

## **Die Bedeutung der Strafrechtstheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion**

### **I. Einleitung**

Dass die straftheoretischen Überlegungen Hegels auch für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion immer noch von Bedeutung sind, wird letztlich kaum jemand ernsthaft in Frage stellen wollen. Die bis in die Gegenwart fortdauernde Bedeutung der Überlegungen Hegels ergibt sich schon daraus, dass Hegels Strafrechtstheorie nicht nur einer der dogmengeschichtlich gesehen wirkungsmächtigsten Beiträge zur Debatte um die Legitimation der Institution des staatlichen Strafens war,<sup>1</sup> sondern auch derzeit immer noch ist<sup>2</sup> – entweder als Teil des Fundaments auf dem neuzeitliche Ansätze aufbauen oder als Gegenposition, mit der sich die Vertreter anderer Ansätze auseinandersetzen müssen. Mit den vorliegenden Ausführungen werden wir auf die drei Punkte eingehen, die aus unserer Sicht in besonderer Deutlichkeit zeigen, dass Hegels Strafrechtstheorie tatsächlich mehr ist als ein Klassiker, dem man mehr oder weniger beiläufig die Referenz zu erweisen hat.

### **II. Zum Umgang mit den „Klassikern“ der Strafrechtstheorie**

Zunächst ist aber festzuhalten, dass die Auseinandersetzung mit den Klassikern der Strafrechtstheorie nur dann sinnvoll ist, wenn diese Auseinandersetzung ernsthaft erfolgt, was insbesondere bedeutet, dass diese Ansätze nicht entstellt werden dürfen. Diese These klingt selbstverständlich, gerade bei den Autoren, die auch heute noch den von Klug Ende der 60er Jahre pauschal geforderten Abschied

173

---

von Kant und Hegel<sup>3</sup> befürworten, entsteht aber doch immer wieder der Eindruck,

\* Prof. Dr. Wolfgang Wohlers ist Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich; Florian H. Went, LL.M., ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Wohlers.

<sup>1</sup> Relativierend zum historischen Einfluss der Rechtsphilosophie Hegels (bzw. der Hegel-Schulen) aber Kaufmann, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. Heidelberg 2004, S. 70 f.

<sup>2</sup> Vgl. Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer: Eine rechtsphilosophische Untersuchung zu den Strafrechtstheorien von Julius Abegg, Christian Reinhold Köstlin, Albert Friedrich Berner und Hugo Hälschner, Berlin 2005, S. 11 ff. Zu den vielschichtigen Hintergründen und Ursachen der gegenwärtigen Aktualität Hegels Strafrechtstheorie vgl. Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht: Über Freiheit und Wahrheit in der Strafrechtstheorie und Strafprozessrechtslehre, Frankfurt a. M. 2008, S. 173 ff.

<sup>3</sup> Siehe Klug, Abschied von Kant und Hegel, in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein

dass es ihnen weniger um eine Auseinandersetzung mit den Ansätzen geht, die Kant und Hegel wirklich vertreten haben, als vielmehr darum, ihre eigenen Positionen dadurch zu legitimieren, dass die Ansätze Kants und Hegels zu Karikaturen verzerrt werden.<sup>4</sup>

### 1. Die „Straftheorie“ Kants

Besonders deutlich ist dies bei Kant, der unserer Meinung nach entgegen einer in der Dogmatik vorherrschend vertretenen Auffassung<sup>5</sup> gar keine eigene Straftheorie entwickelt hat,<sup>6</sup> sondern sich bei seinen Ausführungen zur Institution der staatlichen Strafe darauf beschränkt hat, die Möglichkeit einer ausschließlich präventiv ausgerichteten, relativen Straftheorie zu widerlegen.<sup>7</sup> Die berühmt-berüchtigte Insel-Parabel<sup>8</sup> und einige andere, mehr oder weniger beiläufige Bemerkungen Kants<sup>9</sup> könnten zwar als Indiz dafür herangezogen werden, dass er eine Strafbegründung vertreten hat, die wir heute als absolute Straftheorie bezeichnen würden.<sup>10</sup> Eine integrale Würdigung der Ausführungen Kants zur Legitimation staatlichen Strafens legt aber den Schluss nahe, dass Kants kategorischer Imperativ der – abschreckenden – Strafe durchaus einem Zweck dient, nämlich der Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens, bzw. der Erhaltung

174

---

neues Strafgesetzbuch: Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, Frankfurt 1968, S. 36–41, S. 36 ff.

<sup>4</sup> So auch – bezogen auf Kant – *Scheid*, Kant's Retributivism, Ethics: an international journal of social, political and legal philosophy (93) 1983, S. 262–282, S. 285 sowie – zu Hegel – *Seelmann*, Hegels Straftheorie in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, in: *Seelmann* (Hrsg.), Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien, Freiburg 1995, S. 11–31, S. 11 und *Merle*, Was ist Hegels Straftheorie?, in: *Byrd/Hruschka/Joerden* (Hrsg.), Strafrecht und Rechtsphilosophie, Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie, Berlin 2003, S. 145–176, S. 158.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 3; *Höffe*, Vom Straf- und Begnadigungsrecht, in: *Höffe* (Hrsg.), Immanuel Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Berlin 1999, S. 213–233, S. 213 ff.

<sup>6</sup> So auch bereits *Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, in: *Bockelmann/Kaufmann/Klug* (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1969, S. 54–79, S. 60, 73; *Murphy*, Does Kant Have a Theory of Punishment?, Columbia Law Review (87) 1987, S. 509–532, S. 509.

<sup>7</sup> Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, S. 56 Fn. 21 m.w.N.

<sup>8</sup> Siehe *Weidschedel* (Hrsg.), Immanuel Kant, Werkausgabe: in 12 Bänden, Die Metaphysik der Sitten, Bd. 8, 10. Aufl. Frankfurt a. M. 1993, S. 455.

<sup>9</sup> Vgl. die Auflistung bei *Murphy* (Fn. 6).

<sup>10</sup> Siehe dazu nur *Murphy* (Fn. 6); *Scheid* (Fn. 4); *Höffe* (Fn. 5), S. 215 ff.

größtmöglicher Freiheit der Bürger.<sup>11</sup> Würde man trotz unserer erwähnten Vorbehalte so weit gehen wollen, Kants einschlägige Gedanken unter den Begriff „Straftheorie“ zu subsumieren und würde man diese dann auch ins Korsett der tradierten Terminologie zwingen wollen, dann wäre die Bezeichnung als Mischtheorie wohl treffender als die Einordnung als rein absolute Theorie.<sup>12</sup>

## 2. Die Straftheorie Hegels

Anders als Kant – und in weit stärkerem Masse als seine Zeitgenossen<sup>13</sup> – hat sich Hegel erkennbar darum bemüht, eine systematische, rechtsphilosophische Begründung der Existenz der Institution des staatlichen Strafens zu geben.<sup>14</sup> Nicht zuletzt wegen einiger sehr bildhafter Formulierungen Hegels, wie insbesondere der Charakterisierung der Strafe als Negation der Negation (des Rechts),<sup>15</sup> durch die „der Verbrecher als Vernünftiges geehrt“<sup>16</sup> werde, und auch die gegen Feuerbach gerichtete Beanstandung einer Instrumentalisierung des Strafrechts in der „Verhütungs-, Abschreckungs-, Androhungs-, Besserungs- usw. Theorie“<sup>17</sup> als Mittel, mit der der Mensch wie ein Hund behandelt werde, gegen den der Stock erhoben wird,<sup>18</sup> ist auch und gerade die Straftheorie Hegels ein dankbarer Kandidat,

<sup>11</sup> Vgl. *Scheid* (Fn. 4), S. 264 f.; *Byrd*, Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, *Law and philosophy* (8/2) 1989, S. 151–200, S. 151, 154, 198; *Murphy* (Fn. 6), S. 517. So auch *Höffe* (Fn. 5), der aber den retrospektiven Charakter bei Kant als prioritär kennzeichnet (S. 217), die Funktion der abschreckenden Strafe in der Sicherung von Freiheit und Recht als „Nebenfolge“ (S. 231) und Kants „Vergeltungstheorie [...] nur als eine dominante, nicht als exklusive Theorie“ beschreibt (S. 231).

<sup>12</sup> Vgl. *Byrd* (Fn. 11); nuancierend *Merle*, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus, Berlin 2007, S. 34 ff., insbes. S. 62.

<sup>13</sup> Vgl. *Reulecke*, Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, Tübingen 2007, S. 306, 345; *Ramb* (Fn. 2), S. 248.

<sup>14</sup> Vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 248.

<sup>15</sup> Die Paraphrase basiert entgegen *Merle* (Fn. 4), S. 148 f. nicht so sehr auf Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, 6. Aufl. Frankfurt a. M. 2000, § 93 sondern viel mehr auf § 82 („Negieren dieser seiner Negation“). Geprägt hat die Paraphrase der „Negation der Negation“ der Hegelschüler und frühester Herausgeber Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts (1833), Eduard Gans, in seinem Zusatz zu § 97 der Grundlinien; dazu *Seelmann* (Fn. 4), S. 12 f.

<sup>16</sup> *Hegel* (Fn. 15), § 100.

<sup>17</sup> *Hegel* (Fn. 15), § 99. Hegels Kritik der utilitaristischen Straftheorien richtete sich nicht nur ausdrücklich gegen die Lehre Feuerbachs, sondern auch gegen jene des heute weniger bekannten Juristen Ernst Ferdinand Klein; dazu *Primoratz*, Banquos Geist: Hegels Theorie der Strafe, Bonn 1986, S. 61 f.

<sup>18</sup> *Hegel* (Fn. 15), § 99 Zusatz.

wenn es darum geht, einen Popanz aufzubauen, den man anschließend umso leichter wieder demontieren kann.

175

Nicht zu leugnen ist, dass eine ernsthafte Auseinandersetzung mit Hegels Straftheorie größere Hürden überwinden muss. In erster Linie rührt dies daher, dass sich Hegels Sprache weder ohne weiteres verstehen<sup>19</sup> noch problemlos in heutige Terminologie übersetzen lässt,<sup>20</sup> sondern ähnlich einer fremden natürlichen Sprache zunächst einmal erworben werden muss.<sup>21</sup> Hinzu kommt, dass auch Hegels Methode, d.h. seine spekulative Begriffslogik und idealistische Semantik schwer verständlich<sup>22</sup> und auch überholt ist.<sup>23</sup> Schließlich kommt nochmals erschwerend hinzu, dass – in den Worten Zaczyks –

„keine andere Theorie der Strafe [...] so sehr auf eine systematische Entwicklung ihres Gedankengangs (auch in Hinblick auf ihre philosophischen Prämissen) angewiesen ist wie die hegelsche; ihre Darstellung bedarf also monographischer Geduld und philosophischen Wissens“.<sup>24</sup>

Nach Stübinger setzt ein angemessenes Verständnis der Hegelschen Straftheorie voraus, dass der heutige Betrachter Hegels Rechtsphilosophie ihren „philosophie-

<sup>19</sup> Symptomatisch für die sprachliche Verwirrung, die Hegels Rechtsphilosophie stiftet, scheint nur schon der Umstand, dass der offensichtliche Grammatikfehler in *Hegel* (Fn. 15), § 97 und § 99 Zusatz: „Verletzung des Rechts als Rechts“ (statt „Verletzung des Rechts als Recht“) von zahllosen Autoren – in ihren Paraphrasen – unberichtigt übernommen wird (so etwa bei *Mohr*, Unrecht und Strafe, in: *Step* [Hrsg.], G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1997, S. 95–124, S. 113, 114; *Primoratz* [Fn. 17], S. 65).

<sup>20</sup> *Stübinger* (Fn. 2), S. 189.

<sup>21</sup> Siehe *Stübinger* (Fn. 2), S. 189. Die Parallele findet freilich ihre Grenze darin, dass dieser Erwerb, im Gegensatz zum Erwerb natürlicher Sprachen, durchaus nicht unwillkürlich vonstattengeht.

<sup>22</sup> Vgl. *Primoratz* (Fn. 17), S. 12. Die breit gestreute, teilweise äußerst pejorative Rhetorik, mit welcher Hegels Methode in der Literatur bewertet wurde (vgl. die Nachweise bei *Ramb* [Fn. 2], S. 19 f.), spricht diesbezüglich Bände.

<sup>23</sup> Vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 249 f.; *Mährlein*, Volksgeist und Recht: Hegels Philosophie der Einheit und ihre Bedeutung in der Rechtswissenschaft, Würzburg 2000, S. 106; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie: Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 2006, S. 85 Rn. 133; *Zippelius*, Das Wesen des Rechts: Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 4. Aufl. München 1978, S. 49.

<sup>24</sup> *Zaczyk*, Rezension zu *Kleszczewski*, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlin 1991, GA 1993, S. 381–384, S. 381; vgl. auch *Mohr* (Fn. 19), S. 122 f.; *Ramb* (Fn. 2), S. 76 Fn. 90.

historisch-systematischen Zusammenhang<sup>25</sup> überschaut, weswegen das eingehende Studium

„namentlich der Philosophien von Kant, Jacobi, Fichte und Schelling, sowie des Skeptizismus, Historismus, der Elementarphilosophie und der Romantik und speziell auf dem Gebiet des Rechts: neben Feuerbachs Straftheorie, die Historische Rechtsschule und die rechtsphilosophische Konzeption von Fries“<sup>26</sup>

176

---

zwingende Voraussetzung dieses angemessenen Verständnisses sei: „Einige Kurzreferate über die straftheoretischen Positionen von Kant, Fichte, und Feuerbach reichen hierfür nicht“.<sup>27</sup> Um Hegel zu verstehen – so das Fazit –, muss man nicht nur den gesamten Hegel (und man darf annehmen: auch die einschlägige und kaum noch überschaubare Sekundärliteratur) eingehend studiert, sondern zumindest auch Geschichte, Philosophie, Logik, Politologie und Rechtswissenschaften und zwar jeweils in den (besonders) relevanten Themenbereichen vertieft haben.

