

Carlos Alberto Mendoza Cruz

Zur Relativität der Vergeltung als Strafzweck
unter besonderer Berücksichtigung
des Retributivismus Kants



Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 87

Carlos Alberto Mendoza Cruz

Zur Relativität der Vergeltung als Strafzweck
unter besonderer Berücksichtigung
des Retributivismus Kants



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1641-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-4036-4 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Das vorliegende Werk wurde im Oktober 2023 als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen angenommen. Entstanden ist es zwischen Juni 2017 und Dezember 2022, wobei die eingereichte Fassung für die Drucklegung überarbeitet und aktualisiert wurde.

Ich freue mich, in diesem Vorwort denjenigen zu danken, die besonders zum Gelingen meines Promotionsvorhaben beigetragen haben:

Zunächst gebührt mein herzlicher Dank meinem verehrten Lehrer und Doktorvater Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten. Er hat mich seit meiner Ankunft in Göttingen in seiner Abteilung für Rechts- und Sozialphilosophie willkommen geheißen und betreut: zuerst als Austauschstudent, später als Masterstudent und schließlich als Doktorand. Von ihm habe ich nicht nur im Rahmen der Betreuung der vorliegenden Untersuchung viel gelernt. Er war mir auch ein Vorbild für rigorose Wissenschaftstätigkeit und Engagement bei der Suche nach Erkenntnis. Ihm schulde ich meine rechtsphilosophische Bildung sowie mein Interesse am Werk Immanuel Kants. Ebenso möchte ich mich bei Prof. Dr. Uwe Murmann bedanken, welcher als Zweitbetreuer immer bereit war, zentrale Aspekte meiner Arbeit mit mir zu diskutieren. Seine finalen schriftlichen Kommentare waren sehr hilfreich, als ich die Druckversion meiner Dissertation fertiggestellt habe. Ich will auch Prof. Dr. Thomas Mann, dem Vorsitzenden der Prüfungskommission bei der Disputation, für seine anerkennenden Worte bei der Notenvergabe danken. Schließlich möchte ich Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos für seine wiederholte Unterstützung als Zweitgutachter für den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) danken, ohne dessen Stipendium ich die Promotion nicht hätte beginnen können.

Andererseits spreche ich meinen Forschungskollegen (Doktoranden und Gastwissenschaftlern) der Abteilung für Rechts- und Sozialphilosophie meine Anerkennung und meinen Dank für die unzähligen, bereichernden Gespräche während der letzten Jahre aus und zu diesem Zweck nenne ich sie: Dr. Roberta Astolfi, Ruwen Fritsche, Dr. Philipp Gisbertz-Astolfi, Dr. Raffaele Mele, Prof. Dr. José A. Santos Arnaiz, Dr. Maximilian Schulz, Xiaohou Sun LL.M., Dr. Mostafa Samizadeh und Jan Ebeling, dem ich auch die Geduld danken möchte, mit welcher er mein Dissertationsma-

nuskript Korrektur gelesen hat. Ihm besonders wünsche ich den besten Erfolg mit seinem eigenen Promotionsvorhaben. Zudem möchte ich Daniel Mendoza Yana LL.M. und Sem Sandoval Reyes LL.M., Doktoranden des Instituts für Kriminalwissenschaften, wegen unserer gemeinsamen Zeit in Göttingen nennen. Nicht zuletzt verdient es Dr. Gladys Ayllón Yares, erwähnt zu werden. Sie betreute meine ersten Schritte in Deutschland und blieb später immer zum Rat bereit. Allen diesen danke ich für ihre Freundschaft.

Hier muss ich noch eine Schuld wenigstens teilweise begleichen und mich bei meinem peruanischen Strafrechtslehrer Prof. Dr. Juan C. Jimenez Herrera und meinen Kollegen des „Taller de Especialización en Ciencias Penales“ der Universidad Nacional Federico Villarreal – Enrique Palomino Gutiérrez, Yuri Peña Gamarra, Mg. Rony Vásquez Guevara und Edson Zelada Herrera LL.M. – bedanken, denn mein Interesse, in Deutschland zu forschen, wäre nicht entstanden, wenn ich diese nicht rechtzeitig kennengelernt hätte. Den anfänglichen Impuls dieses Projekts schulde ich Prof. Dr. Ciro Cancho Espinal sowie Prof. Dr. Gianfranco Casuso Guerra. In diesem Sinne will ich hier auch das Andenken des Rechtshistorikers Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Carlos A. Ramos Nuñez (†), ehemaliger Richter am Verfassungsgerichtshof Perus, ehren. Er war nicht nur mein Vorgesetzter, sondern auch ein Vorbild an Humanismus.

Die weitaus größte Dankbarkeit empfinde ich aber gegenüber meinen Eltern Carlos A. Mendoza Agramonte und Ana M.^a Cruz Ibarra, welche mir mehrfach in zentralen Momenten meines Lebens die Unbedingtheit ihrer Liebe bewiesen haben. Bei ihnen muss ich mich vor allem für meine immer länger gewordene Abwesenheit während der Zeit meiner Promotion entschuldigen. Ihnen wird nicht nur das vorliegende Buch gewidmet.

Göttingen, im Dezember 2023.

Carlos Alberto Mendoza Cruz

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
Bemerkung über die Zitierweise	15
A. Einführung in die Untersuchung	17
1. Anlass	17
2. Problem	18
3. Ziel	21
4. These	23
5. Relevanz	30
6. Abgrenzung	31
7. Methode	33
8. Struktur	38
B. Erstes Kapitel: zur Theorie des Retributivismus	41
1. Einleitung	41
2. Gerechtigkeitsbezug in der Strafbegründung	43
2.1 Zurückweisung der Gerechtigkeit als Strafzweck	43
2.1.1 F. von Liszt: Naturalismus und Vorbeugung	48
2.1.2 U. Klug: Skeptizismus gegenüber jeder Letztbegründung	53
2.1.3 C. Roxin: Kriminalpolitik statt Rechtsethik	61
2.2 Aufstieg der Vereinigungstheorien	66
2.3 Kritik der Vergeltung als gerechte Strafanwendung	72
2.4 Konkretisierungsverhältnis: normative Ethik/ Rechtsethik/Ethik des Strafrechts/Straftheorie	81
3. Vergeltungstheorien in der zeitgenössischen Diskussion	91
3.1 Deutschsprachiger Kreis	92
3.1.1 K. Binding: vergeltender Ausgleich von Delikten	94
3.1.2 A. Merkel: Gerechtigkeit jenseits der Vergeltung	98

3.1.3	E. Beling: staatsteleologische Vergeltung	103
3.1.4	H. Welzel: relative Wirklichkeit der Vergeltung	108
3.1.5	M. Köhler: neoklassische Vergeltungstheorie	113
3.1.6	M. Pawlik: Wiederherstellung einer Loyalitätspflicht	118
3.1.7	T. Walter: empirisch fundierte Vergeltung	124
3.2	Englischsprachiger Kreis	129
3.2.1	J. D. Mabbott: logischer Retributivismus	130
3.2.2	H. Morris: Fairness-basierter Retributivismus	136
3.2.3	J. Hampton: expressiver Retributivismus	140
3.2.4	M. S. Moore: rechtsmoralistischer Retributivismus	146
3.2.5	A. von Hirsch: kardinale und ordinale Proportionalität	155
3.2.6	R. A. Duff: restorative Gerechtigkeit	161
3.2.7	L. Zaibert: pluralistischer Retributivismus	169
3.3	Zusammenfassung: „Retributivismus“ statt „Vergeltungstheorie“	175
4.	Zur Relativität der Vergeltung als Strafzweck	184
4.1	Nicht-Koextensivität zwischen „Retributivismus“ und „absoluter Straftheorie“	185
4.1.1	Unterscheidung Deontologie/Teleologie/ Konsequentialismus	186
4.1.2	Unterscheidung Deskription/Evaluation/ Präskription	196
4.1.3	Unterscheidung Monismus/Pluralismus	206
4.1.4	Unterscheidung Institution/Regel/Handlung	215
4.1.5	Unterscheidung Gleichheit/Verhältnismäßigkeit	227
4.2	Rekonstruktion: drei Elemente des Retributivismus	238
4.2.1	Intrinsischer Wert der Vergeltung	240
4.2.2	Ausgleich des Verdienstes	246
4.2.3	Zweck der Gerechtigkeit	253
5.	Gerechtigkeit der Strafe jenseits der Straftheorie	258
5.1	Strafe	259
5.1.1	„Strafe“	259
5.1.2	„Staatliche Strafe“	265
5.1.3	„Retributive staatliche Strafe“	276
5.2	Strafe und Gerechtigkeitstheorie	284

