

# Ein nachmetaphysisches Strafrecht?

## Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Antonio Martins**, LL.M., Frankfurt a.M.\*

### I. Einleitung

Dass der Strafanspruch in einem Rechtsstaat immer nur ein relativer und legitimationsbedürftig ist, dürfte eine Selbstverständlichkeit sein. Wie auch immer der 1968 von *Ulrich Klug* publizierte Aufsatz rezipiert wurde, reagierte er auf einen berechtigten Appell, die Strafpraxis eines Staates als politische und also gegenüber seinen Bürgern zu rechtfertigende Angelegenheit zu verstehen – und damit die Straftheorie in den Kontext der legitimen Rechtfertigung der Staatsaufgaben zu rücken.<sup>1</sup> Eine Straftheorie muss eine Diskussion über die mögliche Legitimation der Strafe fördern, nicht diese Legitimation voraussetzen. Dass *Klugs* polemische Kritik an den so genannten „Vergeltungstheorien“ von *Kant* und *Hegel* dazu verhalf, diese Theorien präziser zu interpretieren und diese Autoren „besser“ zu lesen,<sup>2</sup> ist eine ironische, wenn auch wissenschaftlich voraussehbare Folge seines Aufsatzes.

Von einem strafrechtlichen Abschied von *Kant* und *Hegel* kann 46 Jahre später sicherlich nicht die Rede sein. Im Gegenteil ist von einer „Renaissance“ retributiver Theorien die Rede<sup>3</sup> – zum Teil auch im Gewande der positiven Generalprävention.<sup>4</sup> Unabhängig von der Feststellung einer „Renaissance“ dieser Theorien kann als unumstritten gelten, dass retributive Modelle in verschiedenen Varianten mit präventiven Modellen um die Strafbegründung konkurrieren. Größere Aufmerksamkeit hat auch die Tatsache gefunden, dass den *Kantschen* und *Hegelschen* Modellen die Berücksichtigung präventiver Strafwirkungen durchaus nicht fremd war.<sup>5</sup> Dies suggeriert, dass retributive und präventive Rechtfertigungen sich möglicherweise nicht ausschließen, sondern auf unterschiedliche Fragen antworten. Immerhin ist die Anstrengung offensichtlich, die Vergeltungstheorien vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Rechtsstaates zu verstehen und für die

geistige Situation der Zeit akzeptabel zu machen.<sup>6</sup> Dies kann nur über die Beurteilung der rechtspolitischen Grundlagen dieser Theorien geschehen. Retributive Modelle können nur im Zusammenhang mit ihren rechtspolitischen Fundamenten rezipiert werden.

Die auch für die heutige Zeit durchaus berechtigte Frage, wie *Kants* und *Hegels* Stellen zur Rechtfertigung der staatlichen Strafe im Zusammenhang mit deren Rechts- und Staatsphilosophie verstanden und angemessen interpretiert werden sollen, ist nicht das unmittelbare Thema dieses Aufsatzes. Sieht man von der politischen Intention von *Klugs* Polemik und dem Klima der Strafrechtsreform ab, erscheinen sein Plädoyer für die Verabschiedung von *Kants* und *Hegels* Philosophie aus der Strafrechtsdiskussion wissenschaftlich naiv, seine interpretativen Verkürzungen beinahe tendenziös. Diese Interpretationen prägten in den folgenden Jahren eine Tendenz zur Skepsis gegenüber dem retributiven Charakter der Strafe – der zumindest als deskriptives und konzeptuelles Element unbestreitbar ist und noch der Aufklärung bedarf.<sup>7</sup> Der vorliegende Text konzentriert sich auf dieses Element, das Problem seiner Legitimation und insbesondere auf die Frage, worin es in einer pluralistischen, säkularisierten Gesellschaft bestehen kann. Aus dieser Problematik leitet sich das weitere Erkenntnisinteresse des Aufsatzes ab, nämlich inwieweit das Strafrecht auf die metaphysischen Voraussetzungen retributiver Theorien verzichten kann und soll.

*Andreas v. Hirsch*, dem dieser Aufsatz in freundschaftlicher Verbundenheit und wissenschaftlicher Hochachtung gewidmet ist, hat schon sehr früh eine Position zur Straftheorie bezogen und mit ihr die wissenschaftliche Diskussion um Strafe, Tadel und Prävention stark geprägt. Gegen die damals im anglo-amerikanischen Raum weitverbreitete Neigung zu präventiven Theorien hat er einen retributiven Ansatz begründet.<sup>8</sup> Dieser Ansatz wurde im Laufe der Jahre weiterentwickelt und perfektioniert.<sup>9</sup> Sein Plädoyer für eine Tadelstheo-

---

\* Der Verf. ist Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik an der Goethe-Universität Frankfurt.

<sup>1</sup> *Klug*, in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafbuch – Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 36. Vgl. dazu neuerdings *Lüderssen*, StV 2011, 377; kritisch *Hruschka*, ZStW 124 (2012), 232.

<sup>2</sup> Vgl. bereits *H. Mayer*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 54.

<sup>3</sup> *Schünemann*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 327. Dazu *Pawlik*, in: Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 78; *ders.*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 87.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler *Frisch*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 125.

<sup>5</sup> Vgl. etwa *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 17; zu *Hegel* vgl. *Seelmann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 79.

---

<sup>6</sup> *Pawlik* (in: Rogall [Hrsg.], Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 213 [229]) weist zu Recht darauf hin, dass sich die „neuen“ Vergeltungstheorien „weltimmanent“ legitimieren.

<sup>7</sup> Vgl. zum Begriff der Strafe und seinem Verhältnis zu der sozialen Institution der Strafe *Neumann*, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 89 (98); *ders.*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 435; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 6. Ferner behauptet *Pawlik* ([Fn. 6], S. 215, 228 ff.) nur ein vergeltungstheoretisches Denken sei in der Lage, die Legitimität des Instituts der Strafe zu rechtfertigen.

<sup>8</sup> v. *Hirsch*, *Doing Justice, The Choice of Punishments*, 1976, passim.

