

Zwischen Metaphysik und Prävention – Immanuel Kants Vereinigungstheorie der rechtlichen Strafe

Simon Kemper, Bonn*

Wenn die einen den Abschied von der kantischen Strafrechtslehre fordern (Klug) und die anderen seine vermeintlichen Irrtümer als nur durch Altersschwäche erklärbar brandmarken (Schopenhauer), dann muss dies schon mit Blick auf die Komplexität der Ausführungen verwundern. Denn wenn die Metaphysik der Sitten nur einer von vielen Mosaiksteinen einer biographischen Freiheitsphilosophie ist, dann dürfte bereits eine Interpretation, die sich in der Auswertung ihrer Zeilen unter Ausklammerung früherer und gedanklich hineinschimmernder Quellen erschöpft, nur unvollständig sein. Zwischen „klassischer“ Einordnung als „absolute Straftheorie“ und „moderner“ Interpretation als (überwiegend) „relative Straftheorie“ möchte der vorliegende Beitrag gewissermaßen eine Mittelposition skizzieren: Denn gerade im Zusammenspiel verschiedener Aspekte – im Zusammenspiel von Metaphysik und Prävention, von Vernunft und Abschreckung – dürfte auch heute noch die große Kraft der kantischen Lehre vom Strafrecht begründet sein.

A. Einführung

Die wenigen Zeilen, die Kant dem Strafrecht in der Metaphysik der Sitten von 1797/8 (*Metaphysik*) gewidmet hat, werden klassischerweise den „absoluten Straftheorien“ zugeordnet.¹ Während diese Unabhängigkeit von präventiven („relativen“) Überlegungen dann ebenso gängig wie polemisch als „wissenschaftlich nicht mehr haltbar“ att-

kiert wird,² gerät in neuerer Zeit die Zuordnung selbst in die Kritik, wird mitunter sogar als „peinlich“³ bezeichnet und Kant als überzeugter Vertreter nahezu gleichwertiger relativer Strafzwecke präsentiert.⁴ Im Folgenden soll hingegen eine Interpretation vorgeschlagen werden, die im Ausgangspunkt viele präventive Momente aufgreift, um letztendlich aber gerade im Zusammenspiel der verschiedenen Elemente und der Unterordnung relativer Aspekte den Wert der kantischen Theorie auszumachen. Grundlage dieser ist eine von H.L.A. Hart ausformulierte Differenzierung zwischen Institutionsfrage (generell-institutionelle Ebene des Strafrechtssystems) und Distributionsfrage (individuell-persönliche Ebene der Strafe), und im Rahmen letzterer zwischen Strafbegründung (Voraussetzungen) und Strafbestimmung (Höhe).⁵ Während sich Kant der Institutionsfrage nur mittelbar zuwendet, liegt

Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 335 (358-375); *ders.*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1990, S. 228-248; *Lesch*, Der Verbrechenbegriff, 1990, S. 23-40; *Oberer*, Über einige Begründungsaspekte der kantischen Strafrechtslehre, in: Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 399 (401-414); im Ergebnis ebenso zum Beispiel *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, Abschn. 1 Rn. 19; *Kindhäuser*, StGB Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 19.

² *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 3 A Rn. 8.

³ *Hruschka*, Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, in: Paefgen (u.a., Hrsg.), FS Puppe, 2011, S. 17 (19-20 Fn. 12).

⁴ Auch diese Darstellung ist vereinfachend. Grundlegend *Byrd*, Law and Philosophy 1989, 151; nun in diese Richtung beispielsweise *Byrd/Hruschka*, JZ 2007, 957; *Hruschka*, ZStW 2003, 201 (218); *ders.*, (Fn. 3), S. 18-21, 24-26, 28-30, 32-36; *Kaufmann*, Die Aufgabe des Strafrechts, in: Dornseifer (u.a., Hrsg.), Armin Kaufmann – Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 263 (266-269); *Mosbacher*, ARSP 2004, 210; *Ripstein*, Force and Freedom, 2009, S. 300-324; *Scheid*, Ethics 1983, 262; *Schild*, Anmerkungen zur Straf- und Verbrechenphilosophie Immanuel Kants, in: Meinze (u.a., Hrsg.), FS Gitter, 1995, S. 831 (833-846); *ders.*, Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit, in: Zaczek (u.a., Hrsg.), FS Wolff, 1998, S. 429 (434-441); zurückhaltender *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990, S. 84; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 11-13.

⁵ Siehe zur Aufteilung der Schritte *H.L.A. Hart*, Proceedings of the Aristotelian Society 1959-60, 1 (3-12), der in „general justifying aim“ und „distribution“, sowie in „title“ und „amount“ unterteilt. Vgl. dazu auch *Scheid*, Ethics 1983, 262 (263-281), der den Fokus aber nur auf das „general justifying aim“ legt und gerade nicht – wie hier – auf eine eigenständig-relative hinreichende Begründung der Strafe (siehe dazu unten C.II.1.). Diese Trennungen dürften auch zu *Kants* Zeit bekannt gewesen sein, siehe *Hruschka*, JZ 1987, 161 (163-169 m.w.N.).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bonn (2017/8: Diploma in Legal Studies an der University of Oxford) und ist dort studentische Hilfskraft bei Herrn Professor Brinkmann. Eine umfangreichere (und leicht andere) Variante des vorliegenden Beitrages entstand anlässlich eines Seminars zu den Elementen der Rechtsphilosophie Kants bei Herrn Professor Zaczek. Für die lehrreichen Sitzungen und den anregenden Diskurs verbleibt der Autor in größter Dankbarkeit.