6. Fazit	294
C. Zweites Kapitel: zur Verteidigung des Retributivismus Kants	305
1. Einleitung	305
2. Vorbedingungen jeder kantischen Straftheorie	308
2.1 Vorbemerkung	308
2.2 Praktische Begriffe	313
2.2.1 „Gesetz“	314
2.2.2 „Verbrechen“	321
2.2.3 „Strafe“	330
2.2.4 „Zurechnung“	338
2.2.5 „Recht zu strafen“	342
2.3 Zwischenergebnisse	348
3. Der Interpretationsstand von Kants Strafrechtslehre	349
3.1 Vorbemerkung	349
3.2 Verständnis als (überwiegend) präventive Vereinigungstheorie?	351
3.3 Skeptische Auslegungen	364
4. Verteidigung von Kants relativem Retributivismus	372
4.1 Einschränkungen der Theorie	372
4.1.1 Nicht-Zwecklosigkeit	373
4.1.2 Nicht-Rigorousität	391
4.1.3 Nicht-Reinheit	400
4.1.4 Nicht-Vollständigkeit	416
4.1.5 Nicht-Identität	425
4.2 Kants relativer Retributivismus	435
4.2.1 Strafrecht als Ganzes	436
4.2.1.1 Moralische Relevanz des Rechts	436
4.2.1.2 Zweck des öffentlichen Rechts	449
4.2.1.3 Funktion des Strafrechts	462
4.2.1.4 Moralische Verankerung der Vergeltung	479
4.2.1.4.1 Immanenter Wert der staatlichen Rechtsverhältnisse	480
4.2.1.4.2 Ethische Pflicht, dem positiven Recht zu gehorchen	486

4.2.1.4.3	Moralische Verbindlichkeit in äußeren Verhältnissen	491
4.2.1.4.4	Stellungnahme	498
4.2.2	Einzelne Strafgesetze	504
4.2.2.1	Kriminalisierung	504
4.2.2.1.1	Strafwürdigkeit v. Vergeltungswürdigkeit	505
4.2.2.1.2	Strafgesetze, die überhaupt keine Rechtsgesetze sind	514
4.2.2.1.3	Notwendige Strafgesetze	519
4.2.2.2	Die angedrohte Strafe	523
4.2.2.2.1	Proportionalität der gesetzlich angekündigten Strafe	523
4.2.2.2.2	Achtung vor der Menschenwürde	533
4.2.2.2.3	Verhaltensleitung durch (Straf-)Gesetze	542
4.2.3	Die bestrafende Handlung	547
4.2.3.1	Anwendung der Strafe	547
4.2.3.1.1	Pflicht, die Schuldigen zu bestrafen	548
4.2.3.1.2	„Weil er [der Täter] verbrochen hat“	552
4.2.3.1.3	Verbot, die Unschuldigen zu bestrafen	554
4.2.3.2	Individualisierung der Strafe	556
4.2.3.2.1	Verdienst- bzw. Schuldausgleich	556
4.2.3.2.2	Quantum des Strafleides	560
4.2.3.3	Die Vollstreckung der Strafe	563
5.	Fazit	567
D.	Schlusswort	579
E.	Literaturverzeichnis	581

Abkürzungsverzeichnis

Allgemeine Abkürzungen

a. a. O	:	am angegebenen Ort
AA	:	Akademie-Ausgabe
Abs.	:	Absatz
allg.	:	allgemein
Anm.	:	Anmerkung
Art.	:	Artikel
AT	:	Allgemeiner Teil
Aufl.	:	Auflage
Bd.	:	Band
bspw.	:	beispielsweise
bzgl.	:	bezüglich
bzw.	:	beziehungsweise
cfr.	:	conferatur
coord.	:	coordinador
d. h.	:	das heißt
ed.	:	edition, edición, editor
et al.	:	et alii
etc.	:	et cetera
f.	:	folgend
Fn.	:	Fußnote
FS	:	Festschrift
ggf.	:	gegebenenfalls
Hrsg.	:	Herausgeber
i. d. S.	:	in diesem Sinne

Abkürzungsverzeichnis

i. g. S.	:	im gegenläufigen Sinne
insb.	:	insbesondere
i. S. v.	:	im Sinne von
i. V. m.	:	in Verbindung mit
m. w. N.	:	mit weiteren Nachweisen
Nr.	:	Nummer, number, número
o. g.	:	oben genannt
o. Pag.	:	ohne Paginierung
org.	:	organizador
PG	:	parte general
q.	:	quaestio
Rfx.	:	Reflexion
Rn.	:	Randnummer
S.	:	Seite
selbst. Pag.	:	selbstständige Paginierung
sog.	:	sogenannt
Sp.	:	Spalte
StGB	:	Strafgesetzbuch
StPO	:	Strafprozessordnung
u. a.	:	unter anderen
UN	:	United Nations
übers.	:	übersetzt
v.	:	versus
vid.	:	vide
Vol.	:	volume, volumen
Z.	:	Zeile
Z. B.	:	Zum Beispiel
zit.	:	zitiert

Abkürzungen von Kants Werken

GMS	:	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
IaG	:	Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht
KpV	:	Kritik der praktischen Vernunft
KrV	:	Kritik der reinen Vernunft
KU	:	Kritik der Urteilskraft
P	:	Pädagogik
PkM	:	Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können
RGbV	:	Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft
RL	:	Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre
RM	:	Reflexionen zur Moralphilosophie
RR	:	Reflexionen zur Rechtsphilosophie
TL	:	Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre
TP	:	Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis
ÜvR	:	Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen
VN/Collins	:	[Vorlesung über] Moralphilosophie [nach] Collins
VN/Feyerabend	:	[Vorlesung über] Naturrecht [nach] Feyerabend
VN/Powalski	:	[Vorlesung über] Praktische Philosophie [nach] Powalski
VN/Vigilantius	:	[Vorlesung über] Metaphysik der Sitten [nach] Vigilantius
ZeF	:	Zum ewigen Frieden

Bemerkung über die Zitierweise

In Fußnoten wird, wie gewöhnlich in rechtswissenschaftlichen Arbeiten, abgekürzt zitiert. Bei Aufsätzen wird jedoch nicht ihre Fundstelle, sondern ihr Titel berücksichtigt. Für Kants Werke wird die etablierte Zitierweise der Akademie-Ausgabe verwendet. Autoren, welche den gleichen Namen tragen, werden mittels einer hochgestellten Nummer nach der Reihenfolge des Literaturverzeichnisses unterschieden. Mit Werken desselben Autors und des gleichen Titels (inklusive weiterer Auflagen) wird ebenso verfahren.