Eine entsprechend intensive – um nicht zu sagen: exzessive – Auseinandersetzung mit Hegels Straftheorie wäre dann aber ein zumindest halbes Lebenswerk und liefe wohl Gefahr, die Befassung zur esoterischen Hegelexegese und Hegel selbst zum Säulenheiligen zu machen. Solange das Interesse an einer Auseinandersetzung mit Hegels Straftheorie nicht in erster Linie eine umfassende Schulung in (Rechts-)Geschichte und Semantik ist, sondern das Ziel verfolgt, den Wert der Straftheorie Hegels für die strafrechtliche Debatte unserer Zeit einzuschätzen, wäre eine solche Herangehensweise nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch im vornherein zum Scheitern verurteilt: Das ihr zugrunde liegende Axiom einer prinzipiell unmöglichen Loslösung von (Elementen) Hegels Straftheorie aus ihrem internen und externen, systematischen und historischen Kontext,<sup>28</sup> würde einer Projektion auf heutige Konstellationen zwingend im Wege stehen. Soweit das Erkenntnisinteresse einer Beschäftigung mit Hegels Straftheorie aber gerade dahin geht, aus der Auseinandersetzung mit Hegels Überlegungen einen Gewinn für die Behandlung gegenwärtiger Problembereiche zu ziehen, ist eine Ablösung von Hegels atavistischer Methode und Semantik gerechtfertigt und erforderlich:<sup>29</sup> Obschon ein „angemessenes“ Verständnis der Philosophie Hegels

<sup>25</sup> *Stübinger* (Fn. 2), S. 189.

<sup>26</sup> *Stübinger* (Fn. 2), S. 188.

<sup>27</sup> *Stübinger* (Fn. 2), S. 189.

<sup>28</sup> So etwa *Stübinger* (Fn. 2), S. 189: „Wer sich hingegen einen zeitlosen Zugang zu Hegel verspricht, in der Hoffnung, Beliebigen von seinem geistigen Erbe festhalten zu können, dem entgleiten jene konkreten, kontextgebundenen Inhalte, an denen sich Hegels Gedanken erproben lassen.“

<sup>29</sup> Vgl. *Mohr* (Fn. 19), S. 122 f.; zum „Kernproblem“ der Frage einer möglichen Ablösung von Hegels problematischen begründungstheoretischen Grundlagen bei der Rezeption Hegels vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 19, S. 46 Fn. 19 und insbes. S. 249 f.

selbstverständlich auch bei einer solchen Unternehmung unentbehrlich bleibt, wäre es wenig zweckmäßig, wenn man sich Hegels problematischer spekulativer Begriffslogik kritiklos hingeben würde um sich daraufhin selbst in schwer verständlichen „Hegeleien“<sup>30</sup> zu ergehen.<sup>31</sup>

Aus dieser Warte ergibt sich nicht nur eine potentiell kritische Distanz zu gewissen Bereichen des internen Kontextes der Strafrechtstheorie Hegels, sondern auch zu ihrem historischen Kontext. Beabsichtigt wird nicht eine lückenlose und neut-

177

---

rale Darstellung der Strafrechtstheorie Hegels in ihrem geschichtlichen Umfeld, sondern eine normative Bewertung der Bedeutung, die Hegels Strafrechtstheorie für die aktuelle Debatte über das Strafrecht hat.<sup>32</sup> Die geschichtliche Distanz zu Hegel, die sich in den zahlreichen aus heutiger Perspektive anachronistisch anmutenden Prämissen und Resultaten seiner Rechtsphilosophie zeigt,<sup>33</sup> hat sodann nicht so sehr die Funktion der Relativierung, sondern ist vielmehr ein Grund für kritische Distanz.

<sup>30</sup> Der Begriff entstammt *Schaarschmidts* Rezension zu Bogdandy, *Hegels Theorie des Gesetzes*, Feiburg/München 1989, ARSP (3) 1993, S. 594–595, S. 594.

<sup>31</sup> Vgl. *Mohr* (Fn. 19), S. 122 f.

<sup>32</sup> Damit hat eine entsprechende Untersuchung eher einen (normativ) rechtsvergleichenden als einen rechtshistorischen Gehalt, wobei sich ihre Methode aber insofern von derjenigen der Rechtsvergleichung unterscheidet, als ein „Strukturansatz“ oder „Makrovergleich“ gerade nicht gefolgt wird (zur Abgrenzung zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung vgl. *Lerch*, *Das Verschwinden der Unterschiede: Vom Nutzen und Nachteil der vergleichenden Methode für die Rechtsgeschichte*, *Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* [3] 2003, S. 38–44 ff.)

<sup>33</sup> Dabei kann exemplarisch Hegels apodiktische These zur Grenze des positiven Rechts in der – christlichen – Religion genannt werden (vgl. *Hegel*, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* [1830], 7. Aufl. Hamburg 1969, S. 435 f. und dazu *Braun*, *Einführung in die Rechtsphilosophie: Der Gedanke des Rechts*, Tübingen 2006, S. 337), seine wohl implizite Auffassung, dass Sexualität unveräußerlich sei (vgl. *Braun*, a.a.O., S. 78 ff.), Hegels grundlegendes Axiom, dass der Einzelne zur Vernunft tendiere und dazu, dem objektiv Guten zur Geltung zu verhelfen (vgl. *Hegel* [Fn. 15], § 132 Zusatz und dazu *Braun*, a.a.O., S. 337; *Flechtheim*, *Die Funktion der Strafe in der Rechtstheorie Hegels, Von Hegel zu Kelsen: Rechtstheoretische Aufsätze*, Berlin 1963, S. 9–20, S. 18; *Seelmann*, *Wechselseitige Anerkennung und Unrecht: Strafe als Postulat der Gerechtigkeit*, in: *Seelmann* (Hrsg.), *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Strafrechtstheorien*, Freiburg 1995, S. 63–79, S. 69 f.), seine Bejahung der Todesstrafe (vgl. *Hegel* [Fn. 15], § 100, 101 Zusatz und dazu *Hösle*, *Das abstrakte Recht*, in: *Jermann* [Hrsg.], *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987, S. 55–99, S. 93 f.; *Kaiser*, *Widerspruch und harte Behandlung: Zur Rechtfertigung von Strafe*, Berlin 1999, S. 131 ff.; *Primoratz* [Fn. 17], S. 59 ff.) oder Hegels Verabsolutierung der Vernunft zum Weltprinzip (vgl. *Fechner*, *Rechtsphilosophie: Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen 1956, S. 38).

Mit diesen Überlegungen soll selbstverständlich nicht gesagt sein, dass eine selektive Rezeption Hegels Ausführungen zur Institution staatlicher Strafe seiner Straftheorie per se gerecht würde.<sup>34</sup> Illustrativ für die auf einer selektiven Lektüre basierenden Irrtümer ist insbesondere der Umstand, dass Hegels Straftheorie in der Sekundärliteratur lange Zeit überwiegend als rein absolute galt<sup>35</sup> und ihr auch heute noch dieser Gehalt zugeschrieben wird<sup>36</sup> – wengleich im Übrigen festzuhalten ist, dass die Kennzeichnung der Straftheorie Hegels als relative oder Mischtheorie im Gegensatz zur Charakterisierung der einschlägigen Ausführun-

178

gen Kants als solche schon eine beachtliche Tradition hat.<sup>37</sup> Weil sich Hegel in seinem Werk ausdrücklich und vehement sowohl relativen Theorien widersetzte<sup>38</sup> als auch das klassische Vergeltungsprinzip als „Absurdität“ verwarf,<sup>39</sup> er aber doch sowohl präventive<sup>40</sup> als auch retributive<sup>41</sup> Elemente in seine Straftheorie aufnahm,<sup>42</sup> sind die entsprechenden Einteilungen nur unter Vernachlässigung der für die propagierte Einteilung jeweils unbequemen Passagen in Hegels Werk möglich. Auf den Punkt gebracht hat dies Reulecke mit seiner Feststellung, dass die Einordnung Hegels Straftheorie in die herkömmlichen Kategorien nicht weiter führt, „da es Hegel erkennbar nicht um eine solche Kategorisierung ging und er sich jeder Festlegung in der einen oder anderen Richtung entzog“.<sup>43</sup> Anzufügen ist dem nur, dass die dogmatische Differenzierung zwischen absoluten und relativen im Sinne von „zweckgelösten“ und „zweckgebundenen“ Straftheorien sowieso nicht besonders fruchtbar ist, weil im allgemeinen auch retrospektiv ausgerichtete oder retributive Straftheorien einem (wenn auch absoluten) Zweck dienen,<sup>44</sup> und Hegels

<sup>34</sup> Dazu auch Mayer (Fn. 6), S. 79; Stübinger (Fn. 2), S. 183 f.

<sup>35</sup> Vgl. die Nachweise bei Merle (Fn. 4), S. 145 Fn. 5 bzw. Merle (Fn. 12), S. 93 Fn. 24 und Seelmann (Fn. 4), S. 11 Fn. 2 und S. 12 Fn. 3.

<sup>36</sup> Siehe nur Höhle, Hegels System: Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität, Hamburg 1998, S. 505 f., wo aber im Zusammenhang mit Hegels Straftheorie immerhin die Rede ist von einem relativen Recht der relativen Straftheorien.

<sup>37</sup> Vgl. die Nachweise bei Merle (Fn. 4), S. 145 Fn. 6 f. und Merle (Fn. 12), S. 93 Fn. 25 f.

<sup>38</sup> Siehe oben Fn. 18; vgl. auch Hegel, Philosophie des Rechts: Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift, Frankfurt a.M. 1983, S. 86.

<sup>39</sup> Hegel (Fn. 15), § 101.

<sup>40</sup> Hegel (Fn. 15), §§ 93, 218, 220; Hegel, Philosophie des Rechts 1824/1825, in: Iltting (Hrsg.), Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, Bd. 4, Stuttgart-Bad Cannstatt 1973–1974, S. 279 und dazu Seelmann (Fn. 4), S. 22. Zur präventiven Funktion Hegels Straftheorie vgl. ausführlich Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlin 1991, S. 300 ff.

<sup>41</sup> Hegel (Fn. 15), § 96, 97, 99.

<sup>42</sup> Zum diesbezüglichen Widerspruch vgl. nur Seelmann (Fn. 4), S. 22.

<sup>43</sup> Siehe Reulecke (Fn. 13), 345; vgl. auch Mayer (Fn. 6), S. 78; Merle (Fn. 4), S. 158 f.

<sup>44</sup> Auch in der (kategorischen) Erfüllung der Anforderung der Gerechtigkeit kann freilich

Straftheorie letztlich gerade eben die Perspektive bietet, „den traditionellen Gegensatz zwischen absoluten und relativen Straftheorien zu überwinden“.<sup>45</sup>

179

### III. Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle Diskussion der Legitimation der Institution der staatlichen Strafe

#### 1. Die dualistische Straftheorie Hegels

Die Rezeption der Straftheorie Hegels wird in systematischer Hinsicht durch die dieser Theorie zugeschriebenen dualistischen Begründungsmuster geprägt.<sup>46</sup> Soweit Hegels Argumentationsstrukturen von den einschlägigen Autoren im Schrifttum – ex- oder implizit – in ihren eigenen Straftheorien übernommen wurden, geschah dies in der Regel ohne dass sich diese Autoren dabei auch den problematischen ontologischen Vorgaben Hegels verpflichtet hätten. Historisch ging es bei diesen dualistischen Argumentationsstrukturen zunächst um das „Doppelargument“ der sowohl objektiven als auch subjektiven Legitimation der Strafe.<sup>47</sup> Kurz gefasst gründet dabei die objektive Rechtfertigung staatlicher Strafe auf dem Postulat Hegels, dass die Aufhebung des Verbrechens (bzw. des ihm zugrunde liegenden [selbstwidersprüchlichen] Willens) in der Negation der Negation des Rechts für die Wiederherstellung des Rechts und dessen (Weiter-)Bestand begriffslogisch und an sich notwendig sei.<sup>48</sup> Die subjektive Rechtfertigung andererseits basiert gemäß dieser Interpretation der Straftheorie Hegels auf dem sogenannten

ein Strafzweck gesehen werden, vgl. *Frischknecht*, Kultureller Rabatt: Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kultureller Differenz, Bern 2009, S. 119 f.; zu einer entsprechenden Interpretation der Straftheorie Hegels vgl. *Jakobs*, Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels, in: *Kostalis* et al. (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, Athen 2003, S. 251–269, S. 263; Kritisch zur Unterscheidung von absoluten und relativen Straftheorien auch von *Hirsch*, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen, Berlin 2005, S. 41; kritisch zur Verbindung absoluter und relativer Theorien *Merle* (Fn. 12), S. 62 und unten bei Fn. 58.

<sup>45</sup> *Ramb* (Fn. 2), S. 249, vgl. auch S. 242 ff.; vgl. auch *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln 1999, S. 99. Zu dieser Überwindung siehe unten bei Fn. 61.

<sup>46</sup> Vgl. *Merle* (Fn. 4), S. 148.

<sup>47</sup> Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Strafbegründung erscheint ausdrücklich in *Hegel* (Fn. 15), § 220 (vgl. auch *Mohr* [Fn. 19], S. 114 Fn. 16) und wird ferner allgemein aus *Hegels* Straftheorie abgeleitet, vgl. bereits *Flechtheim* (Fn. 33), S. 17 f.; vgl. auch *Primoratz* (Fn. 17), S. 39 ff.; *Ramb* (Fn. 2), S. 31 ff.; *Mohr* (Fn. 19), S. 114 f.; *Lesch* (Fn. 45), S. 84 ff.; kritisch dazu *Merle* (Fn. 12), S. 96. In terminologischer Abwandlung spricht *Kluszczewski* (Fn. 40), S. 68 ff. nicht von objektiver und subjektiver Rechtfertigung, sondern von Erfolgswert und Handlungswert.

<sup>48</sup> Vgl. nur *Ramb* (Fn. 2), S. 42.