<sup>9</sup> In zahlreichen Beiträgen – etwa v. *Hirsch*, *Past or Future Crimes*, 1985, passim; *ders.*, *Censure and Sanctions*, 1993, passim; v. *Hirsch/Ashworth*, *Proportionate Sentencing*, 2005,

rie der Strafe stellt ein plausibles und rechtsstaatlich kompatibles Modell einer retributiven Rechtfertigung der Strafe dar, das weder (unmittelbar) auf metaphysische Argumente zurückgreift noch präventive Strafwirkungen ausschließt. Nach diesem Modell muss der Straftäter als ein moralischer Akteur betrachtet werden, dem vorgeworfen werden kann, falsch gehandelt zu haben.<sup>10</sup> Auch wird der Straftäter als moralischer Akteur angesehen, wenn diesem durch die Androhung eines Übels ein weiterer Grund für die Beachtung der Strafnorm geliefert wird.<sup>11</sup> Mit *Strawson* wird die moralische Alltagspraxis ins Zentrum der Diskussion gerückt:<sup>12</sup> An die Stelle einer absoluten Begründung der Strafe durch Rückgriff auf die Notwendigkeit der Vergeltung tritt die alltägliche moralische Praxis der Erhebung eines Vorwurfs gegenüber demjenigen, der sich falsch verhalten hat.

Das Konzept der moralischen Zurechnungsfähigkeit spielt damit eine zentrale Rolle in v. *Hirschs* Modell. Diesem Modell entspricht eine Kriminalisierungstheorie, welche die Verwerflichkeit des Verhaltens als Bedingung der Legitimität eines Strafverbots erforderlich macht.<sup>13</sup> Fraglich ist jedoch, warum Verbrechen und Strafe in Bezug auf moralische Elemente interpretiert werden müssen<sup>14</sup> und sogar dem präventiven Charakter der Sanktion innerhalb eines moralisch bestimmten Rahmens eine andere Bedeutung zukommt. Fraglich ist auch, in welchem Verhältnis die moralische Autonomie des Straftäters zu dessen rechtlicher und politischer Autonomie steht – denn letztendlich ist in einem demokratischen Rechtsstaat die Strafandrohung ein Akt der politisch institutionalisierten Gesetzgebung.

Diesen offenen Punkten widmen sich die folgenden Überlegungen. Es ist zunächst zu klären, inwiefern die moralische Praxis einen Beitrag zur Rechtfertigung des Strafrechts leisten kann (II.). Diese Frage führt zum Problem der Quellen der Normativität des Strafgesetzes, das im Anschluss erläutert werden soll (III.). Im Zusammenhang damit entsteht die Notwendigkeit, den spezifischen rechtlichen Charakter des retributiven Elements der Strafe zu untersuchen (IV.). Erst

dann wird es möglich, auf die Frage einzugehen, inwiefern das Strafrecht auf metaphysische Argumente verzichten kann und was die Kennzeichen und Herausforderungen eines so genannten nachmetaphysischen Strafrechts sind (V.). Im Fazit wird schließlich versucht, die Ergebnisse der Untersuchung knapp zusammenzufassen (VI.).

## II. Eine moralische Begründung?

### 1. Moralische Praxis und strafende Reaktion

Mit dem Bezug auf die „reaktive“ alltagsmoralische Praxis ist die Frage noch nicht beantwortet, worin der Inhalt eines moralischen Vorwurfs besteht. Diese Frage wird gerade durch diesen Ansatz neutralisiert. Freilich ist die Absicht von *Strawson* in seinem berühmten Aufsatz, zu zeigen, dass wir – unabhängig von einer definitiven Antwort auf die Frage des Determinismus – einen objektiven Gesichtspunkt gegenüber anderen Menschen nicht einnehmen können, ohne dabei das Feld unserer effektiven moralischen Praxis zu verlassen. Der Bezug auf die moralische Praxis, so der Schluss der Argumentation, macht eine Wiederlegung des Determinismus ohne Berufung auf „the obscure and panicky metaphysics of libertarianism“ möglich.<sup>15</sup> Eine ähnliche Strategie kann bei der Konzentration auf den Tadel als zentralem Element für die Rechtfertigung der Strafe erkannt werden. Auch hier ist der Ausdruck einer Missbilligung des Verhaltens mit der Akzeptanz des Täters als Teil der moralischen Gemeinschaft verknüpft.<sup>16</sup> Die Strafandrohung wird demnach als moralischer Appell verstanden – ein moralischer Appell, der sich an Personen richtet, die fähig sind, ihn zu verstehen und nach ihm zu handeln – und der ein bestimmtes Verständnis der menschlichen Natur voraussetzt.<sup>17</sup>

Indem die menschliche Praxis hervorgehoben wird, bleibt der Inhalt des moralischen Vorwurfs relativ neutral gegenüber starken moralischen Positionen. Auch die Verknüpfung der Institution der Strafe mit einem starken Freiheits- und Autonomiebegriff wird entbehrlich. Es handelt sich bei dieser Institution vielmehr um die Institutionalisierung einer öffentlichen moralischen Praxis. Nach dieser Ansicht ist die Strafe ein Instrument zur sozialen Kontrolle, ein regulatives – moralisch aufgeladenes – Werkzeug des Staates.<sup>18</sup> Damit wird zugleich gesagt, dass der Ausdruck der Missbilligung eines Verhaltens ein konstitutives Element für die Definition des Strafrechts ist. Strafrecht definiert sich gerade auch dadurch, dass es die (moralische) Unrichtigkeit eines Verhaltens ausdrückt. Es ist ein staatliches Instrument der moralischen Kommunikation.<sup>19</sup>

---

passim (insb. Kap. 2); v. *Hirsch/Simester*, *Crimes, Harms, and Wrongs*, 2011, passim (insb. Part I); v. *Hirsch*, in: v. *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Fn. 5), S. 43; auf das Völkerstrafrecht angewendet v. *Hirsch/Schorscher*, in: *Zedner/Roberts* (Hrsg.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice, Essays in Honour of Andrew Ashworth*, 2012, S. 209. Zu v. *Hirschs* Straftheorie vgl. *Bottoms*, in: *Ashworth/Wasik* (Hrsg.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, S. 53 (für das Thema des vorliegenden Aufsatzes insb. 77 ff.).

<sup>10</sup> v. *Hirsch* (Fn. 9 – Censure), S. 9 ff.; v. *Hirsch/Ashworth* (Fn. 9), S. 17; v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 11.

<sup>11</sup> v. *Hirsch* (Fn. 9 – Censure), S. 13; v. *Hirsch/Ashworth* (Fn. 9), S. 22 ff.; v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 14.

<sup>12</sup> *Strawson*, *Freedom and Resentment and Other Essays*, 2008, S. 1.