A. Einführung in die Untersuchung

1. Anlass

Das Interesse des Verfassers an dem Thema der vorliegenden Dissertation ist auf einzelne, bis zu einem gewissen Punkt banale Beobachtungen über die herrschende Stellung der Prävention in Bezug auf die Vergeltung in der Diskussion über die Straftheorien zurückzuführen: *Die Prävention ist der Freiheit prinzipiell entgegengesetzt, weil die Prävention Gewissheit über das künftige menschliche Verhalten erzeugen will.* Diesbezüglich beinhaltet der Begriff der Prävention an sich selbst keine Grenze. Die erfolgreichste Prävention impliziert die Bestimmung eines Verhaltens, das heißt seine *absolute Notwendigkeit* und dadurch seine Unfreiheit. Im Gegensatz dazu wird die Vergeltung traditionell für eine Art Gerechtigkeit gehalten. Zu der Vergeltung gehört das Merkmal des *Maßes*. Eine Radikalisierung der Vergeltung impliziert somit die Vorstellung der *exakten* – nicht weniger und nicht mehr als die bloße – Befriedigung einer *ausgleichenden Gerechtigkeit*. Selbst wenn undurchsetzbar, gehört eine immanente Grenze zu der Idee der Vergeltung, sodass die Vergeltung nicht ab einem bestimmten Punkt ihrer Verwirklichung notwendigerweise mit der Freiheit konfligieren muss. Die Vergeltung scheint nicht, anders als die Prävention, als eine Überbelastung der Freiheit vorprogrammiert zu sein.

In diesem Kontext gehört das angebliche Erreichen einer Synergie zwischen Prävention und Vergeltung zu den Vorzügen der vereinigenden Straftheorien der letzten Jahrzehnte. In diesen Theorien wird der Konflikt zwischen Prävention und Vergeltung (bzw. zwischen Sozialnützlichkeit und Gerechtigkeit) durch eine *Vorrangregel* gelöst. Die Vergeltung kommt erst dann zum Einsatz, wenn die Reichweite der Strafe im Gesetz durch die Prävention bestimmt wurde: *Jede möglicherweise umzusetzende Bestrafung müsste zunächst zwischen den im Gesetz präventiv erlaubten Bestrafungen gesucht werden.* Dass dieser Ansatz unbefriedigend ist, lässt sich durch die Beobachtung veranschaulichen, dass ungerechte Gesetze durch eine gerechte Anwendung schwerlich die Gerechtigkeit im Ergebnis garantieren. Von dieser Art von Vereinigungstheorien kann behauptet werden, dass diese sich darum kümmern, dass die staatliche Strafe nicht *innerhalb der Gerechtigkeit*, sondern *verteilt nach der Gerechtigkeit* stattfindet.

Auf der anderen Seite ist klar, dass die Befriedigung der Vergeltung nicht die Befriedigung der Gerechtigkeit (der staatlichen Strafe) heißt. Diese Gleichstellung könnte den Vertretern der Vergeltungstheorien nur oberflächlich zugerechnet werden. Die Vergeltung lässt sich vielmehr als *ein* Teilaspekt beschreiben, und zwar *der wesentliche* in mehreren Straftheorien, welche als Vergeltungstheorien bezeichnet werden. Es kann somit vermutet werden, dass jede vertretbare Straftheorie eigentlich eine vereinigende Straftheorie sein müsste, weil die staatliche Strafe eine komplexe Struktur aufweist, welche sich nur willkürlich unter einen einzigen Maßstab subsumieren lässt. Wenn dies der Fall wäre, müsste die richtige Vergeltungstheorie *auch* die Form einer Vereinigungstheorie verkörpern, welche sich von den aktuell verbreiteten – überwiegend präventiven – Vereinigungstheorien unterscheiden sollte.

2. Problem

Das Problem der Gerechtigkeit der Strafe lässt sich bis zur Philosophie der Antike zurückführen. Seitdem werden zwei Grundgedanken über die Strafgerechtigkeit verteidigt, *quia peccatum* und *ne peccetur*,¹ welche *grosso modo* mit der Vergeltung bzw. der Prävention korrespondieren. Warum der Staat bestrafen soll, wird wie folgt beantwortet: Entweder weil etwas verbrochen wurde oder weil Verbrechen vorgebeugt werden soll. In der Geschichte der Straftheorien wurden unzählige Variationen dieser beiden Grundgedanken vertreten, deren Erörterung hier ausgespart werden kann.²

Die gegenwärtige Debatte über die Straftheorien charakterisiert sich durch ihren Reduktionismus. Der größere Teil der Autoren hat sich unmittelbar auf den normativen Teil der Straftheorie,³ und zwar in einer eingeschränkten Weise konzentriert: Diese stellen das Problem der Straftheorie als die Gegenüberstellung zwischen verschiedenen Meinungen dar. Eine Lösung dafür wird als eine Stellungnahme nach der Darlegung bzw. Würdigung der üblichen Argumente für bzw. gegen jede konkurrierende Meinung gesucht.

1 Cfr. Platon, Protagoras, 323c–326e.

2 Eine umfassende Darstellung der verschiedenen Straftheorien als Variationen der Grundgedanken der Prävention bzw. der Vergeltung findet sich bei Wolf, Verhütung oder Vergeltung?, in toto.

3 Über die Vernachlässigung eines „Normativismus“ in Bezug auf die Begriffe in der zeitgenössischen Rechtsphilosophie berichtet von der Pfordten, About Concepts in Law, S. 17 f.

Dieses Urteil garantiert jedoch nicht die Einsicht über die Richtigkeit der Strafe, weil mehrere Vorbedingungen der Frage der Straftheorie als selbstverständlich angenommen werden. In dieser Weise werden *deskriptive* und *evaluative* Teilaspekte des Problems der Straftheorie unsichtbar.⁴ Die Fragen, *was eine Straftheorie ist* bzw. *was für eine Theorie eine Straftheorie ist*, werden üblicherweise ignoriert. Sowohl Vergeltung als auch Prävention werden ungebunden rezipiert und kritisiert. Dies wird jedoch nicht der Tatsache gerecht, dass jede Straftheorie *sachlich bedingt* mehrere Sätze umfasst und dadurch einen gewissen Pluralismus fordert.⁵ Die jemals tatsächlich vertretenen Vergeltungs- bzw. Präventionstheorien werden somit als naive Versuche, *reine* Rechtfertigungen anzubieten, widerlegt. Ebenso sind die Konturen des zu rechtfertigenden Gegenstandes einer Straftheorie unzureichend individuiert.⁶ Unumstritten ist, dass das Rechtsphänomen der Strafe aktuell als eine Tätigkeit des Staates existiert, umstritten bleibt, was aus der Tatsache folgt, dass diese Tätigkeit nicht im „leeren Raum“ praktiziert wird. Wie eine Straftheorie ihre erzeugte Rechtfertigung in Bezug auf die *Vorbedingungen der staatlichen Strafe* (beispielsweise den Bestand eines Strafsystems) bzw. in Bezug auf die *angrenzenden Rechtsphänomene der staatlichen Strafe* (beispielsweise die Menschenwürde als Rechtsbegriff) platziert, wenn sowohl Vorbedingungen als auch angrenzende Rechtsphänomene tatsächlich auf die endgültige Ausgestaltung der „gerechten“ staatlichen Strafe einwirken, ist üblicherweise nicht geklärt.⁷ Konsequenterweise werden Straftheorien dann widerlegt, wenn diese keine *Vollständigkeit* in der Rechtfertigung der staatlichen Strafe erreichen.

Diese analytische Unterkomplexität in der Problemstellung der Gerechtigkeit der Strafe spiegelt sich in der zu raschen Widerlegung der Vergeltungstheorie wider. In nicht wenigen Fällen wird die Vergeltungstheorie auf eine Karikatur von sich selbst reduziert,⁸ sodass ein Teil der Verteidigung der

4 Dies lässt sich in Bezug auf die Straftheorien in Anlehnung an die Unterscheidung zwischen „Deskription“, „Evaluation“ und „Präskription“ als funktionell voneinander differenzierte Momente in der Ethik vertreten. Siehe dazu *von der Pfordten*, *Deskription, Evaluation, Präskription*, S. 228 f.