¹ Die Darstellung ist grob vereinfachend. Es geht vor allem um die hinreichende Strafbegründung, siehe dazu unten C.II.1. Grundlegend *Wolff*, ZStW 1985, 786 (806-830); mit ähnlicher Begründung *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962, S. 30-32, 34-38; *Zaczek*, Staat und Strafe, in: Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit, 1999, S. 73; *ders.*, Der Staat 2011, 295 (296-301); *ders.*, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, in: Arnold (u.a., Hrsg.), FS Eser, 2015, S. 207 (209-219); mit abweichender Begründung zum Beispiel *Höffe*, Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe, in: Brandt (Hrsg.),

sein Hauptaugenmerk auf der Distributionsfrage, um den damals dominanten rein-relativen Straftheorien ihre Unzulänglichkeiten und Maßlosigkeiten, im Ergebnis ihre Unvereinbarkeit mit der Freiheit, aufzuzeigen. Im dort eingeführten distributiven Prinzip, der Herleitung seiner Elemente und ihrem Verhältnis zueinander liegt dann auch der Knackpunkt der kantischen Straftheorie.

B. Die Institutionsfrage

Soll das Strafrecht – also „das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen eines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen“⁶ – in einem ersten Schritt auf Institutionsebene legitimiert werden, gilt dabei zunächst einmal, dass es als Rechtsinstitution an der freiheitsverwirklichenden Herleitung des Staates aus der Vernunft und damit an der – mit Hegel gesprochen – Verwirklichung der Idee des Rechts teilnimmt.⁷ Material gesehen lässt sich dann nicht nur das Recht aus „Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst“⁸, also aus der Vernunft, als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“,⁹ bestimmen. Entsprechend ist auch das Unrecht (unabhängig vom Selbstwiderspruch zwischen homo noumenon und homo phaenomenon)¹⁰ primär ein Hindernis

der Freiheit, das nicht mit den Freiheiten anderer zusammen bestehen kann.¹¹

Doch mit diesen rein metaphysischen Bestimmungen kann es für das Strafrecht nicht getan sein, wie die früh entdeckte (aber lange vernachlässigte)¹² Diskussion des Notrechts (ius necessitatis) am Beispiel des berühmten („Brett des Karneades“) zeigt.¹³ Denn während Kant – in gedanklicher Fortsetzung des Gemeinspruchs¹⁴ – ein Notrecht als evidenten „Widerspruch der Rechtslehre mit sich

selbst“ ablehnt¹⁵ und damit nicht nur die utilitaristischen Nützlichkeitsabwägungen des römischen Rechts,¹⁶ sondern auch etwa die hegelianische Begründung Pawliks¹⁷ zurückweist,¹⁸ gibt es eine positive Seite, die ebenfalls als „klar“ und „konsequent“ bezeichnet wird und den Fokus auf ein empirisch-abschreckendes Moment des Strafrechts wirft.¹⁹ Kant gestattet dem Schiffbrüchigen trotz Verwirklichung von Unrecht Straffreiheit, und das aufgrund eines psychologisierten Gedankenganges, der sich – würde man den Autor nicht kennen – auch ohne Weiteres Feuerbach zuschreiben ließe.²⁰ Denn wenn plötzlich dem Vernunftrecht wegen des vorherigen Versagens der Abschreckung die nachträgliche Zwangsbefugnis genommen ist,²¹ ist jedenfalls implizit mitgesagt, dass das Strafrechtssystem – vermittelt über das geschriebene Strafgesetz – als *Rechtsinstitution* (auch) dazu da ist, mittels Zwang ausübender Abschreckung Verbrechen präventiv zu verhindern.²² Auf freiheitlicher Grundlage bedarf dann aber bereits die Institution selbst der Rechtfertigung. Die Legitimation des aus seiner Existenz heraus Zwang ausübenden Strafrechtssystems geht dann dahin, dass es als Position aus dem Satz der doppelten Negation („Sätze des Widerspruchs“) gewonnen werden kann, wenn es heißt, dass „der Zwang, der [einem Hindernis der Freiheit] entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit [...] zusammen stimmend“, also Recht, ist.²³ Damit ist die Legitimation prima facie freiheitsbeschränkenden Zwanges als analytisches Urteil aus dem Rechtsprinzip auf institutioneller Ebene vollendet.

⁶ Kant, AA06, S. 331 Z. 4-5 (MdS RL Anmerkung EA195/B225). Kant wird zitiert nach der Akademie-Ausgabe (AA; die arabische Ziffer bezeichnet den Band) Kants gesammelter Schriften (Preußische Akademie der Wissenschaften u.a., Hrsg.) zuzüglich – wenn vorhanden – der Fundstelle im Original.