<sup>13</sup> Vgl. v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 19 ff.

<sup>14</sup> Kritisch zum Element der Verwerflichkeit des Verhaltens bei der Kriminalisierungstheorie *Hörnle*, in: *Simester/Neumann/du Bois-Pedain* (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, S. 169 (183).

---

<sup>15</sup> *Strawson* (Fn. 12), S. 27.

<sup>16</sup> *Strawson* (Fn. 12), S. 23. Vgl. dazu – im Hinblick auf die Straftheorie – *Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe*, 2004, S. 51.

<sup>17</sup> Vgl. v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 11. Vgl. dazu *Bottoms* (Fn. 9), S. 81 f.

<sup>18</sup> v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 10.

<sup>19</sup> v. *Hirsch/Simester* (Fn. 9), S. 12.

## 2. Die Struktur retributiver Modelle

Es lassen sich zwanglos Parallelen zu den klassischen retributiven Modellen ziehen. *Seelmann* etwa verweist auf die Nähe zu *Hegels* „Anerkennungsargument“: Der Täter wird ernst genommen und als verantwortliches Subjekt betrachtet.<sup>20</sup> An dieser Stelle soll vor allem auf die strukturelle Nähe zu einem Aspekt der Interpretation von *Kants* Straftheorie hingewiesen werden. Ich möchte drei Interpretationsmodelle in Erinnerung rufen.

Das erste Interpretationsmodell stammt von *Hellmuth Mayer*. Dieser hat in einer Reaktion auf den genannten Aufsatz von *Klug* die Ansicht vertreten, dass *Kant* keine vollständige Straflehre vorgelegt habe.<sup>21</sup> Die Strafe sei ein „in der Rechtfertigung vorfindliches Institut“;<sup>22</sup> im Vordergrund stehe bei *Kant* die Kritik der relativen Theorien und der Aufopferung der Idee der menschlichen Freiheit zugunsten kollektiver Glückseligkeit.<sup>23</sup> Eine positive Begründung der absoluten Straftheorie werde jedoch nicht geliefert; diese werde vielmehr vorausgesetzt.<sup>24</sup> Die Gemeinsamkeit zwischen beiden Ansätzen besteht darin, dass auch hier die Straftheorie von einem anderen normativen Bereich abhängig gemacht wird. Obwohl hier von keinem Vorwurf gegenüber dem Täter die Rede ist, wird die Strafe über die Reaktion auf die Verletzung einer Pflicht definiert, die woanders begründet wird. Diese Begründung bleibt bei beiden Ansätzen relativ offen. Auch die Tadelstheorie verschiebt die Frage nach der positiven Begründung der Retribution auf eine andere, nämlich die moralische Sphäre.

In einem ähnlichen Zug lokalisiert *Naucke* den Kern der absoluten Straftheorie *Kants* in der Verletzung einer metaphysischen Pflicht – die sich mit der Verletzung des Strafgesetzes identifiziert – und dadurch in der Ablehnung des Zweckgedankens als Rechtfertigung der Strafe.<sup>25</sup> *Naucke* argumentiert im Grunde gegen den nach seiner Meinung verhängnisvollen Präventionsgedanken im Strafrecht. Ähnlich wie bei *Hellmuth Mayers* Lektüre von *Kant* liegt *Nauckes* Hauptanliegen in der Kritik und Ablehnung der relativen Straftheorien. Der berühmte Satz von *Kant*, nach dem der Straftäter bestraft werden soll, „weil er verbrochen hat“,<sup>26</sup> führt nach *Naucke* zurück zur Begründung des Strafgesetzes und dessen Funktion für die Etablierung eines rechtlichen Zustandes. Der Grund dafür, warum gestraft wird, bestehe in der Verletzung jener metaphysischen Pflicht, die woanders, und nicht in der Straftheorie selbst, begründet werde. Eine positive Begründung des Vergeltungsstrafrechts sei nur durch Rückgriff auf die Achtung vor der Menschenwürde und den

Schutz der Freiheit möglich.<sup>27</sup> Die absolute Begründung der Strafe ist also die Konsequenz einer weitreichenden (metaphysischen) Begründung des Rechts. Die „Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff“ wird von *Naucke* später expliziter hervorgehoben; im Laufe seiner eigenen Argumentation zur Begründung der Strafe wird die Verbindung zwischen Tatschwere und strafender Reaktion ein Verhältnis der wechselseitigen Implikation – sie rekuriert noch immer auf eine bestimmte Tradition und auf metaphysische Prämissen, die allein eine positive Begründung liefern sollen.<sup>28</sup>

Ein dritter, näher zu diskutierender Interpretationsvorschlag der Lehre *Kants*, der in einem Spannungsverhältnis mit den vorher erörterten steht, stammt von *Byrd* und *Hruschka*. Für *Byrd* und *Hruschka* hat das Strafgesetz eine generalpräventive Funktion.<sup>29</sup> Den Satz „weil er verbrochen hat“ – der zum „quia peccatum est“ von *Senecas* Wort steht – versteht jedoch auch *Hruschka* als eine Forderung der Strafgerechtigkeit im Gegensatz zur Straflügeheit. Es handelt sich also um ein moralisches, kein pragmatisches Argument, wobei „moralisch“ hier als Oberbegriff sowohl das Recht als auch die Ethik beinhaltet.<sup>30</sup> Der Satz verweist in diesem Sinne auf das Strafgesetz als „öffentliches Gesetz“ in einem rechtlichen Zustand, den *Byrd* und *Hruschka* mit dem Rechtsstaat identifizieren, demjenigen Zustand also, in dem die Rechte der Bürger gesichert sind.<sup>31</sup> Dieses Argument ist letztendlich ein rechtliches Argument,<sup>32</sup> das auf das Legalitätsprinzip zurückführt.<sup>33</sup> Hat jemand gegen das Strafgesetz verstoßen, muss er bestraft werden. Noch einmal: Die Frage nach der Legitimation der Strafe führt auf die Frage nach der Legitimation des Strafgesetzes zurück.

## III. Die Normativität des Strafgesetzes

Zentral für die Interpretation der Schriften *Kants* ist freilich das Verhältnis zwischen Recht und Moral. Aufgeworfen wird

<sup>27</sup> *Naucke*, in: *Naucke* (Hrsg.), *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, S. 61 (71 f.).