5 I. d. S. in Bezug auf die Theorien der normativen Ethik: *von der Pfordten*, *Normative Ethik*, S. 101.

6 Cfr. *Berman*, *Modest Retributivism*, S. 8, der in Bezug auf die Analyse von der durch eine Straftheorie erzeugten Rechtfertigung die Individuierung der Aspekte von „Reichweite“, „Stärke“ und „Reinheit“ (*scope, force* und *exclusivity*) vorschlägt.

7 Die Anforderung nach Kohärenz an den Straftheorien betont *Moore*², *Placing Blame*, S. 68 ff., 104, 167.

8 Cfr. *Murmann*, *Kritik des funktionalen Strafrechts*, S. 190.

Vergeltungstheorie bereits in der Antwort auf die Frage „Was ist die Vergeltungstheorie?“ bestehen würde. Darauf wird jedoch sparsam und schlüssig geantwortet: „die absolute Straftheorie“⁹. Diese oberste Typologie, welche eine Parallele zwischen den zwei Begriffspaaren *Vergeltung/Prävention* und *absolute Straftheorie/relative Straftheorie* erzeugt, sodass die „Vergeltung“ mit der „absoluten Straftheorie“ und die „Prävention“ mit der „relativen Straftheorie“ korrespondiert, gehört als Klischee zu den ersten Kapiteln des Strafrechts¹⁰. Mit der „absoluten Straftheorie“ werden diverse Formen von *Kompromisslosigkeit*, deren unrevidierbares Musterbeispiel in Kants Lehre des Strafrechts zu finden sei, bezeichnet.¹¹ Dies lässt sich in folgendem Verhältnis beobachten: *Wenn eine gewisse Vergeltungstheorie noch vertretbar sein sollte, dürfe diese nicht in der Straftheorie Kants gesucht werden und wenn Kants Straftheorie noch vertretbar sein sollte, dürfe diese nicht mehr als ein Fall der Vergeltungstheorie interpretiert werden.*¹² Im Ergebnis: Das Gebiet der Vergeltung wird auf die Bestrafung (das heißt: Strafanwendung bzw. -zumessung) reduziert;¹³ auf Kant wird nur rekuriert, wenn er *auch* als Verfechter einer *überwiegend präventiven* Vereinigungstheorie gelesen werden kann¹⁴. Die Prävention gelte somit als das leitende Prinzip der staatlichen Strafe, weil nur die Prävention *relativiert* werden könne.

9 Und zwar mit den Worten des weltweit berühmtesten deutschen Strafwissenschaftlers: *Roxin*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 2.

10 Siehe dazu bspw. das Lehrbuch von *Frister*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 2.

11 I. d. S. berichtet *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, S. 67–70, über die „zweckgelöste Majestät“ der Vergeltungstheorie Kants.

12 Dieses Verhältnis lässt sich bereits von *Radbruch*, Rechtsphilosophie, § 22, ableiten: Er gibt zu, dass eine Deutung der „Vergeltungslehre als eine[r] rechtsstaatlich-liberale[n] Auffassung des Strafrechts“ möglich sei (S. 153). Dazu zähle aber die Vergeltungstheorie Kants nicht, weil diese „autoritäre[]“ und „überindividualistische[]“ Elemente enthalte (S. 152). Gleichzeitig zeichnet Radbruch Kant als „de[n] große[n] Begründer der Autonomie“ aus (S. 152). Ein solcher Humanismus führe jedoch nicht zu „ein[em] bessere[n] Strafrecht“, welches seine Verankerung in der „Vergeltungsidee“ nicht aufgeben könne, ohne aufzuhören „Straf recht“ zu sein, sondern zu „ein[em] Besserungs- und Bewahrungsrecht, das besser als Strafrecht [...] wäre“ (S. 156 f.).

13 Das Grundverhältnis laute „Generalprävention durch gerechte Vergeltung“. Siehe dazu *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, S. 77 f.

14 Eine berühmte Auffassung von Kants Straftheorie als einer *überwiegend präventiven Vereinigungstheorie*, in welcher die Vergeltung nur auf der Stufe der Bestrafung reduziert wird, vertreten *Byrd/Hruschka*, Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat, in toto. Den *überwiegend präventiven* sind die *überwiegend vergeltenden Vereinigungstheorien* entgegengesetzt (siehe dazu unten Fn. 1271). Diese Unterscheidung ist nicht mit der üblichen Trennung zwischen *präventiven* und *vergeltenden Vereinigungstheorien* gleichzustellen (kritisch dazu: unten B/2.2).

Die vorliegende Untersuchung beantwortet die folgende Frage: *Wie ist es möglich, die Vergeltungstheorie als Straftheorie der staatlichen Strafe noch vertretbar zu machen?* Um eine Antwort darauf zu erforschen, muss man zuerst die drei Begriffe, welche diese Frage bilden, verstehen. Von der Hauptfrage der Untersuchung leiten sich somit einzelne Teilfragen ab. Zunächst ist die vorausgesetzte Dignität der „Straftheorie“ infrage zu stellen: *Was für eine Theorie ist eine Straftheorie? Zu welcher Disziplin gehört eine Straftheorie? Was heißt es, dass die Straftheorie eine Rechtfertigung liefert? Wie beziehen sich dann Strafrecht, Strafe und Straftheorie aufeinander?* In einem solchen Zusammenhang sind das Wesen und die Konturen der „Vergeltungstheorie“ fragwürdig: *Was ist eigentlich eine Vergeltungstheorie? Worin liegt die Absolutheit der Vergeltungstheorie? Sind Vergeltungstheorien tatsächlich gleichgültig in Bezug auf die Folgen? Muss jede These der Vergeltungstheorie sich auf die präskriptive Seite der Theorie beziehen? Ist eine reine bzw. monistische Vergeltungstheorie möglich? Welche Implikationen liegen darin, dass die Vergeltungstheorie um den Ausgleich des Verdienstes bemüht ist? Wie beziehen sich Befriedigung der Vergeltung und Befriedigung der Gerechtigkeit aufeinander? Wie viel Vergeltung muss eine Straftheorie vorschreiben, wenn diese als Vergeltungstheorie gelten soll?* Schließlich soll das Verhältnis zwischen der Struktur der staatlichen Strafe, welche als eine Gegebenheit für die Vergeltungstheorie gilt, und den Anforderungen der Vergeltungstheorie erklärt werden. So muss man fragen: *Was ist die Strafe? Welche Besonderheiten weist die staatliche Strafe als staatliche Tätigkeit auf? Wo liegt die Einheit der staatlichen Strafe zwischen Strafinstitution, Strafgesetzen, Bestrafungen usw.? Auf welche Teilaspekte in der Struktur der staatlichen Strafe bezieht sich die Verfolgung der Vergeltung? Erschöpft die Straftheorie bzw. die Vergeltungstheorie die Rechtfertigung der staatlichen Strafe?*

3. Ziel

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist, zur Rehabilitierung der Vergeltungstheorie beizutragen. Damit wird nicht die Rehabilitierung der „Vergeltung“ als eines ungebundenen Strafzweckes,¹⁵ sondern die Rehabilitierung der *Art*