„Selbstsubsumtions-“ oder „Gesetzesargument“, welches besagt, dass der Verbrecher mit seiner Handlung ein allgemeines (aber selbstwidersprüchliches) Gesetz aufstelle, unter welches er selbst subsumiert werden müsse, damit er „als Vernünftiges geehrt“ werde und die Strafe auch ihm gegenüber legitimiert ist.<sup>49</sup> Obwohl beide Thesen etwa noch von Abegg übernommen wurden,<sup>50</sup> stieß insbesondere die letztgenannte These rasch auf zunehmende dogmatische Kritik,<sup>51</sup> dergestalt, dass sie rückblickend als eine der umstrittensten

180

---

Thesen gelten kann, die Hegel im Rahmen seiner Strafrechtstheorie zugeschrieben wird.<sup>52</sup>

Auch Kurt Seelmann, der Hegels Rechtfertigung staatlicher Strafe – allerdings in der Alternation der objektiven und subjektiven Rechtfertigung – ebenfalls als dualistisch beschreibt, lehnt das Selbstsubsumtionsargument als Begründung der Strafe gegenüber dem Täter ab.<sup>53</sup> Ohne Hegels Strafbegründung auf die trockene Formel der Negation der Negation zu verkürzen, interpretiert Seelmann die oben als objektiv beschriebene Strafbegründung Hegels als normbestätigende bzw. -wiederherstellende Restitution des durch das Verbrechen verletzten (wechselseitigen) Anerkennungsverhältnisses.<sup>54</sup> Auch Seelmann verzichtet dabei auf Hegels metaphysische Begründungsansprüche, welche er durch das Theorem der Anerkennungslehre ersetzt.<sup>55</sup> Dieses Modell erfährt in der Literatur zunehmenden Zuspund<sup>56</sup> und kann wohl als die gegenwärtig am häufigsten vertretene

<sup>49</sup> Vgl. nur *Flechtheim* (Fn. 33), S. 18; *Primoratz* (Fn. 17), S. 51; *Seelmann*, Anerkennung, Person, Norm, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs: Zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln 2007, S. 635–644, S. 635 ff.

<sup>50</sup> Aber noch nicht unter dem ausdrücklichen Namen „objektiver“ bzw. „subjektiver“ Rechtfertigung; vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 90 f.

<sup>51</sup> Schon *Flechtheim*, der die Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Strafbegründung bei Hegel geprägt hat, lehnte die subjektive Strafbegründung als unhaltbar ab, siehe *Flechtheim* (Fn. 33), S. 18. Zur Ablehnung Hegels subjektiver Strafbegründung vgl. auch *Ramb* (Fn. 2), S. 44, insbes. Fn. 167 m.w.N.; kritisch auch *Merle* (Fn. 12), S. 99.

<sup>52</sup> Vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 44.

<sup>53</sup> Siehe *Seelmann* (Fn. 33), S. 68 ff. insbes. S. 70; *Seelmann*, Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, in: *Seelmann* (Hrsg.), Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Strafrechtstheorien, Freiburg 1995, S. 81–97, S. 91; *Seelmann* (Fn. 49), S. 636 f. Kritisch dazu *Lesch* (Fn. 45), S. 88 f.

<sup>54</sup> Siehe nur *Seelmann* (Fn. 4), S. 28. *Merle* (Fn. 12), S. 101 beschreibt Seelmanns Anerkennungsargument – wohl irrtümlich – als das subjektive und das Gesetzesargument als das objektive Argument.

<sup>55</sup> Vgl. dazu *Ramb* (Fn. 2), S. 249.

<sup>56</sup> Beiläufig *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?: Überarbeitete Fassung eines Vortrages gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 19. Oktober 1994 (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Bd. 139), Berlin

Interpretation der Strafrechtstheorie Hegels gelten.<sup>57</sup> Das Verdienst dieser Interpretation ist, dass sie die problematische Ontologie Hegels vermeidet, Hegels Ausführungen im Ergebnis aber dennoch gerecht wird. Sie beinhaltet allerdings nicht so sehr eine Synthese von – im Grunde unvereinbaren<sup>58</sup> – absoluten und relativen Theorien in einer Mischtheorie, sondern ist eine Theorie eigener Art, in welcher – in den Worten Seelmanns – „im Verlauf eines Verfahrens der Konkretisierung

181

abstrakter rechtlicher Beziehungen die Generalprävention aus der Anerkennungslehre“ entwickelt wird.<sup>59</sup> Es geht mit anderen Worten um eine Theorie, in welcher staatliche Strafe einerseits als absolut legitimierte Institution der Gerechtigkeit begründet wird, die sich andererseits aber in ihrem Zweckbezug auch auf das Strafmaß bzw. die Strafwürdigkeit bezieht und damit gleichzeitig auch einen relativen Charakter hat<sup>60</sup> und die damit den oben genannten, tradierten Gegensatz zwischen absoluten und relativen Strafrechtstheorien überwindet.<sup>61</sup>

Ob Hegels pointierte Terminologie der *Ehrung* des Verbrechens als Vernünftiger<sup>62</sup> treffend ist, mag dahinstehen. Festzuhalten bleibt, dass die Anerkennungslehre die subjektive und objektive Rechtfertigung staatlicher Strafe verbindet.<sup>63</sup> Die in der Restitution des durch das Verbrechen verletzten Anerkennungsverhältnisses resultierende Normbestätigung und die hiermit verbundene Generalprävention rechtfertigt die Strafe letztlich nicht nur auf objektiver Ebene, sondern auch auf subjektiver: Der Täter wird zumindest als Vernünftiger *behandelt* und nicht unter die Dinge des Sachenrechts gemengt. Damit wird der Forderung entsprochen, dass der in der

1995, S. 9.

<sup>57</sup> Zum Begriff der Anerkennung in der Rezeption Hegels Philosophie vgl. auch *Siep*, Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie: Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes, Freiburg 1979; *Wildt*, Autonomie und Anerkennung: Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption, Stuttgart 1982; *Düsing*, Intersubjektivität und Selbstbewusstsein: Behavioristische phänomenologische und idealistische Begründungstheorien bei Mead, Schütz, Fichte und Hegel, Köln 1986; *Girndt* (Hrsg.), Selbstbehauptung und Anerkennung: Spinoza, Kant, Fichte, Hegel, Sankt Augustin 1990; *Honneth*, Leiden an Unbestimmtheit: Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie, Stuttgart 2001; *Siep*, Selbstverwirklichung, Anerkennung und politische Existenz: Zur Aktualität der politischen Philosophie Hegels, in: *Schmücker/Steinorth* (Hrsg.), Gerechtigkeit und Politik: Philosophische Perspektiven, Berlin 2002, S. 41–56; *Kaiser* (Fn. 33), S. 98 ff.

<sup>58</sup> Vgl. auch *Ramb* (Fn. 2), S. 242.

<sup>59</sup> Siehe *Seelmann* (Fn. 4), S. 28.

<sup>60</sup> Vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 242.

<sup>61</sup> Vgl. *Ramb* (Fn. 2), S. 242; *Lesch* (Fn. 45), S. 99.

<sup>62</sup> Vgl. Fn. 16.

<sup>63</sup> Vgl. *Merle* (Fn. 12), S. 101.

„Strafandrohung und Strafverhängung liegende Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen diesem gegenüber als eine mit dem Gerechtigkeitsgedanken vereinbare Einschränkung seiner Freiheit legitimiert werden [muss und andererseits] – nicht alternativ, sondern kumulativ – die Legitimation des staatlichen Zwangseingriffs selbst begründet werden [muss]“.<sup>64</sup>

Auch dem Postulat, dass sich

„Straftatbestände [...] (nur) dann als legitim [erweisen], wenn sich die Verhängung einer angedrohten Sanktion als ein gesellschaftlich sinnvoller und gleichzeitig im Hinblick auf das Verhalten des Täters diesem gegenüber als gerecht erscheinender Eingriff begründen lässt“<sup>65</sup>,

wird so genüge getan.

## 2. Der Widerhall der Straftheorie Hegels in der aktuellen Diskussion

Blickt man näher hin, dann erweist sich der Ansatz Hegels – jedenfalls in der hier kursivisch beschriebenen Interpretation Seelmanns – als in keiner Weise überholt, sondern ganz im Gegenteil als sehr aktuell. Die Straftheorie Hegels ist

182

---

nicht nur hilfreich für die aktuelle Diskussion über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, sondern sie ist vielmehr (immer noch) Teil dieser Diskussion, weil die straftheoretischen Überlegungen Hegels für viele Autoren der aktuellen Diskussion immer noch von zentraler Bedeutung sind.<sup>66</sup> Geradezu frappierend ist, dass er Ansätzen zur Legitimation der Institution des staatlichen Strafens zugrunde liegt, die gemeinhin – und wohl auch in den Augen der Vertreter dieser Ansätze – als sehr konträre Standpunkte wahrgenommen werden.

Die von Michael Köhler vertretene Straftheorie lehnt sich bis in die Formulierungen hinein an Hegel an: Das spezifische Merkmal der Strafe als Unrechtsreaktion ist in den Worten Köhlers „die dem geschehenen Verbrechen nachfolgende Negation des Grundrechtsstatus des Täters ‚wegen‘ der Tat“.<sup>67</sup> Strafe wird von Köhler verstanden „als ausgleichende Wiederherstellung der durch das Verbrechen verletzten Geltungsgemeinschaft des Rechts“; diese Konzeption als

<sup>64</sup> Siehe Wohlers (Fn. 7), S. 56; vgl. auch Neumann, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, Berlin 2007, S. 435–450, S. 442.

<sup>65</sup> Siehe Wohlers (Fn. 7), S. 56.

<sup>66</sup> So z.B. neben den nachfolgend im Text behandelten Autoren auch noch: Kaiser, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung der Strafe, Berlin 1999, S. 86 ff., 114 ff., 122 ff.; Kleszczewski (Fn. 40), S. 232 ff.; Lesch (Fn. 45), S. 75 ff.

<sup>67</sup> Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1997, S. 37.

absolute Straftheorie zu bezeichnen, trifft aber – so Köhler – „nur insofern zu, als sie sich kritisch zu primär sozialpragmatischen Intentionen verhält, da diese den Strafwang gegenüber dem Täter nicht legitimieren können“.<sup>68</sup> Sinn und Zweck der Strafe ist es seiner Auffassung nach, die durch die Tat bewirkte Störung des Rechtsgleichheitsverhältnisses wieder herzustellen.<sup>69</sup>

Als eine dezidiert sozialpragmatische Intentionen verfolgende Straftheorie gilt insbesondere der von Günter Jakobs entwickelte Ansatz. Aber auch Jakobs räumt ein, dass sich die Auseinandersetzung mit der Straftheorie Hegels vor allen anderen Wegen anbietet, wenn es darum geht, den Zusammenhang von Recht, Unrecht und Strafe zu untersuchen<sup>70</sup> und er weist selbst darauf hin, dass die Straftheorie bei Hegel eine Gestalt erhalten hat, „deren Differenz zur hier vertretenen positiven Generalprävention gering ist.“<sup>71</sup> Und tatsächlich ist die originäre Funktion der Strafe bei Jakobs nicht Verbrechensprävention durch Normstabilisierung, sondern Normstabilisierung um ihrer selbst willen.<sup>72</sup> Jakobs sieht die Leistung des staatlichen Strafens darin, dem in der Straftat zum Ausdruck kommenden Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits zu widersprechen und damit zu manifestieren, dass die verletzte Norm weiterhin gilt.<sup>73</sup>

183

---

Letztlich liegen die Ansätze Köhlers und Jakobs also wohl weniger weit auseinander, als man gemeinhin meint. Jedenfalls sind aber sowohl Köhler als auch Jakobs der Straftheorie Hegels in hohem Masse verpflichtet. Bei Köhler steht dies außer Frage und muss nicht näher begründet werden. Ohne unfair zu sein, kann man aber wohl auch den Ansatz Jakobs als eine durch begriffliche Anleihen bei Luhmanns Systemtheorie leicht verfremdete Reformulierung der Hegelschen Straftheorie bezeichnen. Der Boden des hegelschen Ansatzes wird von Jakobs erst dort verlassen – und hier treten dann auch Diskrepanzen zu dem Ansatz auf, den Köhler vertritt – wo Jakobs seinen Ansatz funktionalisiert, wo sich also gesellschaftliche Präventionsbedürfnisse ungefiltert Bahn brechen sollen. Dass das von Jakobs propagierte „Feindstrafrecht“<sup>74</sup> auch auf der Basis seines eigenen Ansatzes gar kein Strafrecht im eigentlichen Sinne sein soll und sein kann, bedarf

<sup>68</sup> Köhler (Fn. 67), S. 43.

<sup>69</sup> Vgl. Köhler (Fn. 67), S. 48 ff.

<sup>70</sup> Jakobs (Fn. 44), S. 252.

<sup>71</sup> Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin/New York 1993, 1/21.

<sup>72</sup> Neumann (Fn. 64), S. 435.

<sup>73</sup> Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW (107) 1995, S. 843–876, S. 844.

<sup>74</sup> Vgl. Jakobs (Fn. 73); Jakobs, Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, Sonderbeiträge zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ des 30. Strafverteidigertages, HRRS (8–9) 2006, S. 289–297; Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW (117) 2005, S. 839–851; Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS (3) 2004, S. 88–95.

keiner längeren Begründung: Hier wird – um es in den Worten Kants und Hegels auszudrücken – der Täter nicht mehr als Vernünftiger geehrt, sondern als Feind unter das Sachenrecht gemengt und als ein gefährliches Tier behandelt, gegen das man den Stock nicht nur erhebt, sondern auch verwendet.