<sup>28</sup> Vgl. *Naucke*, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, S. 196: „Die Strafe für vorsätzliche Gewalttaten gegen die Person ist nicht ein zweckmäßig konstruiertes, zweckmäßig fortentwickeltes vorbeugendes Sozialinstrument in der Hand wechselnder Mehrheiten. *Diese Strafe entsteht aus anderen Bereichen, die man heute sprachlich kaum noch fassen kann*: Wiederherstellung der unantastbaren, aber angetasteten Ordnung, Ausgleich des Übels mit einem Übel.“ (*Hervorhebung des Verf.*)

<sup>29</sup> *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957.

<sup>30</sup> *Hruschka*, in: *Paeffgen u.a.* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 17 (24). Zum Verhältnis der Begriffe Moral, Recht und Ethik bei *Kant* vgl. auch *Maus*, *Über Volkssouveränität*, 2011, S. 194, 252 f.

<sup>31</sup> *Hruschka* (Fn. 30), S. 21; *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (958).

<sup>32</sup> *Hruschka* (Fn. 30), S. 26.

<sup>33</sup> *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (960); *Hruschka* (Fn. 30), S. 28 ff.

<sup>20</sup> *Seelmann* (Fn. 5), S. 82.

<sup>21</sup> *H. Mayer* (Fn. 2), S. 60.

<sup>22</sup> *H. Mayer* (Fn. 2), S. 60, 62 ff.

<sup>23</sup> *H. Mayer* (Fn. 2), S. 64.

<sup>24</sup> *H. Mayer* (Fn. 2), S. 69.

<sup>25</sup> *Naucke*, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, S. 30 ff.

<sup>26</sup> *Kant*, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Werke, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, Bd. 4, 1998, S. 453.

nämlich in der *Kant*-Interpretation die Frage, ob Recht und Moral unabhängige Sphären konstituieren oder ob sich das Recht aus der Moral ableiten lässt.<sup>34</sup> Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden. An Bedeutung gewinnt das Problem des Verhältnisses von Recht und Moral für uns erst, wenn nach einem möglichen moralischen Moment bei der Rechtfertigung der Strafe gefragt wird.

Nach dem Tadelsansatz wird die Strafe verhängt, *um* die (moralische) Missbilligung der Tat auszudrücken. Nach dem referierten Ansatz *Kants* dagegen wird bestraft, *weil* das Strafgesetz – das sich bei den ersten zwei Interpretationsmodellen auf eine metaphysische Begründung, bei dem dritten auf den Gesetzgebungsprozess eines Rechtsstaates stützt – verletzt wurde.

Die absolute Begründung muss daher entweder auf metaphysische Prämissen zurückgreifen oder sie ist anderenfalls vollständig der historischen beziehungsweise politischen Kontingenz ausgeliefert. Der bloße Rückgriff auf die Rechtllichkeit lässt eine wichtige Frage bei der Rechtfertigung der Strafe unbeantwortet: eine starke moralische Begründung liegt nämlich jenseits der Aufgaben einer Straftheorie. Der Bezug auf einen moralischen Vorwurf hat den Vorteil, dass er einen inhaltlichen normativen Grund für die Bestrafung liefert, ohne diesen Inhalt im Voraus zu bestimmen. Es fehlt jedoch eine direkte Verbindung zur Prozedur der legitimen Erzeugung von rechtlichen Normen. Beides muss sich kombinieren.

Vorgeschlagen wird an dieser Stelle – jenseits der Interpretation von *Kants* Schriften –, das Verhältnis von Moral und Recht als eines der wechselseitigen Implikation und der diskursiven Autonomie zu verstehen.<sup>35</sup> Damit ist gemeint, dass rechtlicher und moralischer Diskurs verschiedene Bedingungen erfüllen und verschiedene Regeln beachten müssen; sie überschneiden sich, ohne sich miteinander zu identifizieren. Selbst die Abkopplung von Moral und Recht ist eine diskursive Leistung, die freilich von keinem der beiden Diskurse koordiniert wird, die aber vom Rechtsdiskurs – um der rechtlichen Freiheit willen – zugesichert werden muss.

Der rechtliche Diskurs knüpft an die moralische Überlieferung an, filtert jedoch aus seiner diskursiven Sphäre gewisse Momente heraus.<sup>36</sup> Der Rechtsdiskurs gehorcht einer Logik der Institutionalisierung, die dem moralischen Diskurs fremd ist. So lässt sich erklären, dass Rechtsbegriffe moralisch aufgeladen sind, ohne sich in Moral aufzulösen. Beispielsweise ist es nicht möglich, den Schuldbegriff von seiner Verknüpfung mit der moralischen Tradition und seinen moralischen Implikationen abzukoppeln. Die rechtlichen Konturen der Schuld werden jedoch im Rahmen eines rechtlich-politischen Verfahrens definiert; der wissenschaftliche Diskurs um den rechtlichen Schuldbegriff greift Momente jenes Verfahrens auf; Schuld wird im Zusammenhang mit dem demokratischen Gesetzgebungsprozess in ein anderes Licht ge-

rückt.<sup>37</sup> So gesehen ist das Problem der moralischen Aufladung von Rechtsbegriffen nicht hintergebar; es ist allerdings ein Problem der diskursiven Kontrolle. Moralische Begriffe werden vom Rechtsdiskurs uninterpretiert, moralische Argumente werden im Rahmen des rechtlichen Diskurses überprüft, akzeptiert, umgedeutet oder verworfen.<sup>38</sup> So lässt sich über die Legitimität eines Schuldbegriffs diskutieren, die noch immer – in Spannung mit der rechtlichen Entlastung der Person von motivationalen Bürden – der moralischen Tradition treu bleibt und auf das Innere des Täters abstellt.<sup>39</sup>

Die Rechtfertigung der Strafe muss also eine rechtliche sein. Die Schwierigkeit liegt darin, dass es beinahe unmöglich ist, eine diskursive Rechtfertigung des Strafrechts ohne Rückgriff auf moralische (und möglicherweise religiöse) Elemente durchzuführen. Der Rechtsdiskurs stößt hier schnell an seine argumentativen Grenzen. Das soll heißen, dass es auch aus (im weiten, die kulturelle Tradition mit einschließenden Sinne) sprachlichen Gründen unmöglich ist, auf bestimmte moralische Argumentationsstrukturen für die Strafbegründung zu verzichten. Unser lebensweltlicher Horizont begrenzt und bestimmt unsere diskursive Praxis. So überrascht es nicht, wenn von unterschiedlichen Quellen der Normativität des Strafgesetzes die Rede sein soll. Moralische Argumente spielen in der Formation des demokratischen Willens eine Rolle, die nicht durch die Formalisierung des Rechts verschwindet.

