur in einer Verkörperung wirklich ist, kann es auch "an ihr ergriffen und unter die Notwendigkeit gesetzt" werden; RPh § 48 A (S.111). So auch *Klleszczewski*, S.69–70.

ist mit dem Begriff des Rechts unvereinbar.¹⁶² Und auch die Versuchsstrafbarkeit ist eingeschränkt. Solange sich der Täter in seinem Organisationskreis bewegt (z.B. in seinem Haus), kann er die Manifestationen der Rechte anderer grundsätzlich nicht bedrohen. Hegels Strafrecht ist somit im Kern Tatstrafrecht. Natürlich geht es ihm nicht um das Übel des Sachverlustes.¹⁶³ Nicht die Zerstörung der Sache als solche ist von Bedeutung, sondern die Zerstörung der Sache als Manifestation des Rechts. Da Recht über Freiheit und Anerkennung definiert ist, kommt als Täter nur in Frage, wer zur Anerkennung fähig ist, denn nur der kann sie durch sein Tun entziehen. Das Recht als Recht kann somit nur von einer *Person* verletzt werden.¹⁶⁴ Man bedarf einer Qualifikation, um als Straftäter in Betracht zu kommen. Nur der Parlamentarier, der im Plenarsaal obszöne Lieder singt, beschädigt das Ansehen *des Hauses*. Der Saaldiener, der das gleiche tut, verliert bloß seinen Job.¹⁶⁵ Unrecht kann somit vorläufig definiert werden als *Verletzung der Anerkennungsbeziehung durch eine Person mittels Zerstörung einer Manifestation des Rechts*.¹⁶⁶

a) Verletzung des Rechts

Nach dem, was oben zum Recht gesagt wurde, ist es zweideutig, vom Unrecht als Verletzung einer Anerkennungsbeziehung zu sprechen¹⁶⁷, denn dies kann entweder bedeuten, daß die *intersubjektive* Anerkennungsbeziehung beschädigt wurde, es kann sich jedoch ebensogut auf die *institutionelle* Relation beziehen. Aus diesem Grunde überrascht es nicht, das oben entwickelte Schema vom Recht als zweistufiger Anerkennungsbeziehung in Hegels Lehre vom Unrecht exakt gespiegelt wiederzufinden.¹⁶⁸ Die isolierte Verletzung der individuellen Anerkennungsbeziehung SB₁–SB₂ begründet bürgerliches aber kein strafbares Unrecht.¹⁶⁹ Es geht nicht um die Anerkennung des Rechts als solchen, sondern um "die Subsumtion der Sache unter das Eigentum des einen oder des anderen".¹⁷⁰ Das Recht wird anerkannt, lediglich seine Anwendung ist im Streit. Anders liegen die Dinge, wenn das institutionelle Verhältnis Person–Staat beschädigt ist. In diesen Fällen liegt kriminelles Unrecht vor. Der besondere Wille lehnt sich gegen den allgemeinen Willen auf, sei es im Betrug (ohne Verletzung von SB₁–SB₂¹⁷¹) oder im (Gewalt-) Verbrechen (unter Verletzung von SB₁–SB₂¹⁷²). Hier ist das Recht *als Recht* verletzt.¹⁷³ In diesem Schema lassen sich verschiedene Grade des Unrechts erklären. Wenn A das Haus des B zerstört, so ist in jedem Fall der Gebrauchswert der Sache verloren, auf den es aber im Hinblick auf das Unrecht nicht ankommen kann, da Nützlichkeit im Rahmen der interpersonalen bzw. institutionellen Anerkennung zwischen Personen keine

¹⁶² RPh § 94 Z (S.181); RPh § 213 (S.365). Vgl. auch *Hösle*, Was darf und was soll der Staat bestrafen? (1989), S.22.

¹⁶³ RPh § 98 (S.186); RPh § 98 hZ (S.186); RPh § 99 A (S.188).

¹⁶⁴ RPh § 95 (S.181); RPh § 57 A (S.123–124); Verbrechen und Strafe, "alles geht im Elemente des Anerkanntseins, des Rechtes vor". JR, S.224.

¹⁶⁵ Das Beispiel ist angelehnt an: *Jakobs* (1997), S.99-100.

¹⁶⁶ RPh § 95 (S.181–182); Der Verbrecher "verletzt im Willen den reinen Willen (...) in einem besonderen Dasein". JR, S.241.

¹⁶⁷ *Seelmann* (1995), S.19, 23, 25, 41; *Pawlik* (1999), S.51.

¹⁶⁸ RPh § 83 (S.173–174).

¹⁶⁹ "Auf das bürgerliche und unbefangene Unrecht ist keine Strafe gesetzt, denn hier habe ich nichts gegen das Recht gewollt". RPh § 89 Z (S.177).

¹⁷⁰ RPh § 85 (S.175); RPh § 86 Z (S.176). Vgl. auch RPh § 86 (S.175); RPh § 83 hZ (S.174); Enz § 497 (S.309).

¹⁷¹ RPh § 87 Z (S.177). Der Betrug ist strafbar, "weil es sich hier um das Recht handelt, das verletzt ist". RPh § 89 Z (S.178). Vgl. auch RPh § 83 Z (S.174); Enz § 498 (S.309–310).

¹⁷² RPh § 83 Z (S.174). So auch RPh § 90 Z (S.178); Enz § 499 (S.310).

¹⁷³ RPh § 95 (S.181); RPh § 97 (S.185).

Bedeutung hat.¹⁷⁴ Glaubt A irrtümlich, er habe das Haus rechtsgültig von B erworben, so verübt er lediglich bürgerliches Unrecht. Mit seiner Tat verweigert er die interpersonale Anerkennung des B als Eigentümer *dieses* Hauses. Seine Tat bleibt singulär, oder wie Hegel es ausdrückt, ein "*schlechtweg negatives Urteil*".¹⁷⁵ Sie bedeutet: "Du bist nicht Eigentümer *dieses* Hauses". Ganz anders, wenn A das Haus des B aus Bosheit niederbrennt. In diesem Falle verweigert er nicht nur als einzelner dem B als einzelner die Anerkennung als Eigentümer ("*Ich erkenne dein Eigentum an diesem Haus nicht an*"), sondern weil er als Person gegenüber einer Person auftritt, hat seine Tat zugleich allgemeine Bedeutung ("*Personen erkennen die Institution des Eigentums gegenüber anderen Personen nicht an*").¹⁷⁶ In Hegels Diktion ist das ein "*negativ-unendliches Urteil* in seinem vollständigen Sinne"¹⁷⁷, ein Urteil über die Außerkraftsetzung der Anerkennungsbeziehung Person–Staat. Dies ist das Verbrechen, "die Sphäre des peinlichen Rechts".¹⁷⁸ Systematisch ist diese Gliederung elegant und überzeugend.¹⁷⁹ Die Verletzung von SB₁–SB₂ bei gleichzeitiger Anerkennung von Person–Staat ist ein Fall für zivilrechtlichen Schadenersatz, während bei einer Verletzung der Person–Staat Beziehung die normative Gestalt der Gesellschaft als solche (d.h. die Geltung der offiziellen Identitätsangebote) in Frage gestellt wird. Der Täter gibt seine besondere Tat als institutionelle Handlung aus, ohne daß die sie in diesen Status erhebende Institution tatsächlich existiert, weil sie unter den Bedingungen der Freiheit gar nicht existieren kann.

Fraglich ist nur, wie plausibel Hegel seine für dieses Theoriestück zentrale Unterstellung machen kann, daß dem Handeln des Täters im Falle der Verletzung der institutionellen Anerkennungsbeziehung tatsächlich Allgemeingültigkeit zukommt.¹⁸⁰ Die Allgemeinheit des Handelns ist für Hegel eine Konsequenz des Vernunftbegriffs.¹⁸¹ Durch die Anerkennung wird das Subjekt zur Person. So lange es sich in den Formen des Rechts bewegt, ist ihm die Anerkennung aller gewiß, und darin liegt seine Freiheit. Jede freie Tat ist somit als institutionelle Handlung allgemein und als solche Affirmation des Rechts. Die formelle Allgemeingültigkeit des Verbrechens liegt in der Umkehrung dieses Gedankens. Wessen "Ja" allgemeine Bedeutung genießt, der kann sein "Nein" nicht zur Privatsache erklären, "[d]enn in seiner als eines *Vernünftigen* Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist".¹⁸²

An dieser Stelle liegt es nahe, die Straftat (wie Kant und Fichte es getan haben) als normative Selbstbeschädigung zu definieren.¹⁸³ Wenn der Täter durch Anerkennung zur Person wird, dann bestimmen die Normen des abstrakten Rechts nicht nur, was man als Person tun soll und was nicht, sie bestimmen bereits und darüber hinaus, was eine Person überhaupt ist. Wer den anderen (oder dem Staat) die Anerkennung verweigert, so könnte man schlußfolgern, verliert seinen Status als

¹⁷⁴ "In dieser Erörterung kommt es allein darauf an, daß das Verbrechen, und zwar nicht als die Hervorbringung eines *Übels*, sondern als Verletzung des Rechts als Rechts aufzuheben ist". § 99 A (S.188); "Zunächst Nichtigkeit des angerichteten Schadens – kein *rechtliches* Übel – Etwas *Äußerliches* *zunichte* gemacht, für mein Bedürfnis". RPh § 98 hZ (S.186).

¹⁷⁵ RPh § 85 (S.175). Zu den Urteilsformen äußert sich *Hösle* (1987a), S.88.

¹⁷⁶ RPh § 100 (S.190); RPh § 100 hZ (S.191); RPh § 35 hZ (S.94).

¹⁷⁷ RPh § 95 (S.181–182); Enz § 499 (S.310); Enz § 173 (S.324).

¹⁷⁸ RPh § 95 (S.182).

¹⁷⁹ Eine abweichende Systematisierung und modernisierte Terminologie findet sich bei *Kleszczewski*, S.69–75. Dort ist der "Erfolgsunwert" (a) die Beschädigung der Sache und (b) die Verneinung des Geltungsanspruchs des allgemeinen Willens. Unter Handlungsunwert hingegen versteht *Kleszczewski* (c) die Geltungsbehauptung der Unrechtsmaxime.

¹⁸⁰ RPh § 100 (S.190); "Was heißt Person? (...) Daß mein besondrer Wille gelte, respektiert werde". RPh § 35 hZ (S.94); RPh § 100 hZ (S.181). Dazu: *Pawlik* (1999), S.65; *Hösle* (1985), Bd.2, S.505; *Primoratz* (1986), S.50–51.

¹⁸¹ Enz § 485 (S.303–304); RPh § 100 A (S.191); zweifelnd *Seelmann* (1995), S.70.

¹⁸² RPh § 100 (S.190); RPh § 132 A (S.246); *Jakobs* (1997), S.102.

¹⁸³ So auch *Hösle* (1985), Bd.2, S. 508–510 und *ders.*, *Das abstrakte Recht* (1987a), S.87–99.

Person, da er nicht mehr unter die Normen subsumiert werden kann, welche Personalität garantieren. Der Täter fällt ins Naturhafte zurück, er wird, wie Fichte es ausdrückt, "eine Sache (...) ein Stück Vieh".¹⁸⁴ Diese Lösung bietet den großen Vorteil, daß der Täter mit der Tat deren Bedeutung *uno actu* marginalisiert. Wer Person ist, handelt *per definitionem* vernünftig. Und wer (radikal) unvernünftig handelt, der ist keine Person. Der Täter degradiert sich selbst vom Bürger zur Umweltgefahr, die konsequenterweise mit den Instrumentarien des Polizeirechts bekämpft werden kann.¹⁸⁵ Und doch, dieser Weg ist Hegel versperrt. Der Konflikt kann nicht durch Verkleinerung der vorhandenen Gesellschaft erledigt werden.¹⁸⁶ Dem Täter fehlt die alleinige Definitionskompetenz über sein Selbst. Er kann sich aus seiner Rolle als Person nicht zurückziehen. Erneut wird die Anerkennungslehre für die Straftheorie strukturbestimmend. Was ein Selbstbewußtsein ist, kann von diesem alleine weder erkannt noch bestimmt werden. Ich kann mich nur durch den anderen erkennen. Das andere meiner Selbst, dasjenige, was der Introspektion unzugänglich ist, derjenige Teil von mir, den ich nur durch die anderen kennenlernen kann, ist meine Rolle als Person. Die Person im abstrakten Recht beschreibt, was der Mensch *für andere* ist.¹⁸⁷ Und wenn dieser Entwurf, soll er freiheitlich sein, analog dem jeweiligen internen Selbstentwurf "Ich"SB₂ sein muß, so kommt der Person neben ihrer Abstraktheit wesentlich *Universalität* zu, d.h. die Vermutung, daß ihre Handlungen, *wie meine*, von einem vernünftigen und damit universellen Willen getragen sind. Weil diese Unterstellung an die Außenseite des Subjekts anknüpft, fehlt dem Täter die Kompetenz, sie durch die Tat abzustreifen. Identität ist ein Gemeinschaftsprojekt und ein Gemeinschaftsprodukt. Deshalb verliert der Täter durch die Tat seinen Status als Person nicht. Im Gegenteil. Seine Tat wird gerade dadurch zum Verbrechen, weil er als Person und damit, ob er will oder nicht, mit Anspruch auf Allgemeinheit handelt.¹⁸⁸

Das Verbrechen ist als Tat einer Person, Ausdruck eines formell *vernünftigen* Konzepts und nicht etwa ein Naturereignis.¹⁸⁹ Es ist die Auflehnung des besonderen Willens gegen den allgemeinen Willen, die Geltendmachung eines Anspruchs auf Allgemeinheit gegen das bereits als allgemein Etablierte. Der Verbrecher beansprucht, als Person *institutionell* zu handeln. Er wird nicht (als Individuum) von Not "und so fort (...) äußerliche[n] Ursachen, die dem tierischen Bedürfnisse gehören"¹⁹⁰ getrieben, er ist nicht "das Einzelne *dieses* Augenblicks oder diese isolierte Empfindung"¹⁹¹, sondern er ist Intelligenz. Seine Tat geht nicht gegen den Leib, sondern "gegen die Person als solche".¹⁹² Sie ist "das Entgegenstellen seines einzelnen Willens zur Macht, zum Gelten, zum Anerkanntsein".¹⁹³ Was der Täter tut, ist kommunikativ relevant. Der Täter "will etwas sein (wie Herostrat), nicht gerade berühmt, sondern daß er seinen Willen zum Trotz dem allgemeinen Willen ausgeführt hat. Das vollzogene Verbrechen ist der Wille, der sich als einzelnen, fürsichseienden weiß, zum Dasein gekommen, [trotz] der Macht des anderen, sich als allgemeinen wissenden

¹⁸⁴ Fichte, Grundlage des Naturrechts (1796), S.272.

¹⁸⁵ "Sein [des Täters] Tod ist gar nicht Strafe, sondern nur Sicherungsmittel". Fichte, Grundlage des Naturrechts (1796), S.273.

¹⁸⁶ Jakobs (1997), S.102.

¹⁸⁷ "Die Person (...) verhält sich zu einer *anderen Person*, und zwar haben beide nur als Eigentümer füreinander Dasein". RPh § 40 (S.98).

¹⁸⁸ RPh § 100 (S.190); RPh § 100 A (S.191); RPh § 95 (S.181–182). So auch Kleszczewski, S.72; Jakobs (1997), S.104.

¹⁸⁹ RPh § 100 A (S.191). "Formell geht es [bei der Normwidrigkeit] um Gesellschaft, aber deren Grenzen werden neu gezogen; wo es nach dem gesellschaftlichen Schema um Sollen geht, beansprucht der Handelnde Freiraum, mit anderen Worten, das Verhalten wird als sinnhaft gedeutet, aber der Inhalt von Sinn steht im Streit – formeller Sinn". Jakobs (1997), S.100; Paulik (1999), S.67.

¹⁹⁰ JR, S.224.

¹⁹¹ RPh § 132 A (S.247).

¹⁹² JR, S.224.

¹⁹³ JR, S.224.

Willens".¹⁹⁴ Auch – und manchmal gerade – im Verbrechen beweist der Mensch, daß er *positiv* werden kann. Anders als das Tier, denn dieses "bleibt immer nur negativ; in einer ihm fremden Bestimmung, an die es sich nur gewöhnt".¹⁹⁵ Der Mensch hat die "absolute Möglichkeit, von jeder Bestimmung in der Ich mich finde oder die Ich in mich gesetzt habe, abstrahieren zu können".¹⁹⁶ "Der Mensch allein kann alles fallen lassen, auch sein Leben: er kann einen Selbstmord begehen".¹⁹⁷ Jede Straftat hat etwas Affirmatives. Insofern ist es vollkommen zutreffend und keine promethische Überhöhung des Übeltäters, wenn Jakobs ihm das Vermögen zuschreibt, mit seiner Tat einen freiheitsvernichtenden alternativen "Weltentwurf" hervorzubringen.¹⁹⁸ "Ein Normbruch liegt in einer verkehrten Welt, weil er die Bedingungen der Gemeinsamkeit leugnet: Nicht diese Gesellschaft!"¹⁹⁹ Um es ungeschminkt zu sagen: als *Person* tritt der Täter in Konkurrenz zum Bundestag.

b) Äußerliche Existenz der Verletzung

Was ist mit *positiver äußerlicher Existenz der Verletzung* gemeint?²⁰⁰ Wenn es entscheidend auf die Verweigerung der Anerkennung des Rechts durch den Täter als Person ankommt, dann ist im Rahmen der Theorie des vollkommenen Ausdrucks das bloße Konzept der Verweigerung (der Begriff des Verbrechens) nicht ausreichend. Damit der Begriff zur Idee wird, muß er sich realisieren, d.h. in äußerliche, finite Existenz treten.²⁰¹ Dies geschieht zum einen durch die *Zerstörung* einer Manifestation des Rechts. Wo vorher ein Haus als Eigentum des B war, ist jetzt ein Trümmerfeld. Insofern ist das Verbrechen negative Existenz, es läßt ein Vakuum zurück. Zugleich ist es jedoch positive Existenz. Es findet seine Verkörperung *im Täter*, in dem besonderen Willen, der sich in seiner allgemeinen Bedeutung, gegen das Recht auflehnt. *Tat und Täter* geben dem Verbrechen als Verletzung des Rechts als Recht äußerliche Existenz.²⁰²

c) Innere Nichtigkeit der Verletzung

Die Verletzung des Rechts als Recht durch den Täter als Person krankt notwendigerweise an einem inneren, oder besser, an einem *performativen* Widerspruch.²⁰³ Wer auf der Ebene SB₁–SB₂ dem anderen die Anerkennung verweigert, der schadet sich selbst, weil durch den Zwang nicht nur das Opfer die Anerkennung als freies SB durch den Täter verliert, sondern auch der Täter die freie Anerkennung durch das Opfer.²⁰⁴ Zwischen Robinson und Freitag mag das dramatisch sein. In einer komplexen sozialen Welt mit einer Vielzahl formeller und informeller Beziehungen, spielt der Verlust *einer* Anerkennungsquelle jedoch meist keine allzugroße Rolle. Jedes Subjekt ist in ein

¹⁹⁴ JR, S.224.

¹⁹⁵ RPh § 5 Z (S.51).

¹⁹⁶ RPh § 5 A (S.50); RPh § 139 (S.260–261).

¹⁹⁷ RPh § 5 Z (S.51).

¹⁹⁸ Jakobs (1995), S.845; Lesch, S.598; Pawlik (1999), S.64 ff.

¹⁹⁹ Jakobs (1997), S.103.

²⁰⁰ RPh § 97 (S.185).

²⁰¹ RPh § 97 Z (S.186).

²⁰² "Verletzung ist eine Existenz (...) wo *existiert* sie als ein Positives? (...) Der *besondere* Wille des Verbrechens ist die Existenz des Verbrechens; jene *besondere gilt*, – d.i. *anerkannte* Existenz (...) worin der Wille *affirmativ* ist. (...) Wille ist selbst nur zu fassen als existierend, an seiner körperlichen Seite, Leib und Leben, äußerliche Freiheit dem Raume nach". RPh § 99 hZ (S.189).

²⁰³ Zum performativen Widerspruch siehe *Höfle*, Die Stellung von Hegels Philosophie des objektiven Geistes in seinem System und ihre Aporie (1987b), S.14–21; *Seelmann* (1995), S.92–97.

²⁰⁴ So *Seelmann* (1995), S.21. "Beruht die Anerkennungsbeziehung auf Gegenseitigkeit, so entzieht jemand, der die Person eines anderen verletzt, eben dadurch sich selbst die Anerkennung". *Seelmann* unterscheidet nicht klar zwischen der intersubjektiven und der institutionellen Anerkennung.

Netzwerk gegenseitiger individueller Anerkennungen versponnen. Die privatrechtliche Sicht des Unrechts ist daher inadäquat, oder wie Hegel es drastisch formuliert: "[D]iese einzelne Tat ist ein Tropfen, der das Allgemeine nicht berührt. (...) Ein Totschlag, was macht es dem Ganzen?"²⁰⁵ Der für das Verbrechen relevante Abfall ereignet sich im Verhältnis Person–Staat. *Dort* muß der wahre Grund für die innere Nichtigkeit liegen.²⁰⁶ Der performative Widerspruch ist damit im Ergebnis der, daß man nicht ernsthaft *als Person das Recht als Recht* negieren kann.

Im Kern geht es, wie bei jedem performativen Widerspruch, der eine dialektische Bewegung vorantreibt, darum, daß ein Element des Willens absolut gesetzt wird, unter Negation (d.h. unter ausblendender Zerstörung) aller anderen Momente, von denen einige jedoch tückischerweise notwendige Bestandsvoraussetzungen eben dieses Willens sind. Hier ist das zum Absoluten erhobene Einzelne die Fähigkeit des besonderen Willens, einen *Weltentwurf* hervorzubringen, sich von allem Bestehenden zu lösen, und nicht nur innerlich Herr seiner selbst zu sein, sondern auch nach diesen Gesetzen zu leben. Was dabei jedoch aus dem Blick gerät, ist die Tatsache, daß die Fähigkeit des besonderen Willens, sich in der Welt realisieren zu können, ganz wesentlich von der Anerkennung der anderen, oder institutionell gewendet, von der Rechtlichkeit seines Tuns abhängt. Wer einen Willen manifestiert, dessen Inhalt mit dem Prinzip der interpersonalen und institutionellen Anerkennung inkompatibel ist, der zerstört eben diejenigen Bedingungen, von deren Existenz *jede* Manifestation abhängt, sei sie rechtlich oder nicht. Wer sich in einem performativen Widerspruch verfängt, unterminiert mit seinem Tun die logischen und genetischen Voraussetzungen eben dieses Tuns – oder genauer, die Voraussetzungen seiner Perpetuierung. Beispiele sind der Selbstmord oder das Klosterleben. Dieselbe Natur, die uns (anders als den Tieren) die Freiheit gibt, uns *nicht* zu reproduzieren, sorgt dafür, daß diejenigen Individuen, die genetisch zur großzügigen Inanspruchnahme dieser Freiheit disponiert sind, aus dem Genpool künftiger Generationen ausscheiden.

Nur was vernünftig ist, kann *wirklich* werden. Nur anerkennungsfähige Handlungen, die mit dem Recht im Einklang stehen, lassen sich in vollem Umfange realisieren, weil nur sie von *allen* anderen Personen *notwendig* anerkannt werden. Erneut rekurriert Hegel auf die Theorie des vollkommenen Ausdrucks. Im eigentlichen Sinne *wirklich* ist nur die Idee als Realisierung des Begriffs. "Alles, was nicht durch den Begriff gesetzt selbst gesetzte Wirklichkeit ist, ist [bloß] vorübergehendes *Dasein*, äußerliche Zufälligkeit, Meinung, wesenlose Erscheinung, Unwahrheit, Täuschung usf".²⁰⁷ Im Begriff der Wirklichkeit enthalten ist somit immer auch deren *Beständigkeit* und *Notwendigkeit*. Was als Konzept realisierbar ist, steht nicht allein zur Disposition des besonderen Willens. Wie das Selbstbewußtsein ein Gemeinschaftsprodukt ist, so ist auch die Schaffung von Wirklichkeit und Wahrheit ein auf wechselseitiger Anerkennung beruhender Prozeß. Das berühmte Epigramm aus der Einleitung zur Rechtsphilosophie, nach dem *wirklich* ist, was vernünftig ist, und vernünftig ist, was *wirklich* ist, wurde oben bereits zitiert.²⁰⁸ *Beständig* ist, was vernünftig ist, vernünftig ist, was wahr sein kann, und wahr ist, was mit der Struktur freier, wechselseitiger Anerkennung kompatibel ist. Der verbrecherische Wille, um den es hier geht, ist *nicht* mit der Struktur eines freien SB's vereinbar. In § 92 faßt Hegel dies in äußerst komprimierter Form zusammen: "Weil der Wille, nur insofern er *Dasein* hat, Idee oder *wirklich* frei und das *Dasein*, in welches er sich gelegt hat, Sein der Freiheit ist [d.h. weil die Vereinbarkeit mit der Freiheit der anderen Bedingung der Möglichkeit der Realisierung des besonderen Willens ist], so zerstört Gewalt oder Zwang [bereits] *in ihrem Begriff sich unmittelbar selbst*, als [der vergebliche Versuch der] Äußerung [oder Realisierung] eines Willens, welche[r] die [Bedingungen der Möglichkeit der] Äußerung oder [das] *Dasein* eines [jeden] Willens [und damit seiner selbst] aufhebt. Gewalt oder Zwang ist daher, abstrakt genommen [d.h. im Verhältnis Person–Staat], *unrechtlich*".²⁰⁹

²⁰⁵ JR, S.242.

²⁰⁶ Enz §§ 499–500 (S.319).

²⁰⁷ RPh § 1 A (S.29); RPh § 270 Z (S.429).

²⁰⁸ RPh, Einleitung, S.24.

²⁰⁹ RPh, § 92 (S.179). Hervorhebungen von mir.

4. Strafe

a) Die Notwendigkeit von Strafe

Die Wirklichkeit der Rechtsverletzung ist per definitionem instabil, da sie, als Negation des Rechts, die Zerstörung der Bedingungen der Möglichkeit von Beständigkeit ist. Über kurz oder lang wird sie an diesem inneren Widerspruch zugrunde gehen, so wie ein Haus mit falscher Statik, als einem performativ widersprüchlichen Konzept, irgendwann einmal zusammenbrechen muß. Hegels Straftheorie gibt sich an diesem Punkt streng deduktiv. Sie zieht die ontologischen Konsequenzen aus dem Versuch der Realisierung eines mit wechselseitiger Anerkennung inkompatiblen und damit nichtigen Weltentwurfs. "Was (...) nichtig ist, muß sich als solches manifestieren, das heißt, sich als selbst verletzbar hinstellen".²¹⁰ Indem das Recht nach dem Zusammenbruch des Verbrechens wieder die Stelle einnimmt, aus der es verdrängt worden war (so wie Wasser in einen Hohlraum zurückströmt), zeigt es seine Gültigkeit. Das hat eine ganz spezifische Bedeutung, die unmittelbar aus der Methode der PhG folgt.²¹¹

Die dialektische Methode ist ein erkenntnistheoretisches Programm, das gekennzeichnet ist durch immanente Kritik und indirekten Beweis. Immanente Kritik bedeutet, daß kein Kriterium ("Rechtmäßigkeit") von außen an ein bestimmtes Verhalten ("Verbrechen") herangetragen wird. Der Entwurf des Verbrechens wird ernst genommen und daraufhin geprüft, ob er, gemessen an seinem *eigenen Anspruch*, eine alternative Weltordnung (eine institutionelle Handlung) zu sein, Bestand haben kann. Das ist, wie gesehen, nicht der Fall, weil ein freiheitsmißachtender Weltentwurf seine Bestandsbedingungen in der sozialen Welt untergräbt und so an seinem eigenen Maßstab (soziale Welt sein zu wollen) zugrunde geht. Hat sich der Alternativentwurf als in sich widersprüchlich erwiesen, so ist im Rahmen des indirekten Beweisprogramms das Recht als *einzig* relevante Weltordnung bestätigt worden. Und zwar ist sie nach dem Zusammenbruch des Verbrechens stärker legitimiert als zuvor, da sie ihre Überlegenheit kraft Fehlens einer viablen Alternative *erneut* unter Beweis gestellt hat.²¹² Der indirekte Beweis erkaufte seine Unabhängigkeit von externen Kriterien allerdings mit dem Preis einer herkulischen Aufgabe und einem verletzlichen Wahrheitsbegriff.²¹³ Um das Recht als Wahrheit des sozialen Lebens auszuweisen, muß Hegel die Selbstwidersprüchlichkeit *aller* anderen Bewußtseins- und Lebensformen demonstrieren.²¹⁴ Sobald nämlich auch nur *ein* mit dem Prinzip der Freiheit inkompatibler

²¹⁰ RPh § 97 Z (S.186).

²¹¹ Norman, S.9–29; Taylor (1983), S.177–202; R. Williams, S.121–131.

²¹² Das meint Hegel, wenn er davon spricht, daß das Verbrechen in der Strafe (d.h. im Recht) *aufgehoben* ist. RPh § 93 (S.179). Das Recht an sich "hat die Negation seiner negiert und ist so das Bekräftigte. Das Unrecht ist (...) ein Schein, und durch das Verschwinden desselben erhält das Recht die Bestimmung eines Festen und Geltenden. (...) Wenn es früher nur ein unmittelbares Sein hatte, so wird es jetzt *wirklich*, indem es aus seiner Negation zurückkehrt; denn Wirklichkeit ist das, was wirkt und sich in seinem Anderssein erhält, während das Unmittelbare noch für die Negation empfänglich ist". RPh § 82 Z (S.173).

²¹³ R. Williams, S.112.

²¹⁴ In einer heimlichen Schlüsselgeschichte der Moderne hat Kleist im Jahre 1810 diese gewaltige Anstrengung auf den Begriff gebracht. Es gibt kein Zurück in den Zustand träumerischer Versunkenheit in die Natur. Der Sündenfall, das Verlangen nach Erkenntnis, ist irreversibel. Das unglückliche Bewußtsein, das Gewahrwerden der Scheidung von Ich und Welt, ist ein Schicksal, das ertragen werden muß. "[D]as Paradies ist verriegelt und der Cherub hinter uns; wir müssen die Reise um die Welt machen, und sehen, ob es vielleicht von hinten irgendwo wieder offen ist". Kleist, Über das Marionettentheater (1810), Bd.5, S.74. Erst "wenn die Erkenntnis gleichsam durch ein Unendliches gegangen ist, [findet] sich die Grazie wieder ein; so, daß sie, zu gleicher Zeit, in demjenigen menschlichen Körper am reinsten erscheint, der entweder gar keins, oder ein unendliches Bewußtsein hat, d.h. in einem Gliedermann oder dem Gott. / Mithin, sagte ich ein wenig zerstreut, müßten wir wieder von dem Baum der Erkenntnis essen, um in den Stand der Unschuld zurückzufallen? / Allerdings, antwortete er; das ist das letzte Kapitel von der Geschichte der Welt", ebd. S.77–

Weltentwurf Bestand haben sollte, ist das Recht als verbindliche Weltordnung und *einzig* relevante soziale Wirklichkeit vom Throne gestoßen. Es hätte sich seinerseits als partikulär und damit selbstwidersprüchlich erwiesen, es hätte vor seinen eigenen Maßstäben versagt. Der objektive Geist, der sich frei wähnte, müßte (erneut) einsehen, daß er sich im Irrtum befand.

Eben deshalb geht es im Strafrecht in einem ganz handgreiflichen Sinne immer ums Ganze. Jedes Verbrechen ist der Versuch, die Bestandskräftigkeit einer freiheitsmißachtenden Weltordnung zu demonstrieren.²¹⁵ Jeder dieser Versuche stellt, zumindest potentiell²¹⁶, das Recht als Ganzes in Frage.²¹⁷ Das ist die Gefahr, die von der Allgemeinheit der Tat ausgeht, *nicht* daß sie sozialpsychologisch ansteckend wirkt.²¹⁸ Nur wenn *jede* Negation des Rechts in sich zusammenbricht, ist das Recht die *einzig* relevante Wirklichkeit.²¹⁹ In § 93 zieht Hegel aus diesem (in § 92 entwickelten) Befund die Konsequenzen: "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 nur bedingt rechtlich, sondern notwendig – nämlich als zweiter Zwang, der ein Aufheben des ersten Zwangs ist".²²⁰ Zum einen realisiert sich das Recht in dem Vakuum, welches das an seinen inneren Widersprüchen zugrundegegangene Unrecht zurückgelassen hat. Dies geschieht dadurch, daß es den Zwang (des Unrechts) durch Rechtszwang aufhebt. Zum anderen ist diese Manifestation des Rechts *notwendig* und nicht nur "bedingt rechtlich". Letzteres wiederholt nur, was oben aus der dialektischen Methode abgeleitet wurde, nämlich daß das Recht nur so lange existiert, wie *alle* seine Negationen von selbst in sich zusammenfallen. Strafe muß also sein.²²¹ Problematisch ist jedoch die erste Provision. Warum (re-) manifestiert sich das Recht als zweiter *Zwang*?

b) Strafe als individueller Zwang

In § 94 gibt Hegel eine teilweise Antwort: "Das abstrakte Recht ist *Zwangsrecht*, weil das Unrecht gegen dasselbe [d.h. gegen das Recht] eine Gewalt gegen das Dasein meiner Freiheit in einer *äußerlichen* Sache ist, die Erhaltung dieses Daseins gegen die Gewalt hiermit selbst als eine äußerliche Handlung und eine jene erste aufhebende Gewalt ist".²²² Die bereits bekannten Argumente tauchen hier wieder auf. Der Begriff des Rechts bedarf der Realisierung im Eigentum. Da Eigentum äußerlich ist, wird auch die Person *als Person* physisch verletzt. Der verbrecherische Wille wiederum hat seine Existenz im besonderen Willen des Täters und wenn dieser versucht, sich im Verhältnis SB₁–SB₂ in einer Weise zu realisieren, daß er sich etwas zueignen will, in dem ich mich bereits verwirklicht habe, so kommt es zur physischen Kollision. In dieser ist mein Zurückschlagen Zwang gegen Zwang, "eine äußerliche Handlung und eine jene erste aufhebende Gewalt".²²³ Insofern ist das abstrakte Recht als Zwangsrecht im Verhältnis SB₁–SB₂ ein Kollisionsphänomen. Der Weltentwurf des Täters will sich dort ausdrücken, wo bereits das Recht als Idee existiert. Es kommt zu einem Kräftemessen, welches für das Verbrechen fatal endet, weil dieses, von seinem eigenen inneren Widerspruch geschwächt und zerfressen, zugrunde geht. Das

78. Die Ähnlichkeiten mit dem Programm der PhG und besonders deren letzten Absatz sind frappierend. PhG, S.590-591.

²¹⁵ Wie gesagt: "Nicht diese Gesellschaft!" *Jakobs* (1997), S.103; *Pawlik* (1999), S.66-67.

²¹⁶ Auch wenn natürlich nicht alle Versuche sonderlich originell sind. Ganz im Gegenteil. Ein Großteil aller Delikte fordert praktisch die Rechtsordnung nicht mehr heraus, weil der Fall schon tausendfach entschieden und als in sich widersprüchlich erwiesen ist.

²¹⁷ RPh § 99 (S.187); RPh § 99 hZ (S.187).

²¹⁸ So aber *Hösle* (1985), Bd.2, S.505 und *Seelmann* (1995), S.26.

²¹⁹ RPh § 97 Z (S.186).

²²⁰ RPh § 93 (S.179).

²²¹ Aus diesem Grunde ändert auch die Begnadigung durch den Monarchen nichts an der Tatsache, daß der Begnadigte ein Verbrecher *bleibt*. RPh § 282 Z (S.454–455).

²²² RPh § 94 (S.180).

²²³ RPh § 94 (S.180).

Verbrechen existiert im besonderen Willen des Täters und, wie man hinzufügen muß, *nur* dort. Es kann sich begrifflich nicht auf andere SBe ausdehnen und damit Allgemeinheit erlangen, weil es die Anerkennung anderer und damit seine eigene Wahrheitsfähigkeit leugnet.²²⁴ Dieser Zwang gegen Zwang darf allerdings, genau wie bei Kant, nicht mit *Strafe* verwechselt werden.²²⁵ Bereits nach dem Wortlaut von § 93 geht es allein um Erhaltung des freiheitlichen Daseins gegen Gewalt. Damit sind Notwehrsituationen gemeint, sowie die Restitution des vom Täter entwendeten Guts.²²⁶ Darüber hinaus gehender Zwang ist, wenn man nur das *Verhältnis* SB₁–SB₂ ins Auge faßt, neues Unrecht.²²⁷ Dies ist nach der Aufklärung der zweistufigen Struktur von Recht und Unrecht wenig überraschend. In der privatrechtlichen Grammatik des interpersonalen Anerkennungsverhältnisses zwischen SB₁ und SB₂ läßt sich Unrechtsabwehr legitimieren, nicht aber Strafe als Rechtszwang.²²⁸

c) Strafe als institutioneller Zwang

Das Verhältnis, auf das es für die Strafe als Manifestation des Rechts ankommt, ist dasjenige, in dem sich das relevante Unrecht ereignet – das institutionelle Anerkennungsverhältnis zwischen Person und Staat.²²⁹ Hier ist es der Täter *als Person*, der das Recht *als Institution* herausfordert. In einem ganz unmittelbaren Sinne realisiert sich damit der besondere Wille des Täters in seiner Person.²³⁰ Denn wenn das Verbrechen seine Existenz im besonderen Willen des Täters hat, und wenn weiterhin dieser besondere Wille nur in einem konkreten Individuum sein Dasein findet, dann ist der Täter *als Individuum* Ausdruck des Verbrechens, das er als Person begeht.

