

Gedächtnisschrift für Rolf Keller

Herausgegeben von
DEN STRAFRECHTSPROFESSOREN
DER TÜBINGER JURISTENFAKULTÄT
UND DEM JUSTIZMINISTERIUM

Mohr Siebeck

Gedächtnisschrift
für Rolf Keller



Gedächtnisschrift für Rolf Keller

Herausgegeben von
den Strafrechtsprofessoren
der Tübinger Juristenfakultät
und vom
Justizministerium
Baden-Württemberg

Mohr Siebeck

ISBN 3-16-147750-2 / eISBN 978-3-16-162865-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

Vorwort

Am 11. September 1998 ist *Rolf Keller*, Ministerialdirektor beim Justizministerium Baden-Württemberg und Honorarprofessor für Strafrecht an der Tübinger Juristenfakultät, nach langer schwerer Krankheit verstorben. Seinem ehrenden Andenken widmen Freunde und Kollegen ihre Beiträge in dieser Gedächtnisschrift. Die Themen reichen von der Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Biomedizin über die Strafrechtstheorie, die Allgemeinen und Besonderen Lehren des Strafrechts, den Strafprozess und das Strafprozessrecht bis hin zur forensischen Praxis und Rechtspolitik. Sie spiegeln damit die vielfältigen Aktivitäten des Verstorbenen in Praxis und Forschung wider.

Dem Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) danken die Herausgeber für die verlegerische Betreuung, der Leonberger Kreiszeitung für die Freigabe des Porträtfotos des Verstorbenen.

Tübingen und Stuttgart, im Oktober 2002

Die Herausgeber

Inhalt

Vorwort	V
<i>Ulrich Goll</i>	
Geleitwort	XI
<i>Theodor Lenckner</i>	
Worte des Gedenkens am Grab von Prof. Dr. Rolf Keller	XVII
<i>Karsten Altenhain</i>	
Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach	1
<i>Albin Eser/Hans-Georg Koch</i>	
Rechtsprobleme biomedinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive – Zur Reformdiskussion um das deutsche Embryonen- schutzgesetz	15
<i>Hans-Ludwig Günther</i>	
Fremdnützige Verwendung menschlicher Embryonen?	37
<i>Volker Haas</i>	
Zur Verbindlichkeit und Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen . . .	45
<i>Richard Haase</i>	
Sodomie in der hethitischen Rechtssatzung	75
<i>Fritjof Haft/Jörg Eisele</i>	
Wie wirkt sich ein error in persona des Haupttäters auf den Gehilfen aus?	81
<i>Bernd Heinrich</i>	
Die Problematik der Modifikation von Vorschriften des Strafgesetz- buches durch Nebengesetze	103

Peter Kaiser

Die Entschlüsselung des Menschlichen Genoms	125
---	-----

Jürgen Kuckein

Zur Beschwer des Angeklagten bei einem Freispruch wegen Schuldunfähigkeit	137
--	-----

Theodor Lenckner

Zur Strafgesetzgebung unserer Zeit: Der zu neuem Leben erweckte § 127 StGB	151
---	-----

Wolfgang Mitsch

Verkehrsunfallflucht und Irrtum	165
---	-----

Johannes Reiter

Menschliche Grundhaltungen	179
--------------------------------------	-----

Joachim Renzikowski

Faires Verfahren bei rechtswidriger Tatprovokation? Zum Einfluß der MRK auf das deutsche Recht	197
---	-----

Dieter Rössner

Die unverzichtbaren Aufgaben des Strafrechts im System der Verhaltens- kontrolle. Elemente einer interkulturellen Strafrechtstheorie	213
---	-----

Thomas Schäuble/Dieter Schneider

Steigende Jugendkriminalität – eine Herausforderung nicht nur für Justiz und Polizei	227
---	-----

Martin Schairer

Das »Haus des Jugendrechts« in Stuttgart – Modellprojekt einer ganzheitlichen behördenübergreifenden Zusammenarbeit	253
--	-----

Michael Steindorfner

Modernisierung der Justiz des Landes Baden-Württemberg – Neue Steuerungsinstrumente und richterliche Unabhängigkeit	271
--	-----

Detlev Sternberg-Lieben

§ 228 StGB: eine nicht nur überflüssige Regelung	289
--	-----

Joachim Vogel

Betrug durch konkludente Täuschung: »Recht auf Wahrheit« oder kommunikative Verkehrssicherungspflichten?	313
---	-----

Ulrich Weber

Auswirkungen der Gesetzgebung zur gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft im Strafrecht	325
---	-----

Axel Wendler

Argumente für eine Ersetzung des in der Aussagenanalyse gebräuchlichen Terminus »Fantasie-Signal« durch die Bezeichnung »Warn-Signal«	341
---	-----

Verzeichnis der wichtigsten Publikationen von Rolf Keller	361
---	-----

Verzeichnis der Autoren	365
-----------------------------------	-----

Geleitwort

von

Ulrich Goll

Im Gedenken an Gustav Radbruch schrieb Gustav Heinemann einst:

»Die Einladung, ein Geleitwort zu der Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch zu schreiben, habe ich dankbar angenommen. Ehren wir doch in Gustav Radbruch nicht allein den Wissenschaftler, sondern auch den Rechtspolitiker (...). Eine Betrachtungsweise, die Radbruch nur als Wissenschaftler oder nur als Politiker sieht, wird ihm nicht gerecht. Hinter Radbruchs wissenschaftlichen Äußerungen wie hinter seinem politischen Wirken wird das Bild eines Menschen deutlich, der juristischer Skepsis, politischem Engagement und sozialer Solidarität gleichermaßen verbunden war ...«

Eine Würdigung Rolf Kellers könnte mit annähernd den selben Worten beginnen, verbindet beide Persönlichkeiten doch die außergewöhnlich geglückte Verknüpfung von Wissenschaft und Praxis, wobei jeder die Akzente seinem Amt entsprechend anders setzte: Gustav Radbruch als Justizminister mit stärkerer Betonung der rechtspolitischen Aspekte, Rolf Keller hingegen als hoher Repräsentant der Justiz und Justizverwaltung eher auf rechtspraktische Gesichtspunkte konzentriert.

So würdigen wir auch in Rolf Keller nicht allein den Wissenschaftler, sondern ebenso den Lenker und Leiter einer Justizverwaltung sowie den Justizpraktiker von außergewöhnlichem Rang. Rolf Keller war ein Mensch, dessen wissenschaftliche und justizpolitische Tätigkeit getragen war von klaren ethischen Wertvorstellungen, dessen Engagement für verbesserte Rahmenbedingungen für die Arbeit der Gerichte und Staatsanwaltschaften auf persönlicher Fürsorge beruhte und dessen ganzes Wirken letztlich Ausdruck einer Grundhaltung menschlicher Solidarität war.

Der Tod, der Rolf Keller mitten aus seinem Lebenswerk riss, hat ihn am 11. September 1998 von einem langen und schweren Leiden erlöst, das er mit bewundernswertem Mut und unglaublicher Stärke klaglos ertragen hat. Als ich Rolf Keller nach meinem Amtsantritt als Justizminister des Landes Baden-Württemberg im Jahr 1996 als »meinen« Ministerialdirektor begrüßen durfte, deutete vieles darauf hin, dass die tückische Krankheit – belastender Begleiter der Monate zuvor – überwunden sei. Energie, Optimismus, Freude auf die kommenden Jahre der Arbeit und des Forschens, die ihm noch vergönnt sein würden, waren der prägende Eindruck der Gespräche und Begegnungen, die ich mit ihm führen

konnte, bevor sich die Krankheit im Laufe des Jahres 1997 zurückmeldete und allen Plänen ein jähes Ende setzte.