⁷ Grundlegend zu diesem Zusammenhang (aber im Ergebnis unter C.II.1. abweichend) Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 130-154, 165.

⁸ Kant, AA06, S. 313 Z. 12 (MdS RL § 45 A164/B194).

⁹ Kant, AA06, S. 230 Z. 24-26 (MdS RL Einleitung B AB33).

¹⁰ Siehe hierzu Kant, AA06, S. 334 Z. 37-S. 335 Z. 35 (MdS RL Anmerkung E A202-203/B232-233). Nur so kann Kant der Annahme von *Beccaria*, *Dei Delitti e delle Pene* (1764), in: Firpo (u.a., Hrsg.), *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria I*, 1984, S. 86 Z. 14-24 (§ 28) entgegen, der Täter *wolle* seine Strafe.

¹¹ Kant, AA06, S. 230 Z. 32-S. 231 Z. 2 (MdS RL Einleitung CA33/B33-34).

¹² Siehe zur Rezeptionsgeschichte Küper, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, 1999, S. 26-28 m.w.N.

¹³ Siehe Kant, AA06, S. 235 Z. 12-S. 236 Z. 16 (MdS RL Einleitung Anhang AB41-42).

¹⁴ Kant, AA08, S. 297 Z. 29-S. 305 Z. 28 (TP Staatsrecht A251-268).

¹⁵ Kant, AA06, S. 235 Z. 18 (MdS RL Einleitung Anhang AB41).

¹⁶ Zum römischen Recht siehe Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965, S. 55-56 m.w.N.

¹⁷ Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 80-124, 140-149. Hegel selbst diskutiert nur den Konflikt von Eigentum und Leben, siehe Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), in: Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften und Künste (Hrsg.), Georg Friedrich Wilhelm Hegel – Gesammelte Werke XIV.1, S. 112 Z. 22-30 (§ 127).

¹⁸ Kritisch zu Pawlik aus kantischer Perspektive Küper, JZ 2005, 105 (114-115).

¹⁹ Küper, (Fn. 12), S. 16 hält diese Elemente sogar für so eindeutig, dass sie keiner weiteren Interpretation bedürfen. Siehe auch Byrd, Law and Philosophy 1989, 151 (188-191); Hruschka, (Fn. 3), S. 34-35; Ripstein, (Fn. 4), S. 321-322; Scheid, Ethics 1983, 262 (268-271). Die Institution geht damit über die bloße Befugnis zu zwingen (Kant, AA06, S. 232 Z. 29 (MdS RL Einleitung E AB36)) hinaus.

²⁰ So Küper, (Fn. 12), S. 13-14, 16-17; vgl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847 (Mittermaier, Hrsg.), §§ 85, 89.

²¹ So auch Küper, (Fn. 12), S. 17-19, 49-55; ähnlich Meißner, (Fn. 4), S. 81-85; für Einordnung als Entschuldigungsgrund hingegen Janka, Der strafrechtliche Notstand, 1878, S. 88 und für Exemption Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre II (1797), in: Lauth (u.a., Hrsg.), J.G. Fichte – Gesamtausgabe der bayerischen Akademie der Wissenschaften I.4, S. 53 Z. 15-S. 54 Z. 11 (§ 19).

²² Zum Verständnis Kants siehe Küper, (Fn. 12), S. 29 Fn. 64, der dies für „ersichtlich“ hält.

²³ Kant, AA06, S. 231 Z. 24-34 (MdS RL Einleitung D AB35); siehe zu diesem Satz allgemein Höffe, (Fn. 1), S. 352-357.

C. Die Distributionsfrage

I. Die Elemente des distributiven Prinzips

Bezüglich der Distributionsfrage lassen sich Kants Ausführungen in zwei Prinzipien umformulieren, die gemeinsam als distributives Prinzip bezeichnet werden können.²⁴ Dieses Prinzip ist in einem ersten Schritt zugänglich als rechtsstaatliche Antwort auf rein-relative Straftheorien,²⁵ wie sie schon Protagoras von Platon im Gespräch mit Sokrates in den Mund gelegt werden.²⁶ Nimmt man deren zugrundeliegende handlungsutilitaristische Prämisse an, wie man sie später klassisch-hedonistisch bei Bentham findet,²⁷ lassen sie sich dadurch ad absurdum führen, dass sie – wie der Fall R v. Blackshaw²⁸ zeigt – in Einzelfällen zu inakzeptablen Konsequenzen führen.²⁹ In diese Situation hinein fordert Kant ein distributives Prinzip, das der Sache nach lautet: (i) Ein Mensch wird immer und nur dann bestraft, wenn er ein Verbrechen begangen hat, das Verbrechen ist also notwendige und hinreichende Bedingung der Strafe (Strafbegründungsprinzip). (ii) Die Strafe muss dem begangenen Verbrechen entsprechen, sie darf dessen Wert weder über- noch unterschreiten (Strafbestimmungsprinzip).