An dieser Stelle wird ein Gedanke bedeutsam, der zu beträchtlicher Verwirrung geführt hat: die Subsumtion des Täters unter sein eigenes Gesetz.²³¹ Um die Einwände vorwegzunehmen. Natürlich wird dem Täter nicht getan, was er seinem Opfer angetan hat. Wenn der Täter sein Opfer versklavt hat, so ist das Versklaven des Täters keine Manifestation des Rechts, da Sklaverei mit dem Begriff des Rechts absolut unvereinbar ist.²³² Gemeint ist etwas anderes. Die Subsumtion des Täters unter sein Gesetz ist die Konsequenz aus seinem Status als Person.²³³ Wer als Person handelt, der handelt formell vernünftig, ob er will oder nicht. "Person ist (...) ein Begriff für die Außensicht".²³⁴ Mangels Definitionskompetenz kann der Täter durch die Tat seine Personalität nicht abstreifen. Er handelt

²²⁴ PhG Abs. 9 (S.148).

²²⁵ Dies übersieht *Seelmann*, der seine Untersuchung des Anerkennungsverhältnisses auf die intersubjektive Beziehung beschränkt. So erklärt sich auch, warum er unter "Wiederherstellung des Rechts" die Reduktion des Täters auf das normale Maß des Anerkennenden und Anerkannten versteht, als eine Korrektur von Hybris und damit Reintegration des Täters in die Gesellschaft, welche in Hegels Text keine Grundlage findet (*Seelmann* (1995), S.23–25, 42). Unzutreffend ist weiterhin, daß die "Generalprävention in den ersten Rang unter den Strafzwecken" rücken soll (ebd. S.27). Es geht nicht darum, einer Erschütterung des Rechtsbewußtseins vorzubeugen oder auf sie zu reagieren (ebd. S.26). Hegel will keine "Interaktionsstörungen" beheben (ebd. S.28), und die Behauptung, ihm sei daran gelegen, "die Generalprävention aus der Anerkennungslehre zu entwickeln" (ebd. S.28) beruht auf einer unzulässigen Psychologisierung und der Ausblendung des institutionellen Aspekts.

²²⁶ RPh § 98 (S.186). Diese "restitutio", die auch *Seelmann* zitiert (*ders.* (1995), S.25), ist aber gerade *keine* Strafe. Strafe ist, was über Notwehr und Restitution *hinausgeht*. Wie hier *Kleszczewski*, S.233–235.

²²⁷ RPh § 102 (S.196).

²²⁸ Vergleiche zum spiegelbildlichen Problem oben S.46.

²²⁹ RPh § 99 (S.187).

²³⁰ RPh § 99 (S.187); RPh § 106 (S.204).

²³¹ Vgl. dazu *Seelmann* (1995), S.64–70 und S.88–92; *Jakobs* (1997), S.108 und *Pawlik* (1999), S.40 Fn.148.

²³² RPh § 57 A (S.123).

²³³ RPh § 100 (S.190).

²³⁴ *Jakobs* (1997), S.71.

also dem Anspruch nach institutionell und das heißt nach Gesetzen. Gesetzgeber ist der Täter als Person. Unter *sein* Recht subsumiert wird er als Individuum, als *Ausdruck* der Person. Mit der Subsumtion des Täters unter sein Gesetz ist also die Zurechnung des (durch die *Personalität* mit Anspruch auf Allgemeinheit geäußerten) besonderen Willens an ein konkretes Individuum gemeint. *Dieser* Mensch aus Fleisch und Blut, versehen mit seiner konkreten Habe und Freiheit, ist das Dasein des rebellischen besonderen Willens.²³⁵ Das ist der Dreh- und Angelpunkt von Hegels Argument der institutionellen Strafe. Und wieder wird die Theorie des vollkommenen Ausdrucks bedeutsam. Nicht nur die Tat ist (wie im Verhältnis SB₁–SB₂) die Manifestation des bösen Willens, der Täter selbst ist es (im Verhältnis Person–Staat). Über Leib, Leben und Freiheit wird auf seine Person zugegriffen, über die Besonderung auf das Allgemeine, wie auch umgekehrt das Allgemeine der Besonderung bedurfte, um vom Begriff zur Idee zu werden. Was für das Opfer galt – "*Meinem Körper* von anderen angetane Gewalt ist *Mir* angetane Gewalt"²³⁶ – gilt für den Täter gleichermaßen. Die Wiederherstellung des Rechts durch das Aufheben des besonderen Willens realisiert sich in der Gewalt gegen das Eigentum des Täters.²³⁷ Ganz in diesem Sinne äußert sich Hegel in § 501 der Enzyklopädie. Das "sich Geltendmachen des Rechts–an–sich" bedeutet, "die durch den Täter gesetzte Negation des Rechts zu negieren. Diese Negation des Rechts hat im Willen des Verbrechens ihre Existenz; die (...) Strafe wendet sich daher 1. an die *Person* oder das *Eigentum* des Verbrechens, 2. und übt *Zwang* gegen denselben aus. Der Zwang findet in der Sphäre des Rechts (...) statt, da in dieser Sphäre der Wille sein Dasein unmittelbar in einer *äußerlichen Sache* (als solcher oder der Leiblichkeit) hat und nur an dieser ergriffen werden kann. (...) Rechtlich ist [dieser Zwang] nur als das Aufheben eines ersten, unmittelbaren Zwangs".²³⁸ Die innere Widersprüchlichkeit des besonderen Willens des Täters *erscheint* in seiner Strafe.²³⁹ Hier offenbart sich der antinomialistische Zug von Hegels Bedeutungstheorie (gegenüber dem konventionellen Nominalismus moderner Straftheorien) in aller Deutlichkeit.²⁴⁰

d) Art und Maß der Strafe

Hegel hat nicht nur eine Theorie des "Ob" der Strafe entworfen, sondern auch deren "Wie" ausführlich behandelt. Im eingangs bereits zitierten § 101 heißt es: "Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Wiedervergeltung*, als sie [erstens] dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und [zweitens] dem Dasein nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation als Dasein [die Strafe] einen ebensolchen [nach Qualität und Quantität variablen Umfang] hat".²⁴¹ Wie das Recht ist auch die Strafe Idee, d.h. sowohl Begriff

²³⁵ *Erstens*: "Die *Tat* setzt eine Veränderung an diesem vorliegenden Dasein, und der Wille hat *schuld* daran, insofern in dem veränderten Dasein das abstrakte Prädikat des *Meinigen* liegt". RPh § 115 (S.215). *Zweitens*: "Der *besondere* Wille des Verbrechens (...) ist selbst nur zu fassen als existierend, an seiner körperlichen Seite, Leib und Leben, äußerliche Freiheit dem Raume nach". RPh § 99 hZ (S.189).

²³⁶ RPh § 48 A (S.111–112).

²³⁷ *Iltting*, G.W.F. Hegel, Vorlesungen über die Rechtsphilosophie 1818-1831 (1974), Bd.4, S.285, 550; Bd.2, S.359.

²³⁸ Enz § 501 (S.310–311).

²³⁹ RPh § 101 A (S.193).

²⁴⁰ Ganz selbstverständlich versucht Seelmann demgegenüber, das Programm der "rechtlichen Statusminderung des Täters", welches er Hegel zuschreibt, "in ein neueres Sprachspiel" zu übersetzen. *Seelmann* (1995), S.74. Zweifel an der nominalistischen Grundhaltung finden sich bei Jakobs. Der Grund, warum die bloß verbale Feststellung, daß an das Verhalten des Täters sei nicht anzuschließen sei, nicht genügen kann ist, daß eine derartige "isolierte Erklärung (...) schwächer objektiviert [wäre], als es die Tat selbst ist". *Jakobs* (1997), S.105. Dies verrät eine – im Kern – antinomialistische Grundhaltung, die ganz in der Tradition Hegels steht.

²⁴¹ RPh § 101 (S.192).

als auch dessen Realisierung. Jedes isolierte Anknüpfen an eines der beiden Elemente, an Begriff oder Dasein, führt in die Irre. Hält man sich allein an den *Begriff* des Verbrechens, "in welchem das Unendliche der Tat die Grundbestimmung ist, verschwindet das bloß äußerlich Spezifische um so mehr"²⁴², und man ist geneigt auf die absolute Verletzung des Rechts mit der absoluten Verletzung des besonderen Willens zu reagieren, d.h. mit der Verbannung oder mit der Todesstrafe. Dagegen verwahrt sich Hegel mit Nachdruck: "Die stoische Ansicht, daß es nur *eine* Tugend und *ein* Laster gibt, die drakonische Gesetzgebung, die jedes Verbrechen mit dem Tode bestraft, wie die Roheit der formellen Ehre, welche die unendliche Persönlichkeit in jede Verletzung legt, haben dies gemein, daß sie bei dem abstrakten Denken des freien Willens und der Persönlichkeit stehenbleiben und daß sie nicht in ihrem konkreten und bestimmten Dasein, das sie als Idee haben muß, nehmen".²⁴³ Knüpft man allerdings allein an das *Dasein* des Verbrechens an, an diesen Diebstahl oder an jenen Raub, so ist es "sehr leicht, die Wiedervergeltung der Strafe (als Diebstahl um Diebstahl, Raub um Raub, Aug um Aug, Zahn um Zahn, wobei man sich vollends den Täter als einäugig oder zahnlos vorstellen kann) als Absurdität darzustellen, mit der aber der Begriff nichts zu tun hat, sondern die allein jener hergebrachten *spezifischen* Gleichheit zu schulden kommt".²⁴⁴ Diese spezifische Gleichheit führt im Ergebnis zu nichts, weil naturalistisch betrachtet, "Diebstahl, Raub und Geld-, Gefängnis-strafe usf. schlechthin Ungleiche" sind und bleiben.²⁴⁵

Die Identität zwischen Tat und Strafe, auf die es Hegel ankommt, ist "die *Gleichheit* in (...) der *an sich* seienden Beschaffenheit der Verletzung – nach dem *Werte* derselben".²⁴⁶ In dieser Bestimmung sind die Mängel der oben genannten Einseitigkeiten vermieden. Strafe ist weder das formelle Alles-oder-Nichts des abstrakten Rechts, noch die spezifische Gleichheit der spiegelnden Strafe. In ihrem Werte, in "ihrer allgemeinen Eigenschaft, Verletzungen [der Freiheit] zu sein, sind sie [Verbrechen und Strafe] *Vergleichbare*".²⁴⁷ Freiheit ist das tertium comparationis zu Verbrechen und zu Strafe.

Um möglichen Mißverständnissen vorzugreifen: Damit ist nicht gemeint, daß Verbrechen und Strafe in gleicher Weise Verletzungen der Freiheit sind, ganz im Gegenteil.²⁴⁸ Gemeint ist, daß die Strafe den durch das Verbrechen bewirkten Freiheitsverlust erst vollständig *realisiert*. Das Maß der durch die Tat vernichteten Freiheit, muß sich in der gerechten Strafe wiederfinden. Nur insofern wird der Täter unter sein eigenes Gesetz subsumiert.²⁴⁹ Die Strafe ist Manifestation *der Unfreiheit* des Verbrechens, "das heißt die andere Hälfte, die die eine notwendig voraussetzt".²⁵⁰ Daraus folgt: Strafe muß dem Täter Freiheit entziehen – und nichts weiter.²⁵¹ *Das* ist sein gutes Recht, denn nur der Verlust von Freiheit ist dem Werte nach vergleichbar mit der Realisierung seines freiheitszerstörenden Weltentwurfs.²⁵² Jede anders geartete Tatreaktion degradiert den Täter von der Person zur Umweltgefahr²⁵³, weil er entweder als untauglich zum Angriff auf das Recht als Recht behandelt oder ihm etwas genommen wird, was auch ein Nicht-Anerkannter haben kann.

Damit sind der Strafe nach oben und unten bereits gewisse Grenzen gezogen. Sie kann sich nicht in einer öffentlichen Deklaration des Abscheus erschöpfen, da diese dem Täter keine Freiheit nimmt. Die Reaktion wäre ein *aliud* zur Tat, dem Werte nach von ihr verschieden und per se

²⁴² RPh § 101 A (S.194).

²⁴³ RPh § 96 A (S.183).

²⁴⁴ RPh § 101 A (S.194).

²⁴⁵ RPh § 101 A (S.194).

²⁴⁶ RPh § 101 (S.192); RPh § 101 A (S.194).

²⁴⁷ RPh § 101 A (S.194).

²⁴⁸ RPh § 99 A (S.187–188).

²⁴⁹ RPh § 100 (S.190).

²⁵⁰ RPh § 101 Z (S.196).

²⁵¹ Enz § 501 (S.311).

²⁵² RPh § 100 (S.190).

²⁵³ RPh § 100 A (S.191).

widerrechtlich.²⁵⁴ Auf ihre relative Milde kommt es schlechterdings nicht an, wenn es um die Frage der Rechtmäßigkeit geht. Versagt ist der Strafe weiterhin, die innere Reform des Täters in Angriff zu nehmen. Sie muß sich auf dessen realisierte Freiheit beschränken, da nur diese dem Werte nach mit der Realisierung des freiheitszerstörenden Weltentwurfs vergleichbar ist. "Als Lebendiges kann der Mensch wohl *bezwungen*, d.h. seine physische und sonst äußerliche Seite unter die Gewalt anderer gebracht, aber der freie Wille kann an und für sich nicht *gezwungen* werden, als nur sofern *er sich selbst aus der Äußerlichkeit*, an der er festgehalten wird, oder aus deren Vorstellung *nicht zurückzieht*. Es kann nur der zu etwas gezwungen werden, der sich *zwingen lassen will*".²⁵⁵ Als drittes Prinzip folgt aus der Forderung nach Wertgleichheit ein Maßstab relativer Proportionalität. Der Dieb zerstört durch die Realisierung seines Weltentwurfs die Freiheit des Opfers und damit auch das Recht als Recht nur im Hinblick auf die Anerkennung des Sacheigentums. Der Räuber hingegen mißachtet auch die körperliche Integrität. Dem Werte nach wiegt Raub somit schwerer als Diebstahl, was sich auch in der Strafe ausdrücken muß.

Weiter geht Hegel nicht. Das absolute Strafmaß läßt sich im philosophischen Recht nicht bestimmen. "Die unendlich mannigfaltigen Verhältnisse aber, (...) dieses unendliche Material und seine Regulierung ist nicht Gegenstand der Philosophie. Sie mischte sich damit in Dinge, die sie nicht angehen; guten Rat darüber zu erteilen, kann sie sich ersparen".²⁵⁶ Ebenso wie die Kompetenz der Philosophie mit der Auskunft erschöpft ist, *daß* es Privateigentum geben müsse, womit Ausführungen über die Frage "*w*as und *w*ieviel Ich besitze"²⁵⁷ zu rechtlichen Zufälligkeiten werden, über die man keine Ultraweisheiten verbreiten solle²⁵⁸, so endet der Gegenstandsbereich der Strafrechtsphilosophie mit dem Aufstellen der Prinzipien des "Ob" (= immer), des "Wie" (= Entzug von Freiheit) und des "vergleichsweise Wieviel" (= dem Werte nach der Tat entsprechend) der Strafe. Ob auf Diebstahl und Raub Geld- oder Gefängnisstrafe steht und wie hoch diese Strafen im Einzelfalle sind, ist historisch kontingent. "Wie ein jedes Verbrechen zu bestrafen sei, läßt sich durch den Gedanken nicht angeben, sondern hierzu sind positive Bestimmungen notwendig".²⁵⁹ Diese Bestimmungen orientieren sich am Prozeß der Zivilisation, der zunehmenden Empfindsamkeit²⁶⁰, der Einschätzung der Gefährlichkeit einer Tat für die öffentliche Sicherheit²⁶¹ und der Stabilität des Staatswesens in Krieg und Frieden. Dies ist ein Prozeß empirischer Annäherung an ein Ideal. Es ist "die Sache des Verstandes, die Annäherung an die Gleichheit dieses ihres [der Strafe] Wertes zu suchen".²⁶²

Wie weit geht diese historische Kontingenz?²⁶³ Die Frage ist bedeutsam, da oben der Unterschied Hegels zu den modernen Theorien von Strafe als Kommunikation dadurch bestimmt wurde, daß in Hegels Modell die Ausdrucksmittel für Strafe gerade *nicht* kontingent, sondern Ausdruck des

²⁵⁴ Aus dem in der Literatur viel verspotteten *Recht* des Täters auf Strafe folgt, daß bestimmte Formen der Strafe an sich bereits *unrechtlich* sind. Eben das wendet Hegel gegen die Abschreckungstheorie ein, wenn er fragt: "Wie aber steht es mit der Rechtmäßigkeit der Drohung?" RPh § 99 Z (S.190).

²⁵⁵ RPh § 91 (S.178–179).

²⁵⁶ RPh, Vorrede, S.25.

²⁵⁷ RPh, § 49 (S.112).

²⁵⁸ RPh, Vorrede, S.25.

²⁵⁹ RPh § 96 Z (S.185); Beispiele in RPh § 214 A (S.366–367).

²⁶⁰ RPh § 96 Z (S.185).

²⁶¹ RPh § 96 A (S.184). In *diesem* Zusammenhang sind Hegels Ausführungen zur Prävention bedeutsam. Vgl. nur RPh § 218 (S.371–372); RPh § 218 A (S.372); RPh § 218 Z (S.373). Die Gerechtigkeit des "Ob" der Strafe steht zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits fest. Nützlichkeitsabwägungen können die *Rechtmäßigkeit* von Strafe nicht begründen.

²⁶² RPh § 101 A (S.194).

²⁶³ Höhle unterscheidet absolute, zeitgebunden–vernünftige und kontingente Normen. *Höhle* (1985), Bd.2, S.481–486.

"Prinzip[s] notwendiger Verkörperung"²⁶⁴ waren. Im Kern geht es um die Frage, ob *Freiheit als solche* (und damit auch Freiheitsentzug) ein historisch kontingentes Konzept ist, oder ob sie ihrem Begriff nach feststeht. In gewisser Weise ist beides zutreffend. Freiheit ist Recht, und Recht basiert auf der Anerkennung des anderen als eines ebenso Freien. Insoweit ist Freiheit strukturdeterminiert. Da sie sich zugleich immer auch realisieren muß, das Eigentum also ebenfalls eine der historischen Kontingenz entzogene Vernunftwahrheit ist, hat Strafe *immer* ein Element der Wegnahme von Interaktionsmitteln. Dazu gibt es keine Alternative. Wegnahme von Interaktionsmitteln bedeutet den Entzug von Eigentum, d.h. Geld, Habe, Körper, Handlungsfreiheit und Leben.²⁶⁵ Damit ist jedoch nicht gesagt, daß sich im Prozeß der Zivilisation keine weiteren Formen von Freiheit (und Strafe) entwickeln können. Fest steht lediglich *umgekehrt*, daß Freiheits-, Geld-, Körper- und Lebensstrafen immer und jederzeit taugliche Strafen sind und bleiben werden. Zum Entzug von Eigentum in dem weiten Sinne, den Hegel dem Begriff beigibt (dominium), gibt es im Rahmen seiner Theorie keine Alternative und keine historische Kontingenz. Alternative Formen der Verbrechensreaktion wie z.B. Sozialarbeit, Täter–Opfer Ausgleich, "Boot–Camp" usw. sind im Rahmen des Hegelschen Modells suspekt. Soweit sie Freiheitsentzug sind, lassen sie sich als Strafen legitimieren. Alles was darüber hinausgeht, und sei es noch so gut gemeint, ist ohne die Einwilligung des Täters erneuter erster Zwang und damit widerrechtlich.

Der Übergang von der Körper- zur Freiheitsstrafe im 18. und 19. Jahrhundert drängt sich einer Deutung im Rahmen der Theorie des vollkommenen Ausdrucks geradezu auf. Die Körperstrafe der frühen Neuzeit trifft die Person als Individuum, macht sie leiden, weckt Furcht und Abscheu beim Publikum. Die Freiheitsstrafe trifft hingegen den Menschen in seiner Realisierung als Person und macht seine Entfaltung unmöglich. Sie antwortet auf widersprüchliche Selbstdefinition, Anmaßung institutioneller Verbindlichkeit und den Mißbrauch von Freiheit als Autonomie. Daher die neue Heimlichkeit im Vollzug, und daher der plötzliche Verzicht auf exzessive körperliche Qual. Foucault hat Recht – zum Teil. Es geht um Kontrolle über Körper, nach wie vor. Aber nicht die wissenschaftliche Kartographierung der Leiber ist das eigentlich Neue, sie ist bloß Symptom. Die wirklich bedeutsamen Momente, die zum Siegeszug der Freiheitsstrafe geführt haben, sind die Umstellung von Außen- auf Innensteuerung ("radikale Freiheit") und das Bild vom *wahren* Menschen als vollkommener Ausdruck eben dieser Autonomie.

e) Die Todesstrafe

So sehr sich Hegel gegen die spezifische Gleichheit von Tat und Strafe verwahrt, bei Mord ist allein die Todesstrafe angemessen. "Wenn nun bei der Vergeltung nicht auf die spezifische Gleichheit gegangen werden kann, so ist dies doch anders beim Morde, worauf notwendig die Todesstrafe steht. Denn da das Leben der ganze Umfang des Daseins ist, so kann die Strafe nicht in einem *Werte*, den es dafür nicht gibt, sondern wiederum nur in der Entziehung des Lebens bestehen".²⁶⁶ Mit den Einwänden Beccarias gegen die Todesstrafe hat Hegel leichtes Spiel, da sie auf dem Vertragsmodell des Staates beruhen, welches – im Rahmen seines Systems – bereits im Ansatz verfehlt ist.²⁶⁷ Beccaria setzt die fertigen, von ihrer Vernunft geleiteten Individuen voraus, ohne die Bedingungen der Möglichkeit ihrer Existenz zu untersuchen.²⁶⁸ Damit greift er zu kurz. Der Mensch kann nur als bereits sozialisierter (d.h. als anerkannter Anerkannter) in die "original position" gelangen, von der aus er den Gesellschaftsvertrag schließen kann. Der andere existiert erst *nach* vollzogener wechselseitiger Anerkennung als potentieller Vertragspartner. Der Vertrag kann die Bedingungen seiner Möglichkeit selbst nicht garantieren. Was er herbeiführen soll, das in

²⁶⁴ Taylor (1983), S.122.

²⁶⁵ Enz § 501 (S.310).

²⁶⁶ RPh § 101 Z (S.196).

²⁶⁷ Beccaria, Über Verbrechen und Strafen (1764), § 16 (S.105-115); Dagegen Hegel in RPh § 100 A (S.190–191). Zu Hegels Kritik an der Theorie des Gesellschaftsvertrags siehe Seelmann (1995), S.33–37, 85–87, 99 ff.; Hösle (1985), Bd.2, S.507 untersucht das Einwilligungsargument.

²⁶⁸ Siehe nur Beccaria, § 2 (S.68-70).

Gesellschaft sozialisierte Individuum, besteht bereits. Der Vertrag ist nichts prinzipiierendes, er ist seinerseits prinzipiiert. Und genau *deshalb* sagt es nichts über die *prinzipielle* Illegitimität der Todesstrafe aus, daß sie *durch den Vertrag* nicht legitimierbar ist.

Auch Höhle hält Hegels Widerlegung Beccarias für stringent. Er ist jedoch der Ansicht, daß Hegels Eintreten für die Todesstrafe mit dem System seiner Rechtsphilosophie nicht vereinbar ist und damit in sich widersprüchlich sei.²⁶⁹ Der Widerspruch liege letztlich darin, daß der Täter nicht unter das Gesetz subsumiert werden könne, das er mit der Mordtat aufstelle, da er nicht vernünftig gehandelt habe. "[N]ach Hegel ist doch wahre Freiheit nur die Freiheit, vernünftig zu handeln; der Verbrecher handelt aber nicht vernünftig, also handelt er nicht frei. Dieser Schluß ist zwingend".²⁷⁰ In der Tat, der *Schluß* ist zwingend, bloß geht er von der unzutreffenden Prämisse aus, daß der Täter alleine über den Status seiner als frei disponieren könne. Hegel hat sich explizit gegen Kants und Fichtes Modell der normativen Selbstbeschädigung des Täters verwahrt. Durch die Tat verliert der Täter seinen Status als Person gerade *nicht*. Als Person anerkannt sein, heißt, *von anderen* als Person anerkannt sein. Dem Täter fehlt die Kompetenz, sich ins Naturhafte zurückzuziehen.²⁷¹ Dem Recht, Person zu sein, korrespondiert die Pflicht, Person zu bleiben. Anerkennung ist ein Gemeinschaftsprojekt, Aberkennung ebenfalls.

Von allen hier untersuchten Philosophen gelingt es allein Hegel, die Todesstrafe konzeptuell in seine Straftheorie zu integrieren. Hobbes scheiterte bei der Begründung an den Limitationen der Vertragstheorie. Kants Versuch war bereits erfolgreicher, und doch konnte er den ontologischen Graben zwischen homo phaenomenon und homo noumenon am Ende nicht plausibel überbrücken. Im Rahmen von Hegels Modell ist die Todesstrafe notwendige Konsequenz der Theorie des vollkommenen Ausdrucks. Es geht nicht darum, daß der Täter im Verhältnis SB_1 – SB_2 die Anerkennung unwiederbringlich zerstört hat. Entscheidend ist, daß der Täter als Person gegenüber dem Staat mit dem Anspruch aufgetreten ist, Mord als institutionelle Handlung auszuführen. *Darin* unterscheidet sich die Tat nicht von anderen Verbrechen. Auch diese stellen das Recht als einzig verbindliche Weltordnung in Frage. Was den Mörder von anderen Verbrechern unterscheidet ist, daß seine Tat den "ganzen Umfang des Daseins" der Freiheit vernichtet, m.a.W. die Realisierung eines im strengen Sinne *unendlich* widersprüchlichen Weltentwurfs ist. Die Realisierung des unendlich widersprüchlichen Willens des Täters muß in dessen vollständiger physischer Vernichtung seine Vollendung finden. Es gibt keinen beständigen Ausdruck für Mord. Mörder *sein* ist dem Begriffe nach unmöglich, es ist eine falsche Existenz, ein bloßer Schein, ein sich selbst aufzehrender Entwurf. Foucault schildert in Überwachen und Strafen eindrucksvoll die (früh-) neuzeitlichen Tötungsfeste.²⁷² Nach der Theorie des vollkommenen Ausdrucks müssen sie als Theaterspiele verstanden werden, welche die Selbsterstörung der Tat am Täter demonstrieren. Der innere Widerspruch des Mordes ist so ungeheuer, daß der Versuch der Realisierung seines Begriffs den Täter regelrecht zerfetzt. Dem vollkommenen Widerspruch des Begriffs entspricht die Disintegration des Fleisches.

²⁶⁹ Höhle (1987a), S.94–97.

²⁷⁰ Höhle, (1987a), S.94.

²⁷¹ Jakobs (1997), S.101-102.

²⁷² Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1975), S.9-89.

B. Anglo-Amerikanische Strafrechtstheorie

I. Einleitung

Eines der auffälligsten Epiphänomene des im Subjektbegriff angelegten Konflikts zwischen der Person und dem Individuum, ist die Ausbildung absoluter und relativer Strafrechtstheorfamilien. Dies gilt für die deutsche Diskussion in gleicher Weise wie für die anglo-amerikanische Strafrechtstheorie, in der sich retributive und konsequentialistische Konzepte gegenüberstehen. Das vielleicht hervorstechendste Merkmal der amerikanischen Diskussion, ist der radikale Einstellungswandel hinsichtlich der Legitimation von Strafe, der sich in den letzten dreißig Jahren vollzogen hat. Eingeleitet durch den abrupten Niedergang des rehabilitativen Ideals in den 1970'er Jahren, stiegen während der folgenden zweieinhalb Jahrzehnte die absolut-retributiven Strafrechtstheorien zur herrschen Meinung auf. Gegenwärtig scheint sich ein weiterer Trendwechsel anzudeuten. Das Erfordernis der Proportionalität zwischen Tat und Strafe weicht zunehmend einer an Abschreckung und Unschädlichmachung orientierten Gesetzgebung. Diese Rückkehr zum Konsequentialismus wird illustriert durch die "Three Strikes" Gesetze, welche Wiederholungstäter mit drakonischen Strafen belegen.¹

Die theoretische Diskussion findet statt vor dem Hintergrund eindrucksvoller statistischer Daten. Kein Land der Welt unterhält mehr Gefängnisse als die USA.² Ende 1996 befanden sich ca. 5,5 Millionen Bürger (2,8% aller Volljährigen) in Straftat oder standen in irgendeiner Form unter Bewährung.³ In Kalifornien hat der Gefängnisetat den von Schule und Universitäten überholt.⁴ Die politische Rhetorik auf Landes- und Bundesebene ist gekennzeichnet von einem Wettlauf um größtmögliche Härte gegen das Verbrechen, an dem auf Landesebene auch die (vom Volk

¹ "Beim dritten Male bist du raus" ("three strikes and you are out") ist eine Anspielung auf die Regel im Baseball nach der ein Spieler, der dreimal den geworfenen Ball mit dem Schläger verfehlt (!) hat, den Abschlag verlassen muß. Der Sache nach handelt es sich um eine zwingende Strafverschärfung für Wiederholungstäter. "Raus" ist man in der Tat, weil auf das dritte Verbrechen im Regelfalle lebenslange Freiheitsstrafe steht. – Nach einer Entscheidung des California Supreme Court kommt es bei den "strikes" weder darauf an, ob sie (a) einschlägig sind, noch (b) auf den jeweiligen zeitlichen Abstand zur Vortat, noch darauf, ob (c) drei Taten im prozessualen Sinne vorliegen. Ein "strike" ist nicht das natürliche Geschehen, sondern die Erfüllung eines Verbrechenstatbestandes. Bei Tatmehrheit ist es also im Prinzip möglich, mit *einer* Tat im prozessualen Sinne alle *drei* "strikes" im materiellen Sinne zu verbrauchen. *People v. Benson*, Supreme Court of California, Urteil vom 14.05.1998, No.S061678. Im Jahre 1997 hatten bereits 23 Staaten "Three Strikes" Gesetze erlassen. Für eine exzellente Diskussion siehe: *Vitiello*, Three Strikes: Can We Return to Rationality?, *Journal of Criminal Law and Criminology* (1997), S.400 ff. und die Tabellen ebd. S.463 ff.

² *Brooks*, *The Politics of Prisons*, Michigan Bar Journal (1998), S.154.

³ U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Correction Statistics, Summary findings 1998 for 1996. (Jeweils aktuelle statistische Informationen finden sich unter: www.ojp.usdoj.gov/bjs).

⁴ Kalifornien zahlt über US\$ 5 Milliarden pro Jahr für die Strafrechtspflege und US\$ 4,3 Milliarden für weiterführende Schulen und Universitäten. Auch wenn Statistiken dieser Art im einzelnen sehr umstritten sind, gibt es am Trend wenig Zweifel. So waren beispielsweise im Jahre 1985 in Kalifornien 7.570 Gefängniswärter beschäftigt. Keine 10 Jahre später (1994) waren es bereits 25.547. Diese Entwicklung beschränkt sich keineswegs nur auf die Westküste. So betrug in Michigan im Jahre 1987 das Budget der Strafrechtspflege US\$ 438 Millionen (3% des Gesamthaushalts). Im Jahre 1997 betrug es US\$ 1,35 Milliarden (16,4% des Gesamthaushalts). *Brooks*, S.154.

gewählten) Richter teilnehmen.⁵ Die Länge der verhängten Freiheitsstrafen liegt statistisch deutlich über europäischen Standards.⁶ Hinzu kommt das Sonderproblem der Todesstrafe. Im Jahre 1997 befanden sich 3.335 zum Tode verurteilte Häftlinge in amerikanischen Gefängnissen, von denen zwischen 1980 und 1998 immerhin 486 hingerichtet wurden, davon 142 in den letzten beiden Jahren (1997-1998).⁷ Die Tendenz ist steigend. Für 1999 wird erstmals seit 1951 wieder mit mehr als 100 Hinrichtungen pro Jahr gerechnet.⁸ Die USA sind damit das letzte Land der westlichen Welt, das die Todesstrafe in großem Stile praktiziert. Dies allein gibt der philosophischen Reflexion eine Dringlichkeit (und einen Hang zur Polemik), welcher der kontinentalen Literatur in dieser Weise fremd ist.

Historisch besehen, trug das Strafrecht der USA gegen Ende des 19. Jahrhunderts ausgeprägt "moderne", d.h. utilitaristisch-instrumentelle Züge.⁹ Im Jahre 1884 stellte der US Supreme Court apodiktisch fest: "Das Ziel der Strafe ist nicht die Buße oder die Sühne für die Tat, sondern die Verhütung künftiger Taten der gleichen Art".¹⁰ Damit war den absoluten Straftheorien eine Absage erteilt. Praxis und Wissenschaft wandten sich der Spezialprävention zu, die in den folgenden Jahrzehnten gewissermaßen zur offiziellen Legitimationsstrategie des Strafrechtssystems wurde. "Keiner ist verloren. Jeder kann rehabilitiert werden, und es liegt an uns als Teilen der Gemeinschaft und der Strafrechtspflege, dafür zu sorgen, daß dies auch tatsächlich geschieht".¹¹ Konsequenterweise steckten die Strafgesetze selbst nur weite Strafraumen, die vom Richter auszufüllen waren.¹² Strafen unbestimmter Länge wurden mit der Einführung der Parole Boards zur Regel.¹³ Das Ziel war, eine dem jeweiligen Täter angemessene Strafe zu finden.¹⁴ Dies war aufgrund seiner massiv

⁵ Nachweise bei *Brooks*, S.155 Fn.24 m.w.N., S.156. Geldstrafen verlieren gegenüber der Freiheitsstrafe spätestens seit den 1980'er Jahren erheblich an Bedeutung. *Kaban*, S.591 ff.

⁶ Vgl. dazu die Studie von *Feeney*, "German and American Prosecutions: An Approach to Statistical Comparison", US. Department of Justice, BJS Discussion Paper, NCJ-166610 (1998). Zu den demographischen und geriatrischen Problemen der durch überlange Haftzeiten immer älter werdenden Gefängnispopulation siehe *Brooks*, S.154 f.; *Vitiello* (1997), S.437 ff. m.w.N.

⁷ U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics: Capital Punishment (Dezember 1997), NCJ-167031.

⁸ In der Zeit von 1930-1949 fanden regelmäßig mehr als 100 Exekutionen pro Jahr statt. Zwischen 1950 und 1967 sank dieser Wert auf 1-2 ab und im Zeitraum von 1968 und 1976 wurde kein Gefangener hingerichtet. Mit dem Jahre 1984 nahm die Exekutionstätigkeit wieder zu (ca. 20-30 pro Jahr) und seit 1994 steigen die Werte stetig an. 1994: 31; 1995: 56; 1996: 45; 1997: 74; 1998: 68. U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics: Capital Punishment (Dezember 1997), NCJ-167031.

⁹ *von Hirsch*, Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory, Maryland Law Review (1983), S.7-8.

¹⁰ *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574, 579 (1884).

¹¹ So das offizielle Statement des New York City Correction Commissioner aus dem Jahre 1972. Zitiert nach: *Malcolm*, A Black Named Correction Chief by Mayor, New York Times, Jan. 20, 1972, A 1. Vgl. weiterhin: "Das gegenüber dem Vergeltungsstrafrecht aufgeklärtere Prinzip der Wiedergutmachung ist eine kluge und angemessene Verfahrensweise, der gefolgt werden sollte." *People v. Walewski*, 234 N.E.2d 9 (Ill.App.,1968).

¹² *von Hirsch* (1983), S.8 ff.

¹³ Im Jahre 1910 wurden die "Parole Boards" auch auf Bundesebene eingeführt. (Act of June 25, 1910, ch. 387, 36 Stat. 819 später kodifiziert unter 18 U.S.C. § 4205(a) (1982), aufgehoben 1984). Zum Ganzen: *Tonry*, Twenty Years of Sentencing Reform: Steps Forward, Steps Backward, Judicature (1995), S.169.

¹⁴ "Bei der Festsetzung der Gefängnisstrafe und bei ihrer bedingten Aussetzung, wird von der Adult Authority erwartet, daß sie die Strafe dem Täter anpaßt und nicht der Tat". *In re Troglin*, 124 Cal.Rptr. 234; 51 Cal.App.3d 434 (1 Dist.,1975); "Nach kalifornischem Recht verhängte Strafen sind auf den einzelnen Gefangenen abzustimmen, um ihn so zu einem besseren Bürger zu machen". *People v. Vargas*, 126 Cal.Rptr. 88; 53 Cal. App.3d 516 (Cal.App. 1 Dist.,1975); "Der Versuch, die Zahl der Häftlinge zu verringern und Rehabilitationsversuche zu intensivieren, ist ein der Strafrechtspflege angemessenes Ziel". *Holder v. Superior Court of San Diego County*, 74 Cal.Rptr. 853; 269 Cal.App.2d 314 (Cal.App. 4 Dist.,1969).

paternalistischen Züge nie gänzlich unumstritten¹⁵, konnte sich aber bis zur Jahrhundertmitte als herrschende Meinung behaupten. Doch dann, binnen weniger Jahre, änderte sich die Situation grundlegend. Es kam zu einer wahren "Explosion der Kritik" am System rehabilitativer Strafen.¹⁶ Liberale Bürgerrechtler, unterstützt von den Strafgefangenen selbst, kritisierten den Mangel an Proportionalität und die nahezu unbegrenzte und kaum reversible Ausübung richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung. Den Höhepunkt der Kritik markierte eine Studie aus dem Jahre 1974, die fünfzig Bundesrichtern zwanzig hypothetische Fälle zur Entscheidung vorlegte.¹⁷ Die Abweichungen waren dramatisch. Das mildeste Strafmaß bei einer Erpressung waren drei Jahre Haft, das höchste zwanzig Jahre und eine Geldstrafe von US\$ 65.000.¹⁸ Die Forderung nach zeitlich bestimmter und homogener Strafzumessung wurde unüberhörbar und mündete schließlich (auf Bundes- und Länderebene) in Gesetzen und Richtlinien, welche das Ermessen der Richter und den Einfluß der Parole Boards drastisch limitierten.¹⁹ Zur gleichen Zeit wuchs die Kritik am rehabilitativen System von konservativer Seite. Rehabilitation wurde als kostspielig, wenig effektiv und "soft on crime" gebrandmarkt. Zunehmende Kriminalitätsangst in der Bevölkerung, lieferte schließlich das Potential für eine Politik der harten Hand.²⁰ Diese kurzzeitige Allianz der politischen Rechten und Linken zu Beginn der 1970er Jahre, markierte das Ende der rehabilitativen Ära.²¹ Legitimationstheoretisch bedeutete dies den Niedergang der bis dahin vorherrschenden konsequentialistischen Strategien. Und so erstarkte der Retributivismus, der zuvor als "einzige moralische Theorie" gegolten hatte, "die, vielleicht mit Ausnahme des psychologischen Hedonismus, von der Kritik endgültig zerstört worden [war]"²², zwischen 1970 und 1990 zur herrschenden Meinung.²³ Der Täter sollte den gerechten Lohn für seine böse Tat erhalten. Machte das Gefängnis aus ihm obendrein einen besseren Menschen, um so besser. Die Legitimität des Strafrechtssystems war jedoch nicht länger von Rückfallquoten abhängig. Der durchgreifende Wandel der Strafpraxis wurde dadurch begünstigt, daß der US Supreme Court bereits im Jahre 1976 dem neuen Programm den Weg zu den Instanzgerichten geebnet hatte. "Retribution", so heißt es in *Gregg v. Georgia*, "ist zwar nicht mehr der bestimmende Zweck des Strafrechts, aber weder (...) ein verbotener Zweck noch einer, der mit unserem Respekt für die Würde des Menschen unvereinbar

¹⁵ Siehe nur: *Morris*, *Persons and Punishment*, *The Monist* (1968), S.475 ff. Umfangreiche Nachweise bei: *Vitiello*, *Reconsidering Rehabilitation*, *Tulane Law Review* (1991), S.1020 ff. Besonders problematisch wurde das Ringen zwischen Richtern und Parole Boards um die Länge der Haftzeiten. Da ein Sträfling üblicherweise erst nach 1/3 verbüßter Zeit begnadigt werden konnte, verhängten Richter häufig exorbitante Strafen in der Erwartung, daß nur ein Bruchteil tatsächlich verbüßt werden würde. Die Einführung der "Echtzeit" (real time) nach der die Haft lediglich durch gute Führung um 15% verkürzt werden konnte, führte zu öffentlicher Empörung über die nunmehr vergleichsweise kurzen Freiheitsstrafen. Zum Ganzen: *Robinson*, *One Perspective on Sentencing Reform in The United States*, *Criminal Law Forum* (1997), S.8-12.