Der Rückblick auf Leben und Werk unseres Freundes Rolf Keller ist schmerzlich, weil er bewusst macht, wie viel er der Wissenschaft und der Justiz des Landes noch hätte geben können. Er erfüllt aber auch mit Dankbarkeit, weil deutlich wird, wie vieles von dem, was er geschaffen hat, bleiben und fortwirken wird.

Wenn ich im Folgenden noch einmal kurz die Spuren skizziere, die er in seinem beruflichen Leben hinterlassen hat, sei es mir nachgesehen, dass ich den Schwerpunkt auf sein Wirken in Justizverwaltung und Justizpraxis lege. Sein wissenschaftliches Werk soll an anderer Stelle und aus berufenerem Munde nachgezeichnet werden.

Rolf Keller war bei seinem Ableben der Ministerialdirektor des Justizministeriums und damit als mein Vertreter höchster Repräsentant der Justizverwaltung in Baden-Württemberg. Vom ersten Tag an war er mir ein unentbehrlicher Ratgeber. Je mehr ich ihn kennen lernen durfte, desto mehr war ich beeindruckt von der Breite und Tiefe seiner Bildung und seines Wissens, von seiner weltläufigen Lebens- und Berufserfahrung, von seinem Ideenreichtum und seiner Gestaltungskraft. Er agierte mit der Souveränität eines Mannes, der auf dem Höhepunkt seines Könnens und seiner Kraft ist. Das höchste Amt in der Justizverwaltung des Landes, das er seit Mitte 1995 begleitete, war indessen nur die Krönung einer von Vielseitigkeit geprägten und erfüllten Justizkarriere.

Nach ersten Stationen bei Gericht und Staatsanwaltschaft machte Rolf Keller erstmals ab 1967 als Organisationsreferent des Justizministeriums mit der Umsetzung von zwei zukunftsweisenden Projekten auf sich und sein Verwaltungstalent aufmerksam: Die Neuordnung der Gerichtsbezirke im Zuge der Gemeindereform und die Einführung elektronischer Datenverarbeitung in der Justiz. Er plante und organisierte diese schwierigen Projekte mit großem Geschick und Einfühlungsvermögen. Bis heute zieht die Justiz des Landes aus diesem frühen beruflichen Werk von Rolf Keller nachhaltigen Nutzen.

Seine Neigung zum Strafrecht, die auch seinen weiteren Werdegang prägen sollte, konnte Rolf Keller ab dem Jahr 1978 mit seinen beruflichen Aufgaben verbinden, nachdem er in die Strafrechtsabteilung des Justizministeriums gewechselt war. Sein erstes Führungsamt außerhalb des Ministeriums übernahm er im November 1981. Er wurde Leitender Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart. Dank seiner herausragenden Fachkompetenz und seiner natürlichen Autorität war er der größten Staatsanwaltschaft des Landes knapp drei Jahre lang ein in höchstem Maße geschätzter und souveräner Chef, bevor er im Sommer 1984 als Leiter der Strafrechtsabteilung ins Justizministerium zurückkehrte. Er stellte sich damit einer Aufgabe, die neben hoher fachlich-juristischer Kompetenz, neben genauer Kenntnis der Justiz und ihrer Abläufe, neben Führungskraft und Durchsetzungsvermögen vor allem auch Aufgeschlossenheit für neue rechtspolitische Entwicklungen sowie ganz besonders herausragende Fähigkeiten zur

rechtlichen Durchdringung und Gestaltung überaus komplexer und bedeutender Rechtsmaterien erforderte.

In seiner über neunjährigen Amtszeit als Leiter der Strafrechtsabteilung hat Rolf Keller eindrucksvoll gezeigt, dass er als Experte auf dem Gebiet des Strafrechts über Kenntnisse und Fähigkeiten in so hohem Maße verfügte, dass er sich weit über Baden-Württemberg hinaus einen Namen machen konnte. In bemerkenswerten Ausarbeitungen zu den rechtspolitischen Grundfragen unserer Zeit leistete er ebenso Herausragendes wie in dem mit großem Engagement und außerordentlichem Einsatz betriebenen Alltagsgeschäft der Strafrechtsabteilung mit allen Problemen der Dienstaufsicht über die Staatsanwaltschaften des Landes, den Fragen des Straf- und Strafverfahrensrechts sowie des Gnadenrechts. Rolf Keller konnte sein Geschick, unterschiedliche Interessen zusammenzuführen und auf ein gemeinsames Ziel hin zu bündeln, unter Beweis stellen – ein Geschick, das ich später, als ich ihm persönlich begegnet bin, auch immer wieder bewundert habe.

Auf seine Initiative ging ganz wesentlich das Zustandekommen und der Inhalt der Richtlinien für die Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei und die Verwaltungsvorschrift über die Zusammenarbeit der Umweltschutzbehörden mit den Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung von Umweltdelikten zurück. Ihm war es stets ein besonderes Anliegen, dass alle an der Strafverfolgung Beteiligten im Interesse bestmöglicher Ergebnisse gut zusammenarbeiten. Er pflegte deshalb auf vielerlei Ebenen den Kontakt zur Polizei.

Kellers Tätigkeit als Leiter der Strafrechtsabteilung des Justizministeriums prägte sein wissenschaftliches Wirken wesentlich. Umgekehrt blieben seine wissenschaftlichen Aktivitäten nicht ohne Einfluss auf seine Arbeit im Justizministerium. Diese Wechselwirkung zwischen Wissenschaft und Justizpolitik wird gerade bei dem Thema »Humangenetik« deutlich: Keller übernahm die Leitung der Strafrechtsabteilung in einer Zeit der öffentlichen Diskussion über neue Methoden der Fortpflanzungsmedizin und Reproduktionsbiologie, namentlich der In-Vitro-Fertilisation und Genomanalyse. Baden-Württemberg stellte sich zu einem sehr frühen Zeitpunkt der hierdurch entstehenden rechtspolitischen Herausforderung, Missbrauch zu verhindern, ohne sich wissenschaftlichem Fortschritt zu verschließen. Wertvolle Impulse gingen von einem Symposium zum Thema »Gentechnologie und Recht« aus, welches das Justizministerium 1984 unter maßgeblicher Beteiligung Rolf Kellers veranstaltete.

Auch im Bereich der Gesetzgebung hinterließ Rolf Keller Spuren: Unter Federführung des Justizministeriums brachte die Landesregierung im Sommer 1985 eine Initiative gegen Missbräuche bei der extrakorporalen Befruchtung in den Bundesrat ein, welche seine Handschrift trug. Sie war ein wichtiger Anstoß für die Ausarbeitung des Embryonenschutzgesetzes, an welchem Rolf Keller prägend mitwirkte und das er gemeinsam mit Hans-Ludwig Günther und Peter Kaiser in einem viel beachteten Werk kommentierte. Dank seines besonderen Inter-

esses an ethischen und medizinrechtlichen Fragen war Rolf Keller einer der Pioniere auf diesem Terrain juristischen Neulands. Die aktuelle Wertediskussion in Politik und Gesellschaft um die sogenannte Präimplantationsdiagnostik verdeutlicht nur den Blick des Vordenkers Rolf Keller für die Notwendigkeit gesellschaftlicher Leitentscheidungen, die durch moderne technische Entwicklungen unumgänglich werden.