II. Die Herleitung des distributiven Prinzips

1. Das Strafbegründungsprinzip

Erstens hält Kant den rein-relativen Theorien – bezogen auf den pharisäischen Wahlspruch – entgegen, dass eine Strafe nicht allein zweckrational zum Wohl anderer verhängt werden dürfe, da der Bestrafte ansonsten „unter die Gegenstände des Sachenrechts“ gemengt werde, sondern in erster Linie wegen des Täters (und gegen ihn) selbst, genauer: „weil er verbrochen hat“ und dafür für „strafbar

befunden“ wurde.³⁰ Dieses Gesetzmäßigkeitsprinzip „nulla poena legalis sine crimine“ greift im Übrigen auch v. Liszt auf, wenn er vom Strafgesetzbuch als „magna charta des Verbrechers“ spricht,³¹ und findet sich in der Sprache der Logik auch bei Feuerbach: „Die Bedingung (der notwendige Grund) der Strafe ist allein das Verbrechen.“³² Dies installiert Kant – ebenso schlüssig wie im Ergebnis plausibel – der Gerechtigkeit halber als absolutes Element der Vernunft.³³

Zweitens antwortet Kant auf das willkürliche Absehen von Strafe, dass das Strafgesetz „ein kategorischer Imperativ“ sei,³⁴ kann also nur meinen – denn es gibt nur einen kategorischen Imperativ³⁵ –, dass auf jedes Verbrechen eine Strafe zu folgen habe. Mit diesem kaum verständlichen Satz dürfte er eine Idee von Hobbes³⁶ aufgreifen und sich an den Staat richten, der die Strafe gegen den Täter („ihn“) verhängen soll, weil er (der Täter) verbrochen hat. Es handelt sich damit um eine normative Aussage, einen Vollzugsimperativ und den Obersatz des Justizsyllogismus, namentlich dass alle Täter durch den Staat bestraft werden sollen, nach heutigem Verständnis also um ein bedingungsloses Legalitätsprinzip.³⁷ Für diesen *aktiven* und *sekundären* Freiheitseingriff als Reaktion auf einen abgeschlossenen Sachverhalt einen tieferen Grund anzugeben, ist aber erheblich schwieriger, da dieser gerade nicht ebenso linear aus dem kategorischen Imperativ oder als analytisches Urteil aus dem Rechtsprinzip gewonnen werden kann.³⁸

²⁴ Siehe zur *inhaltlichen* Bestimmung dieses distributiven Prinzips *Scheid*, *Ethics* 1983, 262 (262-263, 272-273), der es aber als „Retributivist Principle“ bezeichnet und damit als vollständig absolut hergeleitetes Prinzip versteht.

²⁵ Diesen Zugang schlagen *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (958-962) vor, lassen aber eine tiefere Herleitung weitestgehend vermissen.

²⁶ *Platon*, Protagoras, in: Heitsch (u.a., Hrsg.), *Platon – Werke*, Übersetzung und Kommentar VI.2, 1999, S. 29 (324a-c); vgl. auch *Mosbacher*, *ARSP* 2004, 210 (210-211); weitere Nachweise bei *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser (u.a., Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB I*, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 274-285.

²⁷ *Bentham*, *The Principles of Penal Law* (1838-1843), in: Bowring (Hrsg.), *The Works of Jeremy Bentham I*, Neudruck 1962, S. 388-532 (Teil 2), vor allem S. 396-397 (Buch I Kapitel 3).

²⁸ [2011] *EWCA Crim* 2312 (Rn. 3-9, 53-58, 65-75): vierjährige Haftstrafe aus Gründen der negativen Generalprävention wegen eines Facebook-Posts im Rahmen der sogenannten „England riots“ 2011. Zum theoretischen Hintergrund siehe das berühmte Sheriff-Beispiel, das (soweit ersichtlich) auf *McCloskey*, *Meta-Ethics and Normative Ethics*, 1969, S. 180-182 zurückgeht.

²⁹ *Kant*, AA06, S. 332 Z. 22 (MdS RL Anmerkung E A198/B227-228) charakterisiert die Strafen als bloß „hin und her schwankend“.

³⁰ *Kant*, AA06, S. 331 Z. 20-31, S. 331 Z. 35-S. 332 Z. 1 (MdS RL Anmerkung E A196-197/B226-227); siehe auch *ders.*, AA19, S. 97 Z. 6-7 (Refl Nr. 6586). Der Passus wäre damit im Kontext als „nur [...], wenn er verbrochen hat“ zu lesen.

³¹ v. *Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21. und 22. Auflage 1919, § 4 Fn. 13: Verhinderung der sozialen Gefahr als Strafgrund.

³² Hierauf weisen *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (960) hin. Siehe dazu *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts I* (1799), Neudruck 1966, S. 148.

³³ Dies dürfte selbstverständlich sein, siehe nur *Murphy*, *Kants Theory of Criminal Punishment*, in: Beck (Hrsg.), *Proceedings of the Third International Kant Congress*, 1972, S. 434.