¹⁶ *Garnder*, *The Renaissance of Retribution - An Examination of Doing Justice*, *Wisconsin Law Review* (1976), S.781; Umfassend hierzu: *Vitiello* (1991), S.1014 ff.; *ders.* (1997), S.422 ff.

¹⁷ *Patridge/Eldridge*, *The Second Circuit Sentencing Study* (1974), S.4 ff.

¹⁸ Zu dieser und weiteren statistischen Erhebungen siehe auch *Federal Sentencing Reporter*, Vol.8, No.3 (November, December 1995); *Robinson*, S.6.

¹⁹ Beispielsweise: *Cal. Penal Code* §§ 1170, 3000 (*Deering Supp.* 1992); *Me.Rev.Stat. Ann.* tit. 17-1 §§ 1151-1264 (*West 1964 & Supp.* 1992); *Or.Rev.Stat.* §§ 161.535-.737 (1977). Dazu allgemein: *von Hirsch* (1983), S.31 ff.; *Robinson*, S.1 ff.

²⁰ *Donzinger*, *The Prison-Industrial Complex; What's Really Driving the Rush to Lock 'em Up*, *Washington Post* vom 17. März 1996, Seite C3.

²¹ *Vitiello* (1991), S.1014-1015, 1031.

²² *Mabbott*, *Punishment, Mind* (1939), S.152.

²³ *von Hirsch* (1983), S.10 ff., 23 ff.; *Dolinko* *Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment*, *Law and Philosophy* (1997), S.507; *ders.*, *Three Mistakes of Retributivism*, *UCLA Law Review* (1992), S.1623-1624; *ders.*, *Some Thoughts about Retributivism, Ethics* (1991), S.537.

ist".²⁴ Nach 92 Jahren war damit die Grundsatzentscheidung für den Konsequentialismus aufgegeben. Die Einführung von "determinate sentencing statutes" folgte auf Länderebene binnen weniger Jahre²⁵, und auch die Bundesgerichtsbarkeit orientierte sich spätestens seit 1987 an den "Federal Sentencing Guidelines".²⁶ Praktisch führte der Abschied vom Rehabilitationsmodell zu einem dramatischen Anstieg der Gefängnispopulation.²⁷ Seit Mitte der 1990er Jahre, läßt sich ein erneuter Wandel in der offiziellen Legitimationsstrategie beobachten. Trotz sinkender Kriminalitätsraten, ist der Krieg (!) gegen Drogen und Verbrechen zu einem der dominierenden innenpolitischen Themen sowohl konservativer als auch demokratischer Politik geworden.²⁸ Die Anhebung der Mindeststrafen für Betäubungsmittelkriminalität²⁹, sowie drakonische Maßnahmen gegen bestimmte wenig populäre Tätergruppen (insbesondere Wiederholungs- und Sexualtäter, aber auch jugendliche und geistig behinderte Delinquenten), haben dem Strafrecht mehr und mehr feindrechtliche Züge verliehen.³⁰ Diesem Trend, der 1994-1995 in Kalifornien mit dem "Three Strikes Law" und nur ein Jahr später in der "California Statute", welche die Kastration von Sexual-

²⁴ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 184 (1976), plurality opinion.

²⁵ Vgl. nur: *People v. Caruso*, 207 Cal.Rptr. 221; 161 Cal.App.3d 13; (Cal.App. 4 Dist., 1984) und Cal.Penal Code § 1170(a)(1), enacted by Stats. 1976, c.1139, sec.273, wo es heißt: "Der Gesetzgeber stellt fest, daß der Zweck des Freiheitsentzugs Strafe ist. Diesem Zweck wird am besten durch Strafen gedient, die der Schwere der Tat angemessen sind. (...) Nach dem Recht der zeitlich bestimmten Haftstrafen (determinate sentencing law) ist der Sinn und Zweck des Freiheitsentzugs Strafe; Rehabilitation bleibt trotzdem ein wichtiger, allerdings bloß zweitrangiger Zweck des Freiheitsentzugs".

²⁶ Zur Gesetzgebungsgeschichte umfassend: *Stith/Kob*, *The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of The Federal Sentencing Guidelines*, Wake Forest Law Review (1993), S.223 ff. Eine (verhalten positive) Bewertung der "Federal Sentencing Guidelines" findet sich bei: *Robinson*, S.1 ff. Ausgewogen: *Tonry*, S.169 ff. m.w.N. Kritisch: *Uelmen*, *Federal Sentencing Guidelines: A Cure Worse than The Disease*, *American Criminal Law Review* (1992), S.899 ff.

²⁷ Bureau of Justice Statistics *Correctional Surveys* (1996). Im Jahre 1980 befanden sich (USA-weit) 501.886 Täter in Strafhaft. Im Jahre 1995 waren es 1.577.845. Das entspricht einer Steigerung von ca. 300% in 15 Jahren. – Die Ursachen dieser Entwicklung sind nur zum Teil demographisch bedingt. Politische Faktoren dürften ausschlaggebend sein, insbesondere die Entscheidung der (Landes-) Gesetzgeber im Bereich nicht-gewalttätiger Drogenkriminalität (sowie bei Trunkenheit im Straßenverkehr) die bis dahin üblichen Geldstrafen durch Freiheitsstrafen zu ersetzen. Heute sind nur noch zwei Gewaltverbrechen (Raub und gefährliche Körperverletzung) auf der "Top 10 List" der in Kalifornien verhängten Gefängnisstrafen. Mit deutlichem Abstand an der Spitze liegen der Besitz und der Verkauf illegaler Betäubungsmittel. Zum Ganzen: *von Hirsch / Greene*, *When Should Reformers Support Creation of Sentencing Guidelines?*, *Wake Forest Law Review* (1993), S.331 f., 334 ff.

²⁸ *Finkelman*, *The Second Casualty of War: Civil Liberties and the War on Drugs*, *Southern California Law Review* (1993), S.1389 ff.; *Vitiello* (1997), S.395 ff., S.425 ff.

²⁹ Am Beispiel Michigans: Illegaler Besitz/Verkauf harter Drogen (z.B. Kokain, Heroin und Derivate) von 50-224 Gramm, 10 Jahre Mindeststrafe; 225-649 Gramm, 20 Jahre. Verkauf von 650 Gramm und mehr, lebenslange Haft ohne Aussicht auf vorzeitige Entlassung, MSA § 14.15 (7401) (1998). Weitere Nachweise bei *Brooks*, S.155.

³⁰ Die stenographischen Protokolle der Bundesstaatsparlamente sprechen eine deutliche Sprache. Sexualtäter werden dort als Tiere bezeichnet, die "keinerlei Rechte haben" und das "menschliche Äquivalent zu Giftmüll" sind. Siehe die Zitate bei: *Telpner*, *Constructing Safe Communities: Megan's Law and The Purposes of Punishment*, *Georgetown Law Journal* (1997), S.254. Das Jugendstrafrecht kommentiert in vergleichender Perspektive *Feeney*. Argumente für und wider die Tötung auch geistig behinderter Täter bei *Kozinski / Bright*, *The Modern View of Criminal Punishment*, *American Criminal Law Review* (1997), S.1353 ff. m.w.N.

Wiederholungstätern anordnet³¹, vorläufig kulminierte, steht die absolute Legitimation der Strafe zunehmend im Wege.³² Den Täter allein wegen seiner vermutlichen Gefährlichkeit für die Gesellschaft zu inhaftieren, ist mit einer auf Proportionalität bedachten retributiven Strafzumessungslehre kaum vereinbar. Und so zeigt sich in den Erwägungen des Gesetzgebers und der Gerichte ein Rückfall in konsequentialistische Argumentformen. Diese sind nicht länger paternalistisch am Wohl des Täters ausgerichtet, sondern zielen auf dessen Unschädlichmachung und den Schutz der Gemeinschaft vor gewalttätigen Raubtieren.³³

³¹ Cal. Penal Code § 645 (West Supp. 1997). Wer wegen einer Sexualstraftat, begangen an einem unter 13jährigen Opfer, eine Freiheitsstrafe verbüßt, kann, wenn er auf Bewährung entlassen wird, einer "Depo-Provera" Behandlung (medroxyprogesterone acetate treatment) unterzogen werden, was einer chemischen Kastration gleichkommt. Im Falle einer zweiten Verurteilung muß der Täter die Depo-Provera Injektionen erdulden, es sei denn, er stimmt seiner chirurgischen Kastration zu. Dazu kritisch: *Lombardo*, California's Unconstitutional Punishment for Heinous Crimes: Chemical Castration of Sexual Offenders, *Fordham Law Review* (1997), S.2611. Umfassend: *Winslade et al.*, Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?, *Southern Methodist University Law Review* (1998), S.349 ff.

³² *Vitiello* (1991), S.1030 ff.

³³ *Rideout*, So What's in a Name? A Rhetorical Reading of Washington's Sexually Violent Predator Act, *Puget Sound Law Review* (1992), S.786-787, 798-799. *Vitiello* (1997), S.456.

II. Retributivismus

Die politische Aktualität der absoluten Straftheorien seit den 1970er Jahren, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch hier die unterliegenden philosophischen Probleme zeitlos sind. Die Geschichte des modernen Retributivismus beginnt mit der Arbeit von Mabbott (1939).¹ Zunächst versuchten Quinton (1953), Rawls (1954) und Hart (1959), den darin enthaltenen Angriff auf den Utilitarismus, der als einzige Moraltheorie mit dem Empirismus der analytischen Philosophie kompatibel erschien, zu entschärfen. Der Retributivismus wurde als logische Doktrin der Rechtsanwendung interpretiert und in den Kontext utilitaristischer Strafzwecklehren gestellt. Mit Morris (1968), Murphy (1973) und Kleinig (1973) emanzipierte sich der Retributivismus schließlich als substantielle sittliche Doktrin. Die Angemessenheit des dem Utilitarismus unterliegenden Subjektmodells wurde in Zweifel gezogen.² Nicht gesellschaftlichen oder individuellen Nutzen habe das Strafrecht zu garantieren, sondern daß der Täter den "gerechten Lohn" (just desert) für seine böse Tat erhalte. Parallel zur Entwicklung der diese Metapher illustrierenden "benefit and burden" Theorien, haben Feinberg (1965) und Skillen (1980) den Boden bereitet, für den straftheoretischen Expressivismus, der gegenwärtig als vielversprechendster Strang der retributiven Doktrin gelten kann. Das Unrecht der Tat wird in dem kommunikativ relevanten Angriff auf den sittlichen Wert der Person gesehen und nicht in einem mehr oder minder abstrakten Güterschaden des Opfers oder einem "unfairen Vorteil" des Täters. Dem Angriff des Täters auf den normativ verbindlichen Weltentwurf, muß widersprochen werden. Das zentrale Problem ist, ob dieser Widerspruch zu seiner Manifestation harter Behandlung bedarf oder nicht.

1. Das Konzept verdienter Strafe

Spricht man von Strafe, so assoziiert man üblicherweise fünf Elemente, die den Kern des Begriffs oder das *Konzept von Strafe* umreißen. Strafe im eigentlichen Sinne ist (1) ein Übel, welches (2) intentional (3) von einer dafür eingesetzten, zuständigen Stelle (4) für einen Normbruch (5) gegen den Normbrecher verhängt wird.³ Dieses Konzept der Strafe ist eng verwandt mit dem des Verdienens.⁴ Strafe und Verdienst verweisen aufeinander, kann man doch den einen Begriff kaum

¹ Mabbot, S.152-167.

² Murphy, *Marxism and Retribution* (1973), S.96-97.

³ Diese sog. "Flew-Benn-Hart" Definition ist weitgehend akzeptiert, wenn auch zahllose Detailkorrekturen vorgenommen werden. *Flew*, *The Justification of Punishment* (1954), S.85-89; *Hart*, *Prolegomenon to The Principles of Punishment* (1959), S.4-5; *Rawls*, *Two Concepts of Rules* (1955), S.112; *Primoratz*, *Justifying Legal Punishment* (1989b), S.1; *Falls*, *Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons, Law and Philosophy* (1987), S.42; *Kleinig*, *Punishment and Moral Seriousness, Israel Law Journal* (1991), S.402-405; *Honderich*, *Punishment: The Supposed Justifications* (1969), S.1-6. Der Sache nach findet sich die Definition bereits im *Leviathan*, 28. Kap., S.237 ff.

⁴ Gewonnen wird das genannte, rein deskriptive Konzept von Strafe aus einer Reihe von Experimenten mit dem Sprachgefühl (Vgl. *Sher*, *Desert* (1987), S.6 ff.). Wenn ein Täter (ad 1) für seine Tat "bezahlte Ferien mit hübschen Mädchen und gratis Champagner" bekommt, dann ist das "sicherlich keine Strafe", selbst wenn es von einem Richter verordnet wird (*Wilson*, *Thinking With Concepts* (1963), S.97). Und auch wenn es heute auf "körperliche Qualen" nicht mehr ankommt, so soll Strafe doch immer und notwendig etwas sein, "was Menschen nicht zugefügt bekommen wollen" (*Primoratz* (1989b), S.1-2). Entscheidend ist weiterhin (ad 2), daß das Übel intentional zugefügt wird. "Ungewollte Kinder und Geschlechtskrankheiten mögen Nachteile von, nicht aber Strafen für wahllose Sexualbeziehungen sein" (*Flew*, S.86). Und nicht jedermann darf das Übel zufügen (ad 3). Um Strafe handelt es sich, wenn der *Richter* den Räuber zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, nicht aber, wenn der *Beraubte* den Räuber verfolgt und bei sich im Keller einsperrt. Im letzteren Falle wird man von Rache sprechen müssen (*Flew*, S.87). Wenn (ad 4) der Richter einen Mann ohne jeden Grund ins Gefängnis steckt, dann kann man dies ebenfalls nicht mehr Strafe nennen, denn Strafe ist ein Übel, das man für einen Normbruch zugefügt bekommt (*Primoratz* (1989b), S.3). Schließlich (ad 5)

sinnvoll verwenden, ohne auf den jeweils anderen Bezug zu nehmen. "Hans hat seine Strafe verdient", ist ein intuitiv verständlicher Satz, in dem sowohl "Strafe" als auch "verdient" korrekt und das heißt unauffällig verwendet werden. Analysiert man Sätze dieser Art ("Hans verdient Schläge, weil er Mutters Portemonnaie gestohlen hat" oder "Hans verdient eine 'Eins' für seinen Aufsatz" usw.) so läßt sich folgende Minimalstruktur isolieren, welche allen Sätzen zugrundeliegt, in denen der Begriff kompetent verwendet wird: *X verdient A für B*.⁵ Dieses Konzept des Verdienens bringt eine charakteristische temporale Relation zum Ausdruck. Wer von Verdienst [A] spricht, nimmt immer auf ein vergangenes Ereignis [B] Bezug.⁶ Es machte wenig Sinn zu sagen: "Hans [X] verdient Prügel [A] für die Äpfel, die er morgen stehlen wird [B]". Diese begriffslogische Vergangenheitsorientierung verschränkt das Konzept des Verdienens mit Element (4) des Strafkonzpts, nach dem Strafe allein für einen (erfolgten) Normbruch verhängt werden kann. Der Satz: "X verdient Strafe für den Bruch einer Norm" kann somit als konzeptuell notwendiger Mindestgehalt einer retributiven Straftheorie isoliert werden. Hinter dem Erfordernis, auf ein vergangenes Ereignis Bezug nehmen zu müssen, verbirgt sich weiterhin ein Begründungsanspruch. Der Satz: "X verdient Prügel [A], einfach nur so", ist paradox, denn ohne jeden Grund kann man nichts verdienen.⁷ Die bis heute maßgebliche Analyse dieser begründungslogischen Struktur hat

wird man an korrekter Begriffsverwendung zweifeln, wenn B für die Tat des A "bestraft" wird. Wenn nicht einmal der Richter daran glaubt, daß B der Täter ist, dann geht nur noch darum, jemanden zum Sündenbock zu machen (*Flew*, S.86; *Primoratz* (1989b), S.3). Der leitende Gedanke hinter dieser Klärung des Sprachgebrauchs ist, daß man zunächst einmal definieren müsse, was Strafe überhaupt ist, bevor man über ihre Legitimation nachsinnen könne. Was Strafe *ist*, das sei eine konzeptuelle Frage, die einer deskriptiven Antwort bedürfe, welche die im unreflektierten Sprachgebrauch bloß intuitiv befolgten Anwendungsregeln des Begriffs expliziere (*Flew*, S.84-85; *Armstrong*, *The Retributivist Hits Back* (1961), S.140-141). Wie das auf diese Weise gewonnene Konzept von Strafe legitimierbar ist, sei dem gegenüber eine methodisch nachrangige, normative Frage (*Wilson*, S.23, 96 ff.). Natürlich ist diese Trennung höchst problematisch, da es ja gerade darum geht, herauszufinden, *was* legitimierbar ist, um so den *normativen* Anwendungsbereich von Strafe überhaupt erst bestimmen zu können (*Kleinig*, *Punishment and Desert* (1973), S.10 ff.). Wenn beispielsweise "harte Behandlung" als essentielles (das heißt konzeptuell notwendiges) Element von Strafe bereits in die Definition des Untersuchungsgegenstandes eingeht (ad 1), dann ist damit eine Vorentscheidung hinsichtlich der Legitimationsstrategie getroffen. Wer Strafe als harte Behandlung und diese als *Übel* begreift, der legt ein Konzept des Subjekts als Individuum zugrunde. Das relevante Ordnungsschema von Lust und Unlust zwingt letztlich zu konsequentialistisch-vikarischer Legitimation. Hier verbirgt sich die *petitio principii* bereits in der Methodenwahl. Ganz unabhängig davon fragt sich, warum ausgerechnet die *sprachlich* indizierte Verwandtschaft bestimmter Konzepte bedeutsamer sein soll, als ein transzendentalphilosophischer oder in sonstiger Weise fachtheoretisch begründeter Zusammenhang. Was gestern eine analytische Wahrheit war, mag heute bereits synthetisch sein. (Vergleiche nur *Wilson*'s Kommentar zu den Prügeln, die der Schulleiter einem Knaben verabreicht, der ein Fenster zerbrochen hat: "Nun, wenn *das* kein Beispiel für [Strafe] ist, dann gibt es keines". Das mag man bereits heute anders sehen. *Wilson*, S.28, 96.) – Darüber hinaus ist für das Verständnis und erst recht für den Versuch der Legitimation einer Institution oft ebenso bedeutsam, was *nicht* gesagt wird, entweder, weil es systematisch verschwiegen wird (Foucault), oder weil es bereits dadurch, daß etwas anderes gesagt ist, immer schon mitbedeutet ist – das notwendige Selbstverständnis des Sprechers und die diesem zugrundeliegende soziale Ontologie beispielsweise. *Weissmabr*, *Ontologie* (1991), S.35 ff.

⁵ *Falls*, S.38; *Kleinig* (1973), S.51 ff.; *Scheid*, *Davis*, *Unfair Advantage Theory, and Criminal Desert, Law and Philosophy* (1995), S.401; *Lamont*, *The Concept of Desert in Distributive Justice, The Philosophical Quarterly* (1994), S.45-46, 49 f. Eine Liste mit 15 Sätzen dieser Art und eine Diskussion ihrer Eigenarten präsentiert *Sher*, S.6-8.

⁶ *Hare* (1986), S.213; *Quinton*, *On Punishment* (1954), S.137; *Falls*, S.39; *Scheid*, S.403 Fn.58; *Sadurski*, *Giving Desert its Due* (1985), S.118; *Sher*, S.5; *von Hirsch* (1983), S.23-24.

⁷ *Feinberg*, *Justice and Personal Desert* (1963), S.58; *Kleinig* (1973), S.25.

Joel Feinberg vorgelegt.⁸ Eine Person X muß folgende Bedingungen erfüllen, damit man im vollen Sinne des Wortes sagen kann, sie habe etwas [A] verdient: (a) X muß prinzipiell für A in Frage kommen (eligibility condition); (b) X muß sich für A qualifizieren (qualifying condition); (c) X muß es "wert" sein, A tatsächlich zu erhalten (desert base). Besonders bedeutsam ist die sorgfältige Unterscheidung zwischen (b) und (c), weil sich hinter ihr verschiedene Standards der Legitimation verbergen. Feinberg illustriert dies am Beispiel eines Wettkampfes.⁹ Wenn X als erster die Ziellinie passiert, so hat er den Lauf gewonnen (qualifying condition). Damit erhält er einen Anspruch auf den Preis (entitlement).¹⁰ Ob X ein *würdiger* Sieger ist, hängt davon ab, in welchem Maße er tatsächlich über die Attribute verfügt, deren Exzellenz zu prämiieren der Wettkampf veranstaltet wurde. Das muß auch bei einem Sieger nicht immer der Fall sein. So mag X als mäßiger Läufer nur deshalb gewonnen haben, weil sich die Spitzenläufer bei einem Sturz verletzt haben. Hier ist Glück die Erklärung für mangelnden Verdienst bei gleichzeitiger Erfüllung der Qualifikationsbedingung. Ähnliches gilt im Strafprozeß. Dieser bestimmt das Urteil als Qualifikationsbedingung für Strafe. Im Falle eines Justizirrtums fehlt es am Verdienst. Trotzdem ist die Strafe rechters. Denn für die Erfüllung der *rechtlichen* Qualifikationsbedingung genügt es zu zeigen, daß X in einem fairen Prozeß zu einer Geldstrafe verurteilt wurde. Um dieses Ergebnis *moralisch* zu legitimieren, muß man nach dem wahren (absoluten) Verdienst fragen.¹¹ Darüber hinaus verbirgt sich hinter dem Begriff des Verdienens ein Minimalkonzept objektiver Zurechnung und damit, wenn auch meist unbemerkt, zugleich der Kern einer Subjektstheorie.¹² X muß für den Eintritt von B verantwortlich gemacht werden können. Erneut ist der gewöhnliche Sprachgebrauch das Kriterium. Da der Satz, "Hans [X] verdient Prügel [A] für das Regenwetter [B]", wenig Sinn macht, läßt sich folgern, daß Zurechnung ein Element von Freiwilligkeit und Beherrschbarkeit des Geschehensablaufs enthalten muß. Schließlich wird von einigen Autoren auch das Prinzip der Proportionalität zur logischen Struktur des Verdienst-Konzepts gezählt.¹³ "Hans [X] verdient den Tod [A], für die Äpfel, die er gestohlen hat [B]" widerspricht dem Sinn für Angemessenheit, der einer kompetenten Sprechergemeinschaft empirisch attestiert wird. Fügt man die Ergebnisse dieser Analyse des Redens über "Strafe" und "Verdienst" zusammen, so ergibt sich das Grundkonzept einer jeden retributiven Straftheorie: Strafe ist das von einer zuständigen Stelle für eine vergangene und zurechenbare Tat intentional gegen den Täter verhängte und der Bedeutung seiner Tat angemessene Übel. Sind diese Bedingungen erfüllt, so hat der Täter seine Strafe verdient.¹⁴

2. Logischer Retributivismus

Mabbotts Aufsatz "Punishment" aus dem Jahre 1939¹⁵ leitete die Renaissance retributiver Straftheorien in der englischsprachigen Rechtsphilosophie ein.¹⁶ Vordergründig enthält diese Arbeit

⁸ Feinberg (1963), S.55-94.

⁹ Feinberg (1963), S.64 ff.

¹⁰ Sadurski (1985), S.119 ff.

¹¹ Kleinig (1973), S.28-34. Hier endet die Konzeptanalyse, und die eigentliche Arbeit der Moralphilosophie beginnt. Sie muß die Kriterien für "wahren Verdienst" bestimmen, welche Richtschnur und Maßstab für die Adäquanz der Qualifikationsbedingung (der Gerechtigkeit des Rechts) ist. Dazu eingehend: Lamont, S.45 f.

¹² Sber, S.150-174.

¹³ Rawls, S.107; Falls, S.25, 41; Scheid, S.403; Nozick, Philosophical Explanations (1981), S.367; von Hirsch (1983), S.24-25.

¹⁴ Falls, S.25; Davis, How to Make The Punishment Fit The Crime, Ethics (1983), S.727; Sadurski (1985), S.233; Nozick (1981), S.369.

¹⁵ Mabbott, S. 152-167.

¹⁶ Henke, Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis (1990), S.1-2.

einen Frontalangriff auf den Utilitarismus als Legitimationstheorie für Strafe.¹⁷ Wer sich anschickt, eine soziale Organisation zu gründen, einen Staat oder eine Schule, der muß laut Mabbott zwei Fragen beantworten. Erstens, sollen überhaupt Regeln aufgestellt werden? Und zweitens, wenn ja, welche?¹⁸ Die erste Entscheidung ist genuin. In kleinen Gruppen mag man auf eine generelle Regelung überhaupt verzichten und Konflikte in ad hoc Verhandlungen lösen. Dieses Modell hat jedoch praktische Grenzen. Komplexe und auf Zeit angelegte Sozialbeziehungen werden sinnvollerweise durch generell-abstrakte Regeln organisiert. Entscheidet sich daher der Schul- oder Staatengründer, zum Gesetzgeber zu werden, so muß er Folgeentscheidungen treffen: welche Stundenpläne er erlassen soll, nach welchen Grundsätzen die Disziplin aufrechtzuerhalten ist und vieles mehr. Hier hat der Gesetzgeber weites Ermessen. In einer Hinsicht jedoch ist er nun nicht mehr frei. *Wenn er Gesetze gibt, dann muß er deren Übertretung bestrafen.*¹⁹ Daraus folgt, daß Strafe ihrer inneren Logik nach keine Konsequenz der *Gesetzgebung* ist. Der Zustand idealer Normbefolgung ist theoretisch ohne weiteres denkbar. Strafe ist Folge des *Gesetzesbruchs*. Der Gesetzgeber schafft nur eine notwendige Bedingung, unter der Strafe begrifflich überhaupt erst möglich wird. Letztendlich herbeigeführt wird sie durch den *Gesetzesbrecher*. Dies macht die Antwort auf die Frage nach der Legitimation von Strafe einfach. "Die alleinige Rechtfertigung, einen Mann zu strafen, ist, daß er ein Gesetz gebrochen hat".²⁰

Läßt man offensichtliche Verkürzungen beiseite, wie die Identifikation des Gesetzesbegriffs mit dem des Strafgesetzes, so ist offenbar, daß Mabbott hier ohne weitere Begründung vom logischen Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge auf den ontologischen zwischen Tat und Strafe schließt.²¹ Dies allerdings verwechselt die Lösung mit dem Problem. Daß die Rechtsfolge eintritt, wenn der Tatbestand erfüllt ist und daß in diesem Sinne die Existenz der Norm logische Voraussetzung der Rechtsfolge ist, ist eine triviale analytische Wahrheit, die keiner "Legitimation" bedarf. Und Mabbotts Antwort auf die Frage, *welche* Tatbestände die Rechtsfolge Strafe anordnen sollen (d.h. welches Verhalten legitimerweise bestraft werden soll), ist für eine retributive Straftheorie geradezu desaströs. Die Entscheidung über den Norminhalt, so heißt es da, "wäre 'utilitaristisch' in dem Sinne, als sie von Folgeerwägungen geleitet würde. Die Frage 'Welche Regeln?' stellte sich erneut und wieder geht es um ein utilitaristisches Problem".²² Entgegen seinem ursprünglichen Ziel, präsentiert Mabbott somit keine retributive Straftheorie, sondern ein positivistisches Rechtsanwendungsmodell im Rahmen einer utilitaristischen Theorie der Gesetzgebung. Mabbotts Quasi-Retributivismus "ist keine moralische sondern *eine logische Doktrin*, die keine (...) Rechtfertigung für die Zufügung von Strafe liefert, sondern den Gebrauch des Wortes erklärt".²³ Daß damit die normative Dimension des Legitimationsproblems verfehlt wird, ist offensichtlich. Diese methodisch bedingte Verengung des Blickfeldes ist auch für die Arbeiten von John Rawls, R.M. Hare und (in geringerem Maße) H.L.A. Hart kennzeichnend.

John Rawls hat mit seinem Aufsatz "Two Concepts of Rules" (1954) die klassische Formulierung der logisch-retributiven Rechtsanwendungstheorie im Rahmen eines (regel-) utilitaristischen Konzepts der Gesetzgebung vorgelegt.²⁴ Untersucht man die normative Frage, warum der Dieb bestraft werden soll, so zeigt sich, daß sie je nach Kontext an verschiedene Instanzen gerichtet wird. Fragt man den Richter, so wird man die Antwort erhalten: "[W]eil er das Gesetz gebrochen hat (Vergangenheit)".²⁵ Fragt man hingegen den Gesetzgeber, so wird dieser erwidern: "Weil man die

¹⁷ Mabbott, S.152.

¹⁸ Mabbott, S.164.

¹⁹ Mabbott, S.164.

²⁰ Mabbott, S.158. Zu den von Mabbott übersehenen subjektstheoretischen Voraussetzungen des "volenti non fit iniuria" Arguments siehe oben, S.18, 27.

²¹ Vergleiche zu diesem Problem die Ausführungen Kants, oben S.36 f.

²² Mabbott, S.164.

²³ Quinton, S.134, 137. Hervorhebung von mir.

²⁴ Rawls, S.106; Primoratz (1989b), S.119.

²⁵ Rawls, S.108.

guten vor den bösen Menschen beschützen will".²⁶ Der Richter blickt (retributiv) in die Vergangenheit und der Gesetzgeber (konsequentialistisch) in die Zukunft.²⁷ Utilitarismus und Retributivismus sind somit nur scheinbar kontradiktorische Positionen. "Man versöhnt die beiden Standpunkte mit dem altehrwürdigen Rezept, sie auf verschiedene Situationen anzuwenden"²⁸, oder genauer: sie als Operationsmodi verschiedener Institutionen auszuweisen. Damit ist, so Rawls, zweierlei gewonnen. Zum einen hat die retributive Intuition ihren Platz im System der Rechtsanwendung gefunden, und zum anderen kann der Utilitarismus sich nunmehr gegen den Vorwurf verteidigen, er sanktioniere die Bestrafung Unschuldiger.²⁹

Zwei Strategievarianten stehen dieser Verteidigung zur Wahl. *Erstens*: Wenn der Richter das Recht bricht, um durch die Verurteilung eines Unschuldigen den Mob zu besänftigen, so kann man schon gar nicht sinnvoll fragen, ob dies nach utilitaristischen Maßstäben gut war oder nicht, weil per definitionem "das utilitaristische Prinzip sich auf die Institution [des Strafrechts] bezieht" und nicht auf den konkreten Einzelfall.³⁰ *Zweitens*: Wollte der Gesetzgeber ein Gesetz erlassen, welches in Härtefällen gestattet, einen Sündenbock auszusondern und ins Gefängnis zu werfen, so "wäre eine utilitaristische Rechtfertigung dieser Institution [die Rawls "Telishment" nennt] in höchstem Maße unwahrscheinlich"³¹, denn "es ist offensichtlich, daß das Volk eine sehr verschiedene Stellung zum System des Strafrechts einnehmen wird, wenn man diesem Telishment beifüge. So wird man unsicher werden, ob gegen einen Verurteilten Strafe oder Telishment verhängt wurde. Man wird sich fragen, ob man ihn bedauern soll – und ob dieses Schicksal nicht jeden zu jeder Zeit treffen kann".³²

Weder die erste noch die zweite Variante dieses (Gegen-) Arguments kann überzeugen. Wenn Rawls behauptet, daß das Tun des Richters prinzipiell außerhalb des Blickfeldes utilitaristischer Theorie liege, versucht er, eine Definitionssperre zu errichten (definitional stop).³³ Diese ist insofern von Interesse, als Rawls nicht, wie üblich, den Begriff der Strafe unter Ausschluß theoretisch problematischer Fälle definiert (Telishment), sondern den Begriff des Utilitarismus unter Ausschluß einer theoretisch problematischen Instanz (Richter). Jedoch ist damit nichts gewonnen, da zwischen legislativem Regelutilitarismus und richterlichem Aktutilitarismus im Ergebnis kein Unterschied besteht.³⁴ Rawls unterstellt, daß regelutilitaristische Erwägungen zu anderen Ergebnissen führen, als am Einzelfall orientierte Entscheidungen. In einem statistisch-praktischen Sinne mag das durchaus zutreffen. Nur selten werden dem Richter alle relevanten Informationen zugänglich sein. Seine Prognosekapazität wird oftmals hinter der des Gesetzgebers zurückbleiben. Und doch ist dies begründungstheoretisch kein Argument. Wenn es allein darum geht, das gemeine Wohl (oder ein sonstiges kontingentes Gut) möglichst effektiv zu befördern, so kann dies durch das Befolgen eines klugen Gesetzes ebenso geschehen, wie durch den Bruch eines unklugen. Für den Regelutilitaristen hat das Gesetz den Charakter einer statistisch bewährten Proposition, mehr ist es nicht. Daß die Befolgung einer gesetzlichen Regel durch den Richter ein Wert an sich sei, kann der Utilitarist nicht behaupten, da seinem Subjekt das Vermögen zu nutzenwidriger Obligation fehlt.³⁵ Das gesetzliche Gebot steht als hypothetischer Imperativ unter der Bedingung der Gemeinwohlförderlichkeit. Damit allerdings ist bereits entschieden, daß Akt- und Regelutilitarismus sich nicht substantiell unterscheiden, sondern lediglich im Grade der Abstraktion. Ob das gemeine Wohl durch Befolgung einer statistisch bewährten Regel oder in

²⁶ Rawls, S.107.

²⁷ Rawls, S.108.

²⁸ Rawls, S.109.

²⁹ Rawls, S.111.

³⁰ Rawls, S.113.

³¹ Rawls, S.113.

³² Rawls, S.113.

³³ Hart (1959), S.5-6; Primoratz (1989b), S.51 ff., 123.

³⁴ Ten, Crime, Guilt, and Punishment (1987), S.69-71; Primoratz (1989b), S.120-122.

³⁵ Dazu oben, S.18, 27.

Abweichung von ihr bewirkt wird, ist im Erfolgsfalle gleichgültig. Und auch die zweite Variante des Rawlsschen Arguments kann nicht überzeugen. Das Sündenbock-Gesetz ist nur deshalb nicht legitimierbar, weil es publiziert wird. Die Unsicherheit im Volk entsteht, weil man von der Praxis und ihren Institutionen *weiß*. Gäbe ein geheimes Legislativkomitee dem Richter im jeweiligen Falle eine telefonische Order mit Gesetzeskraft, so ließe sich auch aus regelutilitaristischer Perspektive moralisch nichts gegen die Praxis von Telishment vorbringen.³⁶ Mabbotts ironischer Ratschlag gilt auch hier: "Keep it dark".³⁷ Auch Rawls kann den Einwand der möglichen Bestrafung Unschuldiger nicht ausräumen. Sein Versuch der Synthese löst den (logischen) Retributivismus in einer utilitaristischen Theorie erster Ordnung auf.³⁸

Anders als Rawls und Hare vermeidet es H.L.A. Hart, den Retributivismus als genetischen Utilitarismus zu porträtieren. Zunächst unterscheidet auch er zwischen der Legitimation des Strafrechts als solchem ("general justifying aim"), und der Legitimation einzelner Urteile ("distribution").³⁹ Begründungslogisch sind diese Fragen voneinander unabhängig: "Viel

³⁶ *Mabbott*, S.155 ff; *Primoratz* (1989b), S.127; dies verkennt *Hart* (1959), S.12.

³⁷ *Mabbott*, S.157.