Augenmaß auf der einen und Ideenreichtum auf der anderen Seite in allen rechtspolitischen Fragen sind Markenzeichen des auch von meinen Vorgängern hoch geschätzten Beraters Rolf Keller. Zu weiteren Gesetzesvorhaben, die er mit seinen kreativen Beiträgen maßgeblich mitgestaltet hat, zählen das »Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und andere Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität« sowie das »Gentechnikgesetz«.

Als Leiter der Strafrechtsabteilung engagierte sich Rolf Keller auch in einem Bereich, in dem Wissenschaft und Justiz besonders eng zusammenwirken, dessen Bedeutung für die Rechtspflege jedoch häufig unterschätzt wird: Der Rechtsmedizin. Die Aufklärung vieler Straftaten wäre ohne die Dienstleistungen der Rechtsmedizin nicht denkbar. Neue forensische Entwicklungen und Methoden haben den Ablauf des Strafverfahrens revolutioniert, man denke nur an die DNA-Analyse. Umgekehrt ermöglichen die Aufträge der Justiz der Rechtsmedizin Forschung und Lehre. Dem Strafjuristen und ehemaligen Staatsanwalt Keller war die Bedeutung einer leistungsfähigen Rechtsmedizin für eine effektive Strafverfolgung bewusst. Bestrebungen, die rechtsmedizinische Versorgung deutlich abzubauen, wie sie gegenwärtig in einigen anderen Bundesländern zu beobachten sind, wären auf sein größtes Unverständnis und seine entschiedene Ablehnung gestoßen. Er pflegte den Kontakt zu den Leitern der rechtsmedizinischen Institute im Land, die in ihm nicht nur einen kundigen Ansprechpartner, sondern auch einen engagierten Fürsprecher fanden. Großen Wert legte er auf einen regelmäßigen Gedankenaustausch in Form von Besprechungen zwischen den führenden Vertretern der Rechtsmedizin und der Justiz, an welchen er stets persönlich teilnahm. Die erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen Rechtsmedizin und Strafrecht in Baden-Württemberg ist nicht zuletzt auf diese Tradition regelmäßiger Zusammenkünfte zurückzuführen, die bis heute besteht.

Das Amt des Generalstaatsanwalts in Stuttgart, das Rolf Keller vor seiner Ernennung zum Ministerialdirektor im Justizministerium ab November 1993 antrat, war die zweitletzte Stufe auf der Leiter seines überaus erfolgreichen Berufsweges. Auch in der Mittlerrolle zwischen den Staatsanwaltschaften in Württemberg und dem Justizministerium setzte er Maßstäbe.

Seine beruflichen Leistungen und Erfolge in Spitzenämtern der Justiz sind eindrucksvoll und nötigen Respekt ab. Wer Rolf Keller gekannt hat, weiß aber, dass man seine Person verfehlen würde, wenn man sein Leben nur in seinen Berufserfolgen würdigte. Rolf Keller war neugierig auf die Welt. Unvergessen ist er in einer Vielzahl von Ehrenämtern in justiznahen und sozialen Einrichtungen, als

Wissenschaftler und Förderer des juristischen Nachwuchses, als Musikliebhaber und Bruckner-Experte sowie als Weltenbummler – aber vor allem als Mensch. Eine lebenswürdige Persönlichkeit, aufrecht, geradlinig, offen und fürsorglich. Diese Gedächtnisschrift mag als äußeres Zeichen dafür gelten, dass das Andenken an Rolf Keller in der Justiz des Landes und im Justizministerium nicht bloße Erinnerung bleibt, sondern Anleitung und Verpflichtung ist.

Worte des Gedenkens am Grab von Prof. Dr. Rolf Keller

von

Theodor Lenckner

In tiefer Trauer nimmt an diesem Tag auch die Tübinger Juristenfakultät Abschied von Rolf Keller. Wir verbinden damit unser ebenso tief empfundenes Beileid für Sie, sehr verehrte Frau Keller, den Sohn Christoph und alle weiteren Angehörigen.

Rolf Keller war uns in besonderer Weise verbunden. Daß er in Tübingen studierte – bei dieser Gelegenheit, ich war damals Assistent, sind wir uns zum ersten Mal begegnet – und daß er dort auch promovierte, mag für einen Schwaben, der er war, selbstverständlich oder jedenfalls nichts Außergewöhnliches gewesen sein. Alles andere als selbstverständlich war dann aber, was danach folgte.

Es begann damit, daß er sich 1977 als Prüfer für das Referendarexamen in Tübingen zur Verfügung stellte. Dies allein wäre für uns damals noch kein Grund gewesen, ihn um die Übernahme eines strafrechtlichen Lehrauftrags zu bitten. Unsere Wahl fiel vielmehr deshalb auf ihn, weil er uns nach allem, was wir von ihm wußten, in besonderem Maße dazu berufen schien, die oft und mit Recht beklagte Kluft zwischen Theorie und Praxis zu überwinden. Diese in ihn gesetzten Erwartungen hat Rolf Keller in beispielhafter Weise erfüllt, und dies neben einem Amt, das wahrhaft keine geringen Anforderungen an ihn stellte. Wie ernst er seine Lehraufgabe nahm und mit welchem Erfolg dies geschah, zeigte u.a. das Echo auf das von ihm in seinen Vorlesungen verteilte Begleitmaterial, das sich bei den Hörern einer solchen Beliebtheit erfreute, daß daraus schließlich in der Reihe der »Kohlhammer Studienbücher« sein didaktisch meisterhaftes »Strafrecht. Ausgewählte Problemkreise für Studium und Examen« wurde.

1984 wurde Rolf Keller zum Honorarprofessor bestellt, eine Ehrung, die bei den Tübinger Juristen gewiß keine »kleine Münze« ist. Daß er ein überaus erfolgreicher akademischer Lehrer war, hätte dafür freilich nicht genügt. Um Honorarprofessor zu werden, müssen bekanntlich auch entsprechende Leistungen in der Wissenschaft erbracht sein. Es ist wohl überflüssig zu sagen, daß Herr Keller diese Voraussetzungen mit einer langen Liste von Buchveröffentlichungen, Aufsätzen, Urteilsanmerkungen und Rezensionen – darunter auch fremdsprachiger Literatur – schon damals in glänzender Weise erfüllt hatte. Inzwischen sind seine Publikationen kaum noch zu übersehen. Das wissenschaftliche Werk, das Rolf Keller hinterläßt, in einer kurzen Gedenkrede zu würdigen, ist nicht einmal andeu-

tungsweise möglich. Lediglich zwei mir besonders charakteristisch erscheinende Züge seien hier wenigstens kurz angesprochen:

Das eine – und schon dies ist wahrhaft imponierend – betrifft das ganz außergewöhnlich breit gefächerte Spektrum seiner wissenschaftlichen Arbeiten. Es ist gewiß keine Übertreibung, wenn ich sage, daß Herr Keller einer der letzten Universaljuristen unserer Zeit war. Die Bandbreite seiner Veröffentlichungen reicht in der Thematik von Fragen der Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsinformatik über die klassischen Gebiete des öffentlichen Rechts, des Zivil- und Zivilprozeßrechts, des Gerichtsverfassungsrechts, des Straf- und Strafverfahrensrechts bis hin zu den in eine schwindelerregende neue Welt führenden Rechtsproblemen der modernen Medizin und Naturwissenschaften, wobei ich hier nur die Stichworte »Fortpflanzungsmedizin«, »Humangenetik« und »Embryonenschutz« nennen will.