#### **IV. Hegels Straftheorie und das Problem der Bestimmung strafwürdiger Verhaltensweisen**

##### *1. Die Bestimmung strafwürdiger Verhaltensweisen auf der Basis der Straftheorie Hegels*

In der Einleitung seiner Grundlinien der Philosophie des Rechts beschreibt Hegel die Aufgabe der Rechtsphilosophie als die logische Deduktion der Grundsätze, welche die Rechtswissenschaft begründungslos voraussetzt.<sup>75</sup> Laut Hegel besteht die Aufgabe der Rechtsphilosophie damit auch in der schrittweisen, spekulativen Entfaltung der „Idee des Rechts“<sup>76</sup> als Dasein der verwirklichten Freiheit und reale Manifestation „der absoluten Einheit des Begriffs und der Objektivität“ (und nicht der „bloßen Begriffe“). Diese Entfaltung ist gleichzeitig der Gegenstand der Rechtsphilosophie.<sup>77</sup>

184

---

Das Kriterium der Richtigkeit der sich aus der Rechtsphilosophie ergebenden Definitionen ist Hegel zufolge ihre Übereinstimmung mit der „Vorstellung“, womit klargestellt sein soll, dass die Vernunft bzw. die Logik diesbezüglich allein maßgeblich ist.<sup>78</sup> Hieraus erklärt sich zwar Hegels Widerstand gegen den Begriff „Naturrecht“, welcher ihm zufolge durch „Vernunftrecht“ ersetzt werden sollte.<sup>79</sup> Tatsächlich ist Hegels Rechtsphilosophie wegen ihres finalen Rückgriffs auf das metaphysische<sup>80</sup> Prinzip des sich entfaltenden Weltgeistes aber doch in die Tradition

<sup>75</sup> Vgl. *Hösle* (Fn. 33), S. 55 f.

<sup>76</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 1 Zusatz und dazu *Ramb* (Fn. 2), S. 17.

<sup>77</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 1, 4 und dazu *Ramb* (Fn. 2), S. 17; *Kleszczewski*, Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht – eine Hegelianische Perspektive, in: *International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy* (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs, Stuttgart 1997 (ARSP Beiheft, Bd. 71), S. 140–152, S. 141.

<sup>78</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 2 und dazu *Hösle* (Fn. 33), S. 56.

<sup>79</sup> „Dem Naturrecht steht das positive Recht gegenüber. Es ist statutarisch, geordnet nach Willkür, Zufälligkeit, ohne die notwendigen philosophischen Begriffe des Rechts. Naturrecht, was die Rechte der Natur sind – falsch –; denn die Natur hat kein Recht – eigentlich sollte es Vernunftrecht heißen. Denn nach dem wörtlichen Sinne hieße Naturrecht, was Recht ist im Naturzustand, weil aber da kein Recht stattfindet, so wäre es Recht des Stärkeren, Gewalt, Recht der Tiere.“: *Hegel*, Philosophische Enzyklopädie: Nürnberg 1812/13, Vorlesungen: ausgewählte Nachschriften und Manuskripte/Georg Wilhelm Friedrich Hegel; Bd. 15, Hamburg 2002, S. 172.

<sup>80</sup> Vgl. nur *Kunz/Mona* (Fn. 23), S. 85 Rn. 133. Zu Unrecht kritisch zum Prädikat

des (jüngeren) Naturrechts einzuordnen,<sup>81</sup> wobei der Maßstab der Vernunft die Distanz Hegels zur Faktizität als immanentem Geltungsgrund von Rechtsnormen<sup>82</sup> und damit zu rechtspositivistischen Positionen belegt.<sup>83</sup> Wie aus dem vorerwähnten hervorgeht, besteht die Methode der Rechtsphilosophie gemäß Hegel in der Logik und hier insbesondere in der Dialektik und der „bestimmten Negation“. Die Dialektik ist Hegels „bewegende[s] Prinzip des Begriffs“, also das schöpferische Moment der spekulativen Entwicklung des Begriffs des Rechts.<sup>84</sup>

Auch wenn sich aus Hegels Rechtsphilosophie ein kritisches Potential gegenüber dem positiven Recht ergibt,<sup>85</sup> wehrt sich Hegel allerdings auch gegen eine Ableitung allzu spezifischer Rechtsnormen aus der „Idee des Rechts“.<sup>86</sup> Das

185

---

Verhältnis zwischen Naturrechtsnormen und positiver Rechtssetzung soll viel mehr als eines der Kompatibilität und Komplementarität zu verstehen sein,<sup>87</sup> aus heutiger Perspektive wohl vergleichbar mit jenem zwischen Verfassung und formellem Recht.<sup>88</sup> Dass sich nach Hegel nichtsdestotrotz gewisse allgemeine Rechtsgebote doch aus der „Idee des Rechts“ selbst ergeben, und diesen Rechtsgeboten „ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde lieg[t]“<sup>89</sup>, steht dem freilich nicht entgegen.

In der wohl lyrischsten Passage der Grundlinien der Philosophie des Rechts, genauer gesagt in der Vorrede, heißt es: „Wenn die Philosophie ihr Grau in Grau malt, dann ist eine Gestalt des Lebens alt geworden, und mit Grau in Grau lässt sie sich nicht verjüngen, sondern nur erkennen; die Eule der Minerva beginnt erst mit

„metaphysisch“ im Zusammenhang mit Kants straftheoretischen Überlegungen: *Mayer* (Fn. 6), S. 54, 58.

<sup>81</sup> Vgl. nur *Reulecke* (Fn. 13), S. 299, 301, 307; *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. Göttingen 1990, S. 175.

<sup>82</sup> Vgl. *Hösle* (Fn. 33), S. 56.

<sup>83</sup> Vgl. *Hermann*, Werte und Kriminalität: Konzeption einer allgemeinen Kriminalitätstheorie, Wiesbaden 2003, S. 36; a.A. wohl *Mährlein*, Volksgeist und Recht: Hegels Philosophie der Einheit und ihre Bedeutung in der Rechtswissenschaft, Würzburg 2000, S. 101 ff. und *Kaufmann* (Fn. 1), S. 66.

<sup>84</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 13 und dazu *Ramb* (Fn. 2), S. 18 f.

<sup>85</sup> Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass nach Hegel nicht nur die Vernunft sondern auch die „kollektive Überzeugung“ der Religion dem positiven Recht Grenzen setzt, vgl. *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830), 7. Aufl. Hamburg 1969, S. 465 f. und dazu *Braun* (Fn. 33), S. 337.

<sup>86</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), Vorrede: „[...] dieses unendliche Material und seine Regulierung ist nicht Gegenstand der Philosophie [...] und sie kann dergleichen Ultraweisheit um so mehr lassen, als sie über diese unendliche Menge von Gegenständen gerade am liberalsten [...] sich zeigen soll.“ Vgl. auch *Hegel* (Fn. 15), § 2.

<sup>87</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 3 und dazu *Hösle* (Fn. 33), S. 56 f. und *Primoratz* (Fn. 17), S. 69

<sup>88</sup> So auch *Hösle* (Fn. 33), S. 57.

<sup>89</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 38 und dazu *Hösle* (Fn. 33), S. 67.

der einbrechenden Dämmerung ihren Flug.“ Hegel betont mit dieser Bemerkung, dass es der Rechtsphilosophie nicht darum gehen kann, die Welt zu belehren, wie sie sein soll, sondern darum, zu erkennen, wie sie ist.<sup>90</sup> Nüchterner heißt es an anderer Stelle: „Das was ist zu begreifen, ist die Aufgabe der Philosophie, denn das was ist, ist die Vernunft. Was das Individuum betrifft, so ist ohnehin jedes ein Sohn seiner Zeit, so ist auch die Philosophie ihre Zeit in Gedanken erfasst.“<sup>91</sup> und – konkret bezogen auf die hier interessierende Thematik – „Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an.“<sup>92</sup>

Auch wenn daraus zu recht geschlossen wird, dass das Recht nach Hegel eine Kulturerscheinung ist<sup>93</sup> und es sich wie überhaupt alles Seiende im ständigen Fluss der Zeit<sup>94</sup> oder in Hegels Terminologie in der Entwicklung des „objektiven Geistes“<sup>95</sup> befindet, hat Hegels Paradigma der Vernunft als Generator der aus dem Begriff abzuleitenden höheren naturrechtlichen Bestimmungen absolute Ansprüche, geht es in der Rechtsphilosophie Hegels letztlich doch darum, „in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden die Substanz, die immanent, und das Ewige, das gegenwärtig ist, zu erkennen.“<sup>96</sup> Das daraus entstehende Paradox einer ewigen Substanz, die nur unter dem Vorbehalt historischer Variabilität – der jeweiligen Entwicklungsstufe des „Weltgeistes“ bzw. des Standes

186

---

der „Entwicklung des Freiheitsbegriffs“<sup>97</sup> – Geltung hat, löst Hegel mit seinem dynamischen Strukturgesetz der Dialektik.<sup>98</sup> Dieses Konzept, das sich von den historisch vorhergehenden naturrechtlichen Konzeptionen darin unterscheidet, dass das Recht bei Hegel kein *statisches* höheres Wesen hat, sondern sich dadurch, dass es sich mit dem fortschreitenden Wandel des Geistes in Thesis, Antithesis und Synthesis stets dynamisch weiterentwickelt, zumal es in der Idee selbst angelegt ist, ist eine der grossen Errungenschaften Hegels Rechtsphilosophie.<sup>99</sup>

Eine der zentralen Prämissen der Rechtsphilosophie Hegels ist, dass die „Idee des Rechts“ gleichzusetzen ist mit dem „Wille[n], welcher frei ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht“,<sup>100</sup> womit Hegels „Idee des

<sup>90</sup> Vgl. Braun (Fn. 33), S. 342.

<sup>91</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15), Vorrede.

<sup>92</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15), § 218.

<sup>93</sup> So Zippelius, Das Wesen des Rechts: Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 4. Aufl. München 1978, S. 49.

<sup>94</sup> Vgl. Kunz/Mona (Fn. 23), S. 84 Rn. 130.

<sup>95</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15), § 258.

<sup>96</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15), Vorrede.

<sup>97</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15), § 30.

<sup>98</sup> Vgl. Welzel (Fn. 81), S. 176; vgl. auch Kaufmann (Fn. 1), S. 64.

<sup>99</sup> Vgl. Kaufmann (Fn. 1), S. 64.

<sup>100</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15) § 4 und dazu Höhle (Fn. 33), S. 60; Ramb (Fn. 2), S. 17 f.

Rechts“ gleichbedeutend ist mit der „Idee der Freiheit“.<sup>101</sup> Obschon die Art und das Verhältnis zwischen den grundlegenden Kategorien der Strafrechtstheorie Hegels in der Sekundärliteratur umstritten sind,<sup>102</sup> kann doch mit Hegel selbst festgehalten werden, dass allen voran „Freiheit“ und „Persönlichkeit“ diese Kategorien verkörpern und bestimmen.<sup>103</sup> Unmittelbar aus ihnen leitet Hegel nicht nur das allgemeine Rechtsgebot ab: „sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“<sup>104</sup> und das diesem Gebot zugrunde liegende Verbot, die Persönlichkeit und das aus ihr Folgende zu verletzen.<sup>105</sup> Weil Hegels „System der Freiheit“<sup>106</sup> kollabieren würde, wenn die „Persönlichkeit“ als seine „substantielle Bestimmung“ (mit anderen Worten: „meine eigenste Person und das allgemeine Wesen meines Selbstbewusstseins“) kompromittierbar wäre, leitet Hegel aus diesen Kategorien auch die Grenze der Vertragsfreiheit in der „Unveräußerlichkeit“

187

der „Persönlichkeit“ (und allem anderen, das gemäß Hegel nicht als „einzelne äußere Sache“ veräußert werden kann<sup>107</sup>) ab, und bestimmt er das Recht an der „Persönlichkeit“ als unverjährbar.<sup>108</sup> Sklaverei und Leibeigenschaft können daher nach Hegel auch bei gegebener Willensübereinstimmung per se nicht mit dem Begriff des Rechts übereinstimmen.<sup>109</sup>

Im dritten Abschnitt<sup>110</sup> des ersten Teils<sup>111</sup> seiner Grundlinien der Philosophie des Rechts definiert Hegel das Verbrechen als Spezies des Unrechts: Das

<sup>101</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15) § 30, ähnlich § 4, 29. So auch *Seelmann* (Fn. 4), S. 14; *Stübinger* (Fn. 2), S. 227; *Kaiser* (Fn. 33), S. 95 f.; ähnlich *Ramb* (Fn. 2), S. 31 und *Merle* (Fn. 4), 163 f.

<sup>102</sup> Hegels Definition des Verbrechens im abstrakten Recht ergibt sich nach *Reulecke* (Fn. 13), S. 302 f. aus den Grundsätzen „Freiheit („freier Wille“), der Gleichheit („Allgemeinheit“) und des Vertrages“. *Hösle* (Fn. 33), S. 67 sieht die „Person“ allgemein als Grundbegriff Hegels abstrakten Rechts. *Stübinger* (Fn. 2), S. 227 situiert das Zentrum Hegels rechtsphilosophischer Überlegungen in der Freiheit. Fest zu halten bleibt, dass sich Hegels formale Einteilung im „abstrakten Recht“ in Eigentum, Vertrag und Unrecht sowohl der römisch-rechtlichen als auch der Kantischen Einteilung entgegenstellt, vgl. *Hösle* (Fn. 33), S. 66 ff. Bemerkenswert ist aus heutiger Perspektive, dass Eigentum in Hegels System auch „Eigentum an sich selbst“ umfasst und letztlich die äussere Manifestierung der persönlichen Freiheit ist, vgl. *Braun* (Fn. 33), S. 334; dazu auch *Seelmann* (Fn. 4), S. 18.

<sup>103</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 36. Ähnlich *Reulecke* (Fn. 13), S. 302 f.

<sup>104</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 36 und dazu *Kleszczewski* (Fn. 40), S. 46.

<sup>105</sup> Vgl. oben Fn. 89.

<sup>106</sup> *Braun* (Fn. 33), S. 332.

<sup>107</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 75.

<sup>108</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 66 und dazu *Braun* (Fn. 33), S. 335; *Kleszczewski* (Fn. 40), S. 54.

<sup>109</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 66 und dazu *Braun* (Fn. 33), S. 335; *Hösle* (Fn. 33), S. 57.

<sup>110</sup> *Hegel* (Fn. 15), Das Unrecht, § 82–104 (c. Zwang und Verbrechen, § 90–103).

<sup>111</sup> *Hegel* (Fn. 15), Das abstrakte Recht, § 34–104.