¹⁵ Diesen Fehler begeht *Walter*, Strafe und Vergeltung, S.7–11, der, wie bereits im Zusatz des Titels seines Buches angekündigt, über die „Rehabilitation [...] eines Prinzips [der Vergeltung]“ spricht. In dieser Weise versucht *Walter*, die „Vergeltung“

von Straftheorie, welche die Vergeltungstheorie bzw. der Retributivismus bezeichnet,¹⁶ gemeint.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist jedoch nicht, die richtige Straftheorie anzubieten. Die Untersuchung liefert einen Argumentationsgang für die Verteidigung der Vergeltungstheorie bzw. des Retributivismus, und zwar konkret gegen die verbreitete Kritik der *Absolutheit*, das heißt gegen die Meinung, die Vergeltungstheorie sei abzulehnen, weil diese *zwecklos, rigoros, monistisch, umfassend* bzw. *grausam* sei. Wichtiges *Zwischenziel* in diesem Argumentationsgang ist das Erreichen einer überzeugenden Erklärung des begrifflichen Verhältnisses zwischen Vergeltungstheorie und absoluter Straftheorie. Die Erforschung, ob eine Widerlegung des Retributivismus als Rechtfertigung der staatlichen Strafe aus anderen Gründen (außer denjenigen, welchen die Absolutheit zugrunde liegt) begründet wäre, ist kein Ziel der vorliegenden Arbeit. Diese Arbeit beabsichtigt somit nicht das Vertreten einer *konkreten* (normativen) retributiven Straftheorie: Selbst wenn die kantische Lehre des Strafrechts in der Argumentation fokussiert wird, wird dadurch nur beansprucht, eine Interpretation der Vergeltungstheorie, welche die Folgen der Absolutheit umgeht, hervorzuheben. Durch diese Auffassung des Retributivismus Kants wird nicht die *Verteidigung* des "richtigen" Retributivismus bezweckt, sondern nur ein "Anwendungsfall" für die hier entwickelte Konzeption der Vergeltungstheorie als einer Art von Straftheorie geschaffen, welche mit den üblichen relativen Straftheorien konkurrieren kann.

durch ihre Verbindung mit einer „Begründung“ zu „rehabilitieren“ (S. 8). Als eine solche Begründung postuliert Walter die „empirisch-soziologisch“ nachgewiesene Sozialnützlichkeit (S. 10). Dadurch sollte die „Vergeltungslehre“ rehabilitiert werden (S. 10 ff.). Dieser Argumentationsgang verfehlt den folgenden Punkt: „Vergeltung“ und „Vergeltungstheorie“ sind nicht gleichzustellen.

Aus dem „empirisch-soziologischen“ Nachweis der *gesellschaftlichen Vorteilhaftigkeit* der „Vergeltung“ folgt die Geeignetheit der Letzteren als Begründung für die „Vergeltungstheorie“ nicht, weil diese Eigenschaft der „Vergeltung“ als solche der „Vergeltungstheorie“ fremd ist. Unter „Rehabilitierung“ einer *Theorie* wird eine Wiederinstandsetzung bzw. Aktualisierung bzw. Rekonstruktion derselben verstanden, welche ihr Wesen aufbewahrt. Walter postuliert vielmehr eine *neue* Straftheorie, welche er *auch* als „Vergeltungslehre“ etikettiert. Da die „Vergeltungstheorie“ bereits etwas in der begrifflichen Tradition der Straftheorien Vorhandenes bezeichnet, bietet Walter weder eine „Rehabilitation“ noch eine „Vergeltungstheorie“ an. Siehe dazu B/3.1.7 sowie *Feijoo Sánchez*, *Revisión*, S. 17–20.

16 Ein ähnliches Ziel verfolgt *Berman*, *Rehabilitating Retributivism*, in toto; auch bei *Berman*, *Modest Retributivism*, S. 8 ff.

4. These

Die Hauptthese der vorliegenden Untersuchung ist, dass die Vertretbarkeit der Vergeltungstheorie bzw. des Retributivismus von der Zerlegung der Absolutheit bzw. von der Bestimmung der Relativität als zusammenfassende Eigenschaften dieser Art von Straftheorie abhängt. Weil die übliche Ablehnung der Vergeltungstheorie durch die Hervorhebung ihrer angeblich unverzichtbaren, einzelnen Eigenschaften als „absolute Straftheorie“ erfolgt, ist die Demonstrierung, dass die Vergeltungstheorie auch die Eigenschaften einer relativen Straftheorie aufweisen kann, eine Vorbedingung ihrer Verteidigung. Zwei Begriffe, welche in der deutschen strafwissenschaftlichen Literatur als Gegensätze gelten, können dadurch versöhnt werden: *Vergeltungstheorie* und *relative Straftheorie* würden sich nicht gegenseitig ausschließen, wenn das Wesen der Vergeltungstheorie nicht in ihrer „Absolutheit“ liegen würde.¹⁷ Diese Hauptthese lässt sich wie folgt erläutern:

(1) Eine überzeugende Zerlegung der angeblichen „Absolutheit“ der Vergeltungstheorie, so wird hier behauptet, erfolgt durch die Individuierung der einzelnen Eigenschaften der Vergeltungstheorie, welche von jeder der fünf verbreitetsten Unterstellungen gegen die absolute Straftheorie vorausgesetzt werden. Diese angeblichen Eigenschaften sind die folgenden: *Zwecklosigkeit*, *Rigorismus*, *Reinheit* oder *Monismus*, Anspruch auf *Vollständigkeit* sowie *Identität* bzw. *Substantialismus* ihres Maßstabs.

17 In der jüngsten Literatur liegt diese These der Hervorhebung des Konsequentialismus bei der Vergeltungstheorie Belings in *Mañalich Raffo*, *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva*, S. 4, zugrunde. Dieser Autor bezieht sich auf die eigene Diagnose von *Beling*, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, S. 2 f.: „So ist heute die Antithese ‚Vergeltungsstrafe‘ – ‚Zweckstrafe‘ (oder ‚Schutzstrafe‘, was nur Abkürzung für ‚Schutzzweckstrafe‘ ist) schief geworden. Heute hat die relative Theorie auf der ganzen Linie insofern gesiegt, als alle Welt für das punire ein ‚ut‘ oder ‚ne‘ fordert. In diesem Sinne gibt es heute Keinen, der nicht Relativist wäre.“ Siehe dazu unter B/3.1.3.

Ein Plädoyer gegen die begriffliche Äquivalenz zwischen „Vergeltungstheorie“ und „absoluter Straftheorie“ findet sich bereits bei *Merkel*, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, S. 30 f. wie folgt: „Im Bereiche der Doktrin aber hat sich die Vergeltungsidee mit den absoluten Strafrechtstheorien in einer Weise asociirt, dass die Gegner der letzteren regelmässig zugleich jene Idee bekämpfen und mit den Argumenten, welche sie gegen diese [absoluten] Theorien vorbringen, zugleich diese Idee [der Vergeltung] überwunden zu haben meinen, und bzw. dass, was sie gegen die Vergeltung schlechtweg vorbringen nur einen Sinn hat im Hinblick auf jene [absoluten] Theorien. Als wenn Vergeltung keine Vergeltung wäre, wenn sie nicht auf Grund eines kategorischen Imperativs erfolgt!“ Siehe dazu unter B/3.1.2.

Eine Infragestellung der Absolutheit bzw. eine Bestimmung der Relativität der Vergeltungstheorie soll entsprechend in Bezug auf die folgenden fünf theoretischen Unterscheidungen unternommen werden: (a) Die erste Unterscheidung *Deontologie/Teleologie/Konsequentialismus* zeigt, dass die Vergeltungstheorie eine nicht-strenge Deontologie sowie einen nicht-teleologischen Konsequentialismus verkörpern und sich damit auf die Folgen als ethische relevante Eigenschaften der Handlung beziehen kann.¹⁸ (b) Im Rahmen der zweiten Unterscheidung *Deskription/Evaluation/Präskription* bezieht sich nicht jede These der Vergeltungstheorie auf die präskriptive Seite der Straftheorie. Insbesondere eine Abgrenzung der Axiologie der Vergeltungstheorie zeigt, dass diese Theorie nicht jede Wertung mit einer Pflicht zu der Erzeugung von praktisch notwendigem Verhalten verbinden muss.¹⁹ (c) Von dem Standpunkt der dritten Unterscheidung *Monismus/Pluralismus* her schließt die Vergeltungstheorie nicht andere Werte aus, welche sich neben der Vergeltung in der Ausgestaltung der retributiven

18 Anschaulich: Moore², *Placing Blame*, S. 157 f.: „One can, of course, *define* retributivism so that a retributivist must be a deontologist. Yet I suspect that temptation to so define retributivism stems from a simple confusion. The confusion is between the *intrinsic* goodness of retribution being exacted, on the one hand, and the categorical duty to punish the guilty on each occasion where that can be done, on the other. [...] what is distinctively retributivist is the view that the guilty receiving their just deserts is an intrinsic good. It is, in other words, not an instrumental good [...]. This distinction [...] is commonly confused with the distinction between deontological and consequentialist views of right action“.