Die moralische Quelle der Normativität des Strafgesetzes lässt sich aber nicht nur mit Bezug auf den sprachlichen Hintergrund, die Verbundenheit mit der Tradition und lebensweltliche Überzeugungen erklären. Vielmehr ist der Austausch von praktischen Argumenten ein wichtiger Teil des rationalen Diskurses über die Rechtfertigung des (Straf-) Rechts und der Strafe. Es besteht ein Kontinuum zwischen Legitimationsdiskursen; moralischer Diskurs und Rechtsdiskurs sind nicht voneinander isoliert. Das Verständnis des (potentiellen) Straftäters als ansprechbaren Akteurs bedeutet, dass er in der Lage ist, am allgemeinen Prozess des Austausches von Gründen bezüglich sozialer Normen (auch Strafnormen) teilzunehmen. Die Beteiligung an dieser Praxis konstituiert das Individuum als Person.<sup>40</sup> Der durch spezifische Institutionalisierungsanforderungen charakterisierte Rechtsdiskurs ist Teil dieser allgemeinen vernünftigen Praxis.

<sup>37</sup> Grundlegend zum engen Verhältnis von Schuld und Demokratie in einem Rechtsstaat vgl. *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, passim.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu (in Bezug auf *Kant* und *Habermas*) *Maus* (Fn. 30), S. 253.

<sup>39</sup> Kritisch dazu *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, passim (hierzu und in Bezug auf die christliche Tradition insbes. S. 59); früher gegen die Legitimität eines moralischen Vorwurfs bei der staatlichen Bestrafung *Hassemer/Ellscheid*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar Abweichendes Verhalten II, 1975, S. 266.

<sup>40</sup> Zum Verhältnis von Rationalität, Persönlichkeit und Normativität vgl. *Raz*, From Normativity to Responsibility, 2013, S. 85 ff.

<sup>34</sup> Zu dieser Diskussion neulich *C. Horn*, Nichtideale Normativität, 2014, passim.

<sup>35</sup> Vgl. (im Anschluss an *Habermas*) *Martins*, Flüchtige Grenzen, Hermeneutik und Diskurstheorie im Recht, 2013, S. 281 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Teubner*, *Cardozo Law Review* 17 (1996), 901 (913).

#### IV. Der rechtliche Inhalt des Strafvorwurfs

Mit dem institutionalisierten Charakter des Rechtsdiskurses hängt aber auch der Vorwurf, den die Strafe ausdrücken soll, zusammen. Er kann nicht bloß als ein rein moralischer, sondern er muss vielmehr als ein moralisch informierter rechtlicher Vorwurf verstanden werden. Auf einer ersten Ebene wird es dem Täter grundsätzlich vorgeworfen, gegen das demokratisch legitim erzeugte Strafgesetz verstoßen und damit seine Position als Rechtsperson missbraucht zu haben. Auf einer anderen Ebene wird dem Täter vorgeworfen, jemand anderen einen gravierenden Schaden zugefügt zu haben. Diese Ebene ist bereits die Ebene der materiellen Legitimation des Strafgesetzes. Dass es sich hier zugleich um einen (im weiten Sinne) moralischen Vorwurf handelt, liegt auf der Hand.<sup>41</sup> Die Errungenschaft der Tadelstheorie liegt darin, das Verhältnis dieser beiden Ebenen explizit gemacht zu haben. Sie verleiht dem Vorwurf, gegen das Strafgesetz verstoßen zu haben, einen konkreten moralischen Inhalt, mit dem die Legitimation des Strafgesetzes verknüpft ist.<sup>42</sup> Aber sie lässt – in einer pluralistischen, säkularisierten Gesellschaft – offen, worin dieser Inhalt besteht.

Die Tadelstheorie deutet auf die Bedingungen der Richtigkeit des demokratischen Verfahrens hin, indem sie eine notwendige Überschneidung mit dem moralischen Diskurs markiert. Der genaue Punkt dieser Überschneidung lässt sich nur im Laufe der öffentlichen Auseinandersetzung bezüglich der Kriminalisierung beziehungsweise der Institutionalisierung dieser Auseinandersetzung konkret markieren; seine Lokalisierung ist nicht mehr Aufgabe einer Straftheorie. Der Hinweis auf die Legitimität des Gesetzes ist also unabdingbar: Eine Straftheorie braucht den Zusatz einer Kriminalisierungstheorie, welche die Grenzen des Strafverbots setzt. Aber sie braucht auch einen Hinweis auf die demokratische Prozedur, die dem Strafgesetz Legitimität verleiht. Für den Strafvorwurf ist in einem demokratischen Rechtsstaat nur eine Theorie geeignet, welche jenseits der moralischen Zurechnungsfähigkeit auch die rechtliche Persönlichkeit des sozialen Akteurs berücksichtigt.

Ein Modell, das dies plausibel darstellt, versteht die Rechtsperson in ihrer wechselseitigen Rolle als Mitgesetzgeberin und als Adressatin der Rechtsordnung.<sup>43</sup> Beide Rollen hängen zusammen und implizieren sich wechselseitig. Durch die Strafe soll dem Straftäter kommuniziert werden, dass er seine Rolle als Adressat der (auch von ihm) legitim erzeugten

Rechtsordnung verfehlt hat. Für dieses Verhalten ist er – und nicht das Vorliegen anderer gesellschaftlicher oder natürlicher Faktoren – verantwortlich.<sup>44</sup> Die Zurechnungsfähigkeit des Straftäters hängt mit seiner Anerkennung als Mitgesetzgeber zusammen.<sup>45</sup> Beide Rollen sind Kehrseiten der Fähigkeit zur Verantwortung. Obwohl die Verantwortungszuschreibung im Rahmen des Rechtsdiskurses geschieht, zeigt sie Ähnlichkeiten mit der Struktur der moralischen Verantwortungszuschreibung. Ausschlaggebend ist jedoch, dass die kommunikative Botschaft der Strafe rechtlichen (äußerlichen) Charakter hat.<sup>46</sup> Was die Notwendigkeit der Internalisierung der Botschaft angeht, wird der Täter also grundsätzlich als Rechtsperson, nicht als moralischer Akteur angesprochen.