Verbrechen ist in den Worten Hegels ein (erster) „Zwang als Gewalt von dem Freien ausgeübt, welche das Dasein der Freiheit in seinem konkreten Sinne, das Recht als Recht verletzt [...]“.<sup>112</sup> Zunächst erhellt diese Definition, dass das Verbrechen nach Hegel von einem „Freien“ ausgeübt werden muss, die verbrecherische Handlung also nur eine solche sein kann, wenn sie eine Verwirklichung des („besonderen“) Verbrecherwillens ist, womit Hegel letztlich auf seine Zurechnungslehre im „Moralität“ getitelten zweiten Teil<sup>113</sup> der Grundlinien der Philosophie des Rechts verweist.<sup>114</sup> Grundlegend an der Definition Hegels Verbrechen ist, dass der Zwang (bzw. die Gewalt) des Verbrechens nicht nur das Dasein des „besonderen Willens“ einer Rechtsperson (des Opfers und in gewisser Weise auch des Täters selbst<sup>115</sup>) negiert und daher verletzt, sondern stets auch das Dasein des „allgemeinen Willens“, also den kollektiven Geltungsanspruch (der Idee) des Rechts.<sup>116</sup> Verneint eine Tat nur einzelne subjektive Rechte ohne aber den allgemeinen Willen in Form des kollektiven (und somit auch individuellen) Geltungsanspruchs des Rechts in Frage zu stellen, kann dies kein Verbrechen im Sinne Hegels sein.<sup>117</sup> Mord, Sklaverei, Religionszwang, Raub und Diebstahl negieren nach Hegel allesamt sowohl den besonderen als auch den allgemeinen Willen und sind Hegel gemäß denn auch als Verbrechen einzustufen – obschon sich diese Verbrechen in Hegels Rechtsphilosophie in Qualität und Quantität der Verneinung des Daseins der Freiheit unterscheiden.<sup>118</sup> Weil das „in diesen Formen Substantielle“ gemäß Hegel im „Allgemeinen“ besteht, „das in seiner weiteren Entwicklung und Gestaltung dasselbe bleibt“, können – in heuti-

188

---

ger Terminologie – auch Verletzungen kollektiver Interessen, gegebenenfalls auch ohne individualisierbaren, unmittelbar materiell Geschädigten, Verbrechen sein.<sup>119</sup> Beispiele solcher Verbrechen sind nach Hegel „Meineid, Staatsverbrechen, Münz-, Wechselverfälschung“.<sup>120</sup>

<sup>112</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 95. Das Verbrechen ist damit neben dem „Eigentum“ und dem „Vertrag“ die dritte Kategorie von Hegels „abstraktem Recht“.

<sup>113</sup> *Hegel* (Fn. 15), Die Moralität, § 105–141.

<sup>114</sup> Vgl. *Kleszczewski* (Fn. 40), S. 72.

<sup>115</sup> Vgl. *Primoratz* (Fn. 17), S. 48.

<sup>116</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 218. Vgl. auch *Mohr* (Fn. 19), S. 103 f.; *Kleszczewski* (Fn. 40), S. 69 ff. insbes. S. 72.

<sup>117</sup> *Kleszczewski* (Fn. 40), S. 172.

<sup>118</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 96.

<sup>119</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 95.

<sup>120</sup> Vgl. *Hegel* (Fn. 15), § 95.

## 2. Implikationen der Rechtsphilosophie Hegels für die gegenwärtigen Bemühungen um die Bestimmung strafwürdiger Verhaltensweisen

### a) Gehalt und Grenzen der Rechtsgutstheorie

Nach dem heute in der Strafrechtswissenschaft ganz vorherrschend vertretenen Standpunkt sind strafrechtliche Normen dann – aber auch nur dann – legitim, wenn sie dem Rechtsgüterschutz dienen.<sup>121</sup> Dem von den Vertretern der systemkritischen Rechtsgutstheorie erhobenen Anspruch, „dem Strafgesetzgeber ein plausibles und verwendungsfähiges Kriterium seiner Entscheidungen an die Hand zu geben und zugleich einen externen Prüfungsmaßstab für die Gerechtigkeit dieser Entscheidungen zu ermitteln“,<sup>122</sup> ist die Rechtsgutstheorie bisher allerdings in keiner Weise gerecht geworden. Trotz umfangreicher Bemühungen ist es nicht gelungen, konsensfähige Kriterien und Maßstäbe zu finden, anhand derer beurteilt werden kann, was Rechtsgüter überhaupt sind und wann deren Beeinträchtigung oder Gefährdung als strafwürdig zu gelten hat.<sup>123</sup> Als gesichert

189

---

kann allein gelten, dass das Rechtsgut nicht einfach mit dem Interesse gleichgesetzt werden darf, das den Gesetzgeber veranlasst hat, eine Strafnorm zu schaffen. Das Rechtsgut ist vielmehr das „Etwas“, auf das sich dieses Interesse bezieht,<sup>124</sup> was

<sup>121</sup> Vgl. *Hassemer/Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1 (§§ 1–145d), 2. Aufl. Baden-Baden 2005, Vor § 1 Rn. 108 ff.; *Rudolphi*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1 bis 79b), 6. Aufl. 26. Lieferung (Juni 1997) Neuwied, Vor § 1 Rn. 1 ff.; *Roxin* (Fn. 5), § 2 Rn. 1 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen; kritisch dagegen *Jakobs* (Fn. 71), 2/7 ff. sowie *Pawlik*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln 1999, S. 46 ff., der insbesondere beanstandet, dass die Rechtsgutstheorie für sich gesehen nicht aufzuzeigen vermöge, dass die Sequenz von Straftat und Strafe mehr sei als eine unvernünftige Sequenz zweier Übel (Dass genau dies durch die Straftheorie Hegels geleistet wird, vertreten *Lesch* (Fn. 45), S. 79 ff. sowie *Jakobs* [Fn. 44], S. 263 ff.); zu dem in der angloamerikanischen Straftheorie herangezogenen kombinierten Harm-/Offense-Principle vgl. *Feinberg*, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. One, New York etc. 1984; *ders.*, *Offense to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. Two, New York etc. 1985; *von Hirsch* (Fn. 44), S. 109 ff.; *Simester/von Hirsch*, *Legal Theory* (8) 2002, S. 269 ff.; zur Rezeption dieses Ansatzes in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft vgl. *Papageorgiou*, *Schaden und Strafe*, München 1994 sowie *Seher*, *Liberalismus und Strafe*, Berlin 2000.

<sup>122</sup> *Hassemer/Neumann*, in: *Nomos Kommentar StGB* (Fn. 121), Vor § 1 Rn. 115.

<sup>123</sup> Zum aktuellen Stand der Diskussion vgl. die in Fn. 121 genannten Werke sowie die Beiträge in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003.

<sup>124</sup> *Stratenwerth*, *Zum Begriff des Rechtsguts*, in: *Eser/Schittenhelm/Schumann* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, S. 377–391, S.

dieses „Etwas“ sein kann, war und ist, ist dann aber heillos umstritten.<sup>125</sup> Der Rechtsgutsbegriff ist – wie Knut Amelung bereits 1972 zu Recht betont hat – das Verbindungsglied zwischen Strafrechtsdogmatik und (Rechts-)Politik.<sup>126</sup> Die Entscheidung, welche Verhaltensweisen als sozialschädlich und deshalb strafwürdig eingestuft werden, ist aber als eine (kriminal-)politische Frage durch die Politik zu entscheiden<sup>127</sup> – und dies eben anhand von Maßstäben und Wertungen, die von außen her an die Rechtsgutstheorie herangetragen werden.<sup>128</sup>

Obwohl Hegels Straftheorie einer anderen Zeit entstammt und deshalb nur mit größeren Vorbehalten in der gegenwärtigen Debatte um Rechtsgutslehre und Verhaltensdelikte beizuziehen ist, muss man doch festhalten, dass Hegels Straftheorie die heute umstrittene bzw. ungeklärte Frage nach der eigentlichen Substanz des Begriffes „Rechtsgut“ durchaus beantwortet, allerdings zugegebenermaßen äußerst abstrakt und – selbstverständlich – nicht in der Terminologie der Rechtsgutslehre. Das Schutzgut der Straftheorie Hegels ist – wie erwähnt – das Recht selbst, also ein sich entfaltendes Dasein der Freiheit.<sup>129</sup> Es besteht einerseits im „besonderen Willen“ mit seiner substantiellen Bestimmung in Hegels Kategorie der persönlichen Rechte, d.h. der Persönlichkeit bzw. des Eigentums,<sup>130</sup> andererseits aber auch im „Allgemeinen“, das die weitere Entwicklung und Gestaltung des besonderen Willens ist<sup>131</sup> und dem kollektiven Geltungsanspruch der schützenden Norm entspricht. In der Auslegung der Anerkennungslehre entspricht das Schutzgut der Straftheorie Hegels damit dem „freie[n] Will-

---

379 f.; Wohlers (Fn. 7), S. 219 f.

<sup>125</sup> Vgl. Stratenwerth (Fn. 124), S. 379 f.; Wohlers (Fn. 7), S. 220; vgl. auch Zabel, Kriminologische Aspekte des modernen Rechtsgüterschutzes, MSchrKrim 92 (2009), S. 395–412, S. 398 f., der dafür eintritt, den kriminologischen Aspekten des Rechtsgüterschutzes mehr Beachtung zu schenken (a.a.O., S. 401 ff.).

<sup>126</sup> Amelung, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 123), S. 155–182, S. 159.

<sup>127</sup> Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1972, S. 389; ders. (Fn. 126), S. 180.

<sup>128</sup> Vgl. Wohlers (Fn. 7), S. 229; Wohlers, Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 129–143, S. 130.

<sup>129</sup> Vgl. Kleszczewski (Fn. 40), S. 59 ff.; Hermann (Fn. 83), S. 36. Hegel spricht diesbezüglich auch von einem „Dasein des freien Willens“ bzw. von der „Freiheit als Idee“, vgl. Hegel (Fn. 15), § 29.

<sup>130</sup> Vgl. oben bei Fn. 102.

<sup>131</sup> Vgl. oben bei Fn. 119.

le[n] einschließlich seiner Verwirklichung in der (institutionalisierten) Realität, [der] Beziehung freier Willen aufeinander“ und damit dem Zustand wechselseitiger Anerkennung.<sup>132</sup>

Der von Hegel bezeichnete Ausgangspunkt der persönlichen Rechte – bzw., im Diktum der Anerkennungslehre: der wechselseitigen Beziehung freier Willen aufeinander – könnte die Annahme nahe legen, dass Hegel in aktueller Terminologie gesprochen eher eine personale Rechtsgutslehre<sup>133</sup> vertreten würde als eine solche, welche den Schutz von Kollektiv- oder Universalrechtsgütern in den Vordergrund stellt. Letztlich erweist sich aber auch an dieser Stelle der Standpunkt Seelmanns als treffender, wonach Hegels Straftheorie die Elemente der subjektiven Rechte und der Norm gerade kombiniert.<sup>134</sup> Im Übrigen ist die Straftheorie Hegels aufgrund ihres überaus abstrakten Gehalts wenig erhellend, wenn es darum geht, die Substanz des Begriffes „Rechtsgut“ und/oder die Frage zu klären, wann die Beeinträchtigung oder Gefährdung von Rechtsgütern als strafwürdig gelten kann oder gar zu gelten hat. Klar scheint zwar, dass der Ausgangspunkt der systemimmanenten Rechtsgutstheorie, nach dem das Rechtsgut schlicht mit dem Interesse korrespondiert, welches den Gesetzgeber zur Schaffung einer Strafnorm veranlasst hat, wegen der beschriebenen Distanz Hegels zu positivistischen Positionen<sup>135</sup> mit seiner Straftheorie nicht zu vereinbaren wäre. Dass aus der Straftheorie Hegels abgeleitet werden könnte, welche Verhaltensweisen konkret strafwürdig sind, wird aber schon dadurch widerlegt, dass Hegel sich – bis auf einige vereinzelte, grundlegende Ausnahmen – einer Ableitung konkreter Straftatbeständen aus der (bzw. seiner) Rechtsphilosophie ausdrücklich widersetzt hat.<sup>136</sup> Es ergibt sich dies freilich auch ganz allgemein aus der bereits erwähnten, treffenden Einsicht Hegels, dass ein „Strafkodex [...] vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr“<sup>137</sup> angehöre und es in der Rechtsphilosophie darum gehe, die Welt zu erkennen, wie sie ist und nicht, wie sie sein soll.<sup>138</sup>

Dass die systemkritische Rechtsgutstheorie als eine der Tradition des Liberalismus verschriebene Lehre jedenfalls auf gerichtlicher Stufe kein griffiges Instrument zum Ausschluss illegitimer, weil nicht hinreichend „handfester“<sup>139</sup>

<sup>132</sup> Vgl. *Seelmann* (Fn. 49), S. 638.

<sup>133</sup> Zur personalen Rechtsgutslehre vgl. insbes. *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: *Scholler/Philips* et al. (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 85–94, S. 90 ff.

<sup>134</sup> Vgl. *Seelmann*, Rechtsgutskonzept, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Fn. 123), S. 261–267, S. 262.

<sup>135</sup> Vgl. oben bei Fn. 82 f.

<sup>136</sup> Vgl. oben bei Fn. 86.

<sup>137</sup> Vgl. oben bei Fn. 92.

<sup>138</sup> Vgl. oben bei Fn. 90.