³⁸ Dies gilt auch für die Straftheorie, die *Hare* in *Moral Thinking* (1981) und *ders.* (1986), S.211-223 entwickelt hat. Die prospektiven Konsequenzen unseres Tuns entscheiden danach (im Rahmen gewisser formaler Bedingungen, die unter Berufung auf Kant entwickelt werden) über dessen moralischen Status (*Hare* (1986), S.218-219). Die Grundform des utilitaristischen Kalküls orientiert sich am Einzelfall (ebd. S.221). Verfügten wir jederzeit über ungetrübten Verstand, vollkommene Kenntnis der relevanten Sachverhalte, ausreichend Zeit, Muße und emotionale Distanz zum Geschehen, so stünde einer kritischen Kosten-Nutzen Evaluation unseres Tuns prinzipiell nichts im Wege (ebd. S.219-220). Diese Idealbedingungen sind jedoch praktisch nicht zu haben. Üblicherweise verfügen wir weder über ausreichende Information, noch über die Zeit, uns kritischem Denken zu widmen. Daher haben sich Faustregeln moralischen Handelns entwickelt, die zu befolgen im Regelfalle gut und richtig ist. Moralisches Denken spielt sich somit auf zwei Ebenen ab, auf einer ideal kritischen und auf einer intuitiv alltäglichen (ebd. S.218-219). Die Pointe ist nun, daß die ihrer Natur nach regelutilitaristischen Alltagsprinzipien aus der Teilnehmerperspektive oft treffender als deontologisch oder (im Falle des Strafrechts) retributiv inspiriert beschrieben werden. (*Hare* (1981), S.162-163). Unter anderem handelt es sich um die Prinzipien, keine Unschuldigen zu bestrafen, rechtliches Gehör zu gewähren, die Zeugen in einer Weise zu vernehmen, daß die Wahrheit ans Licht kommt usw. Daraus folgt, daß der Widerspruch zwischen Utilitarismus und (phänotypischem) Retributivismus letztlich nur ein scheinbarer ist. Die Retributivisten haben recht auf einer intuitiven und die Utilitaristen auf einer kritisch rationalen Ebene (*Hare* (1981), S.162-163). Das kritische Denken ist Aufgabe des Gesetzgebers (*Hare* (1986), S.218). Der Richter hingegen, beschränkt wie er ist, tut gut daran, seinem Judiz zu folgen, dem intuitiven Sinn für das Richtige (ebd. S.218). *Hare* selbst charakterisiert diese Theorie als "act-cum-rule-utilitarianism" (ebd. S.220). Geht man dem phänotypischen Retributivismus auf den Grund, so kann man ihn ohne Rest im Kosten-Nutzen Alphabet des Utilitarismus buchstabieren (ebd. S.221). Der Richter soll nur *deshalb* seinem retributiven Gefühl folgen, *weil* dies in seiner Situation (Informationsdefizit, Zeitdruck) mit größerer Wahrscheinlichkeit zu guten Ergebnissen führt, als ein hastiger Versuch im kritischen Denken. Die gleichen Einwände, die oben gegen Rawls' Modell vorgebracht wurden, gelten auch hier. Verfügt der Richter über die relevanten Fakten und die zu ihrer sorgfältigen Analyse notwendige Zeit, so wird er sein intuitives Judiz kritisch überprüfen. Sollte sich hier eine Abweichung von der Regel aufdrängen (zum Beispiel im klassischen Fall, daß mörderischer Tumult nur durch die Bestrafung eines Unschuldigen abgewendet werden kann), so steht dem auch das Gewissen des Richters nicht im Wege, da dieses ebenfalls kalkulatorisch verfährt. Ist der Richter überzeugt, daß seine Prognose des allgemeinen Nutzens zutreffend ist (wenn beispielsweise er allein von der Unschuld des Angeklagten weiß und dieser sofort nach dem Spruch hingerichtet werden würde, so daß Publizität nicht zu befürchten steht), so *kann* er keine Gewissensqualen leiden, da er das moralisch Gesollte tut. Zusammenfassend: *Primoratz* (1989b), S.129-137.

³⁹ *Hart* (1959), S.8-11, 11-13.

verwirrende Spiegelfechtereie zwischen Utilitaristen und ihren Gegnern könnte vermieden werden, wenn man nur einsähe, daß es vollkommen konsistent ist, zu behaupten, daß *sowohl* das generell legitimierende Ziel der Praxis von Strafe in ihren nützlichen Konsequenzen bestehen kann [Utilitarismus], *als auch*, daß die Verfolgung dieses Ziels qualifiziert oder beschränkt werden sollte, durch [retributive] Verteilungsprinzipien, welche verlangen, daß nur der Täter für seine Tat bestraft werden soll".⁴⁰ Und doch, so Hart nun gegen Rawls, läßt sich der Retributivismus nicht im Utilitarismus auflösen⁴¹, mit der Folge, "daß jede moraisch akzeptable (...) [Straftheorie sich] (...) als (...) Kompromiß zwischen distinkten und teilweise konfligierenden Prinzipien darstellen muß".⁴²

Harts Modell leidet an den Defiziten jeder Vereinigungstheorie, die Jakobs folgendermaßen auf den Begriff gebracht hat:⁴³ Ist der Kompromiß harmonisch, "so greift die Vereinigungstheorie zu kurz, da sie das harmoniestiftende Moment nicht nennt, ja nicht einmal sucht".⁴⁴ Ist der Kompromiß hingegen Ausdruck grundsätzlicher Unvereinbarkeit, "so geht es eben nicht um eine additive Vereinigung, sondern um ein wechselseitiges Paralisieren des Zusammengebrachten".⁴⁵ Die Person steht instrumenteller Behandlung nicht nur im Einzelfall, sondern prinzipiell (und damit *immer*) im Wege. Daß Harts Theorie im Ergebnis unbrauchbar ist, ändert nichts an ihrer Bedeutung, die sie als Durchgangsstadium im Prozeß der Emanzipation retributivistischer Doktrin erlangt hat. Während Mabbott, Quinton und Rawls dem Retributivismus seinen *normativen* Charakter absprachen, so erkennt Hart ihn erstmals wieder als substantielle sittliche Lehre an. Dies ebnete den Weg für die Arbeiten von Morris (1968) und Murphy (1973). Der Retributivismus befreite sich im folgenden aus seiner nachgelagerten Rolle, kalkulatorische Exzesse zu begrenzen, und wurde mit der "benefit and burden" Theorie zum "general justifying aim" des Strafrechts.

3. Kosten, Nutzen, Fairneß

Die "benefit and burden" Theorie hat sich als das wohl einflußreichste Modell zur Analyse und Erklärung des Konzepts verdienter Strafe erwiesen.⁴⁶ In den 1970'er und 1980'er Jahren war sie zu "der Interpretation geworden, mit der man sich auseinanderzusetzen hat, unabhängig davon ob man für oder gegen den Retributivismus argumentiert".⁴⁷ Der Sache nach altbekannt, hat das Modell durch die Arbeiten von Morris (1968) und Murphy (1973) seine moderne Gestalt bekommen.⁴⁸ Die "benefit and burden" Theorie geht davon aus, daß das Leben im Staat sowohl Vorteile bietet als auch Nachteile hat. Die Vorteile bestehen im Schutz vor Übergriffen anderer, die Nachteile in Beschränkungen der natürlich bestehenden Handlungsfreiheit – man darf nicht auf andere übergreifen.⁴⁹ So lange die Vorteile die Nachteile überwiegen, ist es klug, in diesem Arrangement zu

⁴⁰ Hart (1959), S.9.

⁴¹ Ten, S.82.

⁴² Hart, Punishment and Responsibility (1968), S.1.

⁴³ Jakobs, Zur gegenwärtigen Straftheorie (1996), S.4; Siehe auch: Lacey, State Punishment. Political Principles and Community Values (1988), S.48 ff.; Robinson, S.18-27.

⁴⁴ Jakobs (1996), S.4.

⁴⁵ Jakobs (1996), S.4.

⁴⁶ Falls, S.26; Duff (1996), S.26. Andere Bezeichnungen für die "benefit and burden" Theorie sind "theory of reciprocity", Murphy, Kant: The Philosophy of Right (1970a), S.142; Falls, S.26, "unfair-advantage theory", Scheid, S.375 ff., und "fairness theory".

⁴⁷ Falls, S.26. Hervorhebung im Original.

⁴⁸ Morris (1968), S.475-501; Murphy (1970a), S.142; ders. (1973), S.93-115. (Im Hinblick auf frühere Arbeiten nunmehr zweifelnd: Murphy, Retribution Reconsidered (1992), S.ix-x; ders. (1987), S.31 ff.). Weitere prominente Vertreter der "benefit and burden" Theorie sind Michael Davis, Wojciech Sadurski, George Sher, John Finnis und Don Scheid, deren Theorien im folgenden untersucht werden.

⁴⁹ Morris (1968), S.477; Murphy, Kant's Theory of Criminal Punishment (1970b), S.83; ders., Three Mistakes about Retributivism (1971), S.77; Sber, S.76-77; Finnis, Natural Law and Natural Rights (1980), S.262-263.

verbleiben.⁵⁰ In dieses ganz und gar naturalistische Naturzustandsmodell wird nun als normative Prämisse das Gebot der *Fairneß* eingelassen. Danach *soll* jeder die gleichen Vorteile genießen und die gleichen Lasten tragen.⁵¹ Der Kriminelle weist seine Lastentragungspflicht zurück. Genießt er weiterhin den Nutzen des Systems, so hat er den anderen gegenüber einen unfairen Vorteil ("unfair advantage").⁵² Fairneß gebietet, daß ihm dieser Vorteil entzogen wird. Dies geschieht durch Strafe. Strafe stellt also "das Gleichgewicht von Nutzen und Lasten wieder her, indem sie dem Täter nimmt, was er schuldet".⁵³

Das Gleichgewicht von Nutzen und Lasten kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Weisen wiederhergestellt werden. Entweder wird dem Täter die zu unrecht erhaltene Leistung entzogen, oder ihm wird eine außergewöhnlich harte Bürde auferlegt.⁵⁴ Beide Lösungen werden vertreten, keine ist unproblematisch. Der Nutzen des Täters ist bei Morris der Schutz des Rechts, eine staatliche Leistung also, und nicht die Beute aus der Tat.⁵⁵ Die Bürde ist ähnlich abstrakt bestimmt. Sie besteht in der Ausübung von Selbstbeherrschung ("exercise of self-restraint").⁵⁶ Dem Täter eine zusätzliche Bürde aufzuerlegen (so Duff und Sadurski)⁵⁷, bereitet konstruktive Schwierigkeiten. Selbstbeherrschung ist ein binäres Konzept. Entweder man bringt genügend davon auf, um sich rechtstreu zu verhalten, oder man bricht die Norm. Man kann nicht rechtstreuer als rechtstreu sein, und man kann sich nicht mehr als beherrschen. Dem Täter die Leistungen des Systems zu entziehen (so Falls und Burgh)⁵⁸ ist zwar konstruktiv möglich, führt aber zu wenig plausiblen Ergebnissen. Den Schutz der Rechtsordnung zu versagen, kommt einer Friedloslegung gleich.⁵⁹

⁵⁰ *Davis*, Criminal Desert and Unfair Advantage: What's The Connection?, *Law and Philosophy* (1993), S.141.

⁵¹ *Morris* (1968), S.477; *Murphy* (1971), S.77.

⁵² *Morris* (1968), S.478; *Murphy* (1971), S.77; *ders.*, Retributivism, Moral Education, and The Liberal State, *Criminal Justice Ethics* (1985), S.7; *Sher*, S.76-78; *Davis* (1983), S.743; *ders.* (1993), S.133; *Scheid*, S.398; *Finnis*, S.263. – Sadurski spricht vom "unfair benefit" (*Sadurski* (1989), S.361). Das Unrecht der Tat besteht darin, daß der Täter zum "freerider", d.h. zum Schmarotzer und Parasiten wird. *Murphy* (1985), S.7.

⁵³ *Morris* (1968), S.478; *Murphy* (1971), S.77-78.

⁵⁴ Die Kommensurabilität von "benefits" einerseits und "burdens" andererseits wird ohne weitere Diskussion vorausgesetzt. Vgl. *Scheid*, S.399-400.

⁵⁵ *Ten*, S.54-55.

⁵⁶ *Morris* (1968), S.477. Ebenso *Murphy* (1973), S.100.

⁵⁷ "Was (...) [der Täter] verdient ist, seinen unfair erlangten Vorteil zu verlieren, und Strafe dient dazu, diesen zu beseitigen indem dem Täter eine zusätzliche Bürde auferlegt wird: Strafe zielt somit darauf ab, die faire Verteilung von Kosten und Nutzen wiederherzustellen, die das Verbrechen gestört hat". *Duff* (1996), S.26; *ders.*, *Trials and Punishments* (1986), S.207. "Die ursprüngliche Balance kann nur durch eine Umverteilung der Lasten wiederhergestellt werden. Wenn der Täter seinen fairen Anteil der Lasten zu tragen verweigert hat, kann die Balance nur wiederhergestellt werden, wenn er größere Lasten zu tragen verurteilt wird, als dies üblicherweise der Fall wäre um den Genuß der Rechte durch andere zu gewährleisten". *Sadurski*, *Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality*, *Law and Philosophy* (1989), S.356; *ders.* (1985), S.226.

⁵⁸ "Um das Equilibrium wiederherzustellen (...) kann der Staat dem Täter den Schutz vor Eingriffen anderer entziehen. Im Namen seiner Bürger greift dann der Staat in das Leben des Täters ein, indem er ihn etwas erleiden läßt, wovor die rechtstreuen Bürger geschützt sind". *Falls*, S.28. "[W]ir müssen nachweisen, daß der Täter eine bestimmte Qualität hat, die uns, ganz unabhängig von den Folgen seiner Strafe, berechtigt, ihm sein Recht zu entziehen, nicht leiden zu müssen". *Burgh*, *Do The Guilty Deserve Punishment?*, *The Journal of Philosophy* (1982), S.194.

⁵⁹ "Wenn der Nutzen, der entzogen wird, derjenige ist, welcher vom Schutz des Rechts im allgemeinen resultiert, dann scheint es, daß schon die Verletzung des trivialsten Rechts den Täter nahezu unbegrenzte Strafe verdienen läßt". *Burgh*, S.206; Vgl. auch *Wasserstrom*, *Philosophy and Social Issues: Five Studies*

Das Problem der Fairneß-Theorien findet an dieser Stelle seine historische Parallele in den Lehren vom Sozialkontrakt. Wer den Gesellschaftsvertrag bricht, fällt in den Naturzustand zurück. Es gibt *ein* Delikt (Vertragsbruch) und *eine* Strafe (Friedloslegung).⁶⁰ Für Fairneß gilt das gleiche. "Obwohl eine Konzeption der Reziprozität erklärt, warum der Schuldige gestraft werden soll, ist nicht klar, wie dasselbe Prinzip erklären will (...), daß dem Täter ein Übel gleicher Schwere zugefügt werden soll, wie er es anderen angetan hat. Der Täter hat unfair gehandelt und deshalb muß er bestraft werden. Aber unfair ist unfair, Mord ist nicht *unfairer* als Raub".⁶¹

Um diese Alles-oder-Nichts Konsequenz zu vermeiden, ohne das binäre Prinzip von Normbruch und Schutzverlust aufgeben zu müssen, wird vorgeschlagen, staatliche Schutzleistung und bürgerliche Gegenleistung nicht in Gestalt verschnürter Pakete, sondern als in einzelne Elemente zerlegt zu betrachten.⁶² Für den staatlichen Schutz seines Eigentums zahlt man den Preis, sich nicht am Eigentum anderer vergreifen zu dürfen. Für den staatlichen Schutz seines Lebens verzichtet man auf die Tötung seines Nächsten. Der Dieb verliert somit den Schutz seines Eigentums, nicht jedoch den vor rechtswidriger Tötung. Das große Synallagma von Schutz und Gehorsam wird in einzelne Leistungsbeziehungen aufgeschlüsselt. Innerhalb derer gilt weiterhin das binäre Prinzip der Fairneß, und daher ändert sich am Charakter der Einwände nichts. Auch hier kann nur der *Verlust* staatlichen Schutzes legitimiert werden, nicht jedoch der darüber hinaus gehende *Eingriff* in (Rechts-) Güter des Täters. Der Polizist beschützt den Dieb vor Übergriffen auf Leib und Leben, während Freunde und Nachbarn seine Wohnung plündern. Der Eingriff ist kontingent und bleibt privater Natur. Weiterhin muß der Täter Normbenefiziar sein, um vom Verlust staatlichen Schutzes überhaupt betroffen zu werden. Bei idealer Spiegelung verlöre der volljährige Verführer Minderjähriger den Schutz davor, als Minderjähriger verführt zu werden, mit anderen Worten, er könnte die Norm straflos übertreten.⁶³ Die grundsätzliche Frage, ob der Täter überhaupt *kompetent* ist, über seinen normativen Status als Schutzbürger zu verfügen, wird nicht gestellt.⁶⁴

Andere Versuche, die binäre Fairneßtheorie mit den Gedanken der Proportionalität zu versöhnen, ziehen als externes Kriterium zur Bestimmung der Schwere der Tat den zusätzlich zum unfairen Vorteil erlangten Profit heran. Unfair ist die Tat nach wie vor, weil der Täter *abstrakt* einen Vorteil genießt, den andere nicht haben: die Freuden ungezügelter Handlungsfreiheit.⁶⁵ Das Maß verdienter Strafe ist jetzt jedoch der Wert *konkret* und *aktuell* genossener Handlungsfreiheit ("ill gotten gain").⁶⁶ "Verbrechen heißt, sich nicht an die Regeln zu halten (was immer es sonst heißen mag). Wer sich nicht an die Regeln hält, verschafft sich einen unfairen Vorteil. (...) [Dieser] Vorteil als solcher ist immer eine Verletzung desselben moralischen Gebots. Normbruch ist Normbruch. Und doch kann der Wert des Vorteils von Tat zu Tat verschieden sein".⁶⁷ Wonach sich der Wert des

(1980), S.137; *Dolinko*, Mismeasuring 'Unfair Advantage': A Response to Michael Davis, *Law and Philosophy* (1994), S.497.

⁶⁰ RPh § 96 A (S.183). Siehe oben, S.51 ff., 80 f.

⁶¹ *Murphy* (1970b), S.85.

⁶² *Burgh*, S.204, der diese Sicht der Dinge unzutreffenderweise Morris selbst zuschreibt.

⁶³ *Burgh*, S.205. Kritisch dazu *Sher*, S.79.

⁶⁴ Eine Ahnung dieses Problems zeigt sich in gelegentlichen Plausibilitätsabwägungen. So hält beispielsweise Burgh die Konsequenz für "dubios", daß der Richter, der das Recht gebeugt hat, seinerseits keinen fairen Prozeß verdiene. *Burgh*, S.198. Auch Morris zweifelt daran, daß der Folterknecht gefoltert werden darf. *Morris*, A Paternalistic Theory of Punishment, *American Philosophical Quarterly* (1981), S.270.

⁶⁵ "[D]er Gehorsam der anderen macht seinen Ungehorsam zum unfairen Vorteil. Die anderen, obwohl sie sich gerne die gleichen Freiheiten nähmen wie der Täter, haben dies nicht getan. Er hat etwas, das sie nicht haben". *Davis* (1983), S.743. "Insofern das Strafrecht eine freiwillige und kooperative Praxis ist, heißt Verbrechen, sich nicht an die Regeln zu halten [crime is cheating] (was immer es sonst heißen mag). Wer sich nicht an die Regeln hält, verschafft sich einen unfairen Vorteil". *Davis* (1993), S.142.

⁶⁶ *Davis* (1983), S.744.

⁶⁷ *Davis* (1993), S.142.

Vorteils bemißt, ist nicht unumstritten. Wasserstrom und Fingarette beispielsweise identifizieren ihn mit der Beute aus der Tat.⁶⁸ Neben den offensichtlichen Einwänden (nicht jedes Delikt bringt geldwerte Vorteile; die Strafbarkeit des Versuchs ist unerklärlich; der Saldo könnte durch präventive Kompensation ausgeglichen werden) führt dies zu einer vollkommenen Privatisierung des Unrechts. Die Bürger schulden nicht länger dem Staat Gehorsam, sondern dem jeweils anderen. Die institutionelle Dimension des Unrechts entfällt, und mit ihr verschwindet der Unterschied zwischen Zivildelikt und Straftat. Strafe wird zu Schadenersatz.

Die psychologistischen Varianten des Beutemodells sehen den Wert des unfair erlangten Vorteils in der verbotenen Freude ("illicit pleasure"), um die der Täter bereichert ist. Diese Freude ist "jedem Verbrechen eigen (...), sei es bei Rot über die Ampel gehen, Mord, Prostitution oder Diebstahl".⁶⁹ Sie variiert mit der Intensität der Versuchung. Je drängender der Wunsch, die Tat zu begehen, desto schwerer wiegt die Bürde der Selbstbeherrschung. Je herrlicher die Lust, die Ketten zu sprengen, desto größer der Gewinn – und je größer der erwartbare Gewinn, desto härter muß die Strafdrohung sein. All dies macht (begrenzten) Sinn nur vor dem Hintergrund eines Modells menschlicher Motivation, in dem das Individuum Mord, Raub und Vergewaltigung stärker begehrt als Diebstahl, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch. Den friedlichen Kleptomane wird dies nicht überzeugen. Ihn müßte man für Diebstahl, zu dem er sich nahezu unwiderstehlich gezogen fühlt, härter bestrafen als für Mord, vor dem er instinktiv zurückschreckt.⁷⁰ Wer moralisch indifferent oder gar von seinem eigenen Tun angewidert ist, geht straffrei aus. Was bleibt ist ein Kampf amateurpsychologischer Überzeugungen. Die Proponenten der Theorie bestehen darauf, daß die Schwere der Tat proportional sei zur Versuchung sie zu begehen, ihre Kritiker behaupten das Gegenteil.⁷¹ Es kann dahinstehen, wer recht behält. Letzten Endes gehen beide Lehren in den Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre zugrunde.⁷²

Dies gilt im Ergebnis auch für das viel diskutierte Auktionsmodell von Michael Davis, einer ökonomisierten Variante des Lustmodells.⁷³ Um das Maß des unfair erlangten Vorteils zu bestimmen, wird ein prozedurales Arrangement bemüht.⁷⁴ Der Staat versteigert in einer imaginären Auktion Lizenzen, die es dem Inhaber gestatten, ein bestimmtes Delikt straflos zu begehen. Die Lizenz "garantiert (...), daß ihr Inhaber, nachdem er das Verbrechen begangen hat, gefaßt und verurteilt wurde, sie einlösen kann und straffrei ausgeht".⁷⁵ Die Anzahl dieser Lizenzen ist limitiert,

⁶⁸ Wasserstrom, S.143. *Fingarette*, Punishment and Suffering, American Philosophical Association, Proceedings and Addresses (1977), S.502, der diese Ansicht unzutreffenderweise Morris selbst zuschreibt.

⁶⁹ Davis (1983), S.743.

⁷⁰ Diesem Einwand versucht Davis dadurch zu begegnen, daß er nur diejenigen Täter um Delikte einer Gruppe mitbieten läßt, welche vergleichbare Motive haben. "Ein potentieller Schläger wird Betrug nicht als anderes Mittel begreifen, um seinem Opfer zu schaden", Davis (1993), S.144. Dies allerdings steht in Widerspruch dazu, daß auch Nichtkriminelle an der Auktion teilnehmen sollen, ebd. S.140. Kritisch dazu: Dolinko (1994), S.502.

⁷¹ Burgh, S.209-210; Ten, S.64-65; Dolinko (1994), S.511.

⁷² Dazu oben, S.43.

⁷³ Auf Davis' Theorie wird gegenwärtig in nahezu allen Arbeiten zur Straftheorie Bezug genommen. Mit Recht bezeichnet ihn Scheid, S.375 als den "derzeit prominentesten Vertreter" der "benefit and burden" Theorie. Davis hat sein Modell seit 1983 in zahlreichen (weitgehend inhaltsgleichen) Publikationen entwickelt. Hier nur eine Auswahl: How to make Punishment fit the Crime, *Ethics* 93 (1983), S.726-752; Why Attempts Deserve Less Punishment than Complete Crimes, *Law and Philosophy* (1986), S.1-32; Harm and Retribution, *Philosophy & Public Affairs* (1986), S.236-266; The Relative Independence of Punishment Theory, *Law and Philosophy* (1989); Criminal Desert and Unfair Advantage: What's the Connection?, *Law and Philosophy* (1993), S.133-156; Method in Punishment Theory, *Law and Philosophy* 15 (1996), S.309-338.

⁷⁴ Davis (1983), S.726-752; ders. (1993), S.133-156.

⁷⁵ Davis (1993), S.150.

gerade so wie bei Angel- oder Jagdscheinen.⁷⁶ Das Prinzip der Limitation ist in allen Fällen gleich: die lizenzierten Akte dürfen den Bestand der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Ganzen nicht gefährden.⁷⁷ In einer solchen Auktion würden sich die Preise nach dem Proportionalitätsprinzip entwickeln und einen "Index für das Maß des unfairen Vorteils"⁷⁸ abgeben. "Eine öffentliche Auktion (oder jeder andere freie Markt) ließe den Preis einer Lizenz mit der Schwere des Verbrechens steigen.⁷⁹ Dafür nennt Davis drei Gründe: "Erstens, die Anzahl der Lizenzen muß sich in dem Maße verringern, in dem die Verbrechen an Schwere zunehmen. (Je schwerer das Verbrechen, desto weniger davon kann die öffentliche Ordnung vertragen.) Zweitens, die Nachfrage nach einer Lizenz wird mit der Schwere des Verbrechens steigen. (Wem das angesichts moralischer Bedenken potentieller Käufer unwahrscheinlich vorkommt, der frage sich selbst einmal, ob er lieber eine Lizenz zum Stehlen haben würde, oder eine, um bei Rot über die Ampel zu gehen). [⁸⁰] Und letztlich (und am bedeutsamsten) würde die Schwere des Verbrechens selbst dessen Marktpreis nach unten hin fixieren. Je größer die Zahl der risikoscheuen Bürger, desto mehr würden sie einem Lizenznehmer bieten, sein Recht nicht in Anspruch zu nehmen. Die Lizenz wäre immer mindestens so viel wert, wie diese Bürger dafür zu zahlen bereit sind".⁸¹ Dazu folgendes: Das Auktionsmodell setzt voraus, daß die Delikte bereits ihrer Schwere nach geordnet sind⁸², wobei das externe Kriterium für die Schwere eines Delikts das Maß seiner Sozialschädlichkeit ist.⁸³ Was bleibt, ist zu

⁷⁶ Davis (1983), S.744.

⁷⁷ Davis (1983), S.744; ders., To Make the Punishment Fit the Crime (1992), S.113.

⁷⁸ Davis (1993), S.139-140.

⁷⁹ Davis (1983), S.744.

⁸⁰ Und "[w]as hätten Sie lieber: eine Lizenz im Halteverbot zu parken, oder eine, um Inzest zu begehen?", fragt Dolinko zurück. Dolinko (1994), S.511.

⁸¹ Davis (1983), S.744.

⁸² Davis bietet folgende "sieben einfache Schritte" für die Bestimmung gerechter Strafen an. "(...) (1) Erstelle eine Liste aller Strafen aus denjenigen Übeln, die (a) kein vernünftiger Mensch riskieren würde, es sei denn für großen Gewinn, und die (b) in einem Strafverfahren verhängt werden können. [Also beispielsweise nicht (mehr) ewige Verdammnis. Davis (1983), S.737.] (2) Streiche alle inhumanen Strafen von der Liste. (3) Schreibe die verbleibenden Strafen nieder, ordne sie ihrem Typus gemäß und liste sie dann ihrem Gewicht entsprechend auf. (4) Erstelle eine Liste aller Verbrechen. (5) Schreibe die Verbrechen nieder, ordne sie ihrem Typus gemäß und liste sie dann ihrem Gewicht entsprechend auf. (6) Verbinde die härteste Strafe mit dem schwersten Verbrechen, die mildeste Strafe mit dem geringsten Verbrechen, und verführe entsprechend mit dem Rest. (7) Danach schreibe die neuen (humanen) Strafen auf und ordne sie wie in Schritt (3), die neuen Verbrechen wie in Schritt (5), und dann fahre wie oben fort." – Schritt (1) offenbart eine durchgängige Leibzentrierung und ein Modell des Subjekts als kluges Individuum. Schritt (2) setzt wohl voraus, daß es *per se* inhumane Strafen gibt. Die Ablehnung durch die "Mehrheit der Bevölkerung" ist nämlich nur dann relevant, wenn sie "prinzipiellen" Charakter hat. Davis (1983), S.737. Mit (1) ist das kaum vereinbar. Schritt (3) läßt die Frage nach dem Ordnungskriterium offen. Ist Geldstrafe ein Unterfall der Freiheitsstrafe? Wenn nein (weil sie sich, naturalistisch betrachtet, anders auswirkt), ist Bewährung dann eine eigene Kategorie? Und ist der Verlust des Wahlrechts (abstrakt) eine härtere Strafe als 3 Jahre Gefängnis? Um dies beantworten zu können, bedürfte man einer Theorie politischer Verfaßtheit. Schritt (4) geht davon aus, daß wir bereits wissen, was ein Verbrechen ist ("Sodomie? Versuchte Körperverletzung?"), und somit über eine Unrechtslehre verfügen, welche von Davis jedoch nicht ausgeführt wird. Um Schritt (5) vollziehen zu können, müßte man wissen, welches Delikt sozialschädlicher (oder gefürchteter) ist als ein anderes ("Mord? Hochverrat? Hexerei?"). Wieder bedürfte einer Gesellschaftstheorie. Des weiteren ist es keineswegs so einfach, eine Typologie der Tatbestände des Besonderen Teils zu entwerfen, wie Davis sich das vorstellt. Vgl. dazu die eingehende Kritik von Dolinko (1994), S.513-524.

⁸³ Davis (1983), S.744; ders. (1993), S.146. Im Modell der "sieben einfachen Schritte" ist es hingegen die Intensität, mit der bestimmte Delikte gefürchtet werden. Davis (1983), S.739; ders. (1993), S.139 Fn.15. Trotzdem ist Davis der Ansicht, das Modell der "sieben einfachen Schritte" werde mit dem Auktionsmodell

begründen, warum dem schwersten Delikt die schwerste Strafe folgen soll. Davis' erstes Argument, nach dem sich die Anzahl der Lizenzen mit steigender Schwere des Delikts verringert, spiegelt die unausgesprochene normative Prämisse, daß die Intensität des Verbots mit der Sozialschädlichkeit der Tat zunehmen *solle*. Für sich genommen ist dies nichtssagend, da auch ein (abstrakt) knappes Gut ohne (konkrete) Nachfrage keinen Marktpreis hat. Damit ruht alles auf den Schultern des zweiten Arguments, welches das oben skizzierte Motivationsmodell wiederholt, nach dem der Täter ein um so stärkeres Verlangen spürt, je gräßlicher die Tat ist, die zu begehen es ihn gelüftet. Das Individuum ist hier mit seiner gesamten Lebens- und Sozialisationsgeschichte relevant. Es kommt darauf an, was der Täter bei der Planung der Tat empfindet und wohin er sich gezogen fühlt. An Stelle einer Subjektstheorie findet sich ein Vektor, der auf den konkreten Täter (oder auf einen Tätertyp⁸⁴) zurückverweist. Das Abstraktionsniveau ist minimal. Der *Mensch* taugt zur Fundierung einer Theorie noch viel weniger als das Individuum.⁸⁵

Doch auch unabhängig davon macht das Auktionsmodell keinen rechten Sinn. Der Täter will den unfairen Vorteil. Warum sollte er diesen durch den Erwerb einer Lizenz schmälern? Nichts wäre unvernünftiger. Es ist gerade die Pointe der Tat, für den erlangten Vorteil *nicht* zu zahlen. Kein rational kalkulierender Tatwilliger ließe sich die Chance entgehen, nach der Tat unentdeckt zu bleiben. Solange Davis nicht einen massiven Discount für Vorkasse einführt (z.B. eine vorab zu verbüßende Haftzeit von zwei Jahren, oder eine entsprechende Summe Geldes für eine Totschlagslizenz), würde sich niemand um seine Auktion auch nur scheren. Als kluger Nutzenmaximierer würde der Täter die Tat begehen und dann abwarten. Wird er gefaßt, so steht er nicht schlechter da, als wenn er die Lizenz erworben hätte. Kommt er ungeschoren davon, um so besser. Hinter Davis' Auktionsmodell steht ein vollkommen unrealistisches Konzept totaler Normtreue. Damit die Auktion stattfinden kann, muß Davis voraussetzen, daß niemand ein Verbrechen begeht, ohne zuvor eine Lizenz ersteigert zu haben.⁸⁶ Ganz davon abgesehen, daß dies für ein kluges Individuum motivatorisch kaum möglich sein dürfte⁸⁷, definiert man so das zentrale Problem einer jeden Straftheorie schlicht hinweg, nämlich wie man auf Normbruch (!) reagieren soll. Doch selbst wenn man bereit wäre, die These vollkommener Normbefolgung zu akzeptieren, verbesserte sich die Lage kaum. Denn sind, aus welchem Grunde auch immer, die Subjekte normtreu disponiert, dann entfällt aller Anreiz für den Staat, überhaupt Lizenzen für Straftaten auszugeben⁸⁸, da diese in jedem Falle die soziale Ordnung stören, die der Staat offenbar auch bei Davis bewahren soll.

Wer nicht gewillt ist, die Annahme zu teilen, daß unlicenzierte Verbrechen entweder konzeptuell unmöglich sind⁸⁹ oder faktisch nicht stattfinden⁹⁰, für den hält Davis ein zweites (ausdrücklich als

identische Ergebnisse liefern. Demzufolge müßte ein unmittelbar quantitativer Zusammenhang bestehen zwischen objektiver Sozialschädlichkeit und kollektiver Kriminalitätsangst. Dazu kritisch *Scheid*, S.382 ff.

⁸⁴ *Davis* (1993), S.144-145.

⁸⁵ Nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß die Charakterisierung der Strafe als "Preis" für die Begehung der Tat (*Davis* (1983), S.731) mit einer *retributiven* Theorie inkompatibel ist. Das Recht als *Pflichtgebot* (und nicht nur als Ausdruck eines positiven Kosten-Nutzen Kalküls) ist kein hypothetischer Imperativ. Fingarette hat recht, wenn er schreibt, daß diejenigen Theorien fehlerhaft sind, "nach denen das Recht uns *freie* Wahl läßt und uns als kluge Individuen respektiert. (...) [D]erartige Lehren sind in hohem Maße irreführend gewesen. Das Recht respektiert unsere Entscheidung, es zu mißachten, gerade nicht; seine Macht zielt darauf hin, uns die freie Wahl zwischen Befolgung und Nichtbefolgung zu *verbieten*". *Fingarette*, S.505.

⁸⁶ "Wir müssen uns vorstellen, daß (...) [in der] Gesellschaft, welche den Markt veranstaltet (...) unlicenziertes Verbrechen (...) unmöglich ist". *Davis* (1993), S.150-151. Zu dem *alternativen* Vorschlag, daß alle unlicenzierten Verbrechen mit einer Einheitsstrafe belegt werden, siehe den folgenden Absatz.

⁸⁷ Dazu oben, S.16 ff.

⁸⁸ Ebenso *Dolinko* (1994), S.505 Fn.55.

⁸⁹ *Davis* (1993), S.150-151.

⁹⁰ *Davis* (1993), S.151 Fn.24.

Alternative formuliertes⁹¹) Szenario bereit, welches die Motivation des Täters verständlich machen soll, sich an der Auktion zu beteiligen. Es handelt sich der Sache nach um den erwähnten Discount. Die Begehung einer unlizensierten Tat ist Wilderei ("poaching").⁹² Auf diese steht eine Einheitsstrafe, das heißt, jeder Akt der Wilderei wird gleich bestraft, unabhängig davon, was die entsprechende Lizenz gekostet hätte.⁹³ Die Strafe für Wilderei ist so hart, daß "daß der Kauf einer Lizenz im Vergleich als Schnäppchen erscheint"⁹⁴, selbst wenn es sich dabei um eine Lizenz zum Töten handeln sollte. Um das erforderliche Maß an Härte zu garantieren, ist Davis bereit, von dem zuvor postulierten Verbot inhumaner Behandlung⁹⁵ eine Ausnahme zu machen. Für Wilderer, so heißt es explizit, sind "lebenslange Freiheitsstrafe, Tod oder inhumane Strafen vorbehalten".⁹⁶ Daraus folgt, daß der unlicenzierte Ladendieb in gleicher Weise grenzenlos bestraft wird, wie der unlicenzierte Mörder. Selbstverständlich ist diese unproportionale Meta-Strafe ein Limesbegriff. Und doch ist es einigermaßen bizarr, daß gerade eine Theorie der Proportionalität (!) glaubt, sich ihrer bedienen zu müssen.⁹⁷

Angesichts dieser Inkonsistenzen, hat Sadurski (unter Rückgriff auf Murphys ursprüngliches Modell) eine Reformulierung der "benefit and burden" Theorie unternommen, deren Ziel es ist, diese so weit wie möglich von empirischen Zufälligkeiten zu reinigen und sie in den Kontext einer umfassenden Lehre sozialer Verteilungsgerechtigkeit einzustellen.⁹⁸ Um das "benefit and burden" Modell zu bestätigen, "bedarf es keiner empirischen Wahrheiten hinsichtlich unserer angeblichen Unzufriedenheit mit der Selbstbeherrschung. Es ist vollkommen ausreichend zu zeigen, daß Selbstbeherrschung (oder eine äußerlich auferlegte Beschränkung) lästig ist, wenn man sie nur vergleicht mit unbeschränkter Handlungsfreiheit. Dies vermöge des rein konzeptuellen Kalküls, daß es immer besser ist, mehr Optionen zur Wahl zu haben, als weniger, selbst dann, wenn wir nicht ernsthaft erwägen, einige der überschüssigen Möglichkeiten zu realisieren. (...) Die Breite der Auswahl ist ein Wert an sich".⁹⁹ Daraus folgt: "Der fundamentale Gewinn, den der Täter durch einen Verstoß gegen die Regeln des Strafrechts erzielt, ist [der] (...) sich nicht beherrschen zu müssen, (...) die Bürden zurückzuweisen, welche das Strafrecht uns auferlegt. Alle anderen Vorteile (materielle Gewinne, emotionale Befriedigung usw.) sind nebensächlich und kontingent – sie mögen sich einstellen, oder auch nicht. Allein die Tatsache, daß wir zwischen Restitution und Strafe unterscheiden können, liefert uns eine Bestätigung für die moralische Intuition, der zufolge die Unbeherrschtheit an sich bereits ein unfairer Vorteil ist, unabhängig von den mehr handgreiflichen Gewinnen".¹⁰⁰ Nach dieser Rückführung des "benefit and burden" Retributivismus auf seine formalen Ursprünge bei Morris und Murphy, sieht sich Sadurski der Frage gegenüber, "was aus dem Proportionalitätsargument [wird]?"¹⁰¹ Da alle kollateralen Gewinne als irrelevant ausgeschieden sind, muß der fundamentale Gewinn, sich nicht beherrschen zu müssen, quantifiziert werden. Dieser Gewinn "ist eine Funktion der Verletzung der geschützten Freiheitssphäre. Innerhalb dieser Sphäre werden bestimmte Werte höher geschätzt als andere. Menschliches Leben wird üblicherweise für bedeutsamer erachtet als Eigentum, auch wenn diese Wertehierarchie in

⁹¹ Davis (1993), S.150. Aus Fn.24 (S.151) läßt sich schließen, daß Davis dieses zweite Modell nunmehr für plausibler hält, als den kategorischen Ausschluß unlizensierter Taten.