Dies ist das eine und betrifft das »Was«. Das andere betrifft das »Wie«, das eng mit der Person Rolf Keller zusammenhängt. Ausgestattet mit einem gesunden Sinn für das Praktische war er der hervorragende Vertreter einer Rechtswissenschaft, die nicht als »l'art pour l'art« betrieben wird und sich im unfruchtbar Spekulativen verliert, sondern die ihre Aufgabe darin sieht, Antwort auf Fragen zu finden, wie sie täglich die Gerichte beschäftigen oder beschäftigen können. Daß er dabei kein Mann der »Schnellschüsse« war, weiß jeder, der ihn kennt. Was immer er, in der Sprache von größter Klarheit, zu Papier gebracht hat, war vielmehr geprägt durch ein Höchstmaß an Sorgfalt und Gründlichkeit, mit der die Probleme entwickelt und schließlich in behutsamer Abwägung des pro et contra entschieden wurden. Ich wüßte nicht, jemals von Rolf Keller etwas gelesen zu haben, was ich nachher nicht mit großem Gewinn aus der Hand gelegt hätte.

Das Letzte, was Rolf Keller, bereits gezeichnet von seiner schweren Krankheit, geschrieben hat, war ein Beitrag in einer kürzlich erschienenen Festschrift. In seinem Schlußsatz hat er den mit der Festschrift Geehrten als »großen Strafrechtslehrer und hochgeschätzten Menschen« bezeichnet. Und er? Was er dort über einen anderen sagte, gilt auch für ihn: Er war ein wahrhaft großer Jurist und ein großartiger Mensch dazu. Lassen Sie mich damit die im Namen der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen gesprochenen Worte des Gedenkens an Rolf Keller beschließen. Mit tiefen Respekt sagen wir ihm unseren ebenso tief empfundenen Dank für alles, was er für uns und die Rechtswissenschaft getan hat. Er aber ruhe in Frieden!

Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach

von

Karsten Altenhain

1. Einleitung

Die Frage nach der Begründung der Strafe ist seit jeher nicht nur Gegenstand der Strafrechtswissenschaft. Das zwar vertraute, aber trotzdem doch erstaunliche Phänomen, daß der Staat im Namen seiner Bürger einem von ihnen gezielt ein Übel zufügt, ist ein Probierstein der Rechtsphilosophie. Jeder Entwurf einer Rechtsordnung muß, soll er ernst genommen werden, der Realität staatlichen Strafens Rechnung tragen. Er muß eine Antwort auf die Frage geben, woher der Staat das Recht zu diesem Eingriff in die Rechte seiner Bürger hat und unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zweck er dieses Recht ausüben darf.

Es überrascht nicht, daß sich gerade Philosophie und Rechtswissenschaft des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts diesen Grundfragen des Strafrechts zuwandten. Geprägt von dem Gedankengut der Aufklärung – Kant charakterisiert sie als den »Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit«¹ – ist man nicht mehr bereit, den Staat und das Recht aufgrund ihrer schieren Existenz oder Autorität hinzunehmen. Im Gegenteil: Man strebt danach, beide aufgrund vernünftiger Ansichten und Einsichten neu zu gestalten. Das erscheint den Zeitgenossen gerade im Bereich des Strafrechts dringend erforderlich. Den unbefriedigenden, weil auf römischen und mittelalterlichen Rechtsquellen fußenden Zustand geißelt *Beccaria* in seinem 1764 erschienenen, in ganz Europa Aufsehen erregenden Buch »Über Verbrechen und Strafen« wie folgt:

»Einige Reste von Gesetzen eines alten Eroberervolkes, zusammengestellt auf das Geheiß eines Fürsten, der vor zwölfhundert Jahren in Konstantinopel herrschte, in der Folge vermischt mit langobardischen Bräuchen und von unbekannten Auslegern ohne öffentliche Verantwortung in wüste Folianten gepreßt, bilden jene Überlieferung von Ansichten, welche in einem großen Teil Europas nach wie vor den Namen Gesetze trägt«.

Es sei, fährt *Beccaria* fort, eine ebenso

¹ Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, in: *Weischedel* (Hrsg.), Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Bd. VI, 1964, S. 53.

»traurige wie heutigen Tages gewöhnliche Tatsache, daß eine Ansicht *Carpzovs*, eine alte Übung, auf die *Claro* anspielt, eine mit gehässiger Beifälligkeit von *Farinacci* empfohlene Folterart die Gesetze ausmachen«,

nach denen noch heute Menschen gefoltert und verurteilt würden.²

Mit seiner schneidenden Kritik an diesen Gesetzen, »welche die Abfälle der barbarischsten Zeitalter darstellen«, gibt *Beccaria* den Anstoß zu einer Flut von Arbeiten über die Prinzipien einer modernen Strafrechtsordnung und zu einer Vielzahl von Entwürfen neuer Strafgesetzbücher. Sie erreicht in Deutschland ihren glanzvollen Höhepunkt in dem von *Feuerbach* verfaßten Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813.

So sehr die Meinungen über die Grundsätze und die Ausgestaltung eines neuen Strafrechts auch voneinander abweichen, einig sind sich die Autoren darin, daß zu Beginn aller Bemühungen, ein vernünftiges Strafrecht zu entwickeln, eine Frage beantwortet werden muß: Die Frage nach der Legitimation staatlichen Strafens. Denn der bis dahin übliche Verweis auf Gott oder die Natur oder Geschichte des Staates verfährt nicht mehr. Der Staat wird nicht mehr als kraft höherer Macht vorgegeben akzeptiert, sondern er wird als Produkt seiner Bürger verstanden. Er wird von ihnen geschaffen, um ihre Rechte zu sichern. Woher nimmt er aber dann das Recht, in diese Rechte einzugreifen? Dieses Recht zur Strafe ist nun gegenüber den Bürgern zu begründen. Erst dann sind Aussagen darüber möglich, was der Staat unter Strafe stellen und welche Zwecke er mit der Strafe verfolgen darf. Erst die Antwort auf die Frage nach der Legitimation staatlichen Strafens schafft also die Grundlage für die Konzeption einer neuen Strafrechtsordnung.

Auch *Kant* und *Feuerbach* befassen sich mit der Frage nach der Begründung des Strafrechts. *Kant* wendet sich ihr jedoch, wie dem Strafrecht überhaupt, nur eher nebenbei zu. Auf den wenigen Seiten, die er in der 1797 erschienenen »Metaphysik der Sitten« dem Strafrecht widmet, verteidigt er die Vergeltungstheorie. Das trägt ihm schon damals den Vorwurf ein, seine Antwort sei nicht mehr zeitgemäß.³ *Feuerbach* widmet sich der Frage nach der Legitimation staatlichen Strafens ausführlich. Er vertritt in seinem Hauptwerk, der 1799 erschienenen »Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts« die Lehre vom psychologischen Zwang. Danach schreckt die Androhung der Strafe den Bürger von der Verübung eines Verbrechens ab. Diese Lehre von der negativen Generalprävention wird bis in die dreißiger Jahre des 19. Jahrhunderts hinein, also bis zum Ende der von der Aufklärung geprägten Periode der Strafrechtswissenschaft, die herrschende Meinung sein. Danach hat sie sich nie wieder auf breiter Front durchsetzen können.