<sup>139</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1972, S. 340.

und/oder „personaler“<sup>140</sup> Rechtsgüter, sondern ausschließlich „bloße Moralvorstellungen“, „bloße Gefühle“<sup>141</sup> oder aber gesellschaftliche Tabuvorstellungen schützender Straftatbestände zur Verfügung stellt, hat jüngst in aller Deutlichkeit der Beschluss des BVerfG zur Verfassungsgemäßheit der Strafbewehrung des Geschwisterinzest gezeigt.<sup>142</sup> Das BVerfG äußert sich in dieser Entscheidung – „mit spitzen Fingern“<sup>143</sup> – zur Rechtsgutslehre. Die Senatsmehrheit hält diesbezüglich zunächst fest, dass schon über den Begriff des Rechtsguts keine Einigkeit bestehe. Wolle man von einem überpositiven Rechtsgutsbegriff ausgehen, so gerate ein solches Konzept

„in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers ‚anerkannte‘ Rechtsgüter eingeengt werden.“<sup>144</sup>

Trotz dieser eindeutigen Absage an den Gesetzgeber in irgendeiner Weise bindende Vorgaben folgt aber auch die Senatsmehrheit der Sache nach dem Ansatz, dass Strafrechtsnormen dadurch legitimiert werden müssen, dass diese dem Schutz verfassungsrechtlich geschützter Zwecke dienen.<sup>145</sup> So soll die Verfassungsgemäßheit der Pönalisierung des Geschwisterinzests (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB/D) unter Verweis auf den behaupteten Schutz der Ehe und Familie<sup>146</sup> (wegen ihrer „lebenswichtige[n] Funktion [...] für die menschliche Gemeinschaft“<sup>147</sup>), der sexuellen Selbstbestimmung<sup>148</sup> und der Vermeidung unerwünschter Folgen für die

<sup>140</sup> Amelung (Fn. 126), S. 161 ff.

<sup>141</sup> Dazu Hörnle, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 123), S. 268–280.

<sup>142</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008 = BVerfGE 120, 224 ff. = NJW 2008, 1137 mit Anm. Ziethen, NStZ 2008, 617 f.

<sup>143</sup> Siehe die abweichende Meinung des Richters Hassemer zu BVerfG (Fn. 142), Rn. 80 = BVerfGE 120, 224, 257.

<sup>144</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 39 = BVerfGE 120, 224, 241 f.

<sup>145</sup> Vgl. Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009, S. 544–550, S. 545, der ein Verdienst des Inzestbeschlusses darin sieht, dass auch durch die Senatsmehrheit „die Notwendigkeit der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts durch das inkriminierte Verhalten“ thematisiert worden sei.

<sup>146</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 41 f. = BVerfGE 120, 224, 243 f.

<sup>147</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 46 = BVerfGE 120, 224, 245.

<sup>148</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 47 f. = BVerfGE 120, 224, 245 f.

Volksgesundheit durch eine Kumulation negativ bewerteter rezessiver Erbanlagen<sup>149</sup> legitimiert werden. Dem Bezug auf zu schützende Rechtsgüter kommt des Weiteren im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine unverzichtbare Rolle zu: Ohne die Bestimmung der durch die in Frage stehenden Verhaltensweisen tangierten Rechtsgüter, würde der Bezugspunkt fehlen,

192

---

der es überhaupt erst möglich macht, den staatlichen Eingriff mittels Strafrechtsnormen auf seine Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit hin zu überprüfen.<sup>150</sup> Anders gewendet: Wenn die Senatsmehrheit die Meinung vertritt, dass der Gesetzgeber „bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will“<sup>151</sup>, grundsätzlich frei sei, dann geht sie doch wenigstens im Ansatz von der durch die Rechtsgutstheorie entwickelten Konzeption aus: Ob und wie geschützt wird, ist zwar dem Gesetzgeber überlassen, dass ein *Rechtsgut* das anvisierte Schutzobjekt sein muss, steht aber fest. Festzuhalten bleibt allerdings auch, dass dieser Ansatz, soweit es darum geht, das gestalterische Ermessen des Gesetzgebers in irgendeiner Weise einzuschränken, in der praktischen Anwendung weitgehend leer läuft, weil der allein verbleibende Maßstab der (Un-)Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG, soweit es um die Kontrolle materiellstrafrechtlicher Normen geht, nicht mehr ist als ein zahnloser Papiertiger.<sup>152</sup>

Hassemer hat in seinem in der Literatur zustimmend aufgenommenen Sondervotum aufgezeigt, dass sich auch anhand der Ausführungen der Senatsmehrheit nicht nachvollziehen lässt, dass die Strafbewehrung des Geschwisterinzests dem Schutz von Ehe, Familie, sexueller Selbstbestimmung und

<sup>149</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 49 = BVerfGE 120, 224, 247 f.

<sup>150</sup> Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Fn. 123), S. 57–64, S. 57 ff.; *Greco*, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutstheorie übrig?: Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS (5) 2008, S. 234–238, S. 238. Vgl. auch unten Fn. 180.

<sup>151</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 35 = BVerfGE 120, 224, 240.

<sup>152</sup> Vgl. – konkret bezogen auf die Entscheidung zum Geschwisterinzest – *Bottke*, Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?, in: *Hassemer/Kempf/Moccia* (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 93–110, 95 ff.; *Hörnle*, Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, S. 2085–2088, S. 2088; *Roxin* (Fn. 145), S. 545; vgl. aber auch allgemein *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt a. M. 2005, S. 22 ff. sowie *Appel*, Verfassung und Strafe, Berlin 1998, S. 171 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, S. 164 ff.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Berlin 1998, S. 101 ff.

(in eugenischer Hinsicht) der Volksgesundheit dient.<sup>153</sup> Damit drängt sich dann aber der Schluss auf, dass tatsächlich nicht diese von der Senatsmehrheit angeführten Zwecke die Strafbewehrung des Geschwisterinzests tragen, sondern diese vielmehr dem

193

Schutz einer behaupteten „kulturhistorisch begründeten gesellschaftlichen Überzeugung“ dient.<sup>154</sup> Da aber bezogen auf den Geschwisterinzest ein Unterschied zwischen einer „kulturhistorisch begründeten gesellschaftlichen Überzeugung“ und einer „gesellschaftlichen Moralvorstellung“ kaum auszumachen ist,<sup>155</sup> erweist sich die Auffassung der die Entscheidung tragenden Mehrheit des Gerichts als höchst zweifelhaft, dass

„offen bleiben [kann], ob die Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen ([...]), tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersteren Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären“<sup>156</sup>,

da „eine derartige Konstellation [...] hier nicht vor[liege]“.<sup>157</sup> Tatsächlich entpuppt sich diese, von der Senatsmehrheit bewusst unbeantwortet gelassene Frage als die vorliegend entscheidende. Dass die Senatsmehrheit sich hier vor einer Stellungnahme gedrückt hat, ist insbesondere auch deshalb zu bedauern, weil eben diese Frage nicht nur bezogen auf die Legitimität der Strafbewehrung des Geschwisterinzests von zentraler Bedeutung ist, sondern auch bei einer ganzen Reihe anderer Straftatbestände eine Rolle spielt, die über die Rechtsgutstheorie ebenfalls nicht oder nur sehr schwer legitimiert werden können, wie z.B. der Straftatbestand der Mehrfachehe,<sup>158</sup> der Tierquälerei,<sup>159</sup> oder auch Strafbestimmungen des Umweltstrafrechts<sup>160</sup>, um nur einige zu nennen.

<sup>153</sup> *Hassemer* (Fn. 150), insbes. Rn. 101; dazu auch *Bottke* (Fn. 152), S. 97 ff.; *Greco* (Fn. 150), S. 234 ff.; *Hörnle* (Fn. 152), Verbot, S. 2086 f.; *Roxin* (Fn. 145), S. 546 f.; *Zabel*, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, Zur Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz – zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG v. 26.2.2008, JR 2008, S. 453–457, 454 ff.; *Ziethen* (Fn. 142), S. 618; zu Stellungnahmen aus dem Schrifttum aus der Zeit vor der Entscheidung des BVerfG vgl. nur *Hörnle* (Fn. 152) Verhalten, S. 452 ff.; *Wohlers* (Fn. 128), S. 131, 141.

<sup>154</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 50; kritisch hierzu *Bottke* (Fn. 152), S. 103 f.; *Hörnle* (Fn. 152) Verbot, S. 2088; *Roxin* (Fn. 145), S. 548 f.

<sup>155</sup> So auch *Hassemer* (Fn. 143), Rn. 101.

<sup>156</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 50 = BVerfGE 120, 224, 248.

<sup>157</sup> BVerfG (Fn. 142), Rn. 50 = BVerfGE 120, 224, 248.

<sup>158</sup> § 172 StGB/D bzw. Art. 152 StGB/CH und dazu *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, München 2002, S. 52 f.

<sup>159</sup> § 17 TierSchG/D bzw. Art. 26 TSchG/CH und dazu *Wohlers* (Fn. 128), S. 130, 141;

b) Alternativen und/oder Ergänzungen zur Rechtsgutstheorie

Vor dem Hintergrund der nicht gerade als Erfolgsstory einzustufenden Bilanz der systemkritischen Rechtsgutstheorie ist die seit einigen Jahren geführte Diskussion um die sogenannten Verhaltensdelikte zu sehen. Die Vertreter dieses Ansatzes postulieren, dass der Gesetzgeber Verhaltensweisen mit Strafe bewehren darf, wenn und weil diese gegen „tief verwurzelte Kulturüberzeugungen“ verstoßen.<sup>161</sup> Während Roland Hefendehl grundsätzlich an der Rechtsgutstheorie

194

---

festhalten und Verhaltensdelikte nur als absolute Ausnahme anerkennen will, geht Günter Stratenwerth noch einen Schritt weiter. Seiner Auffassung nach sind Verhaltensdelikte keine Ausnahmekategorie, vielmehr sei es so, „dass es gar keine anderen als Verhaltensdelikte gibt (oder geben sollte).“<sup>162</sup> Ausgangspunkt der Überlegungen Stratenwerths ist die Erkenntnis, dass bestimmte, an die kulturelle Überlieferung gebundene und damit zeitlich und örtlich kontingente Normen und Werte Teil des normativen Grundkonsenses einer Gesellschaft sind und als solche strafrechtlichen Schutz verdienen.<sup>163</sup> Die Legitimation von Strafnormen durch gesellschaftlichen Konsens sei deshalb keineswegs die Ausnahme, sondern seiner Auffassung nach „die selbstverständlichste Sache der Welt.“<sup>164</sup>

Der Legitimierung von Strafbewehrungen mittels einer kollektiven Überzeugung der Sozialgefährlichkeit von Verhaltensweisen kann entgegen gehalten werden, dass man zusätzlich zum schwierig festzustellenden („nebulösen“<sup>165</sup>) Konsens über eine kulturhistorische, gesellschaftliche Überzeugung auch materielle Kriterien haben muss, anhand derer legitime und illegitime Verhaltensdelikte unterschieden werden können. Der Verweis auf die für die Identität einer Gesellschaft als Wertegemeinschaft wichtigen Verhaltensnormen lässt insoweit die entscheidende Frage offen: Eine Überzeugung kann nicht allein deswegen als

*Hefendehl* (Fn. 158), S. 52 f.

<sup>160</sup> Vgl. §§ 324–330d StGB/D bzw. Art. 234 StGB/CH, Art. 70–73 GSchG/CH und dazu *Wohlers* (Fn. 128), S. 130, 141; *ders.* (Fn. 7), S. 111 ff.; *Hefendehl* (Fn. 158), S. 62 ff.

<sup>161</sup> *Hefendehl* (Fn. 158), S. 56; *ders.* Die Strafvorschriften im Naturschutzrecht oder: Warum das Strafrecht für den Schutz der Natur nicht prädestiniert ist, *Natur und Recht* (9) 2001 S. 498–506, S. 504; vgl. hierzu auch bereits *Amelung* (Fn. 127), S. 346, der allerdings – anders als *Hefendehl* – diesen Umstand als alleinigen Pönalisierungsgrund verwirft (vgl. *Amelung* [Fn. 127], S. 393).

<sup>162</sup> *Stratenwerth*, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Fn. 123), S. 255–260, S. 257.

<sup>163</sup> *Stratenwerth* (Fn. 162), S. 256 ff.

<sup>164</sup> *Stratenwerth*, Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“, in: *von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (Hrsg.), *Mediating principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, S. 157–165, S. 161.

<sup>165</sup> *Hassemer* (Fn. 143), Rn. 81.

schützenswert anerkannt werden, weil sie „da“ ist, es sei denn, man würde – was aber wohl auf einen naturalistischen Fehlschluss hinauslaufen würde – unterstellen, dass das, was „da“ ist, gleichzeitig auch „gut“ und deswegen strafschatzwürdig ist.<sup>166</sup> Aus diesem Grund wird der Ansatz auch von anderen Autoren kritisiert. So hat z.B. Ulfrid Neumann ganz dezidiert die Auffassung vertreten, es handele sich hier um ein gefährliches Konzept: „Es ist gefährlich, weil es schon auf den Versuch einer normativen Kontrolle gesellschaftlicher Bestrafungstendenzen verzichtet und das Strafrecht damit kampfflos den jeweils herrschenden Ideologien ausliefert“.<sup>167</sup>

In diesem Zusammenhang könnte nun das Diktum Hegels von Bedeutung sein, wonach eine in sich gefestigte, ihrer selbst sichere Gesellschaft milde auf Verbrechen reagieren kann, während in einer noch an sich wankenden Gesellschaft Strafen durch Exempel statuiert werden müssen, „denn die Strafe ist selbst

195

---

ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens.“<sup>168</sup> Die Annahme, dass aus dem von Hegel benannten Kriterium der Gefährlichkeit von Verhaltensweisen für die bürgerliche Gesellschaft die Definition des Verbrechens zu deduzieren ist, wäre allerdings verfehlt. Wie aus den obenstehenden Ausführungen hervorgeht, werden Verbrechen nach Hegel anhand des abstrakten Kriteriums der Verneinung des besonderen und des allgemeinen Willens definiert.<sup>169</sup> Die konkrete (handlungsinterne und -externe<sup>170</sup>) Gefährlichkeit des Verbrechens ist in Hegels Rechtsphilosophie zwar durchaus relevant, jedoch nicht als Platzhalter der Definition des Verbrechens, sondern nur als Indikator der „Größe“ des Verbrechens bzw. als eine das Strafmaß und die Straftat mitbestimmende Variable.<sup>171</sup> Nach Hegel tangiert die Gefährlichkeit der verbrecherischen Handlung das Postulat der Gerechtigkeit oder des Verbrechens an sich nicht, noch setzt es dieses außer Kraft.<sup>172</sup> Die Gefährlichkeit der verbrecherischen Handlung bezieht sich bei Hegel ausschließlich auf deren „Größe“,<sup>173</sup> wobei die mangelnde Sozialgefährlichkeit dazu führen kann, dass ein Verbrechen nicht bestraft werden muss, nicht aber dazu dienen kann, Verhaltensweisen zu Verbrechen hochzustilisieren.