19 Cfr. dazu von der Pfordten, *Deskription, Evaluation, Präskription*, S. 228 ff., der diese Unterscheidung ausdrücklich und auf einer grundlegenden Ebene vornimmt. Dieses Verhältnis findet sich auch implizit bei Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, S. 238–241: Er kritisiert die Verabsolutierung der Vergeltung, nach welcher „[d]ie absoluten Theorien [...] in der gerechten Vergeltung nicht nur die Strafe [als] gerechtfertigt, sondern auch ihre Wirklichkeit [als] gewährleistet und ihren Inhalt [als] erschöpft“ ansehen würden (S. 240). Nach seiner Unterscheidung zwischen absoluter Geltung der „Vergeltungsidee“ und relativer Präskription ihrer „Wirklichkeit“ behauptet Welzel, dass „die ‚Relativität‘ in der Begründung der staatlichen Strafe bei der Verwendung des Vergeltungsprinzips immer wieder ignoriert [wird]“ (S. 238 f.). Konkreter: Kleinig, *Punishment and Desert*, S. 62 f.: „Conflicts of obligation can thus arise, and with them the possibility of saying ‚X deserves A, though X ought not to get or suffer A‘ [...]. Were the punishment of a convicted spy likely to trigger off a nuclear war, then we would have a ground for saying that he ought not to be punished. But this would in no way eliminate the fact that he deserved to be punished [...] two issues are being conflated: the grounds for X’s suffering punishment and the grounds for his being punished by a particular authority or in a particular way“.

Strafe niederschlagen.²⁰ (d) Die Berücksichtigung der vierten Unterscheidung *Institution/Regel/Handlung* verdeutlicht, dass die Vergeltungstheorie keine Rechtfertigung für das vollständige Rechtsphänomen der staatlichen Strafe, insbesondere keine für die gesamten institutionellen Verhältnisse der Letzteren, zu liefern braucht.²¹ (e) Nach der fünften Unterscheidung *Gleichheit/Verhältnismäßigkeit* muss die Vergeltungstheorie nicht für eine feste Behandlung im Sinne von materialer Gleichheit der Strafe für jeden Fall plädieren, um eine das Verdienst befriedigende staatliche Strafe zu normieren.²²

(2) Die vorliegende Untersuchung behauptet, dass diese fünf Teilaspekte der Relativität der Vergeltungstheorien sich in eine weitere Auffassung ihres Begriffes integrieren. Für diese weitere Auffassung der Konturen der Vergeltungstheorie ist die Bezeichnung "Retributivismus" angemessener.²³ Dieser Retributivismus charakterisiert sich somit durch seine drei Thesen: Die *evaluative* und die *strukturelle* These, welche als seine notwendigen Thesen gelten, und die *finale* These, welche als seine unterscheidende These dient:

(a) Die erste These: Die *evaluative* These bezeichnet eine notwendige Überzeugung über den Wert der Strafe. Die Zufügung eines angemessenen Übels als einer *missbilligenden Reaktion* gegen den Täter hebt einen unter-

20 Cfr. *Zaibert*, Rethinking Punishment, S. 15 ff., der bezüglich des axiologischen Teils des Retributivismus zwei axiologischen Positionen für möglich hält: diejenige des „Monismus“ und diejenige des „Pluralismus“. Siehe auch *Wolf*, Verhütung oder Vergeltung, S. 13: Dieser Autor hebt die notwendige „Hierarchisierung der Werte“ in den gemischten Straftheorien hervor, in welchen „entweder Prävention oder Retribution dominiert“. Daraus sollte folgen, dass gewisse gemischte Straftheorien eher als Fälle von Retributivismus zu betrachten wären. Schärfer: *Kersting*, Semantischer Retributivismus, S. 208: „jede retributive Strafbegründungstheorie [ist] selbst immer schon eine Vereinigungstheorie“.

21 Cfr. *Berman*, Modest Retributivism, der den „Umfang“ der Rechtfertigung, welche eine retributive Straftheorie für die staatliche Tätigkeit der Strafe liefert, diskutiert (S. 11–13). Diesen notwendigen „Umfang“ hält Berman für eingeschränkt: So sind sowohl ein „robust retributivism“ als auch ein „modest retributivism“ möglich (S. 8). Richtig auch *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, § 8 Rn. 16: „Der Zweck der Strafe ist [nur] ein Teilaspekt des mit dem Strafrecht insgesamt verfolgten Ziels“.

22 Der Streit der letzten Jahrzehnte zwischen Vertretern des „vergleichenden“ und des „nicht-vergleichenden Verdienstes“ impliziert die Infragestellung der Absolutheit der auf dem Verdienst basierenden ethischen Anforderungen. Siehe bspw. *McLeod*, On the Comparative Element of Justice, S. 125 ff. Nach diesem Autor setzt die Berücksichtigung des Verdienstes eines Menschen vergleichende Standpunkte voraus: „when we deserve, we deserve that which satisfies or fits our desert [...] the desert-satisfying power of what is received depends on essentially comparative factors“.

23 Vid. infra A/7.

scheidenden moralischen Wert hervor. Die Ausübung der Strafe instanziiert einen intrinsischen Wert der Vergeltung.²⁴ Diese These gilt als „evaluativ“, weil diese getrennt von der Überzeugung über den Grad ihrer *rechtfertigenden* Kraft vertreten werden kann. Die evaluative These wirkt somit mäßigend: Die Instanzierung des Wertes der Vergeltung ist mit der Befriedigung der Gerechtigkeit in der Strafe nicht gleichzustellen, sodass der intrinsische Charakter der Vergeltung noch keine Zwecklosigkeit der staatlichen Strafe impliziert.

(b) Die zweite These: Mit der *strukturalen* These des Retributivismus ist die These des Ausgleiches des Verdienstes gemeint, welche von der Struktur²⁵ der staatlichen Strafe eine bestimmte Ausgestaltung erfordert²⁶. Diese These kann als ein Spezialfall der allgemeinen Gerechtigkeitsanforderung, *jedem nach seinem Verdienst* zu behandeln, betrachtet werden: Im Fall der staatlichen Strafe handelt es sich um das negative Verdienst (Strafwürdigkeit) des Täters. Die These des Ausgleiches des Verdienstes lässt sich als die Anforderung nach Aktualisierung der retrospektiven Proportionalität in der staatlichen Strafe umformulieren.²⁷ Diesbezüglich umfasst die staatliche Strafe nicht nur die Handlung eines Einzelnen, sondern die verschiedenen Teilaspekten einer institutionalisierten Tätigkeit als eine Einheit.

(c) Die dritte These: Die *finale* These des Retributivismus bezieht sich auf den Zweck der Strafe. Diese These besagt, dass die vergeltende staatliche Strafe den Zweck der Gerechtigkeit verfolgt:²⁸ *Gerechtigkeit durch Vergeltung*. Diese Behauptung über den Eintritt der Gerechtigkeit als einen intendierten Zustand gilt als das unterscheidende Merkmal des Retributivismus als Straftheorie: Keine andere Straftheorie bezieht sich in einer

24 Siehe die Erörterung des intrinsischen Wertes bzw. der nicht kausalen Bezogenheit als eines unterscheidenden Aspektes in der Vergeltungstheorie bei Zimmermann, Verdienst und Vergeltung, S. 44–59.