² *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen (hrsg. von *Alff*), 1966, S. 43; ebenso *Feuerbach*, Deutsche Gesetzgebung und historische Rechtswissenschaft (hrsg. von *E. Wolf*), 1943, S. 10f.

³ S. dazu mit Nachweisen *Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987, S. 138f.

2. Die heutige Einstellung zu den Lehren von Kant und Feuerbach

Was also, so mag man fragen, soll dann heute die Beschäftigung mit den Theorien Kants und Feuerbachs lehren? Folgt man den Darstellungen in den gängigen Lehrbüchern zum Strafrecht, so ist die Kenntnis ihrer Theorien eher von historischem Interesse. Es scheint, als eigneten sich die Überlegungen Kants und Feuerbachs bestenfalls dazu, anhand ihrer exemplarisch die Mängel der Vergeltungstheorie und der Lehre von der negativen Generalprävention aufzuzeigen.

a. Die Kritik an der Straftheorie Kants

Die Straftheorie Kants wird vor allem anhand seines Insel-Beispiels dargestellt. Kant vertritt die Ansicht, daß »nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) ... die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben« kann.⁴ Weil es für den Mord keine andere, der Tat gleichartige Sanktion gebe, müsse ein Mörder hingerichtet werden.

»Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat.«⁵

Die Vergeltungstheorie, kritisiert Roxin, verlange also selbst dann noch Strafe, wenn Strafe überhaupt keinen sozialen Zweck mehr habe. Die Bestrafung des Täters im Insel-Beispiel diene weder seiner Besserung, noch der Abschreckung Dritter, noch der Wiederherstellung des Normvertrauens der Bürger. Eine sozial zweckfreie Strafe habe aber keine gesellschaftliche Legitimation.⁶ Die von Kant genannten Zwecke – daß jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und daß die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte – seien offenbar transzendente Zwecke. Sie zielten auf die Einhaltung einer höheren Ordnung, an die der Einzelne, wie an eine göttliche Ordnung, zwar glauben könne, deren Einhaltung aber keine Aufgabe des Staates sei.⁷

Kants Straftheorie verfolgt nach Ansicht seiner heutigen Kritiker jedoch nicht nur jenseits menschlicher Erfahrung liegende Zwecke. Sie wurzelt auch in Annahmen, die sich mittels menschlicher Erfahrung nicht belegen lassen. Vergel-

⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, § 49 E, in: *Weischedel* (Hrsg.), Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Bd. IV, 1956, S. 454.

⁵ Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, § 49 E (S. 455).

⁶ Roxin, AT³, 1997, § 3 Rn. 8; ebenso: Freund, AT, 1998, § 1 Rn. 3 Fn. 5; Baumann/Weber/Mitsch, AT¹⁰, 1995, § 3 Rn. 50f.

⁷ Neumann/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, S. 12, 14f.; Freund, AT, § 1 Rn. 3 Fn. 6; Jescheck/Weigend, AT⁵, 1996, § 8 III 4 (S. 71); Roxin, AT³, § 3 Rn. 8; Schmidhäuser, AT², 1975, 3/18; dagegen Köhler, AT, 1997, S. 43; Koriath, Jura 1995, S. 633f.

tung setze immer Schuld voraus. Die Schuld des Täters setze aber wiederum seine Willensfreiheit voraus. Nur wenn sich der Täter aus freien Stücken zur Begehung des Verbrechens entschlossen habe, sei es berechtigt, ihm die Strafe als das verdiente Übel aufzuerlegen. Die Willensfreiheit des Menschen sei jedoch nicht nachweisbar. Wenn der Zweck der Strafe also in der Vergeltung liege, dann gründe dieses Konzept auf einer Annahme, die außerhalb jeder menschlichen Erfahrung liege.⁸ Und in der Tat habe *Kant* doch die Willensfreiheit als eine transzendente Freiheit begriffen. Gerade *Kant* habe ausgeführt, daß die Erfahrung keine Antwort auf die Frage geben könne, ob der Mensch die Freiheit besitzt, sich einen möglichen Bestimmungsgrund seiner Handlung zum Zweck zu machen.

In ihrer These, *Kants* Straftheorie sei, wie *Klug* es formuliert hat, im »Bereich des Irrationalen«⁹ angesiedelt, sehen sich die Kritiker schließlich durch eine weitere Äußerung *Kants* bestärkt. Staatliche Strafe, sagt *Kant*, muß gegen den Verbrecher verhängt werden, »weil er verbrochen hat«. Sie darf nicht verhängt werden, um den Täter zu bessern oder um Dritte abzuschrecken. Der Täter

»muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ«.¹⁰

Hieran wird ein weiterer Einwand geknüpft: Ein kategorischer Imperativ, so die Kritik, sei ein unbedingt gültiges ethisches Gesetz. Wenn aber die Verhängung der Strafe ein ethisches Gesetz sei, dann gründe *Kant* das Strafrecht in der Ethik. Ethische Gebote und Verbote könne der Einzelne zwar aus eigenem Antrieb befolgen. Ihre Durchsetzung sei aber keine Aufgabe des Staates.

Kants Straftheorie wird also abgelehnt, weil sie erstens von Voraussetzungen ausgehe, auf die der Staat als eine menschliche Einrichtung sein Recht nicht gründen könne, und weil sie zweitens mit der »metaphysischen Idee der Gerechtigkeit«¹¹ ein Ziel verfolge, das der Staat weder verfolgen dürfe, noch verwirklichen könne. *Kants* Straftheorie, so kann man die Kritik überspitzt zusammenfassen, ist nicht von dieser Welt.

b. Die Kritik an der Straftheorie Feuerbachs

Ganz anders ist das bei *Feuerbach*. Seine Lehre vom psychologischen Zwang gilt als die klassische Ausprägung der Theorie der negativen Generalprävention. Die Generalprävention zielt darauf ab, den Bürger von der Begehung einer Straftat abzuhalten. Das ist ein ganz diesseitiger Zweck.

⁸ *Roxin*, AT³, § 3 Rn. 8; *Stratenwerth*, AT⁴, 2000, § 1 Rn. 7.

⁹ *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, in: *ders.*, Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, 1981, S. 152.

¹⁰ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 49 E (S. 453).

¹¹ *Roxin*, AT³, § 3 Rn. 8.

Nach *Feuerbach* ist es die Aufgabe des Staates, die Rechte der Bürger zu schützen. Diesen Schutz kann der Staat mittels physischen Zwangs offenbar nicht erreichen. Denn vor dem Verbrechen kann er nur eingreifen, wenn er von dem Plan des Täters erfährt. Nach dem Verbrechen kann er den Täter nur zum Schadensersatz zwingen. Will der Staat das Verbrechen verhindern, muß er also einen Zwang ausüben, der schon vor Beginn des Verbrechens einsetzt, ohne daß er im Einzelfall wissen muß, daß ein Verbrechen droht. »Ein solcher Zwang kann nur ein psychologischer sein.«¹² Indem der Staat für den Fall des Verbrechens ein Übel androhe, erwecke er in dem zur Begehung eines Verbrechens geneigten Bürger ein Motiv, von der Tat abzulassen. Mit diesem psychologischen Zwang beuge der Staat den Willen des tatgeneigten Bürgers und verhindere so die Tat.