Damit sind die Konturen des Vorwurfs gezeichnet, der mit der Strafe ausgedrückt wird. Dass der Staat die Aufgabe der Kommunikation dieses Vorwurfs übernimmt, ist ein Produkt historischer Kontingenzen und hängt mit der spezifischen Institutionalisierung des Rechtsdiskurses und dessen demokratischer Legitimation zusammen: Ein Konflikt zwischen Täter und Opfer wird als Verletzung eines (auch) öffentlichen Interesses betrachtet.<sup>47</sup> Das Verständnis der Strafe als staatliche Aufgabe hat zunächst einen unmittelbaren Effekt auf die Diskussion um die richtige Straftheorie. Als staatliche Aufgabe muss sich die Strafe gegenüber den Adressaten der Rechtsordnung politisch rational legitimieren. Der Rekurs auf eine rein moralische Begründung reicht nicht aus. Die strafende Praxis des Staates muss sich demnach dreifach legitimieren: moralisch, spezifisch rechtlich und politisch. Diese drei Quellen der Normativität des Strafgesetzes münden in eine Straftheorie, die normative Gründe für die Existenz der Institution der Strafe liefern. Die Qualität dieser Gründe gilt es nun zu untersuchen.

#### V. Ein nachmetaphysisches Strafrecht: Bedingungen und Anforderungen

##### 1. Kennzeichen

Der richtige Kern des Plädoyers für eine Überwindung der Metaphysik im Strafrecht besteht im Verzicht auf Letztbegründungen und im Verlangen nach einer Praxis der rationalen und sozialimmanenten Argumentation als Grundlage

<sup>41</sup> Eine Verbindung von beiden Momenten sieht auch *Noll*, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, S. 17 ff.: Strafe sei Manifestation des Rechts durch sozialetische Missbilligung des Rechtsbruchs.

<sup>42</sup> Vgl. v. *Hirsch* (Fn. 9 – Strafe), S. 52, wo es betont wird, dass die normative Botschaft des Tadels „auf die Substanz des Unrechtmäßigen in dem Verhalten gerichtet [ist].“

<sup>43</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang *Günther*, in: Neumann/Prittowitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, S. 15 (36); *ders.*, in: Prittowitz u.a. (Hrsg.), *Rationalität und Empathie, Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag*, S. 9 (26 f.); *Martins*, *ZStW* 125 (2013), 234 (250).

<sup>44</sup> *Günther* (Fn. 43 – Rationalität), S. 28 f.

<sup>45</sup> *Günther* (Fn. 43 – Rationalität), S. 29.

<sup>46</sup> Das hebt v. *Hirsch* (Fn. 9 – Strafe), S. 51 hervor: „Der Tadel beschäftigt sich mit dem Täter jedoch äußerlich. Die durch die Sanktion ausgedrückte Missbilligung gibt dem Täter einen Grund, die Angemessenheit seiner Handlungen zu bedenken. Aber es soll ihm überlassen bleiben, ob er tatsächlich so reagiert. Es wird hier keine Theorie der Buße vertreten, der zufolge die Reaktion auf die Tat dazu bestimmt wäre, in dem Täter bestimmte Gefühle, sei es der Scham, der Reue oder sonstiger Art zu erregen.“ Kritisch gegenüber einer Buße-Theorie auch *Hörnle* (Fn. 5), S. 34.

<sup>47</sup> Zur Generalisierung des Täter-Opfer-Konflikts grundlegend *Neumann*, in: Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987, S. 225; *ders.* (Fn. 7 – Kritik), S. 95 ff.

einer Straftheorie. Metaphysische Argumentationsmuster sind – so die häufige Kritik – oft Prämissen verhaftet, die auf „ideelle Entitäten“ rekurrieren und mit den „aktuellen Standards der wissenschaftlichen Diskussion“ nicht kompatibel sind.<sup>48</sup> Die Kritik richtet sich gegen die Trennung von philosophischer Reflexion und gesellschaftlicher Wirklichkeit.<sup>49</sup> Daraus lässt sich die Notwendigkeit einer Kommunikation mit anderen Wissenschaften, insbesondere den Sozialwissenschaften, ableiten. Die Aufgabe einer Straftheorie besteht darin, die Begründung der Strafe *als soziale Institution* zu untersuchen.<sup>50</sup> Dass dies mit einer pauschalen Ablehnung von *Kants* oder *Hegels* Philosophie nichts zu tun hat, liegt nahe.

Auf die philosophische Diskussion um ein „nachmetaphysisches Denken“ kann hier nicht näher eingegangen werden.<sup>51</sup> Angenommen wird aber, dass die bereits von *Kant* initiierte „Verselbständigung von Rationalitätskomplexen“<sup>52</sup> nicht rückgängig zu machen ist und die Materialisierung des transzendentalen Bewusstseins durch Sprache und Handlung ein unhintergebares Kennzeichen modernen Denkens ist, die von der Situierung der Vernunft in Gesellschaft und Geschichte begleitet wird.<sup>53</sup> Moralischer, politischer und rechtlicher Diskurs bleiben in diesem Sinne getrennte, interkommunizierbare Sphären, deren Grenzen pragmatisch gezogen werden. Idealistische Modelle, die auf dem Paradigma der Subjektphilosophie verharren und die Strafbegründung in der moralischen Autonomie des Einzelnen suchen,<sup>54</sup> laufen Ge-

fahr, diese Grenzen zu verwischen.<sup>55</sup> Nicht die Selbstbehauptung der Subjektivität, sondern die intersubjektive Verständigung gilt als Paradigma menschlicher Rationalität und als Grundlage des Rechts.<sup>56</sup> Die menschliche Vernunft, die in der kommunikativen Praxis verkörpert wird, ist selbst verantwortlich für die Ausdifferenzierung von verschiedenen diskursiven Bereichen, die eigene Gegenstände haben und Bedingungen erfüllen müssen. Ausgehend hiervon muss der Vorwurfscharakter der Strafe als performativer Akt betrachtet werden: eine Legitimation muss – im Rahmen des Rechtsdiskurses – den Bedingungen mehrerer diskursiver Ansprüche genügen.