Tatsächlich geht es aber natürlich auch Stratenwerth nicht darum, die Moral- oder Ordnungsvorstellungen der an den Schalthebeln der Macht sitzenden Gruppen mit den Insignien der Allgemeinverbindlichkeit versehen und so der Kritik zu

<sup>166</sup> So bereits *Wohlers* (Fn. 128), S. 137 f.

<sup>167</sup> *Neumann* (Fn. 64), S. 447.

<sup>168</sup> *Hegel* (Fn. 15) § 218 Zusatz; zustimmend *Jakobs* (Fn. 71), 1/23.

<sup>169</sup> Vgl. oben bei Fn. 116.

<sup>170</sup> Vgl. *Merle* (Fn. 4), S. 170.

<sup>171</sup> Vgl. *Reulecke* (Fn. 13), S. 302; *Kleszczewski* (Fn. 40), S. 173 ff.; *Stübinger* (Fn. 2), S. 297.

<sup>172</sup> So auch *Merle* (Fn. 12), S. 99.

<sup>173</sup> Vgl. auch *Stübinger* (Fn. 2), S. 297.

entziehen,<sup>174</sup> sondern im Gegenteil darum, die Diskussion um die Legitimität strafrechtlicher Normen vom – wie er es nennt – Rechtsgutsdogma zu befreien, um so den Weg dafür frei zu machen, „Strafrechtsnormen rational zu begründen“<sup>175</sup>. Der Konzeption Stratenwerths liegt die Erkenntnis zugrunde, dass einerseits das Rechtsgutsdogma letztlich keine Legitimationsbasis aller Deliktstatbestände sein kann: „Eine allumfassende materiale Definition des Rechtsguts ist die Quadratur des Zirkels“<sup>176</sup>, und andererseits die rationale Begründung von Strafbestimmungen streckenweise ausschließlich im Nachweis einer bestimmten elementaren Verhaltensnorm als Minimalkonsens der Gesellschaft geleistet werden kann.<sup>177</sup> Dies ist ohne jegliche Einschränkung als eine überzeugende Analyse des Ist-Zustandes anzuerkennen.<sup>178</sup> Exemplarisch muss Stratenwerth recht gegeben werden, wenn er etwa im Zusammenhang mit § 173 StGB/D konstatiert-

196

---

te, dass die „kritische“ Funktion der Rechtsgutslehre hier völlig versagt“ hat<sup>179</sup> – wobei dieses harsche Verdikt jedenfalls dann berechtigt ist, wenn man von der Rechtsgutstheorie erwartet, dass sie dem gesetzgeberischen Ermessen direkt oder vermittelt durch die Rechtsprechung des BVerfG praktisch wirksam Grenzen setzt. Andererseits kann man sich natürlich auch auf den Standpunkt zurückziehen, dass das BVerfG das in der Rechtsgutstheorie verkörperte kritische Potenzial nicht ausgeschöpft habe, womit sich dann aber die doppelte Kardinalfrage stellt, worin – erstens – dieses Potential konkret besteht und – zweitens – wie weit das BVerfG gehen kann, wenn es darum geht, die Entscheidungen des Gesetzgebers unter Ausschöpfung dieses Potentials zu korrigieren. Die Antwort auf zweite, letztlich staatstheoretische Frage dürfte beispielsweise in der Schweiz deutlich anders ausfallen als in Deutschland.

Der ihm von seinen Kritikern implizit unterstellte Schluss, den Rechtsgutsgedanken generell zu verwerfen, ist ebenfalls nicht Stratenwerths Anliegen, hebt er doch zutreffend hervor, dass es keinen Streit darüber geben kann, dass ohne präzisierende Definitionen der geschützten Rechtsgüter eine sachgerechte Gesetzesinterpretation unmöglich ist.<sup>180</sup> Hat man aber, wie Stratenwerth – und mit ihm die Verfasser dieses Beitrags – gewichtige Zweifel an der das Ermessen des Gesetzgebers beschränkenden Kraft der Rechtsgutstheorie, liegt es tatsächlich nahe, statt einer fortschreitenden Aushöhlung des Rechtsgutsbegriffes nach anderen, die Rechtsgutstheorie wenn schon nicht ersetzenden, dann doch ergänzenden

<sup>174</sup> Vgl. *Wohlers* (Fn. 128), S. 138

<sup>175</sup> *Stratenwerth* (Fn. 164), S. 165

<sup>176</sup> *Stratenwerth* (Fn. 124), S. 388.

<sup>177</sup> Vgl. *Stratenwerth* (Fn. 124), S. 389 f.

<sup>178</sup> Vgl. *Wohlers* (Fn. 128), S. 137.

<sup>179</sup> *Stratenwerth* (Fn. 164), S. 163.

<sup>180</sup> Vgl. *Stratenwerth* (Fn. 124), S. 388.

Leitkriterien zu suchen. Stratenwerth selbst macht diesbezüglich allerdings keine konkreten Angebote. Eine Befassung mit den der Rechtsgutstheorie funktional entsprechenden Konzeptionen aus dem angloamerikanischen Rechtskreis<sup>181</sup> könnte in dieser Hinsicht aber weiter helfen: John Stuart Mills „Harm Principle“<sup>182</sup> und dessen Weiterentwicklung und Erweiterung durch Joel Feinberg und Andrew von Hirsch um ein Belästigungsprinzip („Offence Principle“)<sup>183</sup> oder auch H.L.A Harts Konzeption des Paternalismus<sup>184</sup>, bieten Perspektiven, die von Stratenwerth monierten Mängel des „Rechtsgutsdogmas“ wenigstens teil-

197

---

weise beheben zu können.<sup>185</sup> Anzumerken bleibt allerdings, dass man sich natürlich auch von diesen Ansätzen keine einwandfreien Letztbegründungen staatlicher Strafe oder auch nur klare Abgrenzungskriterien für den legitimen Anwendungsbereich des Strafrecht einerseits und des Zivilrechts und des sonstigen öffentlichen Rechts andererseits erhoffen darf.<sup>186</sup> Deutlich ist vor allem aber auch, dass sowohl Mill wie auch Feinberg und von Hirsch diejenigen enttäuschen werden, die bei ihnen die Rechtfertigung des Schutzes der Sitten bzw. der Moral als *exklusiven* Kriminalisierungsgrund suchen.<sup>187</sup>

Der vorläufig nicht zu erwartende dogmatische Konsens hinsichtlich der materiellen Kriterien zur Bestimmung strafrechtlich schützenswerter Rechtsgüter bzw. zur Feststellung strafwürdiger Verhaltensweisen, ruft auch Amelungs Ausführungen zu einer prozeduralen Lösung in Erinnerung:

„Wer meint, dass die irrationalen Einflüsse auf die Strafgesetzgebung durch eine rechtsstaatliche Verfassung wie das Grundgesetz nicht hinreichend in Schach zu halten sind, sollte deshalb aber die Probleme der Wertfindung in der pluralistischen Gesellschaft nicht leugnen. Vielmehr sollte er den eingeschlagenen Weg zu ihrer

<sup>181</sup> Vgl. dazu auch die oben in Fn. 121 angeführte Literatur.

<sup>182</sup> Mill, *On liberty* (1859); deutsche Übersetzung: John Stuart Mill, *Über die Freiheit*, Reclam Universalbibliothek Nr. 3491, Stuttgart 1974.

<sup>183</sup> Vgl. Feinberg (Fn. 121), *Offense*, passim; vgl. auch von Hirsch (Fn. 44), S. 109 ff..

<sup>184</sup> Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford 1963, S. 31. Zum Paternalismus im Strafrecht vgl. auch die Beiträge in *Anderheiden et al.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht – In memoriam Angela Augustin (1968–2004)*, Tübingen 2006. Vgl. dazu *Wohlers/Went*, *Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen, dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht: Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten (Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik, Bd. 1)*, Baden-Baden 2010, S. 289–322, passim.

<sup>185</sup> Vgl. von Hirsch, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.) (Fn. 123), S. 13, 16 ff.

<sup>186</sup> Vgl. Seelmann (Fn. 134), S. 261 ff.; zu Mill vgl. *Wohlers* (Fn. 7), S. 255.

<sup>187</sup> Siehe von Hirsch (Fn. 185), S. 14 m.w.N.

Überwindung durch Entscheidungsverfahren konsequent weiter gehen und für eine Ausdehnung des Strafrechts qualifizierte Mehrheiten fordern – leuchtet es doch ohnehin nicht sofort ein, dass die Repräsentanten von 50,01 % der Bevölkerung dazu ermächtigt sind, einen Menschen mit einem ehrenrührigen Vorwurf zu überziehen, ihm seine Freiheit zu nehmen und ihn womöglich umzuerziehen, weil er etwas tat, was 49,99 % der Bevölkerung für zulässig halten.<sup>188</sup>

Dieser Ansatz – dessen Umsetzung wegen seines staatsrechtlichen Einschlags in der Schweiz wiederum durchaus anders aussehen dürfte als in Deutschland – kann an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden; festzuhalten bleibt aber, dass er als Ergänzung materieller Kriterien gewiss seine Berechtigung haben dürfte.

#### V. Die Bestimmung der angemessenen Strafart und -höhe

Während Kant nach der vorherrschend vertretenen Auffassung in der Frage nach der angemessenen Strafart und -höhe nicht über das althergebrachte Talionsprinzip hinausgelangt ist,<sup>189</sup> liegt ein allgemein anerkanntes Verdienst Hegels darin,

198

---

dass er – in den Worten Claus Roxins – „das praktisch undurchführbare Talionsprinzip durch den Gedanken der Wertgleichheit von Verbrechen und Strafe ersetzt“ hat.<sup>190</sup> Abgesehen von einer nicht ganz systemkonformen Ausnahme für Mord, auf den auch nach Hegel „notwendig die Todesstrafe steht“,<sup>191</sup> kann die Frage, wie ein konkretes Verbrechen zu bestrafen ist, seiner Auffassung nach nicht anhand absoluter, aus dem Begriff der Strafe und Strafgerechtigkeit folgender Maßstäbe entschieden werden.<sup>192</sup> Strafmaß und -höhe lassen sich seiner Auffassung nach „nicht vernünftig bestimmen noch durch die Anwendung einer aus dem Begriffe herkommenden Bestimmtheit entscheiden“.<sup>193</sup> Vielmehr bedürfe es positiver Bestimmungen, deren Ausgestaltung wiederum durch die gesellschaftlichen Umstände bestimmt wird.<sup>194</sup>

<sup>188</sup> Amelung (Fn. 126), S. 164.

<sup>189</sup> Vgl. Jakobs (Fn. 71), 1/19; Flechtheim (Fn. 33), S. 19; relativierend Höffe (Fn. 5), S. 226 f.; a.A. Merle (Fn. 12), S. 47 f. Tatsächlich fordert Kant: „Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) [...] kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben“ (Kant [Fn. 8], S. 454). Doch räumt er ein, dass die Wiedervergeltung nicht immer „nach dem Buchstaben möglich“ sei (Kant [Fn. 8], S. 454) und das Wiedervergeltungsprinzip in diesen Fällen „der Wirkung nach“ Geltung habe (Kant [Fn. 8], S. 454). Ausserdem plädiert Kant in verschiedenen Fällen für andere als symmetrische Strafen, vgl. die Nachweise bei Höffe (Fn. 5), S. 226 ff.

<sup>190</sup> Roxin (Fn. 5), § 3 Rn. 4; vgl. auch Jakobs (Fn. 71), 1/21.

<sup>191</sup> Hegel (Fn. 15), § 101 Zusatz; vgl. auch Fn. 33.

<sup>192</sup> Vgl. Hegel (Fn. 15) § 101 sowie § 214.

<sup>193</sup> Hegel (Fn. 15), § 214.

<sup>194</sup> Hegel (Fn. 15), § 96 Zusatz.

Wenn man diese Ausführungen für überzeugend erachtet, stellt sich natürlich die Frage, anhand welcher Kriterien bestimmt werden kann und soll, welche spezifische Straftat und -höhe – selbst innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Strafrahmens – einer bestimmten Straftat angemessen ist. Auch die in der Praxis geradezu gebetsmühlenartig verwendete Formulierung von der „tat- und schuldangemessenen Strafe“ kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass wir derartige Kriterien letzten Endes nicht haben. Dass das Schuldprinzip – wie z.B. Roxin meint<sup>195</sup> – ein Maßprinzip für die Höhe der Strafe liefert, sehen wir offen gestanden nicht: Wer würde es ernsthaft wagen zu behaupten, in der Lage zu sein, die einer konkreten Tat angemessene Schuld exakt zu bestimmen und dann – auf welchem Weg auch immer – in bestimmte Strafeinheiten umrechnen zu können?<sup>196</sup> Eher zutreffend dürfte diesbezüglich der in der Schweizer Literatur vertretende Standpunkt sein, wonach die Strafzumessung zu den schwierigsten und auch am schlechtesten gelösten richterlichen Aufgaben gehört<sup>197</sup> oder gar – so

199

---

Stooss – die Strafzumessung eine „ungemein schwierige, ja geradezu peinliche Aufgabe für den Richter“ sei.<sup>198</sup> Tatsächlich ist heute im Hinblick auf die einschlägige empirische Evidenz<sup>199</sup> letztlich unumstritten, dass sich die Strafzumessungsdogmatik stark von der Strafzumessungspraxis unterscheidet.<sup>200</sup> Die These, dass der Strafzumessungstheorie letzten Endes keine bessere Rolle zukommt, als „die Blöße der Strafzumessung zu bedecken“<sup>201</sup>, oder sie gar „als Blendwerk zur

<sup>195</sup> Roxin (Fn. 5), § 3 Rn. 7.