³⁴ *Kant*, AA06, S. 331 Z. 31-32 (MdS RL Anmerkung E A196/B226).

³⁵ Siehe hierzu *Zaczyk*, (Fn. 7), S. 139. Zudem weist *Küper*, „Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ“, in: Müller-Dietz (u.a., Hrsg.), *FS Jung*, 2007, S. 485 (489-493) zutreffend darauf hin, dass die Merkmale des kategorischen Imperativs fehlen.

³⁶ *Hobbes*, *Leviathan* (1651), in: Malcolm (u.a., Hrsg.), *Clarendon Edition of the Works of Thomas Hobbes IV.2*, 2012, S. 442 Z. 14-20 (Englisch) und S. 443 Z. 8-10 (Latein).

³⁷ So inhaltlich auch *Byrd/Hruschka*, *JZ* 2007, 957 (960-962), nach deren Terminologie der Satz aber trotzdem „ein deskriptiver, ein beschreibender [...] Satz“ sein soll; ebenso *Hruschka*, *ZStW* 2003, 201 (218); *Küper*, (Fn. 35), S. 489-493.

³⁸ Zutreffend hinsichtlich des Begründungsaufwandes differenzierend *Kaufmann*, (Fn. 4), S. 266, 269-270; siehe auch *Mayer*, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, in: Bockelmann (u.a., Hrsg.), *FS Engisch*, 1969, S. 54 (71-72).

Da Kant nun im vielzitierten Inselbeispiel bewusst eine Situation skizziert, in der sich der Staat („das eine Insel bewohnende Volk“) auflöst und relative Zwecke der (Todes-) Strafe jedenfalls für diesen Staat ausscheiden,³⁹ wird teils vorgeschlagen, seinen Satz, das Strafgesetz sei ein kategorischer Imperativ, mit seinem Satz, das Strafrecht sei das Recht des Staates zu strafen, zu verbinden, um die Strafe als *synthetischen Rechtssatz a priori* zu verstehen.⁴⁰ Wenn man aber die zynisch formulierte Frage Fichtes aufgreift, worauf sich die Herleitung eines solchen „unerforschlichen kategorischen Imperativ[s] gründen soll“,⁴¹ verwickelt sich Kant – ganz unabhängig von der etwas anachronistischen Sprache („Blutschuld“) – in eine Komplikation, die tief in der Gegenüberstellung von Moral (Tugendlehre) und Recht (Rechtslehre) ihre gedankliche Wurzel findet. Lange vor der *Metaphysik* in einem Brief aus dem Jahr 1792 führt Kant eine klassische theologisch-scholastische Definition der Strafe ein, die sich im Ausgleich eines moralischen Bösen erschöpft („malum physicum ob malum morale illatum“).⁴² Wenn das Recht aber mit der Erwartung an den Täter herantritt, dass dieser über die Strafe einen „positiven, das Gleichheitsverhältnis anerkennenden Schluss zieht“⁴³, scheint die Konsequenz unausweichlich im „vor-rechtlichen Strafbegriff“ von 1792 ein „grundlegendes Moment von Zuständigkeit“ auch für das Recht zu sehen.⁴⁴ An diesem Punkt angelangt kann die Herleitung aber mit Blick auf die Absichtung der rechtlichen Strafen des Staates von den moralischen Strafen eines Gottes, die allein vergeltend erteilt werden und auf das „höchste Gut“⁴⁵ hinauslaufen, nicht überzeugen.⁴⁶ Selbst wenn diese explizite Trennung in der *Metaphysik* fehlt, schwingt die vormals scharf formulierte Unzulässigkeit staatlicher Durchgriffe auf die moralische Person in der Verhinderung

eines „ethischen Terror[s]“⁴⁷ im Recht nach und es kann eine absolute hinreichende Begründung der Strafe auch für Kant richtigerweise nicht geben.⁴⁸

Damit verbleiben nur relative Überlegungen. Jedoch lassen sich weder die positive General- noch die positive Spezialprävention, also weder eine mittelbare Linie über Hegels Dialektik von der Negation der Negation⁴⁹ bis zur „geltungserhaltende[n] Generalprävention“ bei Jakobs⁵⁰ noch eine Analogie zum „Marburger Programm“ bei v. Liszt⁵¹ herausinterpretieren, ohne dass die Grenzen zwischen Kant-Interpretationen, kantischen Alternativen und Alternativen zu Kant zu verschwimmen drohen. In früheren Quellen finden sich aber Anhaltspunkte dafür, an die Ausführungen zur Abschreckung in Bezug auf die Institutionsfrage anzuknüpfen, um eine hinreichende Begründung der Strafe über negativ-präventive Aspekte herzuweisen.⁵² So wird beispielsweise angeführt, dass der Staat strafe, um „böse Taten abzuhalten“⁵³ und dies – so heißt es in einer Vorlesung des Wintersemesters 1793/4 –, weil die Androhung „ohne Ernst“ nur ein „Blendwerk“ wäre, welches man „nie annehmen“ dürfe.⁵⁴ Selbst wenn diese Herleitung die plausibelste sein dürfte, so lässt Kant trotzdem einige Lücken, von denen nur eine angedeutet sei: Wenn das Strafrecht in der Karneades-Diskussion deshalb seine Wirkung verliert, weil die Abschreckung versagt hat, und es dann seine Legitimation verliert, wenn es diese Wirkung verliert, steht am Ende seine Selbstauflösung.⁵⁵ Wenn dennoch gestraft werden soll, zugleich aber der Täter, gegenüber dem die Wirkung bisher versagt hat, nicht ausschließlich als Mittel zur Abschreckung anderer dienen soll, dann fehlt es an einer expliziten oder jedenfalls interpretatorisch ermittelbaren Begründung für die These Fichtes,⁵⁶ dass sich die Vollstreckung der Drohung für die