### 2. Historische Kontingenz der Strafe

Die Idee einer Letztbegründung und die Ablehnung jedweden empirischen Inhalts (und empirischer Information) beim Strafbegriff sind mit Prinzipien eines nachmetaphysischen Strafrechts nicht kompatibel.<sup>57</sup> Fallibilismus und Bewusstsein der Revidierbarkeit jedes Denkens gehören zu den Charakteristika eines nachmetaphysischen Strafrechts. Die empirische Erkenntnis über die Strafe als historische Manifestation kann nicht bloß vom Gerüst ihrer theoretischen Begründung verbannt werden. Demnach erscheinen sowohl das Tadels- als auch das Übelszufügungselement der Strafe als historisch kontingent. Die rechtliche Institution der Strafe wird mit einer sozialen, moralisch und politisch zu legitimierenden Praxis verbunden. Die Androhung und Verhängung von Strafen ist auf die soziale Praxis und deren immanente Legitimation angewiesen.

Aber Tadel und Übelszufügung sind jeweils verschiedenen Arten der historischen Kontingenz ausgesetzt. Anders als der Strafvorwurf lässt sich die Zufügung von Schmerz nicht vollständig kommunikativ erklären.<sup>58</sup> Sie braucht eine zusätzliche Rechtfertigung.<sup>59</sup> Der Hinweis auf die Vermittlung eines gerechtfertigten Vorwurfs oder auf gesellschaftliche Konstanz reicht nicht aus.<sup>60</sup> Es muss gezeigt werden, dass die Zufügung eines Übels das angemessene und gerechte Mittel ist, jene Botschaft zu verkünden.<sup>61</sup> Der Weg, der von der

<sup>48</sup> Vgl. dazu *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 5), S. 159. Skeptisch gegenüber der Metaphysik-Kritik *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, S. 148 ff.

<sup>49</sup> In diesem Sinne richtet sie sich nicht gegen die Idee der Metaphysik als Frage nach den ersten Prinzipien menschlicher Erkenntnis oder der Möglichkeit der Ontologie überhaupt, sondern gegen eine unvermittelte Übernahme von Denkmustern, die auf Einsichten in die soziale Wirklichkeit verzichten.

<sup>50</sup> *Neumann* (Fn. 48), S. 161.

<sup>51</sup> Vgl. *Habermas*, *Nachmetaphysisches Denken*, 1992, S. 18 ff., 35 ff.; *Henrich*, *Konzepte*, 1987, S. 11 ff. Die Polemik zwischen *Habermas* und *Henrich* wird bei *Kahlo* (in: Herzog/Albrecht [Hrsg.], *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, 2010, S. 383 [397 ff.]) verfolgt – mit klarer Entscheidung zugunsten *Henrich* und gegen die Idee eines „nachmetaphysischen Denkens“. Eine Kritik des Verständigungsparadigmas und der diskurstheoretischen Begründung des Rechts bietet *Zaczyk*, in: Siller/Keller (Hrsg.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, 1999, S. 51.

<sup>52</sup> *Habermas* (Fn. 51), S. 25.

<sup>53</sup> Vgl. *Habermas* (Fn. 51), S. 28, 49; *ders.*, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 1988, S. 354.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *E. A. Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786; *Köhler*, *Der Begriff der Strafe*, 1986; *ders.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 37 ff.; *Zaczyk*, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981, S. 90 ff.; *ders.*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 194 ff.; *ders.*, *Strafrechtliches Unrecht und die*

*Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, S. 25 ff.; *ders.* (Fn. 51), S. 139; *ders.*, *Der Staat* 50 (2011), 295.

<sup>55</sup> Vgl. die Kritik von *Günther*, in: Siller/Keller (Fn. 51), S. 141 (149 f.).

<sup>56</sup> Zur Erschöpfung des Bewusstseinsparadigmas und dessen Ersetzung durch das Verständigungsparadigma vgl. *Habermas* (Fn. 51), S. 346, 361.

<sup>57</sup> Vgl. aber etwa *Köhler* (Fn. 54 – Begriff), S. 8 f.

<sup>58</sup> Zur Kritik am Paradigma der Kommunikation im Strafrecht *Puppe*, in: Samson (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, S. 469.

<sup>59</sup> Vgl. dazu *Pawlik* (Fn. 16), S. 52.

<sup>60</sup> Vgl. *Pawlik* (Fn. 16), S. 53 f.

<sup>61</sup> Indem *Jakobs* (*Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck*, 2004, S. 29 f.) die Übelszufügung als kognitive Untermauerung der Norm versteht, entgeht er dieser Schwierigkeit mit einem Hinweis auf die Notwendigkeit der Sicherung der Normgeltung: Mit der Zufügung von Schmerz wird gezeigt, dass die Norm trotz der begangenen Tat weiter gilt – dies sei

Missbilligung der Tat zur Übelszufügung führt, ist ein Weg der sozialen Konvention. Ob der Schmerz als Vermittlung jenes Vorwurfs entbehrlich ist, hängt mit Standards der gesellschaftlichen Kommunikation zusammen.<sup>62</sup> Die Schmerzzufügung lässt sich aber weder unmittelbar aus dem tadelnden Charakter der Strafe herleiten noch legitimieren.<sup>63</sup> Natürlich sind auch jene Standards der gesellschaftlichen Kommunikation Gegenstand der moralischen und der rechtlichen Kritik. Dabei ist wichtig zu betonen, dass die Übelszufügung sich nicht ausschließlich in Verbindung mit präventiven Zwecken legitimieren lässt, sondern sie muss innerhalb des retributiven Gedankens selbst lokalisiert und aus diesem Standpunkt in Frage gestellt werden.

### 3. Metaphysik als Kritik des Rechts?

Gegen das Motiv einer Überwindung der Metaphysik spricht noch der Gedanke, nur durch eine metaphysische Begründung sei möglich, das Recht von der Willkür von Machtverhältnissen zu unterscheiden und zu schützen.<sup>64</sup> Der Prozess der Verabschiedung der Metaphysik im Recht sei auch der Prozess der „Verpolizeilichung“ des Rechts, der Verwischung der Grenzen zwischen Polizei und Recht und der dementsprechenden Beseitigung der Idee der Gerechtigkeit zugunsten des Zweckgedankens.<sup>65</sup> Naucke zufolge ist die Verabschiedung der Metaphysik vom Strafrecht bereits im Gang und führt zur Verwandlung des Rechts in bloße Manifestation von Macht. Metaphysik des Rechts wird hier dennoch nicht im Sinne der traditionellen Metaphysik gemeint, sondern bedeutet, dass es einen Kern des Strafrechts gibt, der nicht der politischen Macht zur Verfügung steht.<sup>66</sup>

Eine grenzenlose Ausweitung des Strafrechts im Namen des Präventionsgedankens ist unschwer feststellbar. Der Gedanke einer Metaphysik des Rechts als Kritik der Preisgabe des Rechts durch Machtverhältnisse ist also berechtigt. Er führt zum Programm eines negativen Strafrechts.<sup>67</sup> Dieses Programm möchte ich mir schließlich zu Eigen machen; es lässt sich in das hier dargelegte Modell problemlos übersetzen.