<sup>196</sup> Zu den in der Dogmatik heftig kritisierten, streng mathematischen Strafzumessungsmodellen (der sogenannten Pönometrie) vgl. Hauser, Die Verknüpfungproblematik in der Strafzumessung, Freiburg 1985, S. 36 ff. Uphoff, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, Aachen 1998, S. 35 ff., 228; Kiener, Den Tarif durchgeben? Die zahlenmässige Gewichtung von Strafzumessungsfaktoren als Mittel zur Herstellung von Vergleichbarkeit und Transparenz, dargestellt anhand ausgewählter Delikte mittlerer und schwerer Kriminalität, ZStrR 125 (2007), S. 351–382, S. 359 ff.

<sup>197</sup> Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 47 Rn. 5; Schaffhauser, Übersicht über die straf- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strassenverkehrsgesetz (März bis September 1997), AJP/PJA 1997, S. 1574–1585, S. 1581 f.; Jositsch/Bischoff, Das Abgekürzte Verfahren gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 429–440, S. 436.

<sup>198</sup> Siehe Stooss, Zur Reform der Geldstrafe, ZStrR 30 (1917), S. 87–107, S. 94.

<sup>199</sup> Vgl. die Nachweise bei Kunz, Überlegungen zur Strafzumessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, in: Kielewein (Hrsg.), Entwicklungen der Kriminologie, Köln 1985, S. 28–45, S. 29.

<sup>200</sup> Vgl. Hauser (Fn. 196), S. 16 f.

<sup>201</sup> Bruns, Strafzumessungsrecht – Gesamtdarstellung, 2. Aufl. Köln 1974, S. 616.

revisionssicheren Darstellung einer von *verborgenen* Gründen getragenen Strafbemessung<sup>202</sup> dient, mag zwar polemisch formuliert sein, weniger zutreffend ist sie deswegen nicht. Auch wenn Strafzumessung in der heutigen Zeit nicht mehr als Ausdruck freien richterlichen Ermessens, sondern als ein „Akt rechtlich gebundenen Ermessens“<sup>203</sup> aufgefasst wird, ändert dies nichts daran, dass es eine exakte Methode für die Umsetzung des Maßes der Schuld in das der Strafe nicht gibt – und wohl auch nicht geben kann.<sup>204</sup>

Gerade weil bei der Bemessung der Strafe ein Rest an Irrationalität gar nicht zu vermeiden ist,<sup>205</sup> wäre es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber dem Richter nicht mit einer stetig wachsenden Spannbreite von Sanktionsmöglichkeiten und Strafrahmen immer mehr Freiraum einräumen würde – und damit gleichzeitig auch stets mehr Verantwortung auf ihn abschieben würde<sup>206</sup> –, wie dies aber z.B. bei der letzten großen Reform des schweizerischen StGB geschehen ist.<sup>207</sup> Es ist kaum anzunehmen, dass Strafrahmen, die etwa bei Mord, begangen im Zustand verminderter Schuldfähigkeit von Lebenslänglich bis zu einem Franken Busse reichen, mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zu vereinbaren sind. Natürlich kann

200

---

man darauf vertrauen, dass die Gerichtspraxis über kurz oder lang zu angemessenen Straftaxen kommen wird. Aber auch abgesehen davon, dass die Gefahr besteht, dass sich aufgrund des grossen Spielraums lokal unterschiedliche Straftaxen einspielen – übertragen auf die Situation in Deutschland wären dies das Süd-Nord-Gefälle in der Strafzumessungspraxis<sup>208</sup> und in der Schweiz die entsprechenden kantonalen Divergenzen –, kann und muss man sich ernsthaft fragen, ob der Gesetzgeber im Hinblick auf Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und wohl auch die

<sup>202</sup> Kunz (Fn. 199), S. 30 (Hervorhebung im Original).

<sup>203</sup> Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. Berlin 2009, S. 142.

<sup>204</sup> Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl. Bern 2006, § 6 Rn. 78.

<sup>205</sup> Stratenwerth (Fn. 204), § 6 Rn. 5.

<sup>206</sup> Vgl. Weigend, Richtlinien für die Strafzumessung, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988, S. 579–602, S. 583.

<sup>207</sup> Mit der in dieser Reform (freilich ohne Leitlinien auf gesetzgeberischer Stufe zur praktischen Anwendung) eingeführten Möglichkeit der auch teilbedingt und in verschiedensten Kombinationen zu erlassenden Strafen, handelte sich die Schweiz in der Literatur das aus der Perspektive der Rechtssicherheit fragwürdige Prädikat der „Weltmeisterin der Disziplin „Variationsbreite bei Strafen““ ein, siehe Heine, Das neue Strafsystem im Spiegel der Rechtsprechung: blechen oder schwitzen statt sitzen – gegebenenfalls gemischt!, Recht 2009, S. 1–26, S. 3. Zur Verbundstrafe vgl. auch Imfeld, Variatio delectat? Die neue Verbundstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, ZStrR 126 (2008), S. 41–68.

<sup>208</sup> Vgl. Bielefeld/Prinz, Das neue Sanktionssystem bei Steuerhinterziehung – Strafmasstabellen Adé?, StB (4) 2009, S. 112–117, S. 113 Fn. 5.

Verfahrensökonomie nicht besser daran täte, dem Richter ein System an die Hand zu geben, das mehr und bessere Leitlinien zur Verfügung stellt.

Trotz eines dogmatischen Konsenses zur Notwendigkeit einer Zurückdrängung irrationaler Einflüsse auf die Strafzumessung,<sup>209</sup> stößt der Gedanke der Strafzumessungsrichtlinien in der schweizerischen und auch der deutschen Lehre traditionell auf Widerstand.<sup>210</sup> Rechtsrichtigkeit und damit die Durchsetzung der dogmatischen Strafzumessungslehre, wird im deutschen Rechtskreis, im Gegensatz etwa zur Situation in den Vereinigten Staaten, traditionell schwerer gewichtet als Rechtsgleichheit.<sup>211</sup> Während sich dort auf Ebene des Bundes sowie in etwa der Hälfte der Bundesstaaten sogenannte „Sentencing Guidelines“ mit starkem Einfluss auf die Strafzumessung etabliert haben,<sup>212</sup> steht die hiesige Dogmatik dieser Entwicklung mit dem Argument, dass die einzelfallbezogene Rechtsrichtigkeit nicht mit Strafzumessungsrichtlinien erreicht werden könne und sie dem gesetzlich verbürgten<sup>213</sup>, tatrichterlichen Ermessen im Einzelfall im Wege stehe, herkömmlich skeptisch gegenüber.<sup>214</sup>

Dessen ungeachtet wird die besagte Lücke in der Praxis auch im deutschen Rechtskreis gefüllt. In der Schweiz geschieht dies nicht nur mittels Leitlinien der Strafverfolgungsbehörden<sup>215</sup> oder bundesrechtlichen Straftaxkatalogen für ge-

---

<sup>209</sup> Vgl. *Hauser* (Fn. 196), S. 5 m.N.

<sup>210</sup> Vgl. *Hauser* (Fn. 196), S. 17 m.w.N.; *Uphoff* (Fn. 196), S. 224 ff. m.w.N.

<sup>211</sup> Vgl. *Uphoff* (Fn. 196), S. 225 ff.

<sup>212</sup> Siehe dazu *Uphoff* (Fn. 196), 121 ff.; *von Hirsch*, *Doing Justice*, Boston 1976, S. 98 ff., 132 ff.; *ders.*, *Past or Future Crimes*, Manchester 1985, S. 19 ff.; *Bommer*, *Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich*, *ZStrR* 128 (2009) II, S. 5–124, S. 63 ff. Die „Federal Sentencing Guidelines“ galten bis zur Booker-Entscheidung (United States v. Booker, 543 U.S. 220, 125 S.Ct. 738, 160 L.Ed.2d 621, [2005]) als bindend, seither gelten sie als „advisory“, also als „beratende“ und damit unverbindliche Richtlinien.

<sup>213</sup> Für die Schweiz Art. 47 Abs. 2 StGB/CH und für Deutschland § 46 Abs. 2 StGB/D.

<sup>214</sup> Vgl. *Albrecht*, *Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?*, *ZStrR* 116 (1998), S. 418–430, S. 418; *Kiener* (Fn. 196), S. 361; *Franke*, in: *Joecks* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, München 2003, § 46 Rn. 19; siehe auch die in Fn. 210 genannte Literatur.

<sup>215</sup> Vgl. beispielsweise die Empfehlungen zur Strafzumessung der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (siehe [http://www.ksbs-caps.ch/pages\\_d/empfehlungen\\_d.htm](http://www.ksbs-caps.ch/pages_d/empfehlungen_d.htm)) bzgl. des Strassenverkehrsrechts, des Ausländer- und Betäubungsmittelstrafrechts; vgl. ferner Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, *Strafmasseempfehlungen* vom 8. November 2006 in der Fassung vom 24. Januar 2008; *Weisungen und Anleitungen der Staatsanwaltschaft St. Gallen für die Untersuchungsorgane („St. Galler Richtlinie“)*; *Richtlinien für die Strafzumessung bei Ausschreitungen bei Sportveranstaltungen*, Staatsanwaltschaft St. Gallen und dazu *Merki*, *Hooligans in allen Kantonen gleich bestrafen*, *NZZ* v. 19.10.2009, Nr. 242, S. 9.

wisse Gebiete der Massendelinquenz.<sup>216</sup> Auch verschiedene, in der Fachliteratur publizierte Strafzumessungsmodelle<sup>217</sup> und Richtlinien von Richterverbänden<sup>218</sup> haben verbreitet Eingang in die Spruchpraxis gefunden. Das Bundesgericht hat die Praxis der Verwendung von „derartigen Straftaxen“ als unverbindliche „Orientierungshilfe“ unter dem Vorbehalt weder starrer noch schematischer Anwendung in ständiger Rechtsprechung gutgeheißen.<sup>219</sup> Ebenso sind in Deutschland unter Strafverfolgungsbehörden und Richtern zwar keine bindenden Straftaxen, aber doch unverbindliche Strafempfehlungen und Strafmaßtabellen mit Bezug auf Massendelikte im Umlauf.<sup>220</sup>

Der dogmatische Widerstand dagegen, das richterliche Strafzumessungsermessens mittels Strafzumessungsempfehlungen oder -taxen einzuschränken, scheint in jüngerer Zeit sowohl in Deutschland, vor allem aber auch in der Schweiz zu schwinden.<sup>221</sup> Tatsächlich haben auch die Verfasser gegen Strafzumessungsrichtlinien wenig einzuwenden<sup>222</sup> – nicht nur auf dem Gebiet der Massendelinquenz und der Bagatelldelikte, sondern auch bei Formen schwererer Kriminalität.<sup>223</sup> Dass Strafzumessungsempfehlungen regelmäßig noch nicht von staatlicher Seite stammen, aber unter dem Siegel der Verschwiegenheit von

202

---

<sup>216</sup> Z.B. Ordnungsbussenverordnung vom 4. März 1996 (OBV), SR 741.031.

<sup>217</sup> Etwa die „Tabelle Hansjakob“: *Hansjakob*, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen – eine Umfrage der KSBS, ZStrR 115 (1997), S. 233–248, S. 239 ff. oder das „Modell Frei/Ranzoni“: *Frei/Ranzoni*, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 1995, S. 1439–1444, S. 1441 ff.

<sup>218</sup> Z.B. Beschluss des Verbandes Bernischer Richter und Richterinnen (VBR) und dazu *Heine* (Fn. 207), S.

<sup>219</sup> BGer vom 28.2.1996, 6S.769/1995; BGer vom 9.9.1996, 6S.560/1996; BGer vom 1.4.2001, 6P.18/2001; BGer vom 3.2.2005, 6S.350/2004.

<sup>220</sup> Vgl. *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. München 2008, Teil 3 Rn. 486 und Teil 8 Rn. 1046 f.

<sup>221</sup> Strafzumessungsrichtlinien, -empfehlungen oder Straftaxen befürworten etwa *Kiener* (Fn. 196), S. 361 f.; *Kunz* (Fn. 199), S. 29; *Killias*, De la difficulté de quantifier la fixation de la peine, in: *Schmid/Killias* (Hrsg.), Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Gauthier, ZStrR 114 (1996), S. 33–53, S. 33; *Weigend* (Fn. 206), S. 579 ff.; *Bruns* (Fn. 201), S. 96 f.; eher zurückhaltend auch *Stratenwerth* (Fn. 204), § 7 Rn. 79.

<sup>222</sup> Vgl. auch bereits *Wohlens*, Handeln trotz Nichtwissen. Androhung und Verhängung strafrechtlicher Sanktionen, in: *Guggerli/Hagner/Sarasin/Tanner* (Hrsg.), Nach Feierabend, Zürcher Jahrbuch für Wissensgeschichte 5, Nicht-Wissen, Zürich 2009, S. 145–165, S. 155

<sup>223</sup> So auch *Killias* (Fn. 221), S. 49 ff. Die bevorstehende Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts könnte sich diesbezüglich auch begünstigend auswirken, zumal künftig keine strukturellen Divergenzen bei den kantonalen Strafgerichtsorganisation mehr zu berücksichtigen sind.

Richter zu Richter gereicht werden, ist wenig zuträglich. Publierte Strafzumessungsempfehlungen von offizieller Seite<sup>224</sup> haben den Vorteil, die Rechtsprechung nachvollziehbarer und rechtsgleicher zu gestalten. Bei einer „verwirrende[n] Vielfalt der Möglichkeiten“<sup>225</sup>, einer wahren „embarras de choix“<sup>226</sup> sind sie vielleicht gar unentbehrlich.

203

---

<sup>224</sup> Siehe z.B. auch die in den Niederlanden seit 1998 bestehenden unverbindlichen (publizierten) Strafzumessungsrichtlinien („Oriëntatiepunten straftoemeting“) der niederländischen Konferenz der Strafgerichte (LOV) zu diversen, auch schweren Straftatbeständen: <http://rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/31A02840-A2D1-451F-A3D7-BDB2FB996CCE/0/OriëntatiepuntenenafsprakenLOVS.pdf>.

<sup>225</sup> *Imfeld* (Fn. 207), S. 42.

<sup>226</sup> *Killias*, Eine unlösbare Aufgabe: die korrekte Bemessung der Geldstrafe im Gerichtssaal, in: *Tag/Hauri* (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich 2006, S. 105–118, S. 106.