

Daniel Spycher

Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe

Von der Notwendigkeit des
Vergeltungsgedankens in einem
präventionsorientierten Strafrecht

Spycher
Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe

DRIESEN | Rechtswissenschaft

Daniel Spycher

Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe

Von der Notwendigkeit des
Vergeltungsgedankens in einem
präventionsorientierten Strafrecht

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Die Fakultät hat diese Arbeit am 21. Februar 2013 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. iur. et lic. phil. Martino Mona, LL. M. (Erstgutachter) und Prof. Dr. iur. Hans Vest (Zweitgutachter), als Dissertation angenommen. Sie entstand von September 2010 bis Mai 2012, u.a. am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Brsg.

Alle Rechte vorbehalten

© Verlag Dr. H. H. Driesen GmbH, Taunusstein, 2013

Lektorat, Korrektorat, Text- und Umschlaggestaltung: Albrecht Driesen

Der Text wurde einschließlich Zitaten von der schweizerischen Schreibweise mit Doppel-s an die bundesdeutsche Schreibweise mit ß nach den Regeln von 2006 angepasst.

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.

<http://www.driesen-verlag.de>
E-Mail: info@driesen-verlag.de

Druck und Buchbinder: Schaltungsdienst Lange OHG, Berlin
Printed in Germany

ISBN 978-3-86866-132-3

Meinen Eltern

»Strafe ist das von einer zuständigen Stelle für eine vergangene und zurechenbare Tat intentional gegen den Täter verhängte und der Bedeutung seiner Tat angemessene Übel.«¹

¹ KAISER, S. 143.

Danksagung

Zu großem Dank bin ich meinem geschätzten Doktorvater und akademischen Lehrer Prof. Dr. Martino Mona verpflichtet. Zum einen hat er bereits während des Studiums mein Interesse für die Rechtsphilosophie und Grundlagenforschung entscheidend gefördert. Zum andern erwies er sich als ein Betreuer für meine Arbeit, wie ich mir einen besseren nicht hätte wünschen können. Sein Wohlwollen, seine Hilfsbereitschaft und sein großes Interesse für Studierende und Doktoranden bildeten den fruchtbaren Boden, auf dem die vorliegende Dissertation gedeihen konnte. Übte er sich zunächst in viel Geduld und ließ mir freie Hand, so sparte er im weiteren Verlauf nicht mit konstruktiver Kritik, die niemals verletzte, sondern stets als wertvolle Unterstützung empfunden wurde.

Prof. Dr. Hans Vest gebührt mein Dank, dass er sich freundlicherweise bereit erklärt hat, das Zweitgutachten zu erstellen.

Des Weiteren möchte ich mich bei Prof. Dr. Thomas Koller bedanken, der mir die Möglichkeit bot, während eineinhalb Jahren als wissenschaftlicher Mitarbeiter fachübergreifend an seinem Lehrstuhl für Zivilrecht tätig zu sein und wertvolle Erfahrungen zu sammeln. An dieser Stelle sei auch all meinen ehemaligen Arbeitskollegen des Instituts, insbesondere Frau Dr. iur. Eylem Demir, mein herzlicher Dank ausgesprochen, die zu einem freundschaftlichen und bereichernden Arbeitsklima beigetragen haben. Nicht auslassen möchte ich ebenso Frau lic. iur. Nora Erlich, die mit großem Einsatz die Geschäfte der Bern Graduate School of Criminal Justice (BGCJ) leitet und mich stets hilfsbereit unterstützte.

Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern, Martha und Samuel, die mich mein Leben lang unterstützt und meine Studien überhaupt erst ermöglicht haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

*Bern, im April 2013
Daniel Spycher*

Inhalt

Danksagung.....	9
Abkürzungsverzeichnis	15
Problematik und Zielsetzung	17
A. Grundlegendes	21
I. Prolegomena zum Begriff der Vergeltungsstrafe	21
1. Über die Notwendigkeit einer Begriffsklärung	21
2. Strafe	22
2.1 Definition und Etymologie	22
2.2 Wesensmerkmale	23
2.2.1 Im Allgemeinen	23
2.2.2 Die Kriminalstrafe im Besonderen	27
3. Vergeltung	29
3.1 Definition und Etymologie	29
3.2 Wesensmerkmale	29
3.3 Vergeltung, nicht Rache.....	31
II. Der Kerngehalt der Vergeltungsstrafe.....	35
1. Weshalb Kritik am Retributivismus oftmals ins Leere trifft	35
2. Der Ausgleichsgedanke	36
2.1 Lex talionis und die Problematik der Gleichheit	37
2.2 Vergeltung als proportionale Gleichheit	41
2.3 Vergeltung als verdienstbasierter Ausgleich.....	45
2.3.1 Kritik am Verdienstgedanken	46
2.3.2 Über »klare« und »unklare« Begriffe	49
2.3.3 Weshalb der Verdienstgedanke keine Leerformel ist	51
2.4 Arten von Ausgleichskonzeptionen	52
2.4.1 Schuldausgleich	52
2.4.1.1 Rechtliche Schuld	53
2.4.1.2 Strafe zwecks Sühne?	55
2.4.1.2.1 Begriffsklärung	55
2.4.1.2.2 Problematik des Sühnegedankens.....	56

2.4.1.3 Scharfe Trennung zwischen morali- scher und rechtlicher Schuld?.....	58
2.4.2 Wiederherstellung von Recht und Gerechtigkeit.....	61
2.4.3 Wiederherstellung der gesellschaftlichen Balance