Feuerbach wird vorgehalten, sein Abschreckungsprinzip könne jederzeit in »staatlichen Terror« umschlagen.¹³ Wenn sich die Höhe der angedrohten Strafe danach bestimme, was erforderlich sei, um potentielle Verbrecher von ihren Taten abzuhalten, dann könne die Strafe völlig außer Verhältnis zu dem durch die Tat angerichteten Schaden stehen.¹⁴ Der Einwand ist vor dem Hintergrund der soeben erörterten Kritik der Straftheorie *Kants* interessant: Denn hier wird der von *Kant* vertretene Gedanke, daß sich das Maß der Strafe nach der Tat bestimmen muß, gegen *Feuerbach* gerichtet.

Ein weiterer Vorwurf gegen die Lehre vom psychologischen Zwang ist, daß sie zur Begründung der Strafußfügung untauglich sei. Denn die Strafe werde nach ihr offenbar zugefügt, damit sich die Strafandrohung nicht als eine leere Drohung erweise. Dann aber diene die Bestrafung des Täters der Abschreckung Dritter. Sie sollten anhand der Strafe erkennen, daß der Staat seine Strafandrohung ernst meine. Es sei aber mit der Menschenwürde unvereinbar, einem Menschen zu Anschauungszwecken ein Übel zuzufügen.¹⁵ Auch dieser Einwand ist vor dem Hintergrund der Kritik der Straftheorie *Kants* interessant: Denn hier wird gerade der Grund gegen *Feuerbach* in Ansatz gebracht, aus dem heraus *Kant* die Bestimmung des Strafmaßes am Vergeltungsgedanken ausrichtet und eben nicht an Präventionsgesichtspunkten. Der Mensch kann nach *Kant*

¹² *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832, § 12 (S. 15); *ders.*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799/1800, Tl. 1, S. 40; ebenso heute *Blei*, AT¹⁸, 1983, § 100 I 1 (S. 374).

¹³ *Roxin*, AT³, § 3 Rn. 32; ebenso *Maiwald*, in: *Behrends/Dreier* (Hrsg.), Gerechtigkeit und Geschichte, 1996, S. 151; s. auch *Köhler*, AT, S. 43.

¹⁴ So allgemein gegen die Lehre von der negativen Generalprävention: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT¹⁰, § 3 Rn. 35; *Gropp*, AT², 2001, § 1 Rn. 111; *Jakobs*, AT², 1991, 1/30; *Jescheck/Weigend*, AT⁵, § 8 IV 4 (S. 75); *Köhler*, AT, S. 47; dagegen *Blei*, AT¹⁸, § 100 I 2 (S. 375). Andererseits wird aber eingeräumt, daß nur die Strafe an sich, nicht ihre angedrohte Höhe abschreckend wirke; *Stratenwerth*, AT⁴, § 1 Rn. 24; *ders.*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, S. 10.

¹⁵ *Roxin*, AT³, § 3 Rn. 32; *Koriath* (Fn. 7), S. 626; *Maiwald* (Fn. 13), S. 153f.; *Wolff*, ZStW 97 (1985), S. 798. Ebenso allgemein gegen die Lehre von der negativen Generalprävention: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT¹⁰, § 3 Rn. 35; *Gropp*, AT², § 1 Rn. 111; *Köhler*, AT, S. 42, 47; *Maurach/Zipf*, AT¹, 1992, § 7 Rn. 8; *Stratenwerth*, AT⁴, § 1 Rn. 25.

»nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wovider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt.«¹⁶

Daß *Feuerbach* den Menschen wie ein Objekt, bestenfalls wie ein Tier behandle, ist einer der ältesten Einwände gegen seine Lehre. So tadelt bereits *Täfinger*, *Feuerbach* begründe die Strafe, als würde man »Thiere, und zwar Thiere seiner Gattung, abrichten durch den Stock«.¹⁷ Und *Stratenwerth* resümiert, die Lehre von der negativen Generalprävention habe »in der Wissenschaft allen Kredit verloren«, weil sie »ihre Adressaten zu bloßen Dressurobjekten erniedrige«.¹⁸ Der Vorwurf zielt auf die Prämisse der psychologischen Zwangstheorie. Danach haben alle Straftaten insoweit

»ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, inwiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, dass Jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt.«¹⁹

Auch der dagegen gerichtete Einwand ist vor dem Hintergrund der Kritik der Straftheorie *Kants* interessant: Denn hier wird der Vorwurf erhoben, der Mensch sei doch kein von seinen Trieben, von Lust und Unlust, gesteuertes Wesen. Der Vorwurf, *Feuerbach* sei Determinist, ist denn auch wiederholt explizit erhoben worden.²⁰ Der Mensch aber, so die Kritik, sei frei.

Mit diesen Einwänden gegen die Lehre *Feuerbachs* mag es vorerst sein Bewenden haben. Sie genügen, weil sich schon an ihnen das Verblüffende an der Auseinandersetzung mit *Kant* und *Feuerbach* zeigt. *Feuerbach* wird vorgeworfen, Prinzipien nicht zu beachten, deren Einhaltung *Kant* gerade zum Verhängnis wird. Umgekehrt wird mit der Verfolgung eines sozialen Zwecks bei *Kant* vermisst, was *Feuerbach* vorgehalten wird. Das weckt den Verdacht, daß hier möglicherweise beide, *Feuerbach* und *Kant*, eine Deutung erfahren haben, die nicht ihren Vorstellungen entspricht.

¹⁶ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 49 E (S. 453); zustimmend wiedergegeben von *Feuerbach*, Revision, Tl. 1, S. 48.

¹⁷ *Täfinger*, Ueber die Idee einer Criminalgesetzgebung in Beziehung auf die Wissenschaft sowohl als das practische Leben, 1811, § 33 (S. 46); ebenso *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: *Moldenhauer/Michel* (Red.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Theorie-Werkausgabe, Bd. 7, 1970, § 99, Zusatz von *Gans* (S. 190); *Köhler*, AT, S. 45; dagegen *Seeger*, FS Berner, 1892, S. 30f.; *Schünemann*, in: *ders./Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 118f.

¹⁸ *Stratenwerth* (Fn. 14), S. 9.

¹⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch, § 13 (S. 15f.).

²⁰ *Wolff* (Fn. 15), 797; *Bohnert*, Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982, S. 17, 23f., und *Hartmann*, P.J.A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1961, S. 108, 110, deren Belegstelle aus der Revision diesen Vorwurf jedoch nicht trägt. *Feuerbach* verneint dort, daß »die Theorie, von der ich ausgehe, der Determinismus wäre« (Tl. 2, S. 134 Fn.); s. dazu noch unten vor und in Fn. 26.

Es soll im Folgenden versucht werden aufzuzeigen, daß die Straftheorien *Kants* und *Feuerbachs* keine Gegensätze bilden. Insbesondere handelt es sich hier nicht um den alten Widerstreit zwischen absoluter Theorie und relativer Theorie, oder – in den Worten des auf *Protagoras* zurückgehenden Satzes »Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur.« – zwischen »quia peccatum« und »ne peccetur«. Das Gegenteil ist richtig: Die Straftheorien *Kants* und *Feuerbachs* entsprechen einander weitgehend.²¹ Und sie beruhen auf einer gemeinsamen Grundlage, die es erlaubt, eine geschlossene, nicht nur die Strafandrohung und die Strafverhängung, sondern die ganze Breite der Fragestellung abdeckende Straftheorie zu entwickeln.