25 Hier wird „Struktur“ nach dem üblichen Gebrauch i. S. v. „Form“, „Verfassung“, „Aufbau“ etc. und nicht im ontologischen Sinne verwendet. Zu dem letzteren Sinne siehe Kaufmann², Die ontologische Struktur des Rechts, S. 101.

26 Cfr. Nagler, Die Strafe, S. 70 f.: „Die Art der Fragestellung [über den Begriff der staatlichen Strafe] entscheidet auch hier wieder einmal über den Gang und die Ergebnisse der Forschung“. So betont Nagler, dass die Entscheidung für eine retributive Strafbegründung den Standpunkt, aus welchem die Beschreibung der Struktur der Strafe als Gegenstand erfolgt, bestimmt (S. 77–79).

27 In der jüngsten Fachliteratur siehe Müller, Vergeltungsstrafe und Gerechtigkeitsforschung, S. 17 f., der die „Herstellung von Proportionalität“ (S. 17) als den Kern der Vergeltung betrachtet: „Vergeltungsstrafe ist tatproportionale Strafe“ (S. 18).

28 So in der Beschreibung, jedoch kritisch dazu: Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, S. 12.

solchen Weise auf die Gerechtigkeit.²⁹ Die vorausgesetzte Konzeption der Gerechtigkeit variiert jedoch zwischen den verschiedenen Auffassungen des Retributivismus.

(3) Die Anwendung der hier skizzierten Konzeption der Lehre des Retributivismus impliziert eine Erweiterung des Spielraumes, in welchem eine Auffassung der Vergeltungstheorie verteidigt werden kann. Dies wird in der vorliegenden Untersuchung am Beispiel der Straftheorie von Immanuel Kant gezeigt, zu deren Vertretbarkeit nach dem Ansatz eines *relativen Retributivismus* beigetragen wird: Auf das Plädoyer der Sekundärliteratur für die Aktualisierung von Kants Lehre des Strafrechts als einer *präventiven Vereinigungstheorie*³⁰ bzw. für einen *stärken Skeptizismus* über eine konsequente kantische Straftheorie³¹ kann durch die Auffassung des *relativen Retributivismus* geantwortet werden. Dazu lassen sich gewisse Passagen der „Metaphysische[n] Anfangsgründe der Rechtslehre“ (abgekürzt: „Rechtslehre“)³² so interpretieren, dass Kant dort in Bezug auf jede der soeben skizzierten fünf theoretischen Unterscheidungen für eine nicht absolute Position optieren würde.

Dort sind Einschränkungen der Vergeltungstheorie nach dem Ansatz der Relativität nachweisbar, welche hier bildlich als *Freisprechung von den fünf Anklagepunkten der "Absolutheit"* dargestellt werden: (a) *Nicht-Zwecklosigkeit*: Das Verhältnis zwischen Gerechtigkeit und Vergeltung lässt sich bei Kant als ein Zweckverhältnis beschreiben.³³ (b) *Nicht-Rigorosität*: Die staat-

29 Dieses Verhältnis hebt *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 153, hervor: Die „Vergeltungslehre“ gelte als die „Gerechtigkeitstheorie“ der Strafe: „Während freilich die Vergeltungslehre aus dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit restlos entwickelt werden kann, ist der Gedanke der austeilenden Gerechtigkeit nicht hinreichend, um die Zwecktheorien daraus abzuleiten“.

30 Diese Auffassung vertreten *Byrd/Hruschka*, Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat, in toto, insb. S. 959.

31 Eine skeptische Meinung vertritt *Merle*, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, S. 15–73, insb. S. 41 ff.

32 Insb. *Kant*, RL, AA, VI, S. 331 ff., 362 f.

33 Dafür ist die Erklärung der Funktion des Begriffes „Gerechtigkeit“ in Kants „Rechtslehre“ maßgeblich. Cfr. *Kant*, RL, AA, VI: die „öffentliche Gerechtigkeit“ sei das „formale Princip der Möglichkeit“ des Rechts in der Gesellschaft (S. 306), und zwar in „eine[r] Gesellschaft mit anderen, in welcher Jedem das Seine erhalten werden kann“ (S. 237). Die vorrechtlich verankerte Strafgerechtigkeit ist bei Kant in ihrer Funktion der öffentlichen Gerechtigkeit untergeordnet. Ausdrücke wie „äußere Gerechtigkeit“, „Befriedigung der Gerechtigkeit“, „Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit“, „wenn die Gerechtigkeit untergeht [...]“ in der allg. Anm., E zum § 49 (*Kant*, RL, AA,

liche Strafe muss nach Kant nicht gegen jede Rechtsverletzung eintreten.³⁴ (c) *Nicht-Reinheit*: Neben der Vergeltung bestimmen auch andere Werte bzw. Prinzipien die Konturen der kantischen Konzeption der staatlichen Strafe mit.³⁵ (d) *Nicht-Vollständigkeit*: Kants Vergeltungstheorie als Theorie der staatlichen Strafe liefert keine Rechtfertigung in Bezug auf die Vorbedingungen der staatlichen Strafe, selbst wenn die Letzteren normativ auf die staatliche Strafe einwirken.³⁶ (e) *Nicht-Identität*: Der Maßstab der Ver-

VI, S. 330 ff.) sind i. V. m. der Funktion des Begriffes „öffentliche Gerechtigkeit“ zu verstehen.

- 34 Kants Einordnung der Vergeltung in einer staatlich vermittelten Gerechtigkeitsordnung führt zu gewissen konsequentialistischen Grenzen für die Verwirklichung der Vergeltung. Zu der Erhaltung der „äußeren Gerechtigkeit“ siehe die Passage über den Notfall bei Kant, RL, AA, VI, S. 334: „Wenn aber doch die Zahl der Complicen [...] so groß ist [...] so muß es auch der Souverän in seiner Macht haben, in diesem Nothfall (*casus necessitatis*) selbst den Richter zu machen (vorzustellen) und ein Urtheil zu sprechen, welches statt der Lebensstrafe eine andere den Verbrechern zuerkennt, bei der die Volkmenge noch erhalten wird“. Dort verfolgt das Absehen von der Strafe die Erhaltung des „Staates“ wegen seiner Eigenschaft der „äußeren Gerechtigkeit“. Diese Stelle stellt den Einwand, die Vergeltungstheorie Kants sei durch einen unirdischen Rigorismus charakterisiert, infrage.
- 35 In Kants „Rechtslehre“ schlägt sich die Vergeltung im Strafrecht nur eingeschränkt nieder. Dieser Einschränkung der Vergeltung liegen Begriffe wie „Gesetzlichkeit“ bzw. „Menschheit“ zugrunde, welche auf der Stufe von Kants Behandlung des Strafrechts als unabhängig voneinander wirken. Zum Verhältnis zwischen Vergeltung und Gesetzlichkeit siehe bspw. Kant, RL, AA, VI, S. 336, wo das Strafgesetz für den „mütterlichen Kindesmord“ vom Bezugspunkt der Vergeltung als zu exzessiv kritisiert und trotzdem für weiterhin anwendbar gehalten wird. Dennoch soll dieses Strafgesetz nach Kant nach unten reformiert werden, sodass eine vergeltende Strafe angekündigt bzw. angewendet werden könnte. Zum Verhältnis zwischen Vergeltung und Menschheit siehe Kant, RL, AA, VI, S. 363 Anm. (*): „In jeder Bestrafung liegt etwas das Ehrgefühl des Angeklagten (mit Recht) Kränkendes“. Kant zufolge tangiert jede Strafe in gewissem Maß eine Komponente der „Menschheit“, welche dem Einzelnen als seine „angeborene Persönlichkeit“ zukomme. Grausamkeit und Demütigung gegen den Täter durch die vergeltende Strafe lässt Kant jedoch nicht zu.
- 36 Seine Lehre des Strafrechts verortet Kant im Rahmen seiner Lehre des öffentlichen Rechts, sodass Aspekte der letzteren bereits einen Teil des Erklärungs- bzw. Rechtfertigungsbedürfnisses des ganzen Phänomens der staatlichen Strafe befriedigen. Die Vergeltungstheorie Kants lässt sich als verbunden mit einer konkretisierenden Auffassung der Strafpraxis (Strafrechts als Ganzes/einzelne Strafgesetze/Bestrafungen) und einer entsprechenden Dosierung der Relevanz der Vergeltung in der Rechtfertigung beschreiben. In den oberen Stufen wird die Lehre des öffentlichen Rechts maßgeblicher. So behauptet Kant, RL, AA, VI, dass „[d]ie bloße Idee einer Staatsverfassung unter Menschen [...] schon den Begriff einer Strafgerechtigkeit bei sich“ führe (S. 362), und dass das „öffentliche Recht“ „ein System von Gesetzen für ein Volk“ sei (S. 311). Das Strafrecht als Ganzes existiert nach Kant zunächst als ein besonderer Teil dieses

geltung, welchen Kant anwendet, weicht von demjenigen der Umkehrung eines identischen Verhaltens bzw. der materiellen Gleichheit ab.³⁷