⁹² Davis (1993), S.150.

⁹³ Davis (1993), S.151 Fn.24.

⁹⁴ Davis (1992), S.111.

⁹⁵ Davis (1993), S.138.

⁹⁶ Davis (1992), S.111.

⁹⁷ Dolinko (1994), S.505, spricht hier schlicht von "monströser Ungerechtigkeit".

⁹⁸ Sadurski (1985), S.221 ff.; ders. (1989), S.351ff.

⁹⁹ Sadurski (1989), S.357; ders. (1985), S.226-228. Ähnlich Finnis, S.263.

¹⁰⁰ Sadurski (1989), S.361. In gleicher Weise argumentiert Sher: "Wer Übles tut, gewinnt ein signifikantes Maß an Extra-Freiheit: die Freiheit von den Anforderungen des [moralischen] Verbots, welches er verletzt". Sher, S.82. "[Das] [B]enefit [ist die] extra Freiheit von moralischen Schranken", ebd. S.89.

¹⁰¹ Sadurski (1989), S.361; Sher, S.78 ff.

verschiedenen Kulturen unterschiedlich ausfällt. Wie dem auch sei, das Strafrecht reflektiert die Hierarchie der geschützten Werte: je kostbarer der Wert, desto größer der [fundamentale] Gewinn für den Täter, sich nicht beherrschen zu müssen".¹⁰²

Das ist wenig befriedigend. Die Tatsache (zu deren Untermauerung Sadurski Meinungsumfragen zitiert¹⁰³), daß menschliches Leben faktisch höher geschätzt wird als Eigentum, taugt nicht als Antwort auf die Frage, warum das auch weiterhin so sein solle. Und der Verweis auf das geltende Recht, welches die Hierarchie der Werte reflektiere, kommt mangels substantieller Wertetheorie einem mehr oder minder trivialen Gesetzespositivismus zumindest gefährlich nahe.¹⁰⁴ Im Ergebnis verdient der Täter die Strafe, die das (gerechte) Gesetz bestimmt.

Trotz dieses Mangels auf der Ebene substantieller Theorie erster Ordnung ist Sadurskis Ansatz den empirisch-psychologischen Varianten der "benefit and burden" Theorie konzeptuell überlegen. Mit Recht versucht er, die für das Funktionieren des Strafrechts *relevanten* "benefits and burdens" von den sonstigen Wohltaten und Lasten zu unterscheiden, welche es in einer Gesellschaft zu verteilen gilt.¹⁰⁵ "Das Strafrecht bemüht sich um die egalitäre Verteilung *einer bestimmten Klasse von benefits* unter den Mitgliedern der Gesellschaft: denen der Handlungsautonomie innerhalb einer Sphäre, die dem Zugriff anderer entzogen bleiben soll. In einer wohlgeordneten Gesellschaft, in der das Strafrecht im großen und ganzen gerecht ist (d.h. nicht die Handlungsautonomie einiger auf Kosten anderer stärker schützt), *mag diese Gleichheit sehr wohl zusammen bestehen mit Ungleichheit in anderer Hinsicht, insbesondere mit Ungleichheit bei der Verteilung von Reichtum*".¹⁰⁶ Damit reagiert Sadurski auf das womöglich schwerwiegendste Argument gegen die "benefit and burden" Theorie: den Einfluß sozialer Deprivation auf den status quo ante.¹⁰⁷

Betrachtet man ganz naturalistisch die Tat als Gewinn und die Selbstbeherrschung als Verlust, so liegt es nahe, beide als Rechnungsposten in einen potentiell das ganze Leben des Täters umfassenden Gütersaldo einzustellen. "Ein Mann ist für einen bewaffneten Raubüberfall verurteilt worden. Im Laufe der Ermittlungen erfahren wir, daß er ein verarmter Schwarzer ist, dessen ganzes Leben eine einzige frustrierende Geschichte der Entfremdung von der herrschenden sozio-ökonomischen Struktur erzählt – keine Arbeit, kein Auto um zur Arbeit zu fahren, wenn er denn welche fände, zweitklassige Schulen für seine Kinder, miserable Wohnung und ungenügende medizinische Versorgung für die gesamte Familie, herablassend, verspätet und ungenügend ausbezahlte Sozialhilfe, polizeiliche Schikanen ohne wirklichen Schutz gegen die Gefahren seines Lebensumfeldes und nahezu vollständiger Ausschluß vom politischen Prozeß. Nachdem wir all dies erfahren haben, wollen wir immer noch – was viele tun – von seiner Strafe als dem 'Bezahlen seiner Schuld gegenüber der Gesellschaft' sprechen? Sicherlich nicht. Schuld für was?"¹⁰⁸ Mit anderen Worten, die Wiederherstellung einer Balance von "benefits and burdens" durch die Strafe

¹⁰² Sadurski (1985), S.229. "[W]as das Maß des Extra-Benefits des Mörders bestimmt, ist (...) die Stärke des moralischen Verbots, das er verletzt hat". Sber, S.81-82 Hervorhebung von mir.

¹⁰³ Sadurski (1985), S.239.

¹⁰⁴ Es sollte bemerkt werden, daß Sadurski von der "kritischen Funktion" spricht, die eine normative Theorie gegenüber dem Recht haben müsse und sich somit zumindest implizit gegen den Rechtspositivismus wendet (Sadurski (1989), S.364). Leider führt er diese Hinweise nur im Hinblick auf die Ungerechtigkeit *relativer* Ungleichverteilung von Gütern, sowie für lebensnotwendige Minimalgarantien ("basic material conditions of a meaningful life") aus (Sadurski (1985), S.104-106). Warum diese Güter *absolut betrachtet Güter sein sollen*, und warum *sie* (und keine anderen) gleichmäßig zu verteilen sind, dazu findet sich kaum etwas. Der Vorwurf des versteckten Positivismus (bzw. Naturalismus) ist also durchaus berechtigt.

¹⁰⁵ Sadurski (1985), S.232; Sber, S.77-78.

¹⁰⁶ Sadurski (1989), S.355-356. Hervorhebung von mir. Sadurski (1985), S.232.

¹⁰⁷ Sadurski (1989), S.365.

¹⁰⁸ Murphy (1973), S.109. Gegen die quasi-kausale unmittelbare Abhängigkeit von Armut und Verbrechen wendet sich: Katz, Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil (1988), S.164 ff.

führt nur dann zu gerechten Ergebnissen, wenn die Ausgangsposition ihrerseits von gerechter Verteilung gekennzeichnet war. Ist dies nicht der Fall, so dient die Fairneßtheorie bloß der Zementierung des status quo.¹⁰⁹ Hier werden die für das Strafrecht relevanten "benefits and burdens" nicht von den sonstigen Gütern und Lasten unterschieden, die es gerecht zu verteilen gilt. Fragt man nach dem unfair erlangten Vorteil des Täters, so muß man "all seine moralischen Untaten gegen das gesamte Leid seines Lebens aufwiegen".¹¹⁰

Unterscheidet man nun, wie Sadurski es versucht, die strafrechtsrelevanten von den sonstigen Gütern, so "geht dieses Argument im wesentlichen an der Sache vorbei".¹¹¹ Und in der Tat muß man diese Unterscheidung treffen – jedoch nicht in der von Sadurski vorgeschlagenen Weise. Seine "für die Funktion des Strafrechts relevanten" Güter unterscheiden sich von den ökonomischen Gütern ("Brot, Hemd, Haus") nicht qualitativ, sondern nur im Grad ihrer Abstraktion.¹¹² Das Subjekt ist auch für Sadurski das kluge Individuum und weiter nichts.¹¹³ Wenn er von Autonomie spricht, meint er in Wirklichkeit Handlungsfreiheit.¹¹⁴ Die ökonomischen Güter, die Sadurski von der strafrechtlich relevanten Freiheit abgrenzen will, sind also nichts weiter als Konkretisierungen eben dieser Freiheit – und so wird der Reiche immer freier sein als der Arme.¹¹⁵ Naturalistisch betrachtet ist sein Handlungsraum größer. Sadurski müßte das individuelle Schema verlassen, um *qualitativ* unterscheiden zu können zwischen normativ-rechtlicher und faktischer Freiheit, zwischen normativem Unrecht und faktischem Verlust von Handlungsoptionen. Indem er dies versäumt, verzeichnet er das eigentliche Problem, das darin besteht, wie weit ein normatives Konzept der Person von dem konkreten Leben und Erleben des Individuums abstrahieren darf, ohne seine Plausibilität zu verlieren.¹¹⁶

Alle Varianten der "benefit and burden" Theorie beruhen, wie eingangs bemerkt, auf zwei Prämissen, einer faktischen und einer normativen. Die faktische Prämisse ist, daß das Leben in Gesellschaft sowohl Vorteile (Sicherheit) als auch Nachteile (Strafgesetze) mit sich bringt. Die normative Prämisse ist, daß diese Vorteile und Nachteile egalitär verteilt werden *sollen*. Die "benefit

¹⁰⁹ Sadurski (1985), S.231.

¹¹⁰ Ezorsky, S.xxiv-xxvi.

¹¹¹ Sadurski (1985), S.232.

¹¹² Dies zeigt sich augenfällig daran, daß in krassen Fällen, die Ungleichverteilung ökonomischer Güter gewissermaßen durchschlägt auf die für das Strafrecht relevante Balance von "benefits and burdens". Sadurski (1989), S.356, 365 ff.

¹¹³ Sadurski (1985), S.227-229.

¹¹⁴ Vgl. Sadurski (1989), S.355.

¹¹⁵ Dies gilt auch für die Theorie von Sher. Zwar schreibt dieser (gegen Ezorsky), daß ein hartes Leben in Armut und Deprivation mit der Extra-Freiheit des Straftäters (von moralischen Verboten) inkommensurabel sei. Sher, S.84. Dem jedoch widerspricht seine Definition der Extra-Freiheit als zusätzlicher Handlungsfreiheit. (ebd. S.82). Denn Handlungsfreiheit *ist* der gemeinsame Nenner von "hartem Leben" und "Extra-Freiheit". Nimmt man also Shers Prämissen ernst, so müßte man zum gegenteiligen Schluß kommen. Hartes Leben und krimineller Gewinn *sind* kommensurabel.

¹¹⁶ Hellsichtig dagegen Marx: "Die Sphäre der Zirkulation oder des Warenaustausches, innerhalb deren Schranken Kauf und Verkauf der Arbeitskraft sich bewegt, war in der Tat ein wahres Eden der angeborenen Menschenrechte. Was hier allein herrscht, ist Freiheit, Gleichheit, Eigentum, und Bentham. Freiheit! Denn Käufer und Verkäufer einer Ware, z.B. der Arbeitskraft, sind nur durch ihren freien Willen bestimmt. Sie kontrahieren als freie, rechtlich ebenbürtige Personen. (...) Der ehemalige Geldbesitzer schreitet voran als Kapitalist, der Arbeitskraftbesitzer folgt ihm nach als sein Arbeiter; der eine bedeutungsvoll schmunzelnd und geschäftseifrig, der andre scheu, widerstrebsam, wie jemand, der seine eigne Haut zu Markt getragen und nun nichts andres zu erwarten hat als die – Gerberei". Marx, MEW 23, S.189-191. Der Konflikt zwischen abstrakt freier Rechtsperson und konkret geknechtetem Individuum ist in aller Drastik herausgestellt. "Das Gesetz macht alle auf erhabene Weise gleich: Es verbietet allen Menschen unter Brücken zu schlafen und Brot zu stehlen – den Armen ebenso wie den Reichen." (Anatole France).

and burden" Theoretiker versuchen nun, das abstrakte Verteilungsgebot zu konkretisieren. Dagegen ist nichts einzuwenden. Fehlerhaft ist es jedoch, zur Konkretisierung der *normativen* Gleichheitsforderung dasjenige Subjektmodell heranzuziehen (das kluge Individuum), welches die Plausibilität der *faktischen* Prämisse verbürgen soll. Das Individuum kennt kein interessenwidriges Gleichheitsgebot. Ihm fehlt das Vermögen, sich lastenresistent zu binden.¹¹⁷ Der Täter maßt sich an, das Leben eines anderen zu organisieren. Das mag zu faktischen Umverteilungen von Nutzen und Lasten führen, es mag die Handlungsfreiheit des Opfers beschränken oder erweitern (letzteres beispielsweise in bestimmten Fällen der Erpressung¹¹⁸), all dies ist irrelevant. Allein entscheidend ist, daß der Täter *gegen seine Pflicht verstößt*, den ihm zugewiesenen Organisationskreis nicht zu verlassen. Darin und allein darin besteht das Unrecht der Tat. Das Unrecht ist der Bruch der Norm (welche eine faktische Verteilung von Nutzen und Lasten vorschreiben mag) und nicht die Ausweitung des Handlungsspielraums. Unrecht begeht das Subjekt als Person. Gewalt verübt es als Individuum. Wenn der Retributivist das Subjekt als Individuum konzipiert, so untergräbt er sein eigenes normatives Fundament. Man kann keine egalitäre Theorie mit normblinden Subjekten entwerfen.

Dies läßt sich auch auf andere Weise demonstrieren. Wenn Sadurski schreibt, es sei aufgrund eines "rein konzeptuellen Kalküls (...) immer *besser* (...), mehr Optionen zur Wahl zu haben als weniger"¹¹⁹, so bringt er eine zweite normative Prämisse zum Ausdruck ("Du sollst deine Handlungsfreiheit maximieren" = P₂), deren Verhältnis zur ersten Prämisse ("Jeder soll die gleichen Lasten tragen" = P₁) geklärt werden muß. Geht P₂ vor, so ist P₁ bedeutungslos. Die Maximierung meiner Handlungsfreiheit muß früher oder später auf Kosten anderer erfolgen. Das Umgekehrte gilt jedoch nicht bei einem Vorrang von P₁ über P₂. In diesem Falle kann die Maximierung der individuellen Handlungsfreiheit unter dem Vorbehalt stehen, daß sie nicht auf Kosten der Freiheit anderer erfolgt. Hier handelt es sich um das klassische Konzept der Gleichheit als gleicher Freiheit aller. Diese "gleiche Freiheit aller" ist nun nicht zu verwechseln mit der aktuell bestehenden Handlungsfreiheit eines bestimmten Individuums. Es handelt sich um *rechtliche* Freiheit, um ein bestimmtes Maß *gesollter Handlungsfreiheit*. Faktische Handlungsfreiheit, die über das gesollte Maß hinausgeht, mag nach P₂ ein Gut sein, für P₁ ist sie jedoch ein Übel – und allein darauf kommt es an, denn im Kollisionsfalle wird P₂ von P₁ derogiert. Damit ist der Bogen geschlagen zum oben Gesagten. Man kann nicht einerseits die Geltung von P₁ (und damit implizit den Vorrang von P₁ über P₂) behaupten, andererseits jedoch ein Subjektmodell zugrunde legen, in dem P₂ das einzig relevante Maß für Gut und Böse ist.

4. Moralische Verantwortlichkeit

In ihrem Anspruch auf gleiche Verteilung von Kosten und Nutzen gesellschaftlichen Zusammenlebens beruft sich die "benefit and burden" Theorie auf Kant.¹²⁰ Dies jedoch ist ein Mißverständnis. "Kant sieht sich (...) einer Tradition verpflichtet, die behauptet, die Bürde, seine unmoralischen Neigungen zu unterdrücken, sei eigentlich ein Gewinn, ein unendlich wertvoller Gewinn, der von denen verspielt wird, die kurzsichtig nach unmittelbarem, illegalem Nutzen greifen".¹²¹ Mit diesem Argument wendet sich Margaret Falls gegen die Reziprozitätskonzepte, wie sie die "benefit and burden" Theorien nennt, und stellt ihnen die Theorie moralischer Verantwortlichkeit ("moral accountability theory") als Alternative gegenüber.¹²² Falls zufolge leiden die "benefit and burden" Theorien an zwei grundlegenden Fehlern. Zum einen berufen sie sich auf

¹¹⁷ Dies übersieht *Avio*, *Economic, Retributive and Contractian Conceptions of Punishment, Law and Philosophy* (1993), S.269 ff. Dazu auch oben, S.18, 27.

¹¹⁸ *Murphy*, *Blackmail: A Preliminary Inquiry* (1980), S.105 ff.

¹¹⁹ *Sadurski* (1989), S.357. Hervorhebung von mir.

¹²⁰ Vgl. nur *Murphy* (1970b), S.83; *ders.* (1971), S.77; *ders.* (1985), S.6.

¹²¹ *Falls*, S.33. Dies anerkennt auch *Finnis*, S.264. Die Selbstbeschädigung steht für ihn jedoch nicht im Zentrum der Legitimation von Strafe.

¹²² *Falls*, S.25-51.

eine moralische Tradition, die mit einer Kosten-Nutzen Analyse inkompatibel ist. Zum anderen besteht ein innerer Widerspruch zwischen dem Prinzip, Personen als solche zu respektieren und dem Proportionalitätsprinzip (im Sinne des *jus talionis*).¹²³ Der zentrale legitimationstheoretische Gedanke der "benefit and burden" Theorie, "daß niemand von seinem kriminellen Tun profitier[en]" solle und daher die "Wiederherstellung einer gerechten Balance von Nutzen und Gehorsam"¹²⁴ erforderlich sei, hätte für Kant als Erklärung klugen Handelns gelten können, für eine moralische oder staatstheoretische Begründung von Strafe jedoch keine Bedeutung gehabt.¹²⁵ Die Straftat ist ihm normative Selbstbeschädigung.¹²⁶ Die "benefit and burden" Theorie, gefesselt an ihr quasi-ökonomisches Vokabular und an das zugrundeliegende Konzept vom Subjekt als Individuum, kann diese Einsicht nicht angemessen formulieren. Straftat und ehrliche Arbeit führen im Ergebnis beide zu Gewinn. Das Modell moralischer Verantwortlichkeit vermeidet diesen Fehler. "Weit davon entfernt, Strafe als die Wegnahme intrinsischer Verbrechensterne darzustellen, beschreibt die Theorie moralischer Verantwortlichkeit Strafe als einen Akt, der die Möglichkeit bietet, den Täter von einem Leben abzubringen, das einer moralischen Person unwürdig ist".¹²⁷ Mit anderen Worten, das unterliegende Paradox der "benefit and burden" Theorie, die Tat als verbotenes Gut und die Strafe als gesolltes Übel darstellen zu müssen, wird vermieden.¹²⁸ Die Straftat ist das Übel, und die Strafe ist das Gut. Und auch der zweite Einwand gegen die retributiven Theorien ist treffend gewählt. Indem man den Täter nach seinem Verdienst bestraft, achtet man ihn als Person. Ausdruck dieser Achtung ist unter anderem, daß die Schwere der Strafe der Tat entsprechen muß.¹²⁹ Daraus folgt, daß im Prinzip "jedes Leid, das der kriminelle Verstand ersinnen und zufügen mag (...) zurückgezahlt werden [kann]"¹³⁰, der Folterknecht mit anderen Worten die Folter verdient.¹³¹ Dies jedoch kollidiert mit dem Respektsprinzip, dem zufolge bestimmte Strafen per se unverdient sind.¹³²

Zur Auflösung dieser Schwierigkeiten geht die Theorie moralischer Verantwortlichkeit von folgender Überlegung aus. Nicht nur der Satz: "Matthews, der seine Opfer gefoltert hat, verdient, gefoltert zu werden" (= S₁) ist eine Verdienstbehauptung der Art: "X verdient Y für Z", sondern auch der folgende: "Wir sollen Personen immer und jederzeit als solche respektieren", was nichts anderes heißt als: "Personen verdienen, kraft ihres Personseins, als Personen behandelt zu werden" (= S₂).¹³³ Der Unterschied zwischen den beiden Behauptungen liegt in der Verdienstgrundlage (desert base). Im Falle von S₁ ist Z ein vergangenes, freiwilliges und damit zurechenbares Tun ("foltern"). Im Falle von S₂ ist Z eine bloße Eigenschaft von X, die dieser nicht erworben hat, und die ihm daher streng genommen nicht zurechenbar ist ("Personsein"). "Das Urteil, daß (...) [Personen] diesen Wert [an sich] haben, beruht auf nichts anderem, als daß sie ein Vermögen zu vernünftigem Denken und zu autonomer moralischer Entscheidung haben".¹³⁴ Man muß somit zwischen zwei Klassen von Verdienstbehauptungen unterscheiden. Es gibt "verdienten Verdienst" (earned desert = D_e) und "unverdienten Verdienst" (unearned desert = D_u).¹³⁵ Retributive

¹²³ Falls, S.27.

¹²⁴ Murphy (1973), S.100-101.

¹²⁵ Dazu oben, S.43.

¹²⁶ Falls, S.33. Siehe auch oben, S.51 f.

¹²⁷ Falls, S.44.

¹²⁸ "Wer Übles tut [= verboten], gewinnt ein signifikantes Maß an Extra-Freiheit [= Gut]". Sber, S.82.

¹²⁹ Falls, S.25.

¹³⁰ Falls, S.35.

¹³¹ Primoratz (1989b), S.168, 161.

¹³² Murphy, Cruel and Unusual Punishments (1979), S.223-224.

¹³³ Falls, S.38-39.

¹³⁴ Falls, S.39.

¹³⁵ Falls, S.40. Der Sache nach findet sich diese Differenzierung bereits bei Kant. (Dies übersieht Falls, S.41.) Der Täter kann verurteilt werden, seine bürgerliche Persönlichkeit zu verlieren, nicht aber völlig

Verdienstbehauptungen (wie S_1) fallen in die erste Kategorie, Aussagen über den Wert von Personen in die zweite.¹³⁶ Nun ist es eine der bedeutsamen Konsequenzen von D_u , daß Personen es kraft ihrer Personalität verdienen, *für ihr Tun* verantwortlich gemacht zu werden.¹³⁷ Aus D_u folgt somit die grundsätzliche Anwendbarkeit von D_e , oder genauer: die moralische Pflicht zu D_e . Mit Blick auf staatliche Strafe wird dann deduziert. Der Staat hat, weil wir Personen sind [= D_u] die moralische Pflicht, uns an dem zu messen, was wir durch unser Tun verdient haben [= D_e], d.h. uns verantwortlich zu machen.¹³⁸ Verantwortlich machen, so Falls, kann der Staat allein durch Strafe.¹³⁹ Daraus folgt: "Weil Personen als Personen verdienen, daß der Staat sie verantwortlich macht, und weil verantwortlich machen notwendig Strafen heißt, verdienen Personen als Personen Strafe".¹⁴⁰ Der Staat hat die moralische Pflicht, den Täter wegen seiner Tat (und proportional zu ihrem Gewicht) verantwortlich zu machen.¹⁴¹ Die Pointe ist nun, daß D_u mehr enthält als nur das formale Prinzip von D_e . Aufgrund unseres Personseins verdienen wir nicht bloß, verantwortlich gemacht zu werden (d.h. Subjekt von Zurechnung zu sein), sondern auch "daß man uns nicht aus Bequemlichkeit belügt; (...) [und] daß man uns nicht zum Zeitvertreib tötet".¹⁴² Das allgemeine Respektsprinzip (D_u) *begründet und begrenzt* also D_e . "Das Proportionalitätsprinzip gilt ausschließlich für verdienten Verdienst [= D_e], und im Regelfalle dient verdienter Verdienst dazu, Personen verantwortlich zu machen. Das Respektsprinzip besagt, daß Strafe der unverdiente Verdienst von Personen ist, und nur dann gerechtfertigt, wenn sie diese verantwortlich macht. Wenn demnach bestimmte Arten von Strafe ihrer Natur nach den Zweck verfehlen, den Täter verantwortlich zu machen, dann sind sie nicht legitimierbar, selbst wenn sie proportional wären".¹⁴³ Das Proportionalitätsprinzip [= D_e] gilt nur innerhalb des vom Respektsprinzip [= D_u] gezogenen Rahmens. Die Definition von Strafe muß daher um ein weiteres Element ergänzt werden. "Strafe ist gerechtfertigt nur dann, wenn derjenige der sie erleidet, dazu in der Lage bleibt, nachdenklich auf die Behandlung und den Widerspruch, den sie ausdrückt, zu reagieren".¹⁴⁴ Kategorisch unzulässig sind alle Strafen, welche die Kapazität des Täters zerstören, als Person verantwortlich gemacht zu werden – namentlich: "Tod, Lobotomie, Folter und qualvolle Verstümmelung des Leibes".¹⁴⁵

Es ist ein wenig enttäuschend, daß Falls im entscheidenden Moment eben dem Naturalismus verhaftet bleibt, den sie (mit Recht) an den "benefit and burden" Theorien kritisiert. Das Vermögen, auf die mittels harter Behandlung artikulierte Normaffirmation nachdenklich zu reagieren, ist bei ihr nur seinen *physiologischen* Voraussetzungen nach zu garantieren. Mit dem Verweis auf "Tod, Lobotomie, Folter und qualvolle Verstümmelung" bleibt der Leib die letztlich entscheidende Instanz. Das normative Legitimationsproblem stellt sich somit allein im Rahmen der deskriptiv zu beantwortenden Frage, ob dem Täter die neurophysiologische Kapazität verbleibt, während des Strafvollzugs bei klarem Bewußtsein zu bleiben. *Warum* dies bedeutsam sein soll, auf diese alles entscheidende Frage bleibt Falls die Antwort schuldig. Das Subjekt als Person lediglich in den Grenzen seiner Individualität anzuerkennen, ist keine Lösung.¹⁴⁶ Und daher ist es schlicht unzutreffend, wenn Falls behauptet, "[d]as Urteil, daß (...) [Personen intrinsischer] Wert zukomm[e], basier[e] *allein* darauf, daß sie die Kapazität zur Vernunft und zu autonomer

"unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt". MdS, S.331. Zu den damit verbundenen Problemen siehe oben S.52 f.

¹³⁶ Falls, S.40 f.

¹³⁷ Falls, S.41.

¹³⁸ Falls, S.41.

¹³⁹ Falls, S.42.

¹⁴⁰ Falls, S.43.

¹⁴¹ Falls, S.43.

¹⁴² Falls, S.39-40.

¹⁴³ Falls, S.45-46.

¹⁴⁴ Falls, S.47.

¹⁴⁵ Falls, S.46.

¹⁴⁶ Siehe oben, S.30.

moralischer Entscheidung haben".¹⁴⁷ Auf der "Kapazität zur Vernunft", verstanden als operationfähiger Zustand neuronaler Hardware, basiert ein "Urteil" nur dann, wenn es eine *Norm* gibt, welche die kategorische Achtung vernunftbegabter Wesen zur Pflicht macht.¹⁴⁸ Diese Pflicht setzt die Kapazität des Subjekts zu interessenwidriger Obligation voraus, mit anderen Worten: das Vermögen der Person sich gegen das Individuum durchzusetzen. *Dieses* Subjektsmodell ist keine Interpretationsvariante. Es ist eine notwendige Konsequenz aus der Anerkennung des intrinsischen Werts der Person. Damit allerdings verlieren die Argumente, die Falls gegen grausame Behandlung und Todesstrafe vorbringt, an Bedeutung. Ist das Subjekt mehr als bloßes Individuum, so ist der Tod prinzipiell keine Grenze seiner Freiheit. Das Medium darf nicht mit der Botschaft und ihrer Bedeutung verwechselt werden. Selbstverständlich kann man nach dem Hirntod nicht mehr denken. Es hindert einen aber nichts daran, vor dem Hirntod an die Zeit danach zu denken (z.B. in einem Testament). Wenn die personale Entscheidung in der Lage ist, sich gegen die Interessen des Individuums durchzusetzen, so kann der Täter seinen eigenen Tod (mit Wirkung pro futuro) als gerecht und wünschenswert rationalisieren. Ein Gebot, die Kapazität zur Nachdenklichkeit während des Strafvollzugs zu erhalten, kann unter Hinweis auf den Leib als *physiologische* Bedingung der Möglichkeit personaler Existenz nicht begründet werden. Derartige Gebote bedürfen zu ihrer Legitimation einer bereits im Grundsatz andersartigen Strategie. Diese muß vom Vorrang der Person ausgehen und Grenzen der Verfügungsmacht aus den *freiheitstheoretischen* Bedingungen der Möglichkeit ihrer Existenz ableiten.¹⁴⁹ Allein auf diesem Wege kann man der Person die Kompetenz zur Verfügung über ihren Leib (oder die Leiber anderer) geben und nehmen.¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Falls*, S.39. Hervorhebung von mir.

¹⁴⁸ Vgl. *Hare* (1981), S.217-218.

¹⁴⁹ Dazu oben, S.80.

¹⁵⁰ Wenn *Falls* in einer Fußnote dazu schreibt, daß "[w]ir (...) nicht in dem Sumpf der Frage versinken [dürfen], was denn die Gegenwart dieser Kapazität konstituiere – Teil der Gattung Mensch zu sein, ein Ich-Konzept [zu haben] oder was auch immer", dann wird sie dem Problem nicht gerecht (*Falls*, S.39 Fn.23). Um diesen Sumpf führt kein Weg herum. Wer ihn nicht durchwaten, der bleibt zwar sauber, kommt aber auch nicht voran.

III. Expressivismus

Im Zentrum der expressivistischen Theorieentwürfe steht die Einsicht, daß Strafe (als Handlung) auch eine besondere Form von Kommunikation ist und weiterhin, daß dieser kommunikative Aspekt für ihre Legitimation von zentraler Bedeutung ist. Was die Kriminalstrafe von der Geldbuße für eine Ordnungswidrigkeit unterscheidet, ist ihre "*symbolische Signifikanz*".¹ Strafe bringt moralische Verdammung zum Ausdruck², oder neutraler formuliert: sie widerspricht dem Weltentwurf, den der Täter mit seiner Tat zum Ausdruck bringt.³ Die Ablösung der kommunikativen Bedeutung von Tat und Strafe von ihren naturalistischen Ausprägungen, erlaubt es, eine Differenzierung in den Blick zu nehmen, die von der "Flew-Benn-Hart" Definition verstellt worden war.⁴ Das einheitliche Konzept von Strafe wird aufgespalten in kommunikativen Widerspruch einerseits und harte Behandlung andererseits.⁵ Mit dieser Spaltung einher geht die Differenzierung der legitimationstheoretischen Fragestellung. Auf welche Weise kann, erstens, der Widerspruch gegen den Weltentwurf des Täters legitimiert werden? Und auf welche Weise, zweitens, seine harte Behandlung? Hinsichtlich der ersten Frage (nach der Legitimation des Widerspruchs) trifft die Betonung der kommunikativen Relevanz von Strafe keine Vorentscheidung. Expressive Verdammung der Tat kann mit Blick auf die guten Folgen ebenso legitimiert werden⁶, wie als von Nützlichkeitsabwägungen unabhängig verdiente Antwort.⁷ Im ersten Falle ist der Widerspruch (isoliert betrachtet) ein Übel, im zweiten ist er ein Gut. Die offenkundig starke Affinität *retributiver* Straftheorien zum Expressivismus liegt nicht zuletzt darin begründet, daß es eine ihrer zentralen Plausibilitätshürden ist, die Strafe als Gut auch für den Täter ausweisen zu müssen. Systematisch betrachtet, stellt sich das Problem beim Widerspruch natürlich in genau derselben Weise, dies fällt jedoch vor dem psychologistisch eingefärbten Hintergrund der anglo-amerikanischen Philosophie weniger auf. Schläge schmerzen eben mehr als Schelte, wenn der Leib die Referenzgröße ist.⁸ Die zweite Frage (nach der Legitimation harter Behandlung) kann mit Blick auf die erste beantwortet werden. Hat man den Widerspruch als retributiv gebotene Reaktion auf die Tat (d.h. als Gut) identifiziert, so liegt es nahe, harte Behandlung als das konventionelle Symbol auszuweisen, welches diesen Widerspruch artikuliert.⁹ Widerspruch ist die Bedeutung von Strafe und harte Behandlung ist sein Symbol. Die Legitimität des Widerspruchs wird mittels einer semantischen Theorie der Bedeutung auf das Faktum harter Behandlung erstreckt. Widerspruch gegen den Weltentwurf des Täters ist geboten, harte Behandlung bedeutet Widerspruch, folglich ist harte Behandlung des Täters legitim.

Die Probleme liegen auf der Hand. Zum einen ist fraglich, ob harte Behandlung das *einzige* Symbol für Widerspruch ist. Ein Feststellungsurteil (oder eine Parade für das Opfer) könnte die

¹ *Feinberg*, The Expressive Function of Punishment (1965), S.98.

² *Kleinig* (1991), S.403; *Nozick* (1981), S.370.

³ Siehe oben, S.58 f., 80 f.

⁴ *Primoratz*, Punishment as Language, Philosophy (1989a), S.187.

⁵ "Die Institution rechtlicher Strafe hat (...) zwei Komponenten – Widerspruch und harte Behandlung. Ein Individuum, das rechtlich bestraft wird, erfährt üblicherweise *beides*. Ihm wird widersprochen, und es muß harte Behandlung erdulden. Jede vollständige Rechtfertigung der Institution rechtlicher Strafe muß (...) *beide* Komponenten erfassen". *Narayan*, Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment, Oxford Journal of Legal Studies (1993), S.166.

⁶ So plädiert Kahan für die Wiedereinführung von Ehrenstrafen ("Shaming"), denn "vom Standpunkt der Abschreckung aus betrachtet, sind Ehrenstrafen besonders effektiv gegenüber denjenigen, die Status zu verlieren haben". *Kaban*, What do Alternative Sanctions Mean?, University of Chicago Law Review (1996), S.648 ff.

⁷ *Primoratz* (1989a), S.188.

⁸ *Kleinig* (1991), S.417.

⁹ *Feinberg* (1965), S.100; *Hampton* (1988), S.126; *dies.* (1992), S.1669, 1694 f.; *Kleinig* (1991), S.418; *Lucas*, On Justice (1980), S.134. Vgl. auch *Narayan*, S.180.

Botschaft ebenso unmißverständlich zum Ausdruck bringen.¹⁰ Zum anderen ist der begründungslogische Status einer semantischen Theorie unklar, mit der Folge, daß der deontische Status harter Behandlung in der Schwebe bleibt. Ist sie ein Gut, wie der Widerspruch? (Wenn ja, warum sollte man sie dann akzessorisch legitimieren?) Oder ist sie ein Übel? (Wenn ja, kann man tatsächlich die intrinsische Güte des Widerspruchs zur extrinsischen Legitimation harter Behandlung verwenden?) Diese Probleme mit der nominalistisch-akzessorischen Grundform zur Legitimation harter Behandlung (siehe unten 1) haben zu weiteren Spielarten der expressivistischen Theorie geführt. So wird vertreten, daß harte Behandlung den Widerspruch gegen den Weltentwurf des Täters *verkörpern* und nicht bloß bedeuten (siehe unten 2).¹¹ Hier klingt eine nicht-nominalistische Bedeutungstheorie des vollkommenen Ausdrucks an.¹² Widerspruch und harte Behandlung bilden ein untrennbares Amalgam, und beide Elemente des Begriffs der Strafe sind moralisch gut. Die dritte Strömung des straftheoretischen Expressivismus (siehe unten 3) lehnt sowohl die akzessorische Grundform als auch die Theorie des vollkommenen Ausdrucks ab. Harte Behandlung ist ein konventionelles Symbol für Widerspruch (gegen 2), die Legitimität des letzteren läßt sich jedoch nicht "semantisch" auf erstere erstrecken (gegen 1). Harte Behandlung muß separat gerechtfertigt werden, *eine* Legitimationstheorie reicht nicht aus.¹³

1. Nominalistisch akzessorischer Expressivismus

Die konventionell-akzessorische Strategie der Legitimation harter Behandlung als Symbol für den Widerspruch gegen die Behauptung des Täters, ist von Feinberg folgendermaßen formuliert worden: "Zu sagen, daß die physische Behandlung selbst Verdammung ausdrückt, heißt nichts weiter als daß bestimmte Formen harter Behandlung die konventionellen Symbole öffentlicher Mißbilligung geworden sind. Das ist nicht mehr und nicht weniger paradox als die Behauptung, daß bestimmte Worte unserer Sprache konventionelle Träger für den Ausdruck bestimmter Einstellungen geworden sind, daß Champagner das Getränk ist, welches üblicherweise zur Feier großer Ereignisse gewählt wird, oder daß Schwarz die Farbe der Trauer ist".¹⁴ Zur Legitimation des Widerspruchs sagt Feinberg nur wenig.¹⁵ Sein Interesse gilt der Bedeutungstheorie und der Frage, auf welche Weise die (vorausgesetzte) Legitimität des Widerspruchs auf die harte Behandlung erstreckt werden kann. Zutreffend beschreibt Primoratz dies als ein nicht normatives Prolegomenon zu einer Philosophie der Strafe.¹⁶ Die Legitimität des Widerspruchs und damit die der Bedeutungslehre vorgelagerte normative Dimension der Straftheorie zu begründen, haben sich erst Hampton und Kleinig zur Aufgabe gemacht.

Jean Hampton beginnt ihre Ausführungen in "Correcting Harms versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution"¹⁷ mit dem Entwurf einer Unrechtslehre. Das Unrecht der Straftat kann nicht mit dem Güterschaden identifiziert werden, den sie hervorruft, sondern es besteht in einer Verletzung der sittlichen Person, genauer: in der öffentlichen Nichtachtung des sittlichen Werts einer Person ("moral injury").¹⁸ Mit seiner Tat bringt der Täter zweierlei zum Ausdruck. Zum einen,

¹⁰ Duff (1986), S.240-243; Ten sieht hierin den zentralen Einwand gegen die expressivistischen Theorien. Ten, S.42.