³⁹ Kant, AA06, S. 333 Z. 17-25 (Mds RL Anmerkung E A199/B229).

⁴⁰ Zaczyk, (Fn. 1), S. 217-219; siehe auch Naucke, (Fn. 1), S. 30-32, 34-38 und grundlegend Zaczyk, (Fn. 7), S. 130-154 und 165; zum *synthetischen Rechtssatz a priori* siehe Kant, AA06, S. 249 Z. 30-S. 250 Z. 8 (Mds RL § 6 AB63).

⁴¹ Fichte, (Fn. 21), S. 76 Z. 9-12 (§ 20); ähnlich Küper, (Fn. 35), S. 490 Fn. 27.

⁴² Kant, AA11, S. 398 Z. 25-S. 399 Z. 4 (BR Nr. 552 vom 21. Dezember 1792); siehe auch *ders.*, AA27.1, S. 150 Z. 9-12 (V-PP/Powalski) und ferner die Nachweise bei Mosbacher, ARSP 2004, 210 (213 Fn. 16-17).

⁴³ So Wolff, ZStW 1985, 786 (822).

⁴⁴ So beginnt die abweichende Begründung (siehe oben Fn. 1) von Oberer, (Fn. 1), S. 402-404; ähnlich Höffe, (Fn. 1), S. 228-229, 243 (rechtliche Strafe moralisch vorausgesetzt); Lesch, (Fn. 1), S. 31-40 (rechtliche Strafe zur Herstellung einer moralischen Ordnung). Auch Zaczyk, (Fn. 7), S. 150 merkt (unter Befürwortung) an, dass die Trennung zurückgetreten sei.

⁴⁵ Siehe hierzu vor allem Kant, AA05, S. 129 Z. 16-S. 130 Z. 10 (KpV Teil 1 Buch 2 Hauptstück 2 A233-234); vgl. Mosbacher, ARSP 2004, 210 (214-217) m.w.N.

⁴⁶ Siehe Kant, AA27.1, S. 150 Z. 15-22 (V-PP/Powalski); *ders.*, AA27.1, S. 282 Z. 29-S. 283 Z. 34, S. 286 Z. 13-S. 288 Z. 16 (V-Mo/Collins); *ders.*, AA27.2.2, S. 1433 Z. 5-42, S. 1435 Z. 38-S. 1437 Z. 19 (V-Mo/Mron); *ders.*, AA19, S. 132 Z. 3-7 (Refl Nr. 6681), S. 302 Z. 9-22 (Refl Nr. 7283), S. 589 Z. 14-24 (Refl Nr. 8041).

⁴⁷ Böckerstette, Aporien der Freiheit und ihre Aufklärung durch Kant, 1982, S. 358.

⁴⁸ Ausführlich in Bezug auf die Trennung von Recht und Moral Mosbacher, ARSP 2004, 210 (213-221); siehe im Ergebnis auch Bielefeldt, GA 1990, 108 (109-116); Fichte, (Fn. 21), S. 76 Z. 9-S. 78 Z. 8 (§ 20); Kaufmann, (Fn. 4), 267; Neumann/Schroth, (Fn. 4), S. 11-15.

⁴⁹ Hegel, (Fn. 17), S. 90 Z. 24-29 (§ 97), S. 91 Z. 5-S. 92 Z. 18 (§ 99), S. 93 Z. 13-17 (§ 101), S. 95 Z. 25-S. 96 Z. 2 (§ 103).

⁵⁰ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 15; siehe dazu nur *ders.*, ZStW 1995, 843 (844-855).

⁵¹ v. Liszt, ZStW 1883, 1; für weitere Nachweise siehe Hassemer/Neumann, (Fn. 26), Vor § 1 Rn. 275-280.

⁵² Siehe Kant, AA27.1, S. 150 Z. 8-S. 152 Z. 30 (V-PP/Powalski); *ders.*, AA27.1, S. 282 Z. 29-S. 283 Z. 34, S. 286 Z. 13-S. 288 Z. 16 (V-Mo/Collins); *ders.*, AA27.2.2, S. 1433 Z. 5-42, S. 1435 Z. 38-S. 1437 Z. 19 (V-Mo/Mron); *ders.*, AA19, S. 132 Z. 1-10 (Refl Nr. 6681-6682), S. 302 Z. 9-22 (Refl Nr. 7283), S. 303 Z. 1-2 (Refl Nr. 7286), S. 589 Z. 14-24 (Refl Nr. 8041); so auch die Nachweise in Fn. 4 mit Ausnahme von Schild (wohl positive Generalprävention).