Unter diesen Einschränkungen des relativen Ansatzes kann Kants Strafrechtstheorie wie folgt skizziert werden: Ein nach dem Prinzip der Vergeltung ausgestaltetes, in das öffentliche Recht eingebettetes Strafrecht aktualisiert den *Zweck des Ganzen* in einer unterscheidenden Form. Dieser Zweck des Ganzen ist die *Sicherung des Rechts* als Zweck des öffentlichen Rechts.³⁸ Die von dem Staat praktizierte Vergeltung ist in Kants „Rechtslehre“ somit nicht absolut, sondern relativ auf den Zustand der Gerechtigkeit bezogen, welcher von der Verwirklichung des Rechts in der Gesellschaft herbeigeführt wird.³⁹ Dieses Verhältnis konkretisiert sich im Erlass von zu der Vergeltung geeigneten Gesetzen, zu deren kategorischen Anwendung der Staat sich selbst rechtlich verpflichtet. Eine Anmaßung der Freiheit, welche mit der gleichen rechtlichen Freiheit von allen, wie diese durch öffentliche Gesetze konfiguriert existiert, unvereinbar ist, wird dem Einzelnen zugerechnet bzw. vorgeworfen: Dem Einzelnen wird dieses Verdienst (als negativer Wert) durch die Bestrafung ausgeglichen.⁴⁰

öffentlichen Rechts, sodass die Erklärung des Strafrechts die Bestimmung seines Verhältnisses mit dem Sicherungszweck des öffentlichen Rechts voraussetzt.

37 Eine das Verdienst des Täters ausgleichende Strafe lässt sich bei Kant als das Ergebnis einer Forderung nach formeller Korrespondenz bzw. Gleichwertigkeit der Strafe sowohl in ihrer Androhung als auch in ihrer Anwendung verstehen. Diese Korrespondenz führt in gewissen Fällen zur materiellen Gleichheit im Ergebnis, weil es dort in Kants Worten „kein Surrogat“ gegeben sei. Cfr. *Kant*, RL, AA, VI, S. 333.

38 Cfr. *Kant*, RL, AA, VI, S. 312 f. (§ 44).

39 Die hier vorgeschlagene Lesart stützt sich auf die Kernstelle zur „öffentlichen Gerechtigkeit“ bei Kant im § 41 der „Rechtslehre“ (*Kant*, RL, AA, VI, S. 305 f. – Hervorhebung durch Kursiven hinzugefügt): „Der rechtliche Zustand ist dasjenige Verhältnis der Menschen untereinander, welches die Bedingungen enthält, unter denen allein jeder seines Rechts theilhaftig werden kann, und *das formale Princip der Möglichkeit desselben, nach der Idee eines allgemein gesetzgebenden Willens betrachtet, heißt die öffentliche Gerechtigkeit*“. Ähnlich bei *Avriganu*, Ambivalenz und Einheit, S. 15–19, der die unreviewierbare Identifizierung der Vergeltungstheorie Kants mit der absoluten Strafrechtstheorie kritisiert. Schuld daran sei das Desinteresse der deutschen Rechtswissenschaftler, welche die Vereinbarkeit zwischen den Stellen über das Strafrecht und dem Gerechtigkeitsbegriff in Kants „Rechtslehre“ nicht zur Geltung gebracht hätten. Stattdessen werfen die Kritiker Kant das unzulässige Engagement seiner Strafrechtstheorie mit einer unirdischen Konzeption der Gerechtigkeit vor.

40 Cfr. *Kant*, RL, AA, VI, S. 227 f. Maßgeblich dafür ist Kants Ausdruck „damit jedermann das widerfähre, was seine Thaten werth sind“ in *Kant*, RL, AA, VI, S. 333, wo der abwertende Gehalt der Strafe in den Vordergrund gerückt wird.

5. Relevanz

Vorausgesetzt, dass die staatliche Strafe als eine gravierende Einschränkung der Freiheit eine moralische Rechtfertigung bedarf,⁴¹ liegt die allgemeine Relevanz jeder neuen Untersuchung über die Straftheorien in der beabsichtigten Überwindung der Mängel der bisherigen Straftheorien. Jede straftheoretische Untersuchung verspricht, einen Beitrag zu einer überzeugenderen rechtsethischen Rechtfertigung der staatlichen Strafe zu leisten. Der Beitrag der vorliegenden Arbeit unterscheidet sich durch die Infragestellung der weit verbreiteten Dichotomie *absolute Straftheorie/relative Straftheorie*, mit welcher fast jede Erörterung des Problems der Rechtfertigung der Strafe eingeführt wird.⁴²

Die vorliegende Dissertation trägt zu dem Abbau der Unklarheit in der Bedeutung der Qualifizierung „absolut“ bei den Vergeltungstheorien bei: Eine Erklärung der „Absolutheit“ der absoluten Straftheorien soll jenseits der unreflektierten Verwendung dieses Terminus als alternative Bezeichnung für den vergeltenden Charakter der Vergeltungstheorie entwickelt werden.⁴³ Eine solche Analyse beabsichtigt die Individuierung der Merkmale, welche bei der Vergeltungstheorie vorausgesetzt werden, wenn dieser die angeblichen Folgen ihrer Absolutheit unterstellt werden. Dieser Versuch, ein Gesamtbild der „Absolutheit“ der Vergeltungstheorie zu gewinnen, wird normalerweise nicht unternommen.

Eine solche Explikation der Bedeutung dieser „Absolutheit“ soll zu der Überprüfung der Tauglichkeit der Unterscheidung *absolut/relativ* in der Wiedergabe der Streitigkeit zwischen den tatsächlich vertretenen Straftheorien dienen. Eine sorgfältige Rekonstruktion der „Absolutheit“ der Straftheorien soll bestätigen, dass jede vertretbare Straftheorie heutzutage als eine relative Straftheorie gilt, sodass die Einteilung der Straftheorien zwischen „absoluten“ und „relativen“ als oberste Typologie keine Reduktion der Komplexität der Vielfältigkeit von Meinungen leistet.⁴⁴ Die Identifizierung der Vergeltungstheorie mit der absoluten Straftheorie bringt vielmehr eine *Sperre* der Diskussion mit sich, in welcher so verfahren wird, dass

41 Cfr. *Honderich*, Punishment, S. 4 f.

42 So das jüngste Buch von *Dübgen*, Theorien der Strafe zur Einführung, S. 15.

43 Relevante Anmerkungen über die Bedeutung des Absoluten innerhalb des Rechts liefern *Duttge/Löwe*, Das Absolute im Recht, in toto, mit einem Hinweis auf die Vergeltungstheorie Kants bei S. 376.

44 Siehe diese Diagnose bereits bei *Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, S. 3.