¹¹ Skillen, How to Say Things with Walls, Philosophy (1980), S.517.

¹² Dazu oben, S.61 ff.

¹³ Im Regelfalle erfolgt die Legitimation harter Behandlung konsequentialistisch in Form von "prudential supplements". Duff (1996), S.41. Narayan spricht vom "prudential back-ups" oder von "additional prudential incentives". Narayan, S.181; von Hirsch (1993), S.13.

¹⁴ Feinberg (1965), S.100. In der Sache ebenso: Kaban, S.591 ff.

¹⁵ Primoratz (1989b), S.188. Skillen weist mit Recht auf eine utilitaristische Grundtendenz in den Arbeiten Feinbergs hin. Skillen, S.519.

¹⁶ Primoratz (1989b), S.188.

¹⁷ Hampton (1992), S.1659-1702.

¹⁸ Hampton (1992), S.1666.

daß der wahre Wert des Opfers unter dem von Recht und Moral festgesetzten liege¹⁹, zum anderen, daß er, der Täter, die Kompetenz habe, die Korrektur dieser Normen vorzunehmen.²⁰ Beide Behauptungen sind falsch. Der Mensch ist als Zweck an sich a priori wertvoll.²¹ Weder der Täter noch der Gesetzgeber können über diesen fundamentalen normativen Status verfügen.²² Da die statuskonstitutiven Normen jedoch nicht für jedermann evident sind, besteht im Publikum die Gefahr des Irrtums durch Mißrepräsentation des normativen Status einer Person. Der Täter erweckt mit seiner Tat faktisch den Anschein, das Opfer sei weniger wert als er und andere. "Der Missetäter verletzt die sittliche Person eines anderen, wenn er diesen in einer Weise behandelt, die durch seinen sittlichen Wert ausgeschlossen ist, und/oder ihn deutlich unter Wert darstellt; oder, mit anderen Worten, wenn die Handlung des Täters bedeutet, daß er das Opfer herabsetzt und sich dadurch als über dieses erhaben präsentiert, daß er sich einen Wert zuschreibt, den er nicht hat".²³ Demzufolge wird die Verletzung der sittlichen Person "definiert (...) als Beschädigung der Verwirklichung des Werts eines Opfers durch ein Verhalten (...) [mittels dessen] das Opfer in seinem Wert herabgewürdigt wird".²⁴

Aus diesem Konzept kriminellen Unrechts folgt die Theorie der Strafe. "[R]etributive Strafe [ist] die Antwort auf eine Unrechtstat, welche den wahren Wert des Opfers zu verteidigen sucht, den anzuerkennen der Täter sich geweigert hat. Dies geschieht durch die Konstruktion eines Geschehens, welches nicht nur die Botschaft des Täters zurückweist, Herr über das Opfer zu sein, sondern dies zugleich in einer Weise tut, die beide, kraft ihres Menschseins, als gleichermaßen wertvoll bestätigt".²⁵ Tat und Strafe stehen im Verhältnis von Rede und Antwort. Die Antwort muß der Natur der Rede entsprechen. "Die Wiederherstellung der Anerkennung des wahren Werts des Opfers kann gemeinhin nicht durch die bloß mündliche oder schriftliche Bestätigung erfolgen, daß Täter und Opfer gleichermaßen wertvoll sind. (...) Die Verneinung [krimineller] (...) Degradierung erfordert mehr, als ein paar müßige Anmerkungen. Wenn wir es mit Taten zu tun haben, die nicht bloß die Herabwürdigung einer Person im Verhältnis zum Täter [verbal] zum Ausdruck bringen, sondern darüber hinaus versuchen, diese Herabwürdigung real zu etablieren, dann sind wir moralisch verpflichtet, in einer Weise zu reagieren, die versucht, die Welt wieder so zu machen, daß sie verneint, was die Straftat zu etablieren versuchte und auf diese Weise den Täter zu beugen, das Opfer emporzuheben und den Akt der Herabsetzung zu annullieren".²⁶

Die Normativierung der Straftheorie ist hier bereits sichtbar fortgeschritten. Hampton greift explizit auf eine nicht instrumentelle Theorie des Subjekts als sittliche Person zurück, um ihr normatives Gerüst zu verankern.²⁷ Gegen den herrschenden Psychologismus führt sie in aller Deutlichkeit aus: "Die Verletzung der sittlichen Person kann nicht identifiziert werden mit der psychologischen Schmerzerfahrung, die auf das Unrecht folgt, da dieser Schmerz weder eine hinreichende, noch eine notwendige Bedingung ist, für die Existenz einer Verletzung der sittlichen Person".²⁸ Keine hinreichende Bedingung, weil es sonst allein auf die Bereitschaft zum Beleidigtsein ankäme. Keine notwendige Bedingung, weil es Situationen gibt, in denen das Opfer als Individuum die Verletzung der sittlichen Person bereits rein kognitiv nicht bemerkt, zum Beispiel im Falle der Untreue, oder weil es sich innerlich so weit aufgegeben hat, daß es die Tat nicht mehr als degradierend begreift.²⁹ Und doch ist in beiden Fällen kriminelles Unrecht geschehen. "[D]ie

¹⁹ Hampton (1992), S.1666, 1670.

²⁰ Hampton (1992), S.1677; dies. (1988), S.126, 130.

²¹ Hampton (1992), S.1667, 1672.

²² Hampton (1992), S.1672-1673.

²³ Hampton (1992), S.1677.

²⁴ Hampton (1992), S.1679.

²⁵ Hampton (1992), S.1686; dies. (1988), S.130-131.

²⁶ Hampton (1992), S.1686-1687.

²⁷ Hampton (1992), S.1666-1668.

²⁸ Hampton (1992), S.1671.

²⁹ Hampton (1992), S.1671.

Verletzung der sittlichen Person [ist] eine 'objektive' und keine 'subjektive' Verletzung".³⁰ Die Möglichkeit einer objektiven Verletzung setzt voraus, daß das Konzept der Person seinerseits objektiv ist. Hampton bestätigt dies, wenn sie ausführt, daß allen an Kant orientierten Theorien menschlicher Würde die Überzeugung eigen ist, "daß menschlicher Wert intrinsisch, gleich und 'dauerhaft' in dem Sinne ist, daß unser Wert durch menschliches Tun an sich nicht vermindert werden kann".³¹ Daraus scheint nun notwendig zu folgen, daß "menschlicher Wert" in einem *normativen Sinne objektiv* ist, will sagen: durch Normen diktiert, die dem Subjekt vorausgehen, dieses durch Zuweisung bestimmter Pflichten konstituieren und von ihm alleine nicht geändert werden können. Allein – dies ist nicht Hamptons Konsequenz. Auch wenn es nicht möglich sei, eine Person normativ herabzuwürdigen, so könnten doch "diejenigen Eigenschaften, die uns wertvoll machen, durch unmoralische Taten *beschädigt oder ausgelöscht werden* (z.B. indem man uns tötet oder unsere Gehirne zerstört)".³²

Erneut ist menschlicher Wert (ganz und gar gegen Kant) in einem *bloß naturalistischen Sinne "objektiv"* bestimmt. Hampton unterläuft hier der gleiche Fehler, der schon Falls zum Verhängnis geworden war.³³ Aus der Tatsache, daß der Leib ein Gehirn hat, folgt *kein* Achtungsanspruch der Person – es sei denn, dieser wird durch eine Norm verordnet. Will man den Wert der sittlichen Person objektiv bestimmen, dann muß man diese Norm als objektive Norm begründen. Man kann sie nicht, wie Hampton, schlicht voraussetzen und dann auf eines ihrer angeblichen Tatbestandsmerkmale ("Hirnmasse") verweisen, ohne sich der *petitio principii* schuldig zu machen, die in jedem naturalistischen Fehlschluß steckt. Hamptons vielversprechender Ansatz, den Psychologismus des Lust/Unlust Schemas hinter sich zu lassen, läuft in einen konventionellen Naturalismus aus. Vergeblich wird erneut versucht, den Leib zum normativen Geltungsgrund zu erheben. Was gewonnen schien, ist verspielt. Mit der empirischen Referenz zieht Beliebigkeit ein.³⁴

Die unvollständig gebliebene Normativierung bringt ein weiteres charakteristisches Problem mit sich. Die subjektstheoretische Fundierung einer Norm dient nicht nur ihrer Begründung, sondern zugleich ihrer Rückbindung an die Person, welche durch sie erst konstituiert wird. Die Weltentwürfe normgezeugter Personen sind zunächst einmal kommunikativ relevant. Wessen "Ja" bedeutsam ist, dessen "Nein" ist mehr als ein bloßes Störgeräusch – man mußte Christ (gewesen) sein, um als Hexe verbrannt zu werden.³⁵ Soll die Reaktion auf die Straftat nicht allein darin bestehen, die Grenzen der Gesellschaft unter Ausschluß des Täters erneut und enger zu ziehen, dann muß dem Täter als Person die Kompetenz zugesprochen werden, die Geltung auch derjenigen Normen, die Personalität erst ermöglichen, in Frage zu stellen. Mit anderen Worten, weil er Person ist, kann der Täter die Normgeltung effektiv angreifen. Hampton bleibt diese Dimension

³⁰ Hampton (1992), S.1672. Duff bezweifelt die Verletzung der sittlichen Person in Fällen, in denen faktisch kein Schaden (oder kein ungleiches Gütersaldo) eintritt, wie beim fehlgeschlagenen Versuch oder wenn ein armer Mann aus dem Beutel des Reichen stiehlt, oder wenn die Tat nicht mehr ist, als ein Ärgernis [sic] (z.B. wenn mein Auto mutwillig zerstört wurde). Hier zeigt sich erneut, wie tief die Diskussion von naturalistischen Prämissen beherrscht ist. Entgegen klarer Aussagen Hamptons verkennt Duff die *normative* Natur der sittlichen Person. Duff (1996), S.37-38.

³¹ Hampton (1992), S.1672.

³² Hampton (1992), S.1673. Hervorhebung von mir. Siehe auch *dies.* (1988), S.132-133.

³³ Siehe oben, S.113 f.

³⁴ Hampton selbst bestätigt diese Vermutung, wenn sie in Fn.16 (*dies.* (1992), S.1702) anmerkt: "Ich glaube fest, daß auch Tiere einen bestimmten Wert haben, dessen Mißachtung ebenfalls retributive Strafe rechtfertigen kann". Ob auch hier die Gehirnfunktionen *conditio sine qua non* für den allgemeinen Achtungsanspruch sind, wird nicht weiter ausgeführt. Der naturalistische Fehlschluß ist selbstverständlich auch in der deutschen Literatur verbreitet. So schreibt beispielsweise Hirsch (gegen Jakobs): "Der Mörder wird aber doch nicht vordergründig wegen seiner Auflehnung gegen die Norm des § 211 StGB bestraft, sondern wegen der Vernichtung eines Menschenlebens". Hirsch, Das Schuldprinzip im Strafrecht, ZStW 106 (1994), S.753. Dem muß aus den genannten Gründen widersprochen werden.

³⁵ Siehe oben, S.79 f.

des Unrechts verschlossen. Da sie lediglich postuliert, daß jedem menschlichen Wesen qua Menschsein ein Achtungsanspruch zukomme, bleibt dieser von der Tat letztlich unberührt. "Menschliche Würde kann [niemals] eigentlich herabgewürdigt werden, so lange wir Personen bleiben. Möglich allerdings ist (...), der Anschein der Herabwürdigung".³⁶ Letzterer ist jedoch ein rein kognitives Problem. Der Täter erweckt den Eindruck, das Opfer sei weniger wert als er oder andere, ohne an der Geltung der Norm, welche den objektiven Wert des Opfers bestimmt, etwas ändern zu können. Dies jedoch ist etwas ganz anderes als der Vorschlag eines Mitgesetzgebers, man möge die Norm, welche den Wert des Opfers (und den aller anderen) bestimmt, inegalitär reformulieren. Im ersten Fall droht ein Irrtum, ein Fehler des Erkennens. Im zweiten droht begründete Abweichung, ein Fehler des Willens. Allein letzterer kann strafbar sein.³⁷

Eine weitere Folge der unterlassenen Rückkoppelung des objektiven Werts der Person an das Subjekt, ist eine theoriebedingte Blindheit für die gesellschaftlichen Voraussetzungen von Personalität. Damit sind selbstverständlich nicht die materiellen Sicherheiten gemeint, die das Leben in Gemeinschaft bieten mag (oder auch nicht), sondern die epistemologische Angewiesenheit auf den anderen und das "Wir" zur Selbsterkenntnis als Person.³⁸ Hält eine Gesellschaft keine im Schema von Pflicht und Willkür formulierten Ich-Identitäten zum Abonnement bereit, so kann das Subjekt niemals zur Person werden. Die positive Freiheit, sich entlang wechselseitig anerkannter Ich-Modelle zu entwerfen, besteht in der normativen Garantie der Anerkennung meiner Handlungen durch andere (man denke nur an den Eigentumserwerb). Jede freiheitliche Tat hat immer auch eine institutionelle Seite. Die Straftat greift somit nicht nur die individuelle Anerkennungsbeziehung zwischen zwei konkreten Subjekten an, sondern immer auch und ganz wesentlich zuerst die Institution.³⁹ Was gegenüber dem Opfer Mißachtung ist, ist gegenüber dem Staat die Anmaßung der Kompetenz zu institutioneller Handlung. Hamptons Straftheorie ignoriert diesen letzten Aspekt vollkommen. Für sie ist der Staat nichts weiter als ein nützlicher Agent der Opferinteressen.⁴⁰ Das Unrecht der Tat erschöpft sich in der öffentlichen Mißachtung des Opfers und der Arrogation des Täters ihm gegenüber.⁴¹ Das aber ist ein

³⁶ Hampton (1992), S.1673.

³⁷ Offenbar wittert Hampton, daß hier ein Problem verborgen liegt. Sie kann es jedoch nicht auf den Begriff bringen und weicht auf einen Nebenschauplatz aus. "Warum kümmert uns die Verneinung von Würde? Warum sollen wir Verletzungen der sittlichen Person als anstößig begreifen? (...) Legt meine Kantische Analyse nicht nahe, daß wir schlicht eine Nietzscheanische Einstellung dem Unrecht gegenüber einnehmen und demgemäß Verbrechen als bloße Ärgernisse abtun sollten, ineffektiv in dem, was sie zu erreichen zu versuchen, bedenkt man die Dauerhaftigkeit und Gleichheit unseres Werts als Personen?" (Hampton (1992), S.1683). Im Anschluß daran heißt es dann: "Die Antwort auf die 'Soll'-Frage ist unkompliziert: wertvoll sein, heißt etwas zu sein, worum menschliche Wesen sich sorgen sollten und etwas, was sie pflegen sollten" (ebd. S.1683). Mit anderen Worten, man soll die den Anschein der Herabwürdigung einer Person als anstößig begreifen, weil Achtung gesollt ist. Warum aber ist Achtung gesollt? Weil Nichtachtung moralisch anstößig ("morally offensive") ist (ebd. S.1683). Das Argument dreht sich im Kreis. Schließlich bekennt Hampton: "Ich kann die Anstößigkeit nicht durch Bezugnahme auf etwas anderes erklären, weil sie die Grundlage unseres Widerspruchs gegen das Unrecht ist; sie ist Teil dessen, was es heißt zu sagen, daß etwas wertvoll ist, daß wir uns um seine Erhaltung kümmern und seinen Wert anerkennen sollen", ebd. S.1683-1684.

³⁸ Dazu oben, S.72.

³⁹ Murphy hält die Rede von der Verletzung des Staates für eine "metaphysische Verrücktheit", die unmittelbar in den Faschismus führe. Leider versäumt er die Gelegenheit auszuführen, warum dies so sei. *Murphy, Why Have Criminal Law at All?* (1990), S.8.

⁴⁰ Hampton (1992), S.1690, 1692; *Murphy* (1990), S.10; *ders.* (1985), S.5.

⁴¹ Hampton (1992), S.1690, 1692.

Mißverständnis. Die kognitive Gefahr kollektiven Irrtums hat nichts mit dem Aufruf zu normativ begründeter Devianz zu tun.⁴²

John Kleinig kommt der Verdienst zu, die institutionelle Dimension der Straftat betont und in den Mittelpunkt seiner Straftheorie gestellt zu haben. Zunächst stimmt er mit Hampton und Feinberg darin überein, daß harte Behandlung ein konventionelles Symbol des Widerspruchs gegen den kriminellen Weltentwurf ist.⁴³ "Es scheint eine weithin geteilte Erfahrung menschlicher Wesen zu sein, daß Vorwürfe von Angesicht zu Angesicht die Schwere moralischer Missetaten nicht angemessen zum Ausdruck bringen. Etwas Demonstrativeres ist gefordert".⁴⁴ Das muß nicht die Prügelstrafe sein und auch nicht Gefängnis. "Man kann durchaus vertreten, daß eine zivilisiertere Gesellschaft immer seltener zu harter Behandlung als Antwort auf moralische Versäumnisse greifen muß. Kompensatorische und restitutive Bußen mögen im Gebrauch zunehmen. Dennoch, ich glaube kaum, daß wir in einer Gesellschaft leben, in der harte Behandlung redundant geworden ist; wir sind ihr nicht einmal nahe gekommen".⁴⁵ "Harte Behandlung", das gilt heute wie damals, "wird auch dort verstanden, wo Worte versagen".⁴⁶

Die durch harte Behandlung unmißverständlich zum Ausdruck gebrachte Botschaft hat eine interpersonale und eine institutionelle Seite. Zum einen "vereitelt [Strafe] die Anmaßung, die der Missetat eigen ist. Sie erniedrigt den Täter. Sie negiert oder hebt die in der Missetat enthaltene Behauptung auf, daß die Interessen anderer unbedeutend sind, daß der Täter Herr über andere ist – oder mindestens dazu berufen, über ihre angemessene Behandlung zu bestimmen. Strafe sagt: 'Indem du so gehandelt hast, hast du ohne Rechtfertigung deine Interessen, deine Vorlieben und Neigungen über die der anderen gestellt. Deine Anmaßung kann nicht bestehen bleiben'".⁴⁷ Zum anderen haben wir es "wo sich moralisches Fehlverhalten ereignet hat, (...) nicht länger mit einer rein privaten Angelegenheit zu tun. Wir sehen uns einem Bruch derjenigen Beschränkungen gegenüber, die *menschlichen* Umgang regeln. Was sich ereignet hat, ist von öffentlicher – wenn auch nicht immer rechtlicher – Bedeutung. Was Jack über Jill gebracht hat, das hat er der Menschheit in uns angetan. Wir schulden es den anderen – und den Banden, die uns vereinigen – offen zu reagieren".⁴⁸

In Hamptons Modell gab es keine "Bande, die *uns* vereinigen", sondern nur jeweils einzelne Subjekte, die ihr Verhalten entlang einem (wenn auch nicht immer fehlerfrei) erkennbaren objektiven Sittengesetz ausrichten können und sollen. Die grundsätzliche Schwäche der Kantischen Theorie, das Subjekt als autonom bestehend und bar jeder Geschichtlichkeit vorauszusetzen, zeigte sich auch hier.⁴⁹ Kleinig versucht demgegenüber, die Angewiesenheit des Subjekts auf die Gesellschaft aus der es stammt, deren Teil es bleibt und der es die gemeinsame Sprache verdankt, in der es sich als "Ich" entwerfen kann, im Rahmen einer kommunitaristisch inspirierten Gemeinschaftstheorie zu würdigen. Die Bedeutung moralischen Verhaltens läßt sich nicht mit Blick

⁴² Die Bedeutung dieses Unterschiedes unterschätzen Berger und Luckmann, wenn sie schreiben, daß "jede radikale Abweichung von der institutionalen Ordnung als Ausscheren aus der Wirklichkeit erscheinen [muß]. Man kann derartige Abweichungen als moralische Verworfenheit, Geisteskrankheit oder bloße Ignoranz ansehen. Für die Behandlung dessen, der abweicht, mögen solche feineren Unterschiede durchaus ihre Folgen haben. Gemeinsam ist ihnen jedoch allen ein geringerer kognitiver Status in der sozialen Welt". *Berger/Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit* (1966), S.70. Letzteres mag für Geisteskrankheit gelten und auch für Ignoranz, nicht jedoch für "moralische Verworfenheit". Wenig wird unmittelbarer wahr- und (als Bedrohung) ernst genommen, als ein gräßliches Verbrechen.

⁴³ *Kleinig* (1991), S.417.

⁴⁴ *Kleinig* (1991), S.417.

⁴⁵ *Kleinig* (1991), S.418.

⁴⁶ *Kleinig* (1991), S.417.

⁴⁷ *Kleinig* (1991), S.418, 416.

⁴⁸ *Kleinig* (1991), S.411.

⁴⁹ Dazu oben, S.75.

auf das handelnde Subjekt alleine bestimmen. Wir können gravierende Verletzungen moralischer Standards nicht ignorieren, denn "*Moralität (...) betrifft ganz fundamental, was wir im Verhältnis zu anderen sind*, unabhängig davon, ob diese Verhältnisse individuellen oder kollektiven Ausdruck finden, oder die Strukturen unseres korporativen Lebens prägen".⁵⁰ Ohne Moralität kann personale Identität und damit wahres menschliches Leben nicht gedeihen. Denn: "Menschliches Gedeihen [human flourishing] ist wesentlich ein soziales Unternehmen, das Ergebnis von Bildung und nicht bloß Endpunkt eines Reifeprozesses. Wir entwickeln uns zu den Geschöpfen die wir sind und sein wollen in einem Gesellschafts- und Gruppenkontext. Soziales Leben ist nichts, was wir wählen, sondern etwas aus dem wir kommen und in dem wir, meistens jedenfalls, verbleiben. Was immer wir auch über unsere genetischen Dispositionen sagen mögen, diejenigen Eigenschaften mit denen wir uns ganz unbedingt (d.h. als Personen) identifizieren, sind begründet in einem Umfeld, das mittels sozialer Beziehungen strukturiert ist. 'Individualität', sofern wir sie – mit Mill – als 'Teil menschlichen Wohlseins' ansehen, ist weder vorsozial noch von sozialen Beziehungen als solchen bedroht; sie ist allein möglich durch das Vorhandensein einer reichen sozialen Umwelt. Entgegen bestimmten Spielarten des liberalen Individualismus muß man darauf bestehen, daß nicht die Gesellschaft als solche es ist, sondern bestimmte Arten sozialer Beziehungen es sind, welche menschliche Individualität bedrohen".⁵¹ Vor diesem Hintergrund wird Strafe zum "Index der Bedeutsamkeit" moralischen Fehlverhaltens.⁵² Strafe ist der "Maßstab für die Bedeutung, welche wir der Moral in unserem Leben zumessen, indem wir es für geboten erachten, strafend zu reagieren. Moralisches Fehlverhalten widersetzt sich offen dem Gebot der Gleichheit mit anderen und droht, die Fundamente menschlichen Gedeihens [welche zugleich die "Bande (sind), die uns vereinigen"] zu untergraben".⁵³

All dies ist wichtig und zutreffend. Man kann über das Subjekt nicht sprechen, ohne die Gesellschaft zu betrachten, welche sich in den Facetten seiner Individualität spiegelt. Strafrecht ohne Subjekts- und Gesellschaftstheorie ist ein Unding.⁵⁴ Und doch taugt nicht jede Subjektstheorie und nicht jedes Gesellschaftsmodell, wenn man über Anekdotisches hinauskommen will. Falls und Hampton gelang es nicht, das Konzept der Person so weit zu normativieren, daß es sich gegenüber empirischen Zufälligkeiten hätte behaupten können. Kleinig versäumt es in spiegelbildlicher Weise, seine plausible Beschreibung sozialer menschlicher Existenz, auf eine normativ präskriptive Ebene zu heben. Seine Subjekte sind auf die Gemeinschaft *faktisch* angewiesen. Sie garantiert ihr Wohlsein, und ohne dieses wäre sittliche Bildung illusorisch.⁵⁵ Jedoch auch hier ist die Ausnahme denkbar (Trevrizent), und so lange die Theorie im Deskriptiven verbleibt, ist dies ein valides Gegenargument. Erst wenn die Abhängigkeit von Person und Gesellschaft im Sinne eines normativen Aufeinander-Verwiesenseins formuliert wird, kann das Recht der Welt seine Geltung vorschreiben. Gesellschaft entsteht, wo über Normen kommuniziert wird. Normen ordnen die Welt in Pflicht und Willkür. Mit der Pflicht erhält das "Wir" seinen Platz im "Ich". Das individuelle Schema von Lust und Unlust kann als solches thematisiert werden (es ist Willkür). Geschieht dies, so wird das Subjekt zur Person. Und damit beginnt die Rückwirkung auf Gesellschaft, denn Personen sind zur Gesetzgebung über die Grenze zwischen Pflicht und Willkür berufen. Ohne Gesellschaft keine

⁵⁰ Kleinig (1991), S.406, S.407-408.

⁵¹ Kleinig (1991), S.409.

⁵² Kleinig (1991), S.410.

⁵³ Kleinig (1991), S.410, S.416-417.

⁵⁴ Berger/Luckmann, S.186; Garland, *Sociological Perspectives on Punishment, Crime and Justice* (1991), S.114 ff.; Murphy (1985), S.8-9. Die *subjektstheoretischen* Implikationen werden dabei jedoch nahezu durchgängig übersehen.

⁵⁵ Skillen hat das naturalistische Mißverständnis ungewollt auf den Begriff gebracht: "[E]s [sollte] offensichtlich sein, daß jede substantielle Theorie der Strafe, ganz unabhängig davon, ob ihre Philosophie utilitaristischer oder retributiver Natur ist, im Kontext einer umfassenden *sozialen und psychologischen Theorie* ausgearbeitet werden muß". Skillen, S.513. Hervorhebung von mir. Psychologische Theorien sind ihrer Natur nach deskriptiv. Zur plausiblen Erklärung eines Modells sind sie notwendig. Zur normativen Begründung von Strafe sind sie irrelevant.

Person, ohne Person keine Gesellschaft und jedes nur in den Grenzen und nach den Regeln des anderen. *Das* ist eine normative Theorie, gegen die man nicht einwenden kann, daß auch der Eremit im Walde ein guter Mensch geworden sei. Das mag sein wie es will – Person ist er jedenfalls nicht.⁵⁶ Daß Kleinig dem Quasi-Naturalismus nicht entkommt, zeigt sich augenfällig an dem Vorwurf, sein Modell sei im Kern konsequentialistisch. Mit Recht verwahrt er sich gegen diese Lesart.⁵⁷ Sein Theorieentwurf scheitert nicht, weil die Straftheorie utilitaristische Züge trägt, sondern weil er versucht, eine retributive Straftheorie mit einer naturalistischen Gesellschaftslehre zu verbinden. Tens zutreffende Bemerkung, daß die "Retributivisten (...) eine [zum klassischen Liberalismus] alternative Theorie der Staatsfunktionen entwickeln [müßten], bevor sie die Strafe von Missetätern allein auf der Basis ihrer Verdienste legitimieren können"⁵⁸, bleibt auch nach den Arbeiten Kleinigs ein Desiderat.

2. Realistisch akzessorischer Expressivismus

Die positive Klassifizierung dieser Expressivismus-Variante bereitet gewisse Schwierigkeiten, weil in der straftheoretischen Literatur so gut wie keine Auseinandersetzung mit den begründungslogischen Problemen verschiedener Bedeutungstheorien zu finden ist. Im wesentlichen setzen sich die "realistischen" Versuche (die ihren Namen hier in Anlehnung an das mittelalterliche Universalienproblem erhalten haben) negativ von den nominalistisch-akzessorischen Entwürfen Feinbergs, Hamptons und Kleinigs ab. Übereinstimmung herrscht in den Fragen nach Funktion und Bedeutung von Strafe. Strafe ist retributiv legitimerter, unmißverständlicher Widerspruch gegen die Tat.⁵⁹ Harte Behandlung, und hier teilt sich der Weg, ist die Verkörperung des Widerspruchs. Explizit gegen Feinberg wendet sich Skillen. "Es scheint schlicht falsch, Strafe [hier: harte Behandlung] als 'konventionelles Mittel' für den Ausdruck ent-rüsteter Mißbilligung zu behandeln".⁶⁰ Harte Behandlung steht in einem engeren Verhältnis zum Widerspruch, als die Farbe Schwarz zur Trauer. Wenn überhaupt, so gleicht es dem von Trauer und *Klage*.⁶¹ "Während Schwarz vertretbarerweise an sich neutral ist und nur durch Kontext und Konvention zur Farbe der Trauer wird (...), so ist doch einigermaßen offensichtlich, daß der Verlust von Geld, Jahren der Freiheit oder Gliedmaßen kaum in dieser Weise neutral bleibt. Dies legt eine radikale Unangemessenheit von Feinbergs Entwurf nahe. Feinberg unterschätzt dramatisch die natürliche Angemessenheit und Nicht-Willkürlichkeit bestimmter Formen harter Behandlung als Ausdruck oder Kommunikation moralischer Einstellungen. Diese Praktiken *verkörpern* auf Strafe drängende Feindseligkeit, sie 'symbolisieren' diese nicht bloß".⁶² Die rein konventionelle Zuordnung von harter Behandlung als Zeichen für Widerspruch, führt letztlich dazu, daß "die der Strafe immanenten Schrecken (...) als (...) grundlos erscheinen *müssen*".⁶³ Skillen bezweifelt, daß man die Legitimation von Widerspruch mittels einer nominalistischen Bedeutungstheorie auf harte Behandlung erstrecken kann.⁶⁴ Die Expressivität harter Behandlung liegt nicht in einer

⁵⁶ MdS, S.223; RPh, § 36 (S.95); "Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt", Preußisches ALR I 1, § 1.

⁵⁷ Kleinig (1991), S.410-411.

⁵⁸ Ten, S.48.

⁵⁹ Primoratz (1989b), S.74 ff.; ders. (1989a), S.187, 199-200.

⁶⁰ Skillen, S.516.

⁶¹ Skillen, S.516.

⁶² Skillen, S.517.

⁶³ Skillen, S.518.

⁶⁴ Skillen wendet weiter gegen Feinberg ein, daß die extrinsisch akzessorische Legitimation harter Behandlung in subjektivem Relativismus ende. "Angenommen, daß Hängen der 'konventionelle' Ausdruck der Verdammung des Mörders war und droht, dies wieder zu werden, dann ist dies, wendet man Feinbergs Kriterien an, gerechtfertigt als 'die Art und Weise, wie wir diese Verdammung symbolisieren. (...) [W]ir haben hier keinen konzeptuellen Raum mehr, um diese Konventionen zu kritisieren oder zu legitimieren". Skillen,

kontingenten Verknüpfung von Zeichen und Bedeutung, sondern in "ihrer 'kommunikativen Verkörperung von Werten'. Durch öffentliche Verkörperung dieser Werte in Formen, die sie mehr oder weniger natürlich repräsentieren, sucht die strafende Autorität Eindruck auf die Zeugen ihrer Handlung zu machen. Wir können dies mit einem Ritual vergleichen, in dem die Teilnehmer durch angemessene Gestik *explizit* machen, daß ihnen bestimmte Werte und Annahmen *implizit* sind und dementsprechend 'repräsentiert' werden können, ohne daß sie erklärt oder verteidigt werden müssen. (...) Dieser Ansicht zufolge, bedeutet ein *Wechsel* der expressiven Praxis nicht nur einen Wechsel der Notierung (was zu kurzfristigen Mißverständnissen und einem Abriß der Kommunikation führen könnte). Es kann ebenso einen Wandel der Werte begründen".⁶⁵ Deutlich klingt hier eine Theorie des vollkommenen Ausdrucks an.⁶⁶ Leider jedoch gibt Skillen keine Antwort auf die sich unmittelbar anschließende Frage, nämlich *warum* das Konzept von Strafe seine angemessene Verkörperung ausgerechnet in harter Behandlung findet. An dieser Stelle bedürfte es zweierlei. Zum einen des Entwurfs einer Ontologie, in der die Verkörperung von Werten nicht nur metaphorische Bedeutung hat.⁶⁷ Zum anderen einer Freiheitstheorie, die harte Behandlung als Realisierung der durch die Tat verwirkten (Un-) Freiheit ausweist und so Tat und Strafe überhaupt erst kommensurabel macht.⁶⁸ Beides liegt jenseits des von Skillen projizierten Rahmens. Mehr als eine kritische Anmerkung ist seine Arbeit nicht. Und doch ist die Kritik gut gewählt, denn die semantische Beziehung von Widerspruch und harter Behandlung kann nur dann die Legitimität des einen auf das andere erstrecken, wenn sich hinter ihr eine begründungslogische Abhängigkeit verbirgt. Eben dies verneint der Nominalismus jedoch. Es gibt keine essentielle Zuordnung von Botschaft und Symbol, keine natürliche Angemessenheit, welcher Art auch immer. Was die Konvention einander äußerlich zuordnet, das kann sie auch trennen, ohne darüber innere Bande zu zerreißen. Der Nominalismus besteht auf der Exklusivität gewohnheitsmäßiger Beiordnung, und damit scheidet ein begründungslogischer Zusammenhang aus. In seiner Antwort auf die Frage nach der deontischen Qualität harter Behandlung ist Skillen konsequent. Da diese als "kommunikative Verkörperung von Werten"⁶⁹ der *modus essendi* des Widerspruchs ist, teilt sie dessen Status als Gut.⁷⁰ Das für Widerspruch und harte Behandlung gemeinsame legitimationstheoretische Problem lautet: "Welche Werte *sollen* Anerkennung und Vorrang haben und aus diesem Grunde Ausdruck finden?"⁷¹ Verbaler Widerspruch ist vor diesem Hintergrund streng genommen ein Oxymoron.⁷²

S.519. Dies verwechselt jedoch die Bedeutungstheorie mit der Legitimationsstrategie für den Widerspruch. Man kann sehr wohl eine konventionelle Bedeutungslehre haben, und die Symbole (harte Behandlung) "objektiven" moralischen Restriktionen unterwerfen.

⁶⁵ Skillen, S.519-520.

⁶⁶ Dazu oben, S.61 ff.

⁶⁷ Dazu oben, S.60 ff.

⁶⁸ Dazu oben, S.87 ff.

⁶⁹ Skillen, S.520.

⁷⁰ Skillen, S.522.

⁷¹ Skillen, S.521.

⁷² Primoratz scheint sich dem anzuschließen, wenn er die harte Behandlung als "*intrinsisch* gut und notwendig kraft expressiven Ausdrucks moralischer Verdammung" beschreibt. Primoratz (1989a), S.202. An anderer Stelle heißt es jedoch in direktem Widerspruch dazu: "Selbst wenn man zugibt, daß die Verbindung zwischen der gesellschaftlichen Verdammung des Verbrechens und der Strafe enger als bloß konventionell ist, daß es in gewisser Weise natürlich und angemessen ist, die Verdammung des Verbrechens durch Strafe zum Ausdruck zu bringen, so bleibt doch die Frage: Warum soll man es nicht trotzdem verbal ausdrücken? Selbst wenn das weniger 'natürlich' und 'angemessen' sein sollte, es ist *eine* Möglichkeit. Und sollte man nicht diese Möglichkeit wählen, wenn man das Übel bedenkt, welches den 'natürlichen' und 'angemessenen' Ausdruck begleitet?" Primoratz (1989a), S.199. Hier wird harte Behandlung wieder ganz naturalistisch als physisches Übel und damit vom Widerspruch losgelöst gesehen.

3. Nicht-akzessorischer Expressivismus

Der nicht-akzessorische Expressivismus geht davon aus, daß beide akzessorischen Theorieentwürfe gescheitert sind. Der Realismus hat zutreffend erkannt, daß man die Legitimität des Widerspruchs nicht bloß semantisch auf harte Behandlung erstrecken kann, ohne jedoch ein überzeugendes Gegenmodell anbieten zu können. Wenn harte Behandlung somit weder als konventionelles Zeichen, noch als vollkommener Ausdruck des Widerspruchs gerechtfertigt ist, muß die derivative Strategie als solche aufgegeben werden. Widerspruch und harte Behandlung müssen separat, wenn auch nicht ohne Beziehung aufeinander, legitimiert werden. Widerspruch ist (als Gut) retributiv begründbar⁷³, harte Behandlung (als Übel) ist es nicht.⁷⁴ Letztere kann daher nur utilitaristisch gerechtfertigt werden. Eines der Güter, welches sie befördert, ist die Realisierung des Widerspruchs, womit der Nexus zwischen den beiden Elementen der Strafe gewahrt werden soll. (Der semantischen Relation von Bedeutung und Zeichen wird eine Zweck-Mittel Beziehung beigesellt.) Die Anstaffelung weiterer Güter ist jedoch erforderlich, da harte Behandlung nicht das mildeste Mittel ist, um den Widerspruch effektiv kommunizieren zu können. Als Zusatz-Güter werden im wesentlichen Abschreckung⁷⁵, Verwahrung, Rehabilitation, sowie Buße und Umkehr⁷⁶ genannt.

