

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 124

Widerspruch und harte Behandlung

Zur Rechtfertigung von Strafe

Von

Hanno Kaiser



Duncker & Humblot · Berlin

HANNO KAISER

Widerspruch und harte Behandlung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 124

Widerspruch und harte Behandlung

Zur Rechtfertigung von Strafe

Von

Hanno Kaiser



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Günther Jakobs, Bonn

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kaiser, Hanno:

Widerspruch und harte Behandlung : zur Rechtfertigung von Strafe /
von Hanno Kaiser. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 124)

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09854-4

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-09854-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706

*In Liebe
meinen Eltern*

Vorwort

Das Problem der Rechtfertigung von Strafe hat mich schon lange beschäftigt. Ich bin froh, daß man mir Zeit und Gelegenheit gegeben hat, die vorliegende Arbeit zu schreiben. Im Dezember 1998 wurde sie von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen.

Ich danke an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Günther Jakobs für sein großes Vorbild und Dr. Michael Pawlik, LL.M., für seine Geduld in vielen langen Gesprächen. Prof. Dr. Urs Kindhäuser hat die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen, wofür ich ihm sehr verpflichtet bin.

Weiterhin gilt mein Dank der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mich im Studium und während der Promotion gefördert hat sowie der ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, die mir das zweite Jahr an der University of California at Davis ermöglicht hat.

Gewidmet ist das Buch meinen Eltern.

Hanno Kaiser

Inhaltsverzeichnis

A. Die Rechtfertigung von Strafe	11
I. <i>Einleitung</i>	11
II. <i>Hobbes</i>	21
1. Natur.....	21
2. Gesellschaft.....	27
3. Vertrag.....	30
4. De Cive.....	31
5. Vikarische Legitimation.....	37
6. Leviathan.....	39
7. Inkonsistenzen.....	44
8. Wirkung.....	48
III. <i>Kant</i>	52
1. Ontologie.....	53
2. Freiheit.....	58
a) Komparative Freiheit.....	60
b) Transzendente Freiheit.....	62
3. Zwang.....	67
4. Strafe.....	69
a) Das moralphilosophische Argument.....	69
b) Das staatsphilosophische Argument.....	71
5. Zurechnung.....	78
6. Gründe als Ursachen.....	83
IV. <i>Hegel</i>	86
1. Die Philosophische Rechtswissenschaft.....	89
2. Recht.....	95
a) Handlungslehre.....	96
b) Anerkennung.....	98
aa) Intersubjektive Anerkennung (SB ₁ –SB ₂).....	100
bb) Institutionalisierte Anerkennung (Person–Staat).....	107
cc) Wechselwirkungen.....	109
Exkurs: Zwei Schiffe, aneinander ankernd.....	112
3. Unrecht.....	114
a) Verletzung des Rechts.....	115
b) Äußerliche Existenz der Verletzung.....	119
c) Innere Nichtigkeit der Verletzung.....	120

4. Strafe	122
a) Die Notwendigkeit von Strafe	122
b) Strafe als individueller Zwang.....	124
c) Strafe als institutioneller Zwang.....	125
d) Art und Maß der Strafe.....	127
e) Die Todesstrafe.....	131
B. Anglo-Amerikanische Strafrechtstheorie	134
<i>I. Einleitung</i>	134
<i>II. Retributivismus</i>	140
1. Das Konzept verdienter Strafe.....	140
2. Logischer Retributivismus.....	144
3. Kosten, Nutzen, Fairneß	149
4. Moralische Verantwortlichkeit	162
<i>III. Expressivismus</i>	167
1. Nominalistisch akzessorischer Expressivismus	169
2. Realistisch akzessorischer Expressivismus.....	177
3. Nicht-akzessorischer Expressivismus.....	179
<i>IV. Anmerkung</i>	187
C. Nachbemerkung	189
Literaturverzeichnis.....	191
Register	204

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 Genugtuung geworden, mache dich bereit, kaiserlicher Majestät, deren Anwalt hier steht, wegen des Bruchs ihres Landfriedens, deinerseits Genugtuung 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 entinnen 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 distanzie-

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

² *Kleist*, ebd. S.115-117.

³ *Kleist*, ebd. S.115.

⁴ *Kleist*, ebd. S.107.

ren.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 einzusperrern, 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.

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

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.

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.

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 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

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.

¹⁴ *Specht*, Descartes (1992), S.96.