3. Die Begründung der Strafe durch *Kant* und *Feuerbach*

Kehren wir an den historischen Ausgangspunkt zurück: Die Beantwortung der damals durchaus auch praktisch relevanten Frage, nach welchen Prinzipien ein neues Strafgesetz zu gestalten ist, setzt nach allgemeiner Meinung die Beantwortung der Vorfrage voraus, woraus sich das staatliche Strafrecht ergibt.

Die Vertreter der von der Aufklärung geprägten Strafrechtswissenschaft beschäftigen sich eingehend mit dieser Frage. Sie haben dabei ein ambivalentes Verhältnis zur staatlichen Strafgewalt. Einerseits hegen sie keinen Zweifel an der Notwendigkeit des Strafrechts zum wirksamen Schutz der Rechte der Bürger. Andererseits begreifen sie den Staat als Konstrukt der Bürger zum Schutz ihrer Rechte. Deshalb können sie den Staat nicht ohne weiteres mit dem Recht ausstatten, in die Rechte seiner Bürger einzugreifen. Dieses Recht muß von den Bürgern her begründet werden. Die Zeitgenossen *Kants* und *Feuerbachs* sehen das einzige Instrument hierzu im Gesellschaftsvertrag. Die Abhängigkeit der Strafgewalt des Staates von der Zustimmung der Bürger muß allerdings zu unauflösbaren Widersprüchen führen, wenn man getreu der Lehre vom Gesellschaftsvertrag das staatliche Strafrecht auf die freiwillig erteilte Zustimmung aller – also auch des Verbrechens – gründen will. Denn wer stimmt schon freiwillig seiner Bestrafung zu?

Das Dilemma besteht darin, daß einerseits niemand freiwillig seiner Bestrafung zustimmt, andererseits aber Freiwilligkeit Voraussetzung des Gesellschaftsvertrags ist.²² Denn der Gesellschaftsvertrag führt die Menschen vom Naturzustand, in

²¹ Ebenso *Stratenwerth*, AT⁴, § 1 Rn. 23. Vorherrschend ist demgegenüber die Ansicht, daß *Feuerbach* zwar ein »glühender Anhänger« *Kants* gewesen sei, aber ein »in Folgerungen und Durchführung völlig selbständiges Lehrgebäude« errichtet habe; so *Maurach/Zipf*, AT/1⁸, § 6 Rn. 17, 19; *Bohnert* (Fn. 20), S. 15f.; *Maiwald* (Fn. 13), S. 145; *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962, S. 79, 90f.

²² Zu den Vorschlägen, mittels des Vertragsmodells die staatliche Strafgewalt zu begründen, s. *Seelmann*, FS Gagnér, 1991, S. 443ff.; *ders.*, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, 1995, S. 99ff.; *Altenhain*, Das Anschlußdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung, 2001, S. 36ff.

dem sie frei sind, in den Staat, in dem ihre Freiheit beschränkt ist. Gerade die Freiwilligkeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags begründet seine Verbindlichkeit für den Einzelnen. Das Dilemma läßt sich nur auflösen, wenn es gelingt nachzuweisen, daß auch der im Naturzustand freie Mensch verpflichtet sein kann, einem Gesellschaftsvertrag zuzustimmen, der die Möglichkeit enthält, daß er einer Strafe unterworfen wird.

Diesen Nachweis führt *Kant*. Er erkennt, daß die Freiheit, um deren Einschränkung es beim Gesellschaftsvertrag geht, nicht die Willensfreiheit ist, sondern die äußere Freiheit des Menschen. Während die Erfahrung uns keine Auskunft darüber zu geben vermag, ob der Mensch Willensfreiheit besitzt, lehrt sie uns doch täglich, daß der Mensch eine äußere Freiheit hat. Diese Freiheit zeigt sich darin, daß der Mensch unter den ihm von der Natur vorgegebenen Zwecken wählen und sich für eine zur Erreichung des gewählten Zwecks erforderliche Handlung entscheiden kann.²³ Diesen Begriff der äußeren Freiheit, der nur besagt, »daß der Mensch eine Fähigkeit zu Handlungen hat, für die sinnliche Reize keine hinreichende Ursache sind«,²⁴ legt auch *Feuerbach* zugrunde:

»Denn die Erfahrung lehrt, daß ohne Verstand, ohne Vernunft und Urtheilskraft, keine Wahl, Bestimmung des Begehrens nach Begriffen, möglich sey. Allein die Willkühr ist ja nicht die Freiheit, ... von welcher unsere Rechtslehrer sprechen. Jene ist ein Erfahrungsgegenstand, diese ist ein außer aller Erfahrung liegendes Object.«²⁵

Ausdrücklich erklärt er, er folge *Kants* Vorstellungsart, »nicht weil sie die Kantische, sondern weil sie die einzig wahre ist.«²⁶ Damit ist der erste Kritikpunkt an den Straftheorien von *Kant* und *Feuerbach* widerlegt: Weder basiert *Kants* Straftheorie auf der Annahme der Willensfreiheit, noch gründet sich *Feuerbachs* Straftheorie auf ein deterministisches Reiz-Reaktion-Schema. Sondern beide gehen von einem auf die Erfahrung gestützten Begriff der äußeren Freiheit aus.

²³ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, in: *Weischedel* (Hrsg.), Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Bd. II, 1956, S. 675. Zur Unabhängigkeit der Rechtslehre *Kants* vom Begriff der Willensfreiheit s. *Ebbinghaus*, Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit, in: *Geismann/Oberer* (Hrsg.), Julius Ebbinghaus, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1988, S. 296f., 365f.; *Geismann*, Ethik und Herrschaftsordnung, 1974, S. 60f.; *Oberer*, Kant-Studien 64 (1973), S. 92, 98f.; s. auch *Höffe*, in: *Brandt* (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 344, 350, 367. Demgegenüber legt die h.M. die sog. moralteleologische Auslegung zugrunde, derzufolge *Kants* Rechtslehre von seiner Tugendlehre abhängig ist (*Naucke* [Fn. 21]), S. 27, 67f.; *Bohnert* [Fn. 20], S. 21f., 26 Fn. 80; dagegen *Stratenwerth*, FS Wolff, 1998, S. 496f.), was wegen der von *Feuerbach* betonten strikten Trennung von Recht und Moral zur Folge hat, daß *Kants* und *Feuerbachs* Straftheorien notwendig verschieden sein müssen (deutlich *Bohnert* a.a.O., S. 20, 22). Gegen beide Deutungen *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1984, S. 37f., 42f.

²⁴ *Ebbinghaus* (Fn. 23), S. 297.

²⁵ *Feuerbach*, Revision, Tl. 2, S. 125, s. auch S. 148f.; *ders.*, Kritik des natürlichen Rechts als Pro-pädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, 1796, S. 86.

²⁶ *Feuerbach*, Revision, Tl. 1, S. 319f. Anm., wo er sich auch ausdrücklich gegen den Verdacht wehrt, eine deterministische Lehre zu vertreten.