Ihre einflußreichste Darstellung hat die Lehre vom nicht-akzessorischen Expressivismus in den Schriften Andrew von Hirschs gefunden.⁷⁷ Von Hirsch verankert seine Straftheorie explizit in einem dualistischen Subjektsmodell. Der Mensch ist endliches Vernunftwesen. Sein Geist ist willig, sein Fleisch ist schwach. Er ist "in der Lage, die Botschaft der Sanktion zu begreifen, nach der sein Verhalten [moralisch] tadelnswert ist. Und doch (...) [ist er] fehlbar, und sieht sich versucht".⁷⁸ Eine sittliche Rechtsnorm hat das Subjekt als Person zu achten. Sie muß ihm einen moralischen Grund geben, sich ihr Gebot zur Pflicht zu machen. Das Recht muß jedoch nicht nur sittlich, es darf auch klug genug sein, um für den Fall seiner Nichtbefolgung instrumentell vorzusorgen. Scheitert der homo noumenon an den sittlichen Anforderungen der Norm, weil die Begierden des Individuums seinen guten Willen übersteuern, so wird dem homo phaenomenon in der Grammatik von Kosten und Nutzen vorgerechnet, daß sich die Tat nicht lohnt. Die Androhung harter Behandlung soll dem hin- und hergerissenen Subjekt (das bereits alle moralische Motivation verloren hat) "einen weiteren Grund (...) liefern, der Versuchung zu widerstehen – diesmal einen Klugheitsgrund".⁷⁹

⁷³ Die Argumente gleichen denen von Hampton und Kleinig. Der Widerspruch ist Ausdruck moralischer Kondemnation (von Hirsch (1993), S.9; Narayan, S.167), er muß von einer zuständigen Stelle ausgehen (Narayan, S.169), in einer Weise erfolgen, daß der Täter das Unrecht seiner Tat verstehen kann (von Hirsch (1993), S.10; Narayan, S.172-175), und er muß dem Opfer gegenüber zum Ausdruck bringen, daß die Gesellschaft seine Rechte ernst nimmt (von Hirsch (1993), S.10; Narayan, S.169-170). Letzteres, und hier wiederholt sich das naturalistische Mißverständnis, sei überflüssig, wenn das Opfer tot ist (Narayan, S.170).

⁷⁴ Narayan, S.167, 179.

⁷⁵ von Hirsch (1993), S.12; Narayan, S.180.

⁷⁶ "Eine kommunikative Straftheorie (...) kann den Zweck und die Bedeutung harter, strafender Behandlung erklären, indem diese als *Bußen* verstanden werden, welche der Verbrecher zu tun hat. (...) Das ideale und angemessene Ziel eines Strafrechtssystems ist es, Reue im Reulosen hervorzurufen; und ein Instrumentarium zu schaffen, durch welches die Buße bekräftigt und gegenüber Dritten angemessen ausgedrückt werden kann". Duff, Punishment, Expression, and Penance, S.241-2 (zit. nach: Narayan, S.176, Fn.16). Vgl. auch Nozick (1981), S.374, 377 ("connecting with correct values").

⁷⁷ So hält beispielsweise Duff von Hirschs Modell für "den plausibelsten Versuch, harte Behandlung im Rahmen eines primär retributiven Systems" darzustellen. Duff (1996), S.43.

⁷⁸ von Hirsch (1993), S.13. Offenbar versteht von Hirsch hier unter "der Botschaft der Sanktion" den Inhalt der Norm, deren Bruch sanktionsbewehrt ist – *bevor* sie gebrochen wurde. Genau genommen geht es also nicht um die Legitimation von Strafe, sondern um die Legitimation der *Androhung* von Strafe, und dies ist ein bedeutsamer Unterschied.

⁷⁹ von Hirsch (1993), S.13.

"[A]n die Klugheit eines Engels müßte man nicht appellieren, und ein Tier könnte den Widerspruch nicht begreifen".⁸⁰ Da Menschen beides in sich haben, sollte man "die präventive Funktion einer Sanktion (...) als Klugheitsgrund [prudential reason] betrachten, der an den normativen Grund, welcher vom Widerspruch übermittelt wird, gebunden ist und diesen unterstützt".⁸¹ Der Reiz dieses Modells liegt in der subjektstheoretischen Verknüpfung von Widerspruch und harter Behandlung, der über die Zweck-Mittel Relation hinausgeht. Das utilitaristische Kalkül darf nur denjenigen erfassen, der zuvor als Person am Normgebot gescheitert war. Der Normbruch wird zur hinreichenden Bedingung für Widerspruch und zur notwendigen Bedingung von harter Behandlung. Hinsichtlich der angestaffelten Zwecke zur Legitimation harter Behandlung verweist von Hirsch auf die negativ generalpräventive Wirkung von Strafe. So lange diese allein durch harte Behandlung garantiert werden kann, ist sie moralisch zulässig.⁸² Normbruch und Abschreckung *zusammen* geben somit hinreichenden Grund für harte Behandlung.

Von Hirsch sieht sich im wesentlichen zwei Problemen gegenüber. Das erste ist eine Konsequenz des partiellen Utilitarismus, das zweite folgt aus dem strengen Dualismus des Subjektsmodells. Erneut sind Hobbes und Kant die paradigmatischen Figuren. Solange man unter der Sanktion der Norm die *Androhung* harter Behandlung versteht, richtet sich diese gegen den schwankenden homo phaenomenon und mag (nach der Kapitulation der Person) dessen Interessenkalkül beeinflussen.⁸³ Hier ist die Rede vom Klugheitsgrund (prudential supplement) vollkommen angemessen. Dieser Grund legitimiert jedoch allein das präventive Polizeirecht, denn die Androhung harter Behandlung ist grundsätzlich verschieden von ihrer Administration. Erstere ist per Saldo auch für den prospektiven Täter von Nutzen, letztere allein für die anderen. Utilitaristische Legitimation harter Behandlung ist notwendig vikarisch, wenn Abschreckung zur Verbrechenskontrolle ihr Ziel ist. Damit geschieht genau das, was von Hirsch ausdrücklich vermeiden will.⁸⁴ Der Täter wird zum Mittel degradiert.

Darüber hinaus wirft das dualistische Subjektsmodell die Frage nach der Zurechenbarkeit der Unrechtstat auf. Zur Straftat kommt es in von Hirschs Modell nach einem doppelten Versagen. Zunächst mißlingt es der Person, den sittlichen Grund des Rechts zum Inhalt ihres Willens zu machen, und im Anschluß daran scheidet das Individuum bei der korrekten Kalkulation seiner Interessen. Bosheit und Dummheit führen somit zur Tat. Das Problem ist nun, daß Bosheit alleine nicht strafbar und Dummheit für die moralische Bewertung der Tat grundsätzlich irrelevant ist. Wer das Weib seines Nächsten begehrt, der mag in seinem Herzen verdorben sein, zum Versuch des Ehebruchs hat er jedoch nicht angesetzt, wenn er klug (oder feige) genug war, die Folgen zu bedenken. Es liegt nahe, zu sagen, daß sich der Böse durch Klugheit retten kann, und doch wäre das nicht ganz zutreffend. Das Vermögen der Person, sich für oder gegen das Recht entscheiden zu können, bleibt Teil ihrer normativen Verfaßtheit.⁸⁵ Allein deswegen kann das Versagen vor sittlichen Standards *moralisch* (oder sonstwie normativ) bewertet werden. Demgegenüber sind Klugheit und Dummheit natürliche Dispositionen. Die Ausstattung des Individuums kann lediglich konstatiert werden, verantwortlich machen kann man es dafür nicht. Der Gute gerät nicht in Versuchung, wofür ihm Applaus gebührt. Der Böse gerät in Versuchung, was an sich noch nicht strafbar ist. Der Kluge bleibt in jedem Falle unauffällig. Der Dumme wird erwischt, kann aber (weil unverantwortlich) nicht bestraft werden. Die Situation ist mit dem Zustand der Kantischen

⁸⁰ von Hirsch (1993), S.13.

⁸¹ von Hirsch (1993), S.13.

⁸² von Hirsch (1993), S.14.

⁸³ von Hirsch (1993), S.13.

⁸⁴ von Hirsch (1993), S.11.

⁸⁵ Die Normen des Rechts konstituieren das Subjekt als (Rechts-) Person unter Einschluß dieser Kapazität. Sie schreiben dem Subjekt Freiheit und Folgenverantwortung zu. Ob und in welchem Maße diese Vermögen beim konkreten Täter *faktisch* anzutreffen sind, ist prinzipiell irrelevant. Nur in den Fällen der §§ 19-21, 35 StGB werden Ausnahmen gemacht, und die Pflicht zur Freiheit wird suspendiert.

Zurechnungslehre vor der Revision des Gesetzesmodells der Freiheit vergleichbar.⁸⁶ Anders als Kant, setzt sich von Hirsch jedoch mit dem Problem nicht explizit auseinander. Die Frage der Freiheit taucht nicht auf und findet dementsprechend auch keine Antwort.

Das kardinale Problem bei der Legitimation harter Behandlung ist und bleibt ihr Charakter als intrinsisches Übel. Richard Duff hat dies zum Ausgangspunkt seiner Theorie gemacht.⁸⁷ Strafe ist idealerweise Buße des Täters, verstanden im Sinne spiritueller Reinigung und Umkehr.⁸⁸ Kulturhistorisch ist dies in der Tat naheliegend. Jede Behandlung des Themas, die diese Parallele ignoriert, ist unvollständig. Alle retributiven Theorien haben hinter der Fassade aufgeklärter Terminologie einen religiösen Hintergrund. Das gesamte Konzept der Innerlichkeit des Subjekts, die ontologische Zweiteilung in Seele und Leib, die Gegenüberstellung (und Überwindung) von Ich und Welt, der Kampf des Guten gegen das Böse, sowie die Begriffe von moralischer Schuld, von Sühne, Gnade und Vergebung, sind ohne Augustinus und Luther schlicht unverständlich.⁸⁹ Die Subjektsphilosophie des deutschen Idealismus ist der durchschlagend erfolgreiche Versuch, die primär religiöse Konstitution der Person unter den Bedingungen einer entzauberten Welt philosophisch durchzuhalten. Staaten und Verträge sind letzten Endes Epiphänomene. "Am Anfang der Gesellschaft steht nicht ein Konsens, sondern die Gewißheit des Heiligen".⁹⁰ Der Täter beschädigt sich selbst durch die Tat. "[D]ies ist eine moralische und keine empirische Aussage: sie betrifft die moralischen Implikationen der Tat für den Täter als Teil einer Gemeinschaft und die moralischen Grundlagen dieser Gemeinschaft, sowie die Beziehungen in ihr und nicht die kontingenten Auswirkungen der Tat auf den Täter und diejenigen um ihn".⁹¹ Dementsprechend hat die Straftat nicht nur interpersonale, sondern auch institutionelle Bedeutung. "Wenn die Gesetze einer Gemeinschaft gerecht sind, so wird diese durch den Bruch ihrer Normen verletzt. Der Täter verletzt unmittelbar die Opfer seines Verbrechens (so es denn welche gibt); er mißachtet die Pflicht zu Rücksichtnahme oder Respekt, die er ihnen als Mitgliedern der Gemeinschaft schuldet. Darüber hinaus aber verletzt er die Gemeinschaft selbst: er verletzt ihr gemeinsames Gut, indem er eines ihrer Mitglieder schädigt; er verneint die Werte, auf denen die Gemeinschaft beruht; er beschädigt oder zerstört sein Verhältnis sowohl zu denen, die er unmittelbar verletzt, als auch zu den anderen Mitgliedern der Gemeinschaft, indem er implizit eben diejenigen Werte verneint, auf denen das Verhältnis beruht".⁹² Die Strafe ist Widerspruch gegen den Weltentwurf des Täters, sie "zielt darauf ab, dem Täter verständlich zu machen, was er getan hat und seine Tat zu bereuen".⁹³ In diesem Kontext sei, so Duff, der Widerspruch expressiv und retributiv legitimiert (auch wenn das Hervorrufen von Reue gewisse konsequentialistische Züge trüge).⁹⁴ Die Pointe von Duffs Theorie, welche sie als Variante des nicht-akzessorischen Expressivismus kennzeichnet, liegt in der Rolle, die sie der harten Behandlung zuweist. Es kann nicht allein darum gehen, die Botschaft unmißverständlich klar zu machen. Zu groß ist die Gefahr, "daß die moralische Bedeutung der Strafe von der harten Behandlung übertönt wird".⁹⁵ Die Notwendigkeit harter Behandlung liegt vielmehr darin, daß "die äußerliche Bürde und der Schmerz, den sie mit sich bringt, die innere Qual der Reue erst ausdrückt, und die Hinnahme des Schmerzes die Aufrichtigkeit des Täters manifestiert. Sie kann darüber hinaus eine ansonsten bloß seichte und unvollständige Buße verstärken, indem sie die Aufmerksamkeit des Täters auf seine Tat richtet und ihm einen Rahmen bietet, in dem er sein Verständnis der Tat und seinen Entschluß, sich zu wandeln, bestärken kann.

⁸⁶ Siehe oben, S.52 ff.

⁸⁷ Duff (1996), S.51.

⁸⁸ "[S]trafe zielt auf die spirituelle Reform des Täters ab". Duff (1986), S.261.

⁸⁹ Taylor, Quellen des Selbst (1996), S.207 ff.

⁹⁰ Jakobs (1997), S.40.

⁹¹ Duff (1986), S.257.

⁹² Duff (1986), S.255.

⁹³ Duff (1996), S.52.

⁹⁴ Duff (1986), S.260.

⁹⁵ Duff (1996), S.52.

Weiterhin kann die harte Behandlung helfen, den Täter mit denen zu versöhnen, über die er Unrecht gebracht hat: mit seinem Opfer, seinen Mitbürgern, seiner Gemeinschaft. Harte Behandlung bringt die reuige Anerkennung seiner Verantwortlichkeit für die Tat zum Ausdruck, sein entschlossenes Abrücken von der Tat und sein Verlangen, diejenigen Bande wiederherzustellen, die er mit seiner Tat beschädigt hat".⁹⁶ Duff ist sichtbar daran gelegen, die harte Behandlung als ihrerseits retributiv legitimes Gut auszuweisen. Der moralische Status des Täters, so verläuft das Argument, sei kein der Strafe externes Gut, wie Abschreckung und Rehabilitation, sondern eben dasjenige, was durch die Tat beschädigt und durch die Strafe geheilt werde. "Strafe ist, wie moralischer Vorwurf, logisch und nicht bloß kontingent mit ihrem Ziel verknüpft. Dieses ist eine Art von Reform, welche reuiger Einsicht des Täters in seine vergangene Tat bedarf; und es ist diese Einsicht, die Strafe als kommunikatives und bußfertiges Unternehmen hervorbringen und ausdrücken will".⁹⁷

Selbst wenn all dies zutreffen sollte, ist die Struktur von Duffs Legitimation harter Behandlung letzten Endes konsequentialistisch. Harte Behandlung ist nicht erforderlich, um den *Widerspruch* adäquat zum Ausdruck zu bringen.⁹⁸ Sie ist ebensowenig seine Verkörperung. Wenn überhaupt, so ist sie äußere Verkörperung der inneren *Reue*, welche der Widerspruch hervorrufen soll. Damit aber dient die harte Behandlung einem Ziel, das über die Manifestation des Widerspruchs hinausgeht, nämlich der spirituellen Rehabilitation des Täters. Sie ist ein notwendiges Übel, um das höhere Gut zu erreichen. So zutreffend es ist, die Kriminalstrafe in den theologischen Kontext der Buße zu stellen, so sehr muß man sich davor hüten, die eine mit der anderen zu identifizieren. Buße setzt die innere Umkehr des Sünders voraus. Fehlt es an dieser, so verlieren die Schmerzrituale ihren Sinn. Harte Strafbehandlung kann demgegenüber ihre Legitimität nicht von kontingenten Begebenheiten abhängig machen. Ob der Täter dem Verbrechen abschwört oder nicht ist letztlich ein zufälliges Faktum. Es scheint, als habe Duff bei der Legitimation der *Strafe* den institutionellen Aspekt der *Tat*, der die Strafe sowohl begründet als auch begrenzt, aus den Augen verloren. Die Tat betrifft nur deshalb die Gemeinschaft, weil der Täter nicht bloß Individuum ist, sondern auch Person und damit, ob er will oder nicht, ein öffentliches Amt bekleidet. Niemand ist alleine sein eigener Herr. Und so knüpfen die Folgen der Tat an die *Person*, was dem Individuum unangenehm sein mag, es aber begründungslogisch nur ganz am Rande betrifft. Das Subjekt als Person ist dadurch gekennzeichnet, daß es sich entlang bestimmter ihm vorgegebener Normangebote entwirft. *Warum* es das tut, ist für seinen personalen Status irrelevant. Die Strafe besteht auf Personalität, wo der Täter Individualität behauptet hat. Sie besteht darauf, daß ein bestimmter Ausschnitt der Welt durch Pflichten geordnet bleibt, und nicht, wie der Täter es etablieren wollte, im Schema von Lust und Unlust. Strafe fordert Personalität, nicht aber eine bestimmte Motivation *zur* Personalität.⁹⁹ Es kann daher mit Blick auf das Strafrecht nicht die Aufgabe des Staates sein, den Täter von der Unrichtigkeit seines Weltentwurfs *überzeugen* zu wollen.¹⁰⁰ Person ist der Täter, ob er will oder nicht. Und was das Individuum denkt, kann der Gesellschaft gleichgültig sein, da ihre Welt nur aus Kommunikation über Normen besteht.

Ganz unabhängig davon, sieht sich Duffs Theorie gewissen Plausibilitätshürden gegenüber, die sie nur mühsam wird nehmen können. Wer soll denn erzwungene Buße als Zeichen von Aufrichtigkeit ernst nehmen?¹⁰¹ Warum soll man den reuigen Täter, der sich zur Buße der Bluttat bereits aus eigenem Entschluß für sieben lange Jahre in die Einsamkeit zurückgezogen hatte, bei

⁹⁶ Duff (1996), S.53-54.

⁹⁷ Duff (1986), S.262.

⁹⁸ Duff (1996), S.52.

⁹⁹ Jakobs (1997), S.67 f.

¹⁰⁰ In diesem Sinne auch von Hirsch (1993), S.73 ff. Der Staat maßt sich hier in paternalistischer Weise eine Autorität an, die er, jedenfalls ohne weitere Begründung, nicht hat.

¹⁰¹ Narayan, S.177-178.

seiner Rückkehr in die Gesellschaft erneut mit harter Behandlung belegen?¹⁰² Was ist mit denen, die jenseits moralischer Reform sind?¹⁰³ Und was mit denen, die den Staat als moralische Autorität schlechthin ablehnen? In all diesen Fällen kann das Ideal der Strafe nicht erreicht werden. Gegenüber solchen Tätern läßt sich harte Behandlung als rationale Praxis nicht legitimieren. Von Hirsch weist auf ein weiteres, kaum lösbares Problem hin. Wenn Einsicht und Umkehr die Ziele von Widerspruch und harter Behandlung sind, so läßt sich nicht begründen, warum zwei Täter der gleichen Tat auch nur in etwa vergleichbare Strafen erhalten sollen. "B mag ein dickeres Fell haben als A und folglich einer härteren Buße bedürfen, wenn die Botschaft durchdringen soll".¹⁰⁴ Das Proportionalitätsprinzip läßt sich im Rahmen von Duffs Theorie nicht formulieren.¹⁰⁵

¹⁰² Duff behandelt nur den Fall, in dem der Täter (innerlich) reuig ist, ohne sich bereits (äußerlich) harter Bußbehandlung unterworfen zu haben. In diesem Falle "bedarf es weiterer Buße um seine Reue zu vertiefen", Duff (1996), S.54. Warum aber soll das *notwendig* so sein?

¹⁰³ Duff meint, man schulde auch dem faktisch Unrettbaren, ihn als der Erlösung fähig zu behandeln. Duff (1996), S.54. Das folgt jedoch nicht aus dem Ziel des Strafrechts, welches auf *konkret stattfindende* innere Reform des Täters abzielt.

¹⁰⁴ von Hirsch (1993), S.75.

¹⁰⁵ Zu weiteren Schwierigkeiten, die aus Duffs Stellungnahme für spiegelnde Strafen entstehen, siehe m.w.N. von Hirsch (1993), S.76-77.

IV. Anmerkung

Die retributive Legitimationsstrategie steht und fällt mit der deontischen Klassifizierung der harten Behandlung. Ist diese ein Übel, so kann sie nur vikarisch legitimiert werden.¹ Man muß die harte Behandlung selbst zum Gut machen, das heißt: zu einem Ausdruck personaler Freiheit als Pflichterfüllung. Freiheit als sittliche Pflichterfüllung hat in der anglo-amerikanischen Strafdiskussion kaum Bedeutung erlangt. Freiheit ist Handlungsfreiheit, und selbst wenn vom "moral agent" die Rede ist, so geht es doch zumeist nur um dessen abstrakten Handlungsraum ("freedom of choice").² Das liberale Konzept vom negativ freien Individuum ist so tief verwurzelt, daß auch die Dialektik von Freiheit und Irrelevanz kein Thema ist.³ Ähnliches gilt für die Bedeutungstheorie. Eine Theorie des vollkommenen Ausdrucks vertritt letztlich niemand. Der Nominalismus dominiert das Feld so selbstverständlich, daß er nicht mehr explizit thematisiert wird.⁴ Sowohl die Popularität als auch die letztendliche Begründungsschwäche des Retributivismus lassen sich vor diesem Hintergrund verstehen. Der straftheoretische Retributivismus artikuliert ein Unbehagen mit dem instrumentellen Paradigma, in dem sich machtvolle und offenbar unausrottbare Intuitionen nicht befriedigend formulieren lassen. Die Unstimmigkeit des Konsequentialismus mit Alltagsvorstellungen der Gerechtigkeit ("Strafe muß sein") ist ein durchgängiges Motiv, um das retributive Theorieunternehmen zu rechtfertigen.⁵ Jedoch ist diese Kritik nur selten radikal. Wollte man bis zur Wurzel vordringen, so müßte man (1) eine Theorie positiver Freiheit mit allen Konsequenzen durchgängiger Normativierung und (2) eine Theorie vollkommenen Ausdrucks einschließlich der ihr zugrundeliegenden idealistischen Ontologie vertreten. Beides liegt im individualistisch-empiristischen Klima der analytischen Philosophie weitab vom Mainstream. Und so leiden die retributiven Versuche nahezu allesamt daran, daß sie ihr Unbehagen mit dem herrschenden Paradigma nur im Rahmen eben dieses Paradigmas artikulieren können. Wie seelenverwandt diese Lage zu der des Thomas Hobbes im Leviathan ist, haben Leo Strauss und Alan Norrie mit klarem Blick erkannt.⁶ So wie Hobbes es vergeblich unternahm, seine Theorie politischer Obligation mit einer individualistischen Theorie der Assoziation zu verbinden, so versuchen die Retributivisten heute, die Pflicht des Täters zur Erduldung harter Behandlung im Rahmen eines

¹ Kennzeichnendes Merkmal *utilitaristischer* Straftheorien ist, daß "Leiden als solches ein Übel ist, ganz gleich wessen Leid es ist". *Ten*, S.47.

² Falls ist eine der wenigen, die zutreffend erkannt haben, daß pflichtwidrige Handlungen (personal relevante) Freiheit vermindern und nicht erweitern. Siehe oben, S.111 f.

³ Frei sein bedeutet immer zugleich, daß die anderen auch ohne mich zurechtkommen können. An Religionsfreiheit war nicht zu denken, bevor nicht der Staat in der Lage war, sich ohne Verwaltung des Glaubens organisieren zu können. "Der Bischof will den Eid auf die weltliche Verfassung nicht leisten? Soll er es lassen und als Religionsfreiheit verbuchen, was ihn zur Nebensache abwertet" (*Jakobs* (1997), S.94, 59-60). In der bürgerlichen Gesellschaft ist "[die Religion] nur noch das abstrakte Bekenntnis der besonderen Verkehrtheit, der *Privatschrulle*, der Willkür". *Marx*, Zur Judenfrage, MEW, Bd.1, S.356. Daß dies in gleicher Weise für die "sogenannte Meinungsfreiheit" gilt (*Jakobs* (1997), S.60), läßt sich unter anderem an der Rechtsprechung des US Supreme Court ablesen. Solange die politischen Ansichten der Bürger nicht organisationsfähig erscheinen, mögen diese frei sein und reden was sie wollen. Befürchtet der Staat jedoch einen Organisationskonkurrenten (indem er beispielsweise die Anschlußfähigkeit des Kommunismus' überschätzt), so kann er die Meinungen der Bürger nicht länger als Privatsache abzutun. Die öffentliche Bedeutsamkeit eines Gedankens besiegelt nur zu oft das Ende seiner Freiheit. Vgl. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 45 S.Ct.625, 69 L.Ed. 1138 (1925); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 47 S.Ct. 641, 71 L.Ed. 1095 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 71 S.Ct. 857, 95 L.Ed. 1137 (1951).

⁴ Strafe ist eine "besondere soziale *Konvention*, die moralische Verdammung *ausdrückt*". *Kaban*, S.593. Hervorhebungen von mir.

⁵ "Das Prinzip, nach dem es der Missetäter verdient, zu leiden, scheint mit unseren tiefsten Intuitionen der Gerechtigkeit übereinzustimmen", *Kleinig* (1973), S.67.

⁶ Siehe oben, S.28 ff.

naturalistischen Menschenbildes zu formulieren. Auch dieser Versuch ist zum Scheitern verurteilt. In der Grammatik von Lust und Unlust lassen sich kostenresistente Obligationen nicht begründen. Solange die Freiheit der Natur der Freiheit von Natur vorangeht, läßt sich eine *Straftheorie* nicht formulieren. Und solange die Freiheit von Natur sich nicht in Institutionen niedergeschlagen hat (und so zum Begriff der Freiheit geworden ist), wird es keine freiheitliche *Strafpraxis* geben.

C. Nachbemerkung

Die Legitimation von Strafe ist kein Nebenschauplatz politischer Legitimationstheorie, sondern Brennglas nahezu all ihrer symptomatischen Probleme und Paradoxien. Die gegenwärtige Diskussion zeigt, daß die Themen der Klassiker noch immer die unseren sind. Solange Freiheit das beherrschende Motiv eines gelungenen Lebens ist, vermessen Hobbes, Kant und Hegel den Horizont der politischen Philosophie abschließend. Selbstverständlich ist der Fortschritt im Detail durchaus beachtlich. Der gelehrige Körper des klugen Individuums ist experimentell vermessen worden. Die Strukturen von Verdienst und Proportionalität sind besser erforscht denn je, und die kommunikative Bedeutung von Tat und Strafe ist in aller Deutlichkeit erkannt. Und doch, letzten Endes, verliert sich die Diskussion im Anekdotischen. Sie spiegelt Oberflächenphänomene unter Verkenntung ihrer philosophischen Quellen.¹ Will die Straftheorie fortschreiten, so muß sie ihrer engagierten Orientierungslosigkeit ein Ende bereiten. Sie bedarf radikaler Modernisierung, was in diesem Falle gleichbedeutend mit der Rückkehr zu den Klassikern ist. Die vorstehenden Kapitel haben gezeigt, daß man Straftheorie ohne Kenntnis der grundlegenden Systementwürfe weder verstehen noch sinnvoll betreiben kann. Die moderne Theorie muß sich der *systematischen* Herausforderung stellen, die den Klassikern ganz selbstverständlich war.

Das heißt: eine vollständige Straftheorie bedarf der empirischen philosophischen Anthropologie und Gesellschaftstheorie ebenso wie der normativen Subjekts- und Staatslehre, welche wiederum aus der Anerkennungslehre mitsamt ihrer epistemologischen Konsequenzen gespeist wird. Hinzu kommt eine explizite Bedeutungstheorie, die beschreiben muß wie und warum die personalen Anforderungen mittels harter Behandlung auf das Individuum durchschlagen. Dies wird ohne den Entwurf einer überzeugenden (Sozial-) Ontologie kaum möglich sein. Man kann den fundamentalen Dualismus der Moderne nicht ignorieren. Selbstverständlich basiert jede Theorie auf einem plausiblen Modell der Wirklichkeit. Hier ist der Ort für empirische Forschung. Normativierung heißt nicht, die Schreie der geschundenen Kreatur überhören, sondern bedeutet das Insistieren darauf, daß Schmerz nicht die *letzte* Instanz ist und Wohlfahrt nicht Glück bedeuten *muß*. Wer auch die Person vermenschlichen will, der tut der humanitären Sache keinen Dienst. Person ist das Subjekt allein als Funktionär einer öffentlichen Ordnung und nur als solches kann es diese bejahen, nur als solches kann es ihr widersprechen und nur als solches kann es seine Strafe als Pflicht und seinen Erfolg als Verpflichtung begreifen. Man kann nicht mehr einfach von einer "vorstaatlichen Freiheitssphäre des Bürgers"² sprechen, als ob es Hegel nie gegeben hätte. Vor dem Staat ist das Subjekt Individuum. Als Bürger hingegen hat es per definitionem *mehr* als bloß negative Handlungsfreiheit, denn Bürger zu sein bedeutet, in einer Gesellschaft zu leben, welcher die personale Anerkennung bereits *gelingen* ist. Wer vor diesem Hintergrund leichthin von der "Krise des öffentlichen Strafanspruchs"³ redet, der sollte sich bewußt halten, daß wenn tatsächlich "[d]ie zu Ende gedachte Aufklärung (...) zur Abschaffung der Strafe schlechthin führen"⁴ sollte, am Ende dieser Aufklärung, ganz wie zu ihrem Beginn bei Hobbes, das nackte Individuum steht, dem die letzte Instanz genommen ist, vor der es gegen die zweckmäßige Behandlung seines Leibes appellieren kann.

¹ Es sei hier nur auf Falls und Hampton verwiesen, die beide trotz zutreffender Witterung die Pointe der Normativierung und damit den entscheidenden Schritt von Kant über Hobbes hinaus verpassen. Siehe oben, S.113, 118.

² Lüderssen, Abschaffen des Strafens? (1995), S.48 ff.

³ Lüderssen, S.22 ff.

⁴ Lüderssen, S.415.

Literaturverzeichnis

- Acton*, Harry B. (Hrsg.): *The Philosophy of Punishment*, Macmillan, London 1969
- Alexander*, Richard D.: *The Biology of Moral Systems*, de Gruyter, New York 1987
- Armstrong*, K.G.: *The Retributivist Hits Back* (1961), in: *Acton* (Hrsg.), *The Philosophy of Punishment*, 1969, S.138-158
- Audi*, Robert: *Epistemology*, Routledge, New York 1998
- Avio*, K. L.: *Economic, Retributive and Contractarian Conceptions of Punishment*, *Law and Philosophy* (12) 1993, S.249-286
- Baudrillard*, Jean: *Amerika*, Matthes & Seitz, München 1995
- Beccaria*, Cesare: *Über Verbrechen und Strafen* (1764), Übersetzt von Karl Esselborn, Nachdruck der Leipziger Ausgabe von 1905, Scientia Verlag, Aalen 1990
- Beck*, Lewis White: *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, University of Chicago Press, Chicago 1960
- Berger*, Peter / *Luckmann*, Thomas: *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit* (1966), Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M. 1996.
- Borst*, Arno: *Lebensformen im Mittelalter* (1973), Ullstein Verlag, Frankfurt a.M. 1997
- Brandt*, Reinhard: *Das Titelblatt des Leviathan und Goyas El Gigante*, in: *Bermbach / Kodalle* (Hrsg.), *Furcht und Freiheit*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1982, S.203-231
- Brooks*, Justin: *The Politics of Prisons*, *Michigan Bar Journal* 1998, S. 154-157
- Brown*, K.C. (Hrsg.): *Hobbes Studies*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1965
- Burgh*, Richard W.: *Do the Guilty Deserve Punishment?*, *The Journal of Philosophy* (79) 1982, S.193-210
- Cattaneo*, Mario A.: *Hobbes's Theory of Punishment*, in: *Brown* (Hrsg.), *Hobbes Studies* 1965, S.275-297
- Christopher*, John: *The Tripod Series*, Dutton, New York 1988
- Crombie*, Alistair C.: *Von Augustinus bis Galilei. Die Emanzipation der Naturwissenschaft* (1959), Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1977
- Daly*, Martin / *Wilson*, Margo: *Homicide*, de Gruyter, New York 1988
- Davis*, Michael: *Method in Punishment Theory*, *Law and Philosophy* (15) 1996, S.309-338
- *Criminal Desert and Unfair Advantage: What's the Connection?*, *Law and Philosophy* (12) 1993, S.133-156 [zit. *Davis* (1993)]
 - *To Make The Punishment Fit the Crime*, Westview Press, Boulder 1992 [zit. *Davis* (1992)]
 - *The Relative Independence of Punishment Theory*, *Law and Philosophy* (7) 1989, S.321-350
 - *Why Attempts Deserve Less Punishment Than Complete Crimes*, *Law and Philosophy* 5 (1986), S.1-32
 - *Harm and Retribution*, *Philosophy & Public Affairs* 15 (1986), S.236-66
 - *How to Make the Punishment Fit the Crime*, *Ethics* (93) 1983, S. 726-752 [zit. *Davis* (1983)]

- Descartes*, René: Von der Methode des richtigen Vernunftgebrauchs und der wissenschaftlichen Forschung (1637), Meiner Verlag, Hamburg 1978
- Dix*, Bruno: Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes, Königshausen & Neumann, Würzburg 1994
- Dolinko*, David: Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment, *Law and Philosophy* (16) 1997, S.507-528 [zit. *Dolinko* (1997)]
- Mismeasuring 'Unfair Advantage': A Response to Michael Davis, *Law and Philosophy* (13) 1994, S.493-524 [zit. *Dolinko* (1994)]
 - Three Mistakes of Retributivism, *UCLA Law Review* 1992, S.1623-1657 [zit. *Dolinko* (1992)]
 - Some Thoughts about Retributivism, *Ethics* (101) 1991, S.537-559 [zit. *Dolinko* (1991)]
- Donne*, John: Anatomy of the World (1611), Cambridge 1951
- Donzinger*, Steven R.: The Prison-Industrial Complex; What's Really Driving the Rush to Lock 'em Up, *Washington Post* vom 17.03.1996, S. C3
- Duff*, R.A.: Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment, *Crime and Justice* (20) 1996, S.1-89 [zit. *Duff* (1996)]
- Trials and Punishments, Cambridge University Press, Cambridge 1986 [zit. *Duff* (1986)]
- Enderlein*, Wolfgang: Die Begründung der Strafe bei Kant, *Kantstudien* (76) 1985, S.303 ff.
- Falls*, Margaret: Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons, *Law and Philosophy* (6) 1987, S.25-51
- Feeney*, Floyd: German and American Prosecutions: An Approach to Statistical Comparison, Bureau of Justice Statistics Discussion Paper, NCJ-166610 1998
- Feinberg*, Joel: Doing and Deserving, Princeton University Press, Princeton, N.J. 1970
- The Expressive Function of Punishment (1965), in: *ders.*, Doing and Deserving 1970, S.95-118 [zit. *Feinberg* (1965)]
 - Justice and Personal Desert (1963), in: *ders.*, Doing and Deserving 1970, S.55-94 [zit. *Feinberg* (1963)]
- Feuerbach*, Ludwig: Geschichte der neueren Philosophie von Bacon von Verulam bis Benedikt Spinoza (1833), Gesammelte Werke, Bd.2, Akademie Verlag, Berlin 1969
- Fichte* Johann Gottlieb: Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre (1796), Meiner Verlag, Hamburg 1988
- Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre (1794), Meiner Verlag, Hamburg 1979
- Fingarette*, Herbert: Punishment and Suffering, American Philosophical Association, Proceedings and Addresses 1977, S.499-525
- Finkelman*, Paul: The Second Casualty of War: Civil Liberties and the War on Drugs, *Southern California Law Review* 1993, S.1389 ff.
- Finnis*, John: Natural Law and Natural Rights, Clarendon Press, Oxford 1980
- Fleischacker*, Samuel: Kant's Theory of Punishment, *Kantstudien* (79) 1988, S.434 ff.
- Flew*, Anthony: The Justification of Punishment (1954), in: *Acton* (Hrsg.), The Philosophy of Punishment 1969, S.83-104
- Flusser*, Vilém: Von der Freiheit des Migranten, Bollmann Verlag, Bensheim 1994

- Foucault*, Michel: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1975), Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1994
- Frankfurt*, Harry G.: Freedom of the Will and the Concept of a Person, *The Journal of Philosophy* (68) 1971, S.5-20
- Galilei*, Galileo: Dialogue Concerning the Two Chief World Systems, Ptolemaic & Copernican (1632), Übersetzung von Stillman Drake, Vorwort von Albert Einstein, University of California Press, Berkeley 1962
- Gardner*, Martin: The Renaissance of Retribution - An Examination of Doing Justice, *Wisconsin Law Review* 1976, S.781 ff.
- Garland*, David: Sociological Perspectives on Punishment, *Crime and Justice* (14) 1991, S.115-165
- Gauthier*, David P.: The Logic of Leviathan, Clarendon Press, Oxford 1969
- Gerhard*, Volker: Was ist ein vernünftiges Wesen?, in: *Girndt* (Hrsg.), Selbstbehauptung und Anerkennung 1990, S.61-77
- Girndt*, Helmut (Hrsg.): Selbstbehauptung und Anerkennung, Academia Verlag, Sankt Augustin 1990
- Glennon*, Michael: Constitutional Diplomacy, Princeton University Press, New Jersey 1990
- Habermas*, Jürgen: Arbeit und Interaktion (1967) in: *ders.*, Technik und Wissenschaft als 'Ideologie', 5. Auflage, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M. 1971
- Hampton*, Jean: Correcting Harms vs. Righting Wrongs: The Goal of Retribution, *UCLA Law Review* 1992, S.1659-1702 [zit. *Hampton* (1992)]
- Hobbes and the Social Contract Tradition, Cambridge University Press, Cambridge, M.A. 1986 [zit. *Hampton* (1986)]
- Hare*, Richard M.: Sorting out Ethics, Clarendon Press, Oxford 1997 [zit. *Hare* (1997)]
- Essays in Ethical Theory, Clarendon Press, Oxford 1989 [zit. *Hare* (1989)]
- Punishment and Retributive Justice, *Philosophical Topics* (14) 1986, S.211-223 [zit. *Hare* (1986)]
- Moral Thinking, Clarendon Press, Oxford 1981 [zit. *Hare* (1981)]
- Hart*, Herbert L.A.: Punishment and Responsibility, Clarendon Press, Oxford 1968 [zit. *Hart* (1968)]
- Prolegomenon to the Principles of Punishment (1959), in: *ders.*, Punishment and Responsibility 1968, S.1-27 [zit. *Hart* (1959)]
- Haym*, Rudolf: Hegel und seine Zeit (1857), Verlag G. Olms, Hildesheim 1962
- Hegel*, G.W.F.: Enzyklopädie (1839), Werke Bd. 8, 9, 10, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1996 [zit. Enz]
- Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Werke Bd.7, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1996 [zit. RPh]
- Phänomenologie des Geistes (1807), Werke Bd.3, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1996 [zit. PhG]
- Jenaer Realphilosophie (1806), Hoffmeister Ausgabe, Meiner Verlag, Hamburg 1969 [zit. JR]
- Henke*, Martin: Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, Bonn 1990
- Hinckelday*, Ch. (Hrsg.): Justiz in alter Zeit, Druckerei Schulist, Heilbronn 1989
- Hirsch*, Hans-Joachim: Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, *ZStW* (106) 1994, S.746-765