---

der Zweck der Strafe. Diese Strategie ergibt Sinn in einem präventiven Modell, das den Rückgriff auf eine moralische Begründung der Retribution ablehnt und sich auf die Idee der Normgeltung konzentriert. Damit bleiben aber die oberen Grenzen der Übelszufügung zu weit offen; die kognitive Sicherung der Norm hat mit beliebiger sozialer Notwendigkeit, nicht mit dem Ergebnis einer rationalen rechtlich-moralischen Argumentationspraxis zu tun.

<sup>62</sup> Vgl. Hörnle (Fn. 5), S. 42 f.

<sup>63</sup> Vgl. Günther, in: Prittwitz u.a. (Fn. 3), S. 205 (219).

<sup>64</sup> Naucke (Fn. 27), S. 65 f.

<sup>65</sup> Naucke, in: Naucke (Fn. 27), S. 379.

<sup>66</sup> Naucke (Fn. 27), S. 66 f. Vgl. dazu Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 18 ff.

<sup>67</sup> Naucke, in: Greco/Martins (Hrsg.), *Direito Penal como crítica da pena, Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário em 2 de setembro de 2012* (= Festschrift für Juarez Tavares zum 70. Geburtstag), 2012, S. 473. Vgl. Bung (Fn. 66), S. 25.

Gemeint ist damit, dass eine differenzierte Begründung des Strafrechts durch moralische, rechtliche und politische Elemente nicht nur zur Verschränkung dieser Diskurse führt, sondern auch und vor allem zu gegenseitigen Einschränkungen. Moralische Regeln beschränken etwa den Dispositionsraum des auch an Zwecken der sozialen Selbstorganisation orientierten politischen Diskurses. Dass Diskurse, rationale argumentative Praxis zur Lösung von Krisen bezüglich lebensweltlicher Überzeugungen, sich nicht mit der Beliebigkeit von Machtentscheidungen identifizieren, muss nicht betont werden.

Der Gedanke eines moralisch informierten rechtlichen Strafvorwurfs führt genau so wie das Modell eines metaphysischen Strafrechts zu einer Güterhierarchie und zu einer Begrenzung der Strafe auf wenige, Tadel verdienende Delikte.<sup>68</sup> Der moralische (aber auch der rechtliche) Diskurs limitiert die Liste dieser Taten. Noch einmal: Der Inhalt des Strafvorwurfs kann nur in Zusammenarbeit mit einer Kriminalisierungstheorie, mit dem Gedanken eines materiellen Verbrechensbegriffs und einer demokratisch verstandenen Rechtsgutstheorie bestimmt werden.

Es ist wahr, dass der konkrete Inhalt des Tadels sozial variabel ist; so ist es auch bei der Moral, die gesellschaftsimmanent begriffen wird. Es ist durchaus möglich, dass eine aufgeklärte Moral den Inhalt des Tadels in vielen Konstellationen zum Verschwinden bringt, sogar die Idee eines Strafvorwurfs oder zumindest der Zufügung von Schmerz als Medium der Kommunikation dieses Vorwurfs ganz ablehnt. Dieses Ergebnis wird den politischen und erst recht den Rechtsdiskurs irritieren und allmählich transformieren. Seine praktische Umsetzung ist eine Frage der politischen Durchsetzung von Vernunft.

## VI. Fazit

Ich fasse die Ergebnisse der vorliegenden Reflexion zusammen:

1. Die Strafe lässt sich nur unter Rückgriff auf ihren retributiven Charakter erklären. Dieser besteht nicht nur in einer formellen Reaktion auf den Verstoß gegen ein Strafgesetz, sondern in einem materiellen Vorwurf, gegen das legitim erzeugte Strafgesetz verstoßen zu haben.

2. Die Legitimität dieses Vorwurfs hängt unmittelbar mit der Legitimität des Strafgesetzes zusammen; die Kehrseite einer jeden Straftheorie ist also eine Kriminalisierungstheorie.

3. Der Vorwurf, der mit der Strafe ausgedrückt wird, ist ein rechtlicher Tadel, der sich jedoch ohne den Rekurs auf die moralische Praxis weder rechtfertigen noch vollständig erklären lässt. Aufgabe und Errungenschaft einer Tadelstheorie wie derjenigen, die v. Hirsch vertritt, ist es, diesen moralischen Hinweis explizit zu machen.

4. Legitimität gewinnt die kommunikative Botschaft der Strafe allerdings nur im Zusammenhang mit dem demokratischen Prozess der Normenproduktion; sie ist auf die Legitimität dieses Prozesses angewiesen.

---

<sup>68</sup> Naucke (Fn. 27), S. 76.

5. Es handelt sich in der Strafdiskussion vor allem um eine Grenzdefinition des rechtlichen, moralischen und politischen Diskurses: Eine Straftheorie muss im Rahmen eines Rechtsdiskurses – mit dem Hinweis auf seine Institutionalisierung – begründet werden.

6. Der nachmetaphysische Charakter des Strafrechts besteht unter anderem in dem Verzicht auf Letztbegründungen; im Abstellen auf eine normative Praxis des Austausches von Gründen als Bedingung seiner Legitimation; in der Anerkennung der Ausdifferenzierung von verschiedenen sozialen Diskursen, die zu dieser Legitimation beitragen.

7. Die reaktive Funktion der Strafe gehört zu unserem moralischen und rechtlichen Selbstverständnis als verantwortliche Akteure.

8. Sowohl der konkrete inhaltliche moralische Vorwurf, der mit der Strafe impliziert wird, als auch seine Intensität sind ein Produkt historischer Kontingenz.

9. Die Übelszufügung als Element der Strafe, die auch historisch kontingent ist, lässt sich nicht nur präventiv rechtfertigen, sondern muss im Zusammenhang mit dem Tadels-element und seinem kommunikativen Bedürfnis bestimmt werden.

10. Konsequenterweise sollte die Anerkennung eines moralischen Kerns des rechtlichen Straftadels zu einer radikalen Einschränkung der Strafverbote führen.