⁵³ Kant, AA27.1, S. 150 Z. 22 (V-PP/Powalski).

⁵⁴ Kant, AA27.2.1, S. 554 Z. 26-32 (V-MS/Vigil).

⁵⁵ Janka, (Fn. 21), S. 87-88; Otto, (Fn. 16), S. 63.

⁵⁶ Fichte, (Fn. 21), S. 61 Z. 5-16 (§ 20).

Zukunft auch auf diesen Täter bezieht.⁵⁷ Somit ist auch eine relative hinreichende Begründung der Strafe zwar nicht ausgeschlossen, aber ebenso wenig bedenkenlos annehmbar und erfordert selbst wiederum eine Kombination genereller und individueller Überlegungen, zu der Kant aber leider schweigt.

2. Das Strafbestimmungsprinzip

Drittens plädiert Kant für das Talionsprinzip („ius talionis“) als Strafzumessungsprinzip.⁵⁸ Dieses ist für ihn vollumfänglich die einzige „a priori bestimmende [...] Idee als Prinzip des Strafrechts“,⁵⁹ welche die Qualität und die Quantität der Strafe mit zureichender Bestimmtheit vorgeben kann.⁶⁰ Während die einfachste Art der Umrechnung zwischen Tat und Strafe die materiale Talion („Auge um Auge“) ist, bevorzugt Kant die formale Talion, nach welcher der Ausgleich nicht „nach dem Buchstaben“, sondern nur „der Wirkung nach“ erfolgt.⁶¹ In Sachen Herleitung ist dieses Element wieder vergleichsweise eindeutig: Auch wenn im Inselbeispiel kurzerhand die formale durch die materiale Talion ersetzt wird, sowie darüber hinaus für den Dieb der Sklavenstand⁶² und für den Päderasten die Kastration⁶³ – ebenfalls eine partielle Todesstrafe⁶⁴ – erwogen werden, wird dies später zutreffend korrigiert, wenn es nun gilt, Rücksicht zu nehmen auf die „Achtung der Menschheit“ in der Person des Täters und dies aus absoluten Vernunftgründen.⁶⁵ Denn nur – so sagt es Kant – wenn dem Täter geschieht, was er an anderen verbrochen hat, könne man ihm „ins Gesicht lachen“, wenn er sich über seine Strafe beschwerte.⁶⁶ Hegel hat diesen Gedanken weniger pointiert mit dem Argument der Selbstsubsumtion auf den Punkt gebracht: Nur wenn die exakte Maxime des Täters im ersten Schritt verallgemeinert und im zweiten Schritt auf ihn selbst angewandt wird, dann wird dieser durch die Strafe gerade nicht objektiviert, sondern „als

Vernünftiges geehrt“.⁶⁷

Diese absolute Herleitung gilt konsequenterweise auch für die Untergrenze des Strafbestimmungsprinzips. Dass das Talionsprinzip dabei in Kants eigenem wie im üblichen Verständnis den stets rationalen Täter voraussetzt, der ausschließlich von seinem eigenen Willen getrieben den vernünftigen Gesellschaftsvertrag bricht, während familiäre, kulturelle und andere intersektionale Identitätsmerkmale, die zwar auf eine sympathische Strafmilderung, aber auch auf eine „Charakterschuld“ hinauslaufen und den Fokus von der konkreten Tat weglenken würden, zwangsläufig unberücksichtigt bleiben müssen, ist dann zwar inhaltlich problematisch, jedoch folgerichtig.⁶⁸

D. Die Vereinigungsfrage

Diese voneinander abstrakten Elemente lassen sich in einem letzten Schritt entsprechend der allgemeinen kantischen Hierarchie der Maximen zusammenführen.⁶⁹ Beim distributiven Prinzip finden wir drei absolute Überlegungen: die notwendige Bedingung der Strafbegründung sowie Ober- und Untergrenze der Strafbestimmung. Allein bei der hinreichenden Bedingung der Strafbegründung – dem interpretatorisch und beurteilend schwierigsten Element – müssen relative Aspekte subsidiär die Begründungslücke füllen, welche die absoluten Herleitungen zwangsläufig hinterlassen. Die damit durch Gerechtigkeit, ohne die es nach Kant keinen Wert hat, dass Menschen auf Erden leben,⁷⁰ gekennzeichnete Strafe ist dann mit der Institutionsebene zusammenzuführen, indem die im Gesetz angedrohte Sanktion tatsächlich vollstreckt und die „Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee“⁷¹ auch im Strafrecht vollendet wird.