- Hirschberger*, Johannes: Geschichte der Philosophie, 2 Bände, Herder Verlag, Freiburg i.Br. 1965
- Hobbes*, Thomas: Leviathan (1651), Englische Ausgabe Hrsg. von J. C. A. *Gaskin*, Oxford University Press, Oxford 1996; Deutsche Ausgabe Hrsg. von I. *Fetscher*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1994 [zit. Leviathan]
- Vom Menschen - De Homine (1658), Meiner Verlag, Hamburg 1959 [zit. De Homine]
 - Vom Körper - De Corpore (1655), Meiner Verlag, Hamburg 1967 [zit. De Corpore]
 - Vom Bürger - De Cive (1642), Meiner Verlag, Hamburg 1959 [zit. De Cive]
- Höffe*, Otfried: Immanuel Kant, Beck Verlag, München 1992 [zit. *Höffe* (1992)]
- (Hrsg.): Klassiker der Philosophie, 2 Bände, Beck Verlag, München 1981
- Honderich*, Ted: Punishment: The Supposed Justifications, Hutchinson, London 1969
- Hösle*, Vittorio: Was darf und was soll der Staat bestrafen? in: *ders.*, Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, Meiner Verlag, Hamburg 1989, S.1-55
- Das abstrakte Recht, in: *Jermann* (Hrsg.), Anspruch und Leistung 1987 [zit. *Hösle* (1987a)]
 - Die Stellung von Hegels Philosophie des objektiven Geistes in seinem System und ihre Aporie, in: *Jermann* (Hrsg.), Anspruch und Leistung 1987, S.11-53 [zit. *Hösle* (1987b)]
 - Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität, Zwei Bände, Meiner Verlag, Hamburg 1985 [zit. *Hösle* (1985)]
- Hudson*, Hud: Wille, Willkür, and the Imputability of Immoral Actions, Kantstudien (82) 1991, S.179-196
- Hume*, David: A Treatise of Human Nature (1739-40), Herausgegeben von Thomas *Green* and Thomas *Grose*, Clarendon Press, Oxford 1965
- Ilting*, Karl Heinz: G.W.F. Hegel, Vorlesungen über die Rechtsphilosophie 1818-1831, 4 Bände, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 1974
- Jakobs*, Günther: Norm, Person, Gesellschaft, Duncker & Humblodt, Berlin 1997 [zit. *Jakobs* (1997)]
- Freispruch für Marx, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.08.1997
 - Zur gegenwärtigen Straftheorie, Vortragsmanuskript, 1996 [zit. *Jakobs* (1996)]
 - Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken, ZStW (107) 1995, S.843-876 [zit. *Jakobs* (1995)]
 - Untaten des Staates - Unrecht im Staat, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1994, S.1-19 [zit. *Jakobs* (1994)]
 - Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin 1991 [zit. *Jakobs* AT (1991)]
- Jermann*, Christoph (Hrsg.): Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987
- Kaban*, Dan M.: What do Alternative Sanctions Mean?, University of Chicago Law Review 1996, S.591-652
- Kant*, Immanuel: Die Metaphysik der Sitten (1797), Akademie Ausgabe, Band VI [zit. MdS]
- Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1793), Akademie Ausgabe, Band VI [zit. REL]
 - Kritik der praktischen Vernunft (1788), Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1993 [zit. KpV]

- Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1993 [zit. GMS]
 - Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik (1783) Meiner Verlag, Hamburg 1993 [zit. Prol.]
 - Kritik der reinen Vernunft (1781), Meiner Verlag, Hamburg 1990 [zit. KrV]
 - Reflexionen zur Rechtsphilosophie (handschriftlicher Nachlaß), Akademie Ausgabe, Band XIX
 - Vorarbeiten zur Rechtslehre und zum öffentlichen Recht, Akademie Ausgabe, Band XXIII
 - Reflexionen zur Moralphilosophie (handschriftlicher Nachlaß), Akademie Ausgabe, Band XIX
- Katz*, Jack: Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil, Basic Books, New York 1988
- Kaulbach*, Friedrich: Der Herrschaftsanspruch der Vernunft in Recht und Moral bei Kant, Kantstudien (67) 1976, S.390-408
- Kersting*, Wolfgang: Die Politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1994 [zit. *Kersting* (1994)]
- Wohlgeordnete Freiheit, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1993 [zit. *Kersting* (1993)]
 - Thomas Hobbes - zur Einführung, Junius Verlag, Hamburg 1992 [zit. *Kersting* (1992)]
- Kleinig*, John: Punishment and Moral Seriousness, Israel Law Journal (25) 1991, S.401-421 [zit. *Kleinig* (1991)]
- Punishment and Desert, Martinus Nijhoff, The Hague 1973 [zit. *Kleinig* (1973)]
- Kleist*, Heinrich von: Michael Kohlhaas (1810), Reclam Verlag, Stuttgart 1983
- Über das Marionettentheater (1810), in: dtv-Gesamtausgabe, Bd.5, S.71-78
 - Über die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden (1805), in: dtv-Gesamtausgabe, Bd.5, S.53-58
 - Sämtliche Werke und Briefe dtv-Gesamtausgabe, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1964
- Kleszczewski*, Diethelm: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Duncker & Humblot, Berlin 1991
- Kojève*, Alexandre: Hegel. Eine Vergegenwärtigung seines Denkens. Kommentar zur Phänomenologie des Geistes, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1958
- Kozinski / Bright*, The Modern View of Criminal Punishment, American Criminal Law Review (1997), S.1353 ff.
- Koyré*, Alexandre: From the Closed World to the Infinite Universe, John Hopkins Press, Baltimore 1957
- Kriele*, Martin: Einführung in die Staatslehre, Westdeutscher Verlag, Opladen 1994
- Kroner*, Richard: Von Kant bis Hegel, Zwei Bände, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1924
- Lacey*, Nicola: State Punishment. Political Principles and Community Values, Routledge, New York 1988
- Lamont*, Julian: The Concept of Desert in Distributive Justice, The Philosophical Quarterly (44) 1994, S.45-64
- Lesch*, Heiko: Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, Juristische Ausbildung 1994, S.510-519; S.590-599
- Lombardo*, Raymond A.: California's Unconstitutional Punishment for Heinous Crimes: Chemical Castration of Sexual Offenders, Fordham Law Review 1997, S.2611 ff.

- Lucas*, J.R.: On Justice, Clarendon Press, Oxford 1980
- Lüderssen*, Klaus: Abschaffen des Strafers?, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1995
- Mabbot*, J.D.: Punishment, *Mind* (48) 1939, S.152-167
- Malcolm*, Tolchin: A Black Named Correction Chief by Mayor, *New York Times* vom 20.01.1972, S.A1
- Mann*, Thomas: Joseph und seine Brüder. Die Geschichten Jaakobs (1933), Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt a.M. 1986
- Marx*, Karl / *Engels*, Friedrich: Werke (4. Auflage), Dietz Verlag, Berlin 1961 [zit. MEW]
- Metzger*, Hans-Dieter: Thomas Hobbes und die Englische Revolution 1640-1660, Frommann-Holzboog, Stuttgart 1991, S.237-238
- Morris*, Herbert: A Paternalistic Theory of Punishment, *American Philosophical Quarterly* (18) 1981, S.263-271 [zit. *Morris* (1981)]
- Persons and Punishment, *The Monist* (52) 1968, S.475-501 [zit. *Morris* (1968)]
- Murphy*, Jeffrie G.: Retribution Reconsidered, Kluwer, Dordrecht (Holland) 1992
- Why Have Criminal Law at All? (1990), in: *ders.*, Retribution Reconsidered 1992, S.1-14 [zit. *Murphy* (1990)]
 - Does Kant have a Theory of Punishment? (1987), in: *ders.*, Retribution Reconsidered 1992, S.31-60 [zit. *Murphy* (1987)]
 - Retributivism, Moral Education, and the Liberal State, *Criminal Justice Ethics* 1985, S.3-11
 - Blackmail: A Preliminary Inquiry (1980), in: *ders.*, Retribution Reconsidered 1992, S.105-124 [zit. *Murphy* (1980)]
 - Cruel and unusual Punishments, in: *ders.*, Retribution, Justice, and Therapy 1979, S.223-249
 - Retribution, Justice, and Therapy, Kluwer, Dordrecht (Holland) 1979
 - Marxism and Retribution (1973), in: *ders.*, Retribution, Justice, and Therapy 1979, S.93-115 [zit. *Murphy* (1973)]
 - Three Mistakes about Retributivism (1971), in: *ders.*, Retribution, Justice, and Therapy 1979, S.77-81 [zit. *Murphy* (1971)]
 - Kant: The Philosophy of Right, Macmillan, London 1970 [zit. *Murphy* (1970a)]
 - Kant's Theory of Criminal Punishment (1970), in: *ders.*, Retribution, Justice, and Therapy 1979, S.82-92 [zit. *Murphy* (1970b)]
 - Kant's Second Analogy as an Answer to Hume, *Ratio* (11) 1969, S.75-78 [zit. *Murphy* (1969)]
- Narayan*, Uma: Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment, *Oxford Journal of Legal Studies* (13) 1993, S.166-182
- Naucke*, Wolfgang: Rechtsphilosophische Grundbegriffe, Metzner Verlag, Frankfurt a.M. 1986
- Norman*, Richard: Hegel's Phenomenology. A Philosophical Introduction, Sussex University Press, Brighton 1976
- Norrie*, Alan: Law, Ideology, and Punishment, Kluwer, Dordrecht (Holland) 1991
- Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment, *Law and Philosophy* (3) 1984, S.299-320
- Nozick*, Robert: Philosophical Explanations, Harvard University Press, Cambridge, M.A. 1981
- Anarchy, State, and Utopia, Basic Books, New York 1974
- Orwin*, Clifford: On Sovereign Authorization, *Political Theory* (3) 1975, S.22-44

- Partridge, Anthony / Eldrige, W. Butler*: The Second Circuit Sentencing Study, Federal Judicial Center, Washington 1974
- Pawlik, Michael*: Das unerlaubte Verhalten beim Betrug (1999) (im Druck). [zit. *Pawlik* (1999)]
- Strafrecht und Staatsunrecht, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1994, S.451-502 [zit. *Pawlik* (1994)]
- Pitkin, Hanna*: Hobbes's Concept of Representation, *American Political Science Review* (58) 1964, S.328-40; S.902-18
- Popper, Karl*: Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde, 2 Bände (1945), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1992
- Prauss, Gerold*: Kant über Freiheit als Autonomie, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M. 1983
- Primoratz, Igor*: Punishment as Language, *Philosophy* (64) 1989, S.187-205 [zit. *Primoratz* (1989a)]
- Justifying Legal Punishment, Humanities Press, New Jersey 1989 [zit. *Primoratz* (1989b)]
 - Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe (Hegel Studien, Beiheft 29), Bouvier Verlag, Bonn 1986 [zit. *Primoratz* (1986)]
 - Kant und Beccaria, *Kantstudien* (69) 1978, S.403 ff. [zit. *Primoratz* (1978)]
- Quine, William van Orman*: From a Logical Point of View, Evanston, New York 1961
- Quinton, Anthony M.*: On Punishment (1954), in: *Acton* (Hrsg.), The Philosophy of Punishment 1969, S.55-64
- Rawls, John*: Two Concepts of Rules (1955), in: *Acton* (Hrsg.), The Philosophy of Punishment 1969, S.105-114
- Rideout, Christopher*: So What's in a Name? A Rethorical Reading of Washington's Sexually Violent Predator Act, *Puget Sound Law Review* 1992, S.781 ff.
- Riedel, Christoph*: Subjekt und Individuum. Zur Geschichte des philosophischen Ich-Begriffs, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1989
- Riedel, Manfred*: Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1969
- Robinson, Paul*: One Perspective on Sentencing Reform in the United States, *Criminal Law Forum* 1997, S.1-41
- Röd, Wolfgang*: Thomas Hobbes, in: *Höffe* (Hrsg.), *Klassiker der Philosophie* 1981, 282 ff. [zit. *Röd* (1981)]
- Geometrischer Geist und Naturrecht, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1970 [zit. *Röd* (1970)]
- Roux, Louis / Chanavat, Ghislaine*: Die Staatsauffassung bei Hobbes und Hegel, *Der Staat* (17) 1978, S.1-26
- Sachta, Peter*: Die Theorie der Kausalität in Kants "Kritik der reinen Vernunft" (Monographien zur philosophischen Forschung, Bd. 113), Verlag Anton Hain, Meisheim am Glan 1975
- Sadurski, Wojciech*: Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality, *Law and Philosophy* (7) 1989, S.351-73 [zit. *Sadurski* (1989)]
- Giving Desert its Due, Kluwer, Dordrecht (Holland) 1985 [zit. *Sadurski* (1985)]
- Sartre, Jean Paul*: Das Sein und das Nichts (1943), Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1985
- Scheid, Don E.*: Davis, Unfair Advantage Theory, and Criminal Desert, *Law and Philosophy* (14) 1995, S.375-409 [zit. *Scheid* (1995)]

- Schild*, Wolfgang: Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants, in: *Heinze/Meinbard* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang *Gitter*, Chmielorz Verlag, Wiesbaden 1995, S.831-846 [zit. *Schild* (1995)]
- Die Ordnung und ihre Missetäter, in: *Hinckeldey, Ch.* (Hrsg.), *Justiz in alter Zeit* 1989, S.59 ff. [zit. *Schild* (1989)]
 - *Alte Gerichtsbarkeit* (2. Auflage), Callwey Verlag, München 1985 [zit. *Schild* (1985)]
- Schiller*, Friedrich: *Wilhelm Tell*, Werke II, Hamburg 1957
- Schipper*, E.W.: Kant's Answer to Hume's Problem, *Kantstudien* (53) 1961, S.68-74
- Schmitt*, Carl: *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), Hohenheim Verlags GmbH, Köln-Lövenich 1938 [zit. *Schmitt* (1938)]
- Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes, *ARSP* (30) 1936-1937, S.622-632 [zit. *Schmitt* (1936/37)]
- Schönherr-Mann*, Hans-M.: *Leviathans Labyrinth. Politische Philosophie der modernen Technik*, Wilhelm Fink Verlag, München 1994
- Schönke*, Adolf / *Schröder*, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, Beck, München 1997
- Schreiber*, Hans-Ludwig: *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes: nullum crimen, nulla poena sine lege*, Metzner, Frankfurt a.M. 1976
- Seelmann*, Kurt: *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, Karl Alber Verlag, Freiburg/München 1995 [zit. *Seelmann* (1995)]
- Sher*, George: *Desert*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) 1987
- Siep*, Ludwig: *Praktische Philosophie im deutschen Idealismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1992 [zit. *Siep* (1992)]
- Recht und Anerkennung, in: *Girndt* (Hrsg.), *Selbstbehauptung und Anerkennung*, 1990, S.161-176 [zit. *Siep* (1990)]
 - *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie*, Karl Alber Verlag, Freiburg/München 1979 [zit. *Siep* (1979)]
- Skillen*, A.J: *How to Say Things with Walls*, *Philosophy* (55) 1980, S.509-523
- Smith*, Michael: *The Moral Problem*, Blackwell, Oxford 1994
- Specht*, Rainer: *Descartes*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1992
- Steinvoth*, Ulrich: *Freiheitstheorien in der Philosophie der Neuzeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1987
- Stith*, Kate / *Kob*, Steve: *The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines*, *Wake Forest Law Review* 1993, S.223-290
- Strauss*, Leo: *Hobbes' politische Wissenschaft*, Luchterhand, Neuwied am Rhein 1965
- Taylor*, A.E.: *The Ethical Doctrine of Hobbes*, *Philosophy* (13) 1938, S.406-424
- Taylor*, Charles: *Quellen des Selbst*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1996 [zit. *Taylor* (1996)]
- Bedeutungstheorien, in: *ders.*, *Negative Freiheit?* 1988, S.52-117 [zit. *Taylor* (1988a)]
 - *Negative Freiheit?*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1988
 - *Hegel*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1983 [zit. *Taylor* (1983)]
- Telpner*, Brian J.: *Constructing Safe Communities: Megan's Law and the Purposes of Punishment*, *Georgetown Law Journal* 1997, S.2039 ff.
- Ten*, C.L.: *Crime, Guilt, and Punishment*, Clarendon Press, Oxford 1987

- Tonry*, Michael: Twenty Years of Sentencing Reform: Steps Forward, Steps Backward, *Judicature* (78) 1995, S.169-172
- Uelmen*, Gerald F.: Federal Sentencing Guidelines: A Cure Worse than the Disease, *American Criminal Law Review* 1992, S.899 ff.
- Vaibinger*, Hans: Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft (2.Auflage), Zwei Bände, Union deutsche Verlagsgesellschaft, Stuttgart 1922
- Vitiello*, Michael: Three Strikes: Can We Return to Rationality?, *Journal of Criminal Law and Criminology* 1997, S.395 ff. [zit. *Vitiello* (1997)]
- Reconsidering Rehabilitation, *Tulane Law Review* 1991, S.1011 ff. [zit. *Vitiello* (1991)]
- Vogel*, Christian: Vom Töten zum Mord, Hanser Verlag, München 1989
- von Hirsch*, Andrew: Censure and Sanctions, Clarendon Press, Oxford 1993 [zit. *von Hirsch* (1993)]
- Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory, *Maryland Law Review* 1983, S.6-36 [zit. *von Hirsch* (1993)]
- von Hirsch*, Andrew / *Greene*, Judith: When Should Reformers Support Creation of Sentencing Guidelines?, *Wake Forest Law Review* 1993, S.329-343
- Warrender*, Howard: The Political Philosophy of Hobbes. His Theory of Obligation, Clarendon Press, Oxford 1966
- Wasserstrom*, Richard A.: Philosophy and Social Issues: Five Studies, University of Notre Dame Press, Notre Dame (Indiana) 1980
- Weimayr*, Matthias: Bürgerkrieg und Machtzerfall, *Der Staat* 1996, S.169-187
- Weissmahr*, Béla: Ontologie (2. Auflage), Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1991
- Welzel*, Hans: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (4. Auflage) (1962), Vanderhoek & Ruprecht, Göttingen 1990
- Willaschek*, Marcus: Praktische Vernunft. Handlungstheorie und Moralbegründung bei Kant, Metzler Verlag, Stuttgart 1992
- Williams*, M.E.: The Breach, Again, *Ratio* (11) 1969, S.79-81
- Williams*, Robert R.: Recognition. Fichte and Hegel on the Other (SUNY Series in Hegelian Studies), State University of New York Press, New York 1992
- Wilson*, John: Thinking With Concepts, Cambridge University Press, Cambridge 1963
- Winslade*, Howard: Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses Against Children: New Treatment or Old Punishment?, *Southern Methodist University Law Review* 1998, S.349 ff.
- Wolff*, Robert P.: The Autonomy of Reason, Harper & Row, New York 1973

Register

- Abonnement, 9, 119
Abschreckung, 91, 115, 124, 125, 127
Achtungsanspruch, 118, 119
Aggressionslogik, 15, 19
Allgemeingültigkeit, 79
Androhung, 22, 44, 124, 125
Anerkennung, 20, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 90, 114, 117, 119, 123, 127, 131
Anerkennung, Anerkennungsbeziehung, 71, 72, 73, 75, 78, 79, 81, 119
Anerkennung, Anerkennungslehre, 66, 68, 72, 73, 75, 76, 80, 85, 131
Anerkennung, Außenverhältnis, 71
Anerkennung, institutionelle, 10, 68
Anerkennung, intersubjektive, 68
Anstoß (zur Ich-Werdung), 77
Anthropologie, 12, 31, 35, 68, 131
Aristoteles, 5
Artefakte, 61
Ausgangsposition, 110
Autonomie, 53, 54, 55, 56, 62, 63, 89, 110
Autorisation, 26
Autorisationsmodell, 25, 26, 27, 28, 29, 31
Bedeutungstheorie, 13, 59, 86, 116, 122, 123, 129, 131
Befehlsverweigerung, 20, 21, 23
Befolgungsmodus, 44, 46
Begehrungsvermögen, 40, 43
Begierden, 39, 54, 124
Behaviourismus, 8
Benefit & Burden, Auktionsmodell, 105, 106, 107
Benefit and burden, 96, 102, 105, 108, 109, 110, 111, 113
Bentham, 31, 110
Beobachter zweiter Ordnung, 9, 39
Beobachterperspektive, 40, 42
Bewährung, 91, 95, 106
Bewegung, 5, 12, 13, 22, 29, 40, 56, 72, 82
Bewegungsfreiheit, 34
Bewußtsein, 4, 14, 34, 56, 61, 69, 70, 77, 83, 113
Bosheit, 11, 79, 125
Bourgeois, 25
Bundestag, 81
Bürger, 4, 7, 9, 21, 22, 25, 26, 51, 58, 74, 80, 91, 92, 103, 105, 106, 129, 131
Bürgertum, 58
Buße, 92, 124, 126, 127, 128
Christentum, 61
Citoyen, 25, 26, 51
Definitional Stop (Definitionssperre), 100
Definitionscompetenz, 80, 85
Degradierung, 52, 117
Descartes, 5, 6, 8, 12, 67
Deserteur, 24
Determination, 42
Devianz, 21, 120
Disziplin, 99
Dogmatismus, 64
Doppelnatur, 38
Dritte Antinomie, 42, 56
Dualismus, 28, 34, 57, 63, 64, 125, 131
Dummheit, 125
Engel, 54, 125
Entfremdung, 71, 75, 109
Entschuldigung, 27, 28
Epistemologie, 34
Erkenntnisgegenstand, 63
Erkenntnistheorie, 35, 66, 67
Essenz, 5
Eule der Minerva, 63
Exegese, 6
Experiment, 35, 37
Expressivismus, 96, 115, 116, 122, 124, 126
Fairneß, 40, 102, 103, 104
Feind, 5
Fichte, ????, 63, 76, 79, 80
Flusser, Vilém, 67
Folter, 112, 113
Freiheit, 4, 9, 12, 20, 21, 22, 26, 27, 29, 30, 34, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 108, 110, 111, 114, 119, 122, 125, 126, 129, 131, 139
Freiheit, Freiheitsbegriff, 62, 63
Freiheit, Freiheitstheorie, 123
Fremdgesetzgebung, 9
Freund, 5, 14, 70
Friedloslegung, 103, 104
Funktionalismus, 9, 59, 60, 76
Funktionär, 59, 131
Galilei, Galileo, 5, 6, 11
Gehirn, 118
Gehirne, 118

Geborsam, 20, 22, 62, 104, 105, 112
 Gemeinschaft, 5, 24, 51, 92, 95, 119, 121, 126, 127
 Gesellschaft, 4, 5, 10, 15, 25, 35, 46, 58, 59, 60, 67, 72, 74, 76, 77, 79, 80, 81, 84, 85, 90, 95, 107, 109, 110, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 126, 127, 128, 129, 131
 Gesellschaftstheorie, 106, 121, 131
 Gesellschaftsvertrag, 18, 19, 31, 32, 33, 49, 50, 89, 104
 Gesetzesmodell, 54, 55
 Gesetzespositivismus, 109
 Gesetzgeber, 20, 47, 52, 86, 94, 99, 100, 117
 Gesetzgebung, 44, 45, 47, 50, 52, 55, 87, 91, 99, 121
 Gewalt, 4, 9, 10, 20, 22, 23, 26, 27, 30, 50, 57, 60, 78, 82, 84, 86, 88, 111
 Gleichheitsgebot, 111
 Glück, 7, 98, 131
 Glückseligkeit, 34, 39, 40
 Glückseligkeitslehre, 34, 47, 105
 Grenzziehung, 5, 10
 Gut und Böse, 14, 111
 Gütersaldo, 109, 118
 Güterschaden, 58, 96, 116
 Handlungsfreiheit, 45, 59, 89, 102, 104, 108, 110, 111, 129, 131
 Handlungslehre, 39, 43, 65, 66
 Hard treatment / Harte Behandlung, 59, 116, 120, 122, 127
 Hegel, G.F.W., 10, 11, 34, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 131
 Henker, 22
 Herostrat, 80
 Herr und Knecht, 4, 6, 36, 68, 70, 82, 117, 120, 127
 Heteronomie, 38, 62
 Hexe, 118
 Hildebrandtslied, 70
 Hinrichtungen, 92
 Hobbes, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 48, 50, 57, 61, 69, 75, 90, 125, 129, 131, 133
 Homosexualität, 9
 Humboldt, Wilhelm von, 61
 Ich-Identität, 9, 10, 14, 33, 34, 40, 51, 52, 56, 58, 59, 60, 119
 Idealismus, 37, 39, 61, 63, 69, 126
 Identität, 8, 24, 34, 39, 41, 51, 52, 58, 64, 69, 80, 87, 121
 Identitätsangebote, 34, 79
 Individualität, 8, 9, 62, 74, 113, 121, 127
Individuum, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 22, 24, 29, 32, 33, 34, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 52, 56, 57, 58, 59, 74, 76, 77, 80, 85, 86, 89, 90, 91, 97, 105, 106, 107, 110, 111, 112, 114, 115, 117, 125, 127, 129, 131
 Innenverhältnis, 71
 Innerlichkeit, 8, 14, 24, 57, 62, 126
 Inselbeispiel (Kant), 46
 Justizirrtum, 4, 98
 Kampf, 40, 68, 69, 71, 74, 105, 126
 Kant, Immanuel, 7, 10, 11, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 75, 79, 85, 101, 102, 111, 112, 118, 125, 126, 131
 Kausalprinzip, 35, 36, 37
 Kind, 6, 96, 109
 Klage, 4, 53, 122
 Kleist, 4, 9, 62, 63, 83
 Kleist, Heinrich von, 4, 9, 62, 63, 83
 Kloster, 82
 Klugheitsgrund, 124, 125
 Koexistenzordnung, 45
 Kohlhaas, 4, 8, 9
 Kommunikation, 58, 59, 88, 115, 122, 127
 Kommunismus, 49, 50, 129
 Kompetenz, 80, 88, 90, 114, 117, 118, 119
 Kooperation, 16, 17, 19, 67
 Kosten und Nutzen, 23, 27, 43, 101, 107, 112
 Kreatur, 131
 Krieg, 4, 5, 16, 48, 88, 94
 Kuckucksei, 41
 Landesverteidigung, 18, 24, 31
 Lebensform, 7
 Legalität, 43, 44, 55
 Legitimationstheorie, 11, 34, 75, 99, 116, 131
 Legitimität, 7, 9, 23, 24, 26, 29, 33, 34, 35, 43, 44, 46, 51, 59, 91, 93, 95, 97, 98, 99, 101, 111, 114, 115, 116, 122, 124, 125, 126, 127, 131
 Leib, 8, 9, 13, 34, 38, 52, 59, 69, 70, 80, 81, 86, 104, 113, 115, 118, 126
 Leibeigener, 52
 Lizenz, 105, 106, 107, 108
 Lobotomie, 113
 Lüge, 53, 59
 Lust und Unlust, 8, 10, 13, 14, 21, 22, 25, 29, 32, 33, 34, 39, 40, 42, 43, 44, 48, 49, 51, 52, 57, 58, 59, 76, 77, 97, 105, 118, 121, 127, 130
 Machthaber, 9
 Manifestation, 58, 64, 77, 81, 82, 84, 85, 87, 96, 127
 Masse, 6
 Masse in Bewegung, 6

Mathematik, 6, 7, 35
 Maxime, 39, 40, 43, 44, 51, 52, 54
 Medizin, 35
 Meinungsumfrage, 109
Metaphysik, 6, 28, 29, 36
 Methode, 8, 11, 56, 64, 66, 75, 83, 84
 Methodentransfer, 6
 Missetäter, 4, 5, 117, 129
 Mittelalter, 5, 7
 Monismus, 34
 Moralität, 43, 44, 45, 47, 52, 55, 56, 121
 Moraltheorie, 96
 Motivation, 33, 40, 43, 44, 54, 55, 105, 108, 124, 127
 Natur, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 17, 20, 23, 27, 28, 30, 32, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 48, 52, 56, 58, 62, 63, 65, 69, 70, 76, 82, 83, 101, 104, 113, 117, 118, 121, 130
 Naturalismus, 110
 Naturdisposition, 44
 Naturgesetze, 35, 37, 53
 Naturgesetzen, 18, 35, 38
 Naturphilosophie, 5, 12
 Naturverachtung, 69
 Naturwissenschaft, 5, 28, 36, 37, 38
 Naturzustand, 4, 11, 15, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 26, 48, 51, 69, 104
 Neuzeit, 6, 8, 12, 35, 89
 Nicht-Ich, 39, 77
 Nominalismus, 5, 86, 123, 129
 Normbenefiziar, 104
 Normgeltung, 58, 118
 Novalis, 63
 Objekt-Subjekt, 77
 Obligation, 100, 114, 129
 Ohrfeige, 58
 Ontologie, 6, 7, 12, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 63, 69, 72, 97, 123, 129, 131
 Opferinteresse, 119
 Ordnungswidrigkeit, 115
 Oxymoron, 76, 123
 Paradigmenwechsel, 38
 Person, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 24, 25, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 39, 43, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 62, 66, 67, 68, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 87, 89, 90, 91, 96, 98, 102, 110, 111, 112, 113, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 131
 Persönlichkeit, 4, 8, 9, 29, 45, 51, 52, 60, 74, 80, 85, 113, 118, 119, 127
 Pflicht, 4, 8, 9, 11, 25, 30, 32, 33, 34, 43, 44, 45, 46, 50, 52, 55, 57, 58, 77, 90, 111, 113, 114, 119, 121, 124, 125, 126, 129, 131
 Pflicht und Willkür, 8, 11, 25, 32, 33, 34, 52, 57, 58, 77, 119, 121
 Pflichterfüllung, 129
 Pflichtverletzung, 58
 Physik, 12, 35
 Polizeirecht, 34, 125
 Populus est rex, 26
 Präferenzstruktur, 57
 Prestigekampf, 69
 Privateigentum, 49, 50, 88
 Proportionalität, 88, 91, 93, 95, 98, 104, 108, 131
 Prozeß, 4, 8, 59, 68, 82, 88, 89, 98, 102, 104, 109
 Prügelstrafe, 120
 Psychologie, 12, 21, 23, 28, 30, 31
 Qualitätenphysik, 6
 Rache, 21, 96
 Rationalismus, 36
 Realisierung, 40, 43, 60, 61, 63, 65, 66, 67, 72, 73, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 123, 124
 Realisierung eines Begriffs, 60
 Realurteile, 35, 38
 Recht als Recht, 64, 73, 78, 82, 87, 88
 Rechtsanwendung, 20, 96, 100
 Rechtsanwendungsmodell, 99
 Rechtsgesetz, 45, 47
 Rechtsgut, 58
 Rechtsphilosophie, 12, 34, 49, 50, 51, 59, 60, 66, 67, 73, 75, 82, 86, 90, 98
 Rechtssystem, 65
 Rechtsverzicht, 19, 23
 Rechtsverzichtsmodell, 19
 Rede und Antwort, 117
 Regelutilitarismus, 100
 Rehabilitation, 93, 94, 124, 127
 Reich der Zwecke, 54
Reichtum, 109
 Relativismus, 122
 Religion, 35, 129
 Restitution, 85, 108
 Retribution, 32, 43, 111, 112
 Reue, 124, 126, 127, 128
 Reziprozität, 74, 104
 Ritterepen, 70
 Robinson, 81, 93, 94, 102
 Roboter, 13, 14
 Rückfallquoten, 93
 Rüstungswettlauf, 16, 17, 19
 Schmerz, 8, 46, 58, 117, 126, 131
 Schule, 91, 99
 Schutz, 23, 24, 25, 26, 95, 102, 103, 104, 109
 Schutzverlust, 104
 Selbstbeherrschung, 103, 105, 108, 109
 Selbstbeschädigung, 51, 79, 90, 111, 112

Selbstbewußtseins, 67, 69, 74
 Selbsterkenntnis, 67, 68, 70, 72, 119
 Selbstgesetzgebung, 9
 Selbstherr, 62
 Selbstmord, 69, 81, 82
 Selbstverwirklichung, 61, 62, 72
 Selbstwidersprüchlichkeit, 83
 Selbstzerstörung, 90
 Sicherheit, 16, 17, 18, 19, 30, 88, 106, 110
 Sinnenwelt, 38, 39, 41, 56
 Sinnlichkeit, 39, 40, 53, 55
 Sittengesetz, 53, 120
 Sittlichkeit, 14, 34, 43, 46, 47
 Skeptizismus, 63
 Souverän, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 31
 Sozialarbeit, 89
 Sozialbeziehungen, 99
 Sozialontologie, 7, 18, 34
 Sozialphilosophie, 11, 67
 Sozialschädlichkeit, 106, 107
Spekulation, 63
 Spinoza, ???, 12, 63
 Spontaneität, 42, 54, 55
 Sprechergemeinschaft, 98
 Staat, 7, 11, 12, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 46, 50, 59, 62, 68, 69, 72, 73, 74, 75, 78, 79, 85, 90, 99, 102, 103, 105, 107, 113, 119, 127, 128, 129, 131, 138
 Staatsform, 50
 Störgeräusch, 118
 Strafe, 4, 7, 8, 9, 18, 20, 22, 24, 25, 27, 30, 32, 33, 34, 46, 47, 48, 51, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 67, 78, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131
 Strafe, Freiheitsstrafe, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 106, 108
 Strafe, Gefängnis, 4, 9, 30, 46, 51, 58, 59, 93, 96, 100, 106, 120
Strafe, Konzept, 96, 115, 123
 Strafe, Körperstrafe, 89
 Strafe, Kriminalstrafe, 115, 127
 Strafpraxis, 93, 130
 Strafrecht, 9, 20, 22, 23, 29, 34, 46, 47, 48, 58, 59, 77, 84, 92, 94, 96, 104, 108, 109, 110, 118, 127
 Straftheorie, 4, 7, 22, 24, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 52, 53, 55, 56, 59, 64, 80, 83, 86, 90, 91, 92, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 105, 107, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 124, 129, 130, 131
 Straftheoriefamilien, 8, 91
 Strafwürdigkeit, 46, 48
 Strafzumessung, 93
 Sturm und Drang, 62
 Subjekt, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 22, 29, 32, 33, 34, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 48, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 66, 67, 68, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 100, 110, 111, 112, 113, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 127, 131
 Subjektstheorie, 98, 107, 121
 Subjekt-Subjekt, 77
 Subsumtion, 78, 85
 Sündenbock, 97, 100
 Synthese, 61, 64, 65, 70, 72, 101
 Technik, 6
 Teilnehmerperspektive, 39, 42, 43, 56, 101
 Telishment, 100
 Tell, 62
 Teufel, 5
 Theorie des vollkommenen Ausdrucks, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 68, 73, 81, 82, 86, 89, 90, 116, 123, 129
 Tiefenstruktur des Rechts, 72
 Tier, 9, 12, 13, 40, 69, 71, 81, 125
 Todesfurcht, 15, 29, 40
 Todesstrafe, 31, 87, 89, 90, 92, 114
 Totalität, 64
 Transformation, 6, 21
 Transzendente Freiheit, 41
 Trevrizent, 121
 Triebtat, 52, 54, 55
 Umkehr, 124, 126, 127, 128
 Umwelt, 13, 17, 19, 22, 57, 76, 77, 121
 Unibos, 7
 Universalisierbarkeit, 43, 44, 45, 54, 56
Universalität, 80
 Unlust, 8, 10, 13, 14, 21, 22, 25, 29, 32, 33, 34, 39, 40, 43, 44, 48, 51, 52, 57, 58, 59, 76, 77, 97, 118, 121, 127, 130
 Unrechtslehre, 106, 116
 Unschädlichmachung, 91, 95
 Unsittlichkeit, 46, 47
 Untreue, 117
 USA, 59, 91, 92
 Utilitarismus, 10, 31, 43, 96, 98, 99, 100, 101, 125
 Utilitarismus, Aktutilitarismus, 100
 Verdienst, 96, 98, 112, 120, 131
 Verdoppelung, 37, 38, 39, 59
 Verdoppelung der Welt, 38, 59
 Vereinigungstheorie, 102
 Vergeltung, 31, 46, 89
 Vergeltungsstrafe, 46, 48, 51
 Verkleinerung, 5, 80
 Verkörperung, 61, 75, 77, 81, 89, 122, 127
 Vernichtungskampf, 69

Vernunftwesen, 34, 48, 51, 124
 Versprechen, 32
 Verstand, 12, 35, 36, 37, 56, 101, 112
 Verstümmelung, 113
 Versuchung, 105, 124, 125
 Verteilungsgerechtigkeit, 108
 Vertrag, 18, 19, 20, 21, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 50, 89
 Vertragsmodell, 89
 Verwahrung, 124
 Verzichtsmo­dell, 25
 Vikarische Legitimation, 23
 Vitalbewegung, 13, 15, 19, 20, 22
 Volenti non fit iniuria, 32
 Wahrheitsbegriff, 67, 83
 Weltentwurf, 58, 59, 81, 82, 83, 84, 96, 115, 116, 120, 126
 Wettkampfes, 98
 Widerspruch, 10, 31, 49, 58, 59, 81, 82, 83, 84, 90, 96, 101, 105, 112, 113, 115, 116, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128
 Wiederholungstä­ter, 91
 Wiedervereinigung, 59
 Wiedervergeltung, 64, 86
 Wilderei, 108
Willensfreiheit, 29
 Willkür, 8, 11, 25, 32, 33, 34, 40, 44, 45, 49, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 65, 77, 119, 121, 129
 Wirkung einer Ursache, 41
 Wissenschaft, 11, 12, 28, 35, 38, 92
 Wissenschaftsideal, 35
 Wohltaten, 109
 Zufall, 30, 42, 49
 Zurechenbarkeit, 53, 55, 125
 Zurechnungslehre, 52, 55, 126
 Zurechnungsproblem, 53
 Zwang, 9, 21, 31, 34, 44, 46, 47, 81, 82, 84, 85, 86, 89
 Zweckstrafrecht, 20, 47