Wie die Erfahrung weiterhin lehrt, kann die Ausübung der äußeren Freiheit eines Menschen mit der eines jeden anderen Menschen jederzeit kollidieren. Es ist deshalb ein Gebot der Vernunft, die eigene äußere Freiheit auf die Bedingungen einzuschränken, unter denen sie mit der Freiheit aller anderen bestehen kann.²⁷ Diesem Gesetz des Rechts muß sich jeder unterwerfen. Denn andernfalls würde er ja wollen, in seiner äußeren Freiheit von der Willkür eines jeden Dritten abzuhängen. Allein dadurch, daß sich jeder dem Gesetz des Rechts unterwirft, ist die äußere Freiheit aber noch nicht gesichert. Denn jeder kann aus »seinem eigenen Recht zu tun, was ihm recht und gut dünkt, und hierin von der Meinung des Anderen nicht abzuhängen«,²⁸ über die Grenzen der äußeren Freiheit eine andere Vorstellung haben und darf sie auch durchsetzen. Das Gesetz des Rechts läßt sich also nur verwirklichen, wenn sich alle zu einer der Mitbestimmung eines jeden zugänglichen Gesetzgebung zusammenschließen, die die äußere Freiheitssphäre eines jeden verbindlich festlegt und ihre Respektierung durch alle anderen gewährleistet. Die Unterwerfung unter den Staat ist demnach ebenfalls ein Gebot der Vernunft.²⁹

Das Verbrechen als Überschreitung der durch die Gesetze des Staates gezogenen Grenzen der äußeren Freiheit ist das Gegenteil des mit dem Zusammenschluß angestrebten rechtlichen Zustands. Deshalb kann kein Partner des Gesellschaftsvertrags bei Abschluß des Vertrages den Willen haben, selbst Verbrechen zu begehen. Er würde sich damit selbst widersprechen.³⁰ Wenn ich also, sagt *Kant*,

»ein Strafgesetz gegen mich, als einen Verbrecher, abfasse, so ist es in mir die reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft (*homo noumenon*), die mich als einen des Verbrechens Fähigen, folglich als eine andere Person (*homo phaenomenon*), samt allen übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft«.³¹

Nun ist der Gesellschaftsvertrag zwar nur eine Idee. Aber da der Erhalt der äußeren Freiheit ein Gebot der Vernunft ist, muß sich jeder Bürger ebenso als Partner des Gesellschaftsvertrags behandeln lassen, wie sich der Staat, um legitim über ihn zu herrschen, auf die Abgrenzung der Freiheitssphären und ihren Schutz beschränken muß.³² Es ist also irrig, danach zu fragen, ob der Einzelne als tatsächlicher oder potentieller Verbrecher der Strafe freiwillig zustimmt.³³

²⁷ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Einleitung, § C (S. 338); ebenso *Feuerbach*, *Anti-Hobbes*, 1797, S. 15.

²⁸ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § 44 (S. 430).

²⁹ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, §§ 8, 42, 44 (S. 366, 424, 430); s. dazu *Ebbinghaus* (Fn. 23), S. 300f.; s. auch schon *Feuerbach*, *Anti-Hobbes*, S. 19; *ders.*, *Lehrbuch*, § 8 (S. 13f.); *ders.*, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, in: *Lüderssen* (Hrsg.): *P.J.A. Feuerbach und C.J.A. Mittermaier*, 1968, S. 70f.

³⁰ *Ebbinghaus* (Fn. 23), S. 313f., 374.

³¹ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § 49 E (S. 457).

³² *Kant*, *Über den Gemeinspruch*, II, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden*, Bd. VI, 1964, S. 153.

³³ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § 49 E (S. 457).

Diese Gedankenkette von der äußeren Freiheit über das Gesetz des Rechts zu der Notwendigkeit eines staatlichen Strafrechts findet in der damaligen Zeit weite Verbreitung. An der Spitze der Straftheorie steht nun das Gesetz des Rechts, dieses, wie *Feuerbach* es nennt, »höchste Princip für alles, was äusserlich recht ist«, dieses »nothwendige Gesetz der Freiheit«.³⁴ In der von ihm ausgehenden Deduktion gelangt man zu dem Recht des Staates, durch Gesetz die äußere Freiheit seiner Bürger einzuschränken und diese Gesetze mit Zwang durchzusetzen. Nicht nur die Existenz des Staates ist ein Gebot der Vernunft, sondern auch seine Ausstattung mit den Mitteln, derer er zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf.³⁵ Hierzu gehört als einschneidendstes das Strafrecht, das damit als ein Recht des Staates hergeleitet ist.³⁶ Diese Lehre wird Allgemeingut. »Die Legitimation der Strafe (hält) man durch *Kant* und *Feuerbach* für geleistet«.³⁷

Die Herleitung aus dem Gesetz des Rechts ergibt, daß dem Staat das Strafrecht zukommt. Damit ist aber nicht in sein Belieben gestellt, was er unter Strafe stellt, wie er das Strafrecht einsetzt und welche Strafen er androht, verhängt und vollzieht. Auch dies ergibt sich aus dem Gesetz des Rechts. Es ist ein Gebot der Vernunft, daß sich der Mensch dem Staat unterwirft. Dessen Macht über den Menschen ist legitimiert, weil und insoweit sie dem Schutz der seine äußere Freiheit und ihre Bedingungen sichernden Rechte dient. Auch das Strafrecht wird dem Staat allein zu diesem Zweck in die Hand gegeben. Folglich muß der Staat das Strafrecht so handhaben, daß möglichst verhindert wird, daß Rechtsverletzungen geschehen.³⁸ Da sich physischer Zwang verbietet, bleibt nur psychischer. Damit erweist sich *Feuerbachs* Lehre vom psychologischen Zwang als Fortführung einer auf *Kant* gestützten Straftheorie.

Wonach aber bestimmt sich nun das Maß der anzudrohenden Strafe? Auch hier sind sich *Feuerbach* und *Kant* einig: Die Höhe der Strafe orientiert sich, sagt *Feuerbach*, »an der Beschaffenheit des verletzten Rechts selbst«, an dem Grad der Verwirklichung der Tat (Vollendung oder Versuch), an dem Ausmaß der Beteiligung an der Tat und an Vorsatz und Fahrlässigkeit.³⁹ Auch das ergibt sich aus dem Gesetz des Rechts. Nur dann, wenn sich das Maß der Strafe nach der Tat richtet,

³⁴ *Feuerbach*, Revision, Tl. 1, S. 26, der dabei Freiheit im obigen Sinne als äußere Freiheit versteht; s. auch *ders.*, Anti-Hobbes, S. 13f.; *ders.* Über Philosophie (Fn. 29), S. 65f., 71.

³⁵ *Feuerbach*, Anti-Hobbes, S. 43f.; *ders.*, Lehrbuch, § 9 (S. 14); s. dazu auch mit Parallelen zu *Feuerbach Ebbinghaus* (Fn. 23), S. 302f.

³⁶ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Anhang Nr. 5 (S. 487).

³⁷ *Seelmann* (Fn. 22), S. 108 (Klammerzusatz nur hier).

³⁸ *Feuerbach*, Revision, Tl. 1, S. 39f.; ebenso *Ebbinghaus* (Fn. 23), S. 302f.

³⁹ *Feuerbach*, Revision, Tl. 1, S. 294f. Diese Anbindung an das (geschützte/verletzte) Recht wird vielfach als »Inkonsequenz *Feuerbachs*« gerügt (so etwa von *Maiwald* [Fn. 13], S. 149). Die Wichtigkeit des Rechts entspreche nicht notwendig dem Anreiz zu seiner Verletzung. Doch beuruht diese scheinbare Inkonsequenz auf dem Mißverständnis, daß nach *Feuerbach* der Zweck der Strafandrohung das Maß der angedrohten Strafe bestimmen müsse. Dabei wird der hinter beidem stehende Grundgedanke vernachlässigt.