E. Zusammenfassung

Damit verbleiben drei abschließende Ergebnisse. (i) Der Institutionsfrage wendet sich Kant nur selten zu. Aus der Interpretation des Rechtsbegriffs in Kombination mit der Notrechtsdiskussion hat sich dabei ergeben, dass er das

⁵⁷ So die übliche Kritik an der Generalprävention, siehe nur *Wolff*, ZStW 1985, 786 (796-798); *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes, 1981, S. 105-106.

⁵⁸ *Kant*, AA06, S. 332 Z. 19-24 (MdS RL Anmerkung E A197-198/B227-228). Zur Interpretation (nur) als Strafzumessungsprinzip siehe *Hüning*, Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis, in: *Hüning* (u.a., Hrsg.), FS Baum, 2004, S. 333 (347-358).

⁵⁹ *Kant*, AA06, S. 363 Z. 3-5 (MdS RL Anhang Bemerkungen B170).

⁶⁰ *Kant*, AA06, S. 332 Z. 19-24 (MdS RL Anmerkung E A197-198/B227-228).

⁶¹ *Kant*, AA06, S. 332 Z. 24-28 (MdS RL Anmerkung E A198/B228).

⁶² *Kant*, AA06, S. 333 Z. 4-11 (MdS RL Anmerkung E A199/B228-229).

⁶³ *Kant*, AA06, S. 363 Z. 5-12 (MdS RL Anhang Bemerkungen B171).

⁶⁴ *Kant*, AA06, S. 422 Z. 5-10 (MdS TL Teil 1 Buch 1 Hauptstück 1 A71-72).

⁶⁵ *Kant*, AA06, S. 362 Z. 36-S. 363 Z. 2 (MdS RL Anhang Bemerkungen B170). Siehe zur vieldiskutierten Widersprüchlichkeit der Todesstrafe *Schwarzschild*, ARSP 1985, 343 (347-370) m.w.N.

⁶⁶ *Kant*, AA06, S. 334 Z. 12-15 (MdS RL Anmerkung E A201/B230-231).

⁶⁷ *Hegel*, (Fn. 17), S. 92 Z. 19-S. 93 Z. 12 (§ 100).

⁶⁸ Siehe zu dieser Kritik am Talionsprinzip *Hudson*, Justice and Difference, in: v. Hirsch (u.a., Hrsg.), Principled Sentencing, 3. Aufl. 2009, S. 366 (367-374); beispielhaft zum Verhältnis von Vergeltung und kritischer Gesellschaftstheorie siehe *Murphy*, Philosophy and Public Affairs 1973, 217 (221-222, 231-243).

⁶⁹ Dies ist deutlich von dem Ansatz bei *Ripstein*, (Fn. 4), S. 300-302, 307-308, 318-324 zu unterscheiden, der die Abstraktheit der einzelnen Elemente schon im Ausgangspunkt ablehnt. Eine ähnliche subsidiäre Geltung deutet auch *Höffe*, (Fn. 1), S. 364-365 an. Die dabei vorgenommene Unterordnung der Klugheitsregeln erkennt auch *Tafani*, Kant und das Strafrecht, in: Tafani (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, 2011, S. 1 (19-20 Fn. 74), hält dies aber für eine unerwünschte „Aporie“.

⁷⁰ *Kant*, AA06, S. 332 Z. 1-3 (MdS RL Anmerkung E A197/B227).

⁷¹ *Kant*, AA03, S. 538 Z. 28-29 (KrV Methodenlehre Hauptstück 3 A832/B860).

Strafrechtssystem auf institutioneller Ebene primär durch präventive – durch abschreckende – Elemente begründet und als analytischen Rechtssatz rechtfertigen kann. (ii) Wegen der aufkommenden Unzulänglichkeiten, wenn relative Prämissen maßlos auf die Distributionsfrage angewandt werden, liegt sein Hauptaugenmerk auf dem distributiven Prinzip. Dieses wird als weitgehend absolute Begrenzung den relativen Elementen im Ausgangspunkt überzeugend, in der Herleitung teils offen (relative hinreichende Strafbegründung) und nicht ganz ohne fragwürdige Folgen (Untergrenze der Strafbestimmung) übergeordnet. (iii) Alle Elemente zusammen ergeben dabei eine durchaus runde eingeschränkt-absolute Vereinigungstheorie, die auch anderen Aspekten, wie den Notrechten oder dem Rechtsstaat, Beachtung schenkt. Gerade im Zusammenspiel der verschiedenen Aspekte, insbesondere vor dem Hintergrund der schwierig herzuleitenden hinreichenden Strafbegründung, liegt dabei nicht etwa das Ergebnis „depressive[r] Visionen“⁷² oder nur durch Altersschwäche erklärbarer Irrtümer⁷³, sondern auch heute noch die potenzielle Kraft der kantischen Lehre vom Strafrecht.

⁷² So aber selbstbewusst *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, in: *Klug* (Hrsg.), *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht II*, S. 149.

⁷³ So aber in üblicher Polemik *Schopenhauer*, Vorlesung über die gesamte Philosophie (1820), in: *Deussen* (Hrsg.), *Arthur Schopenhauers sämtliche Werke X*, 1913, S. 481 Z. 31-S. 482 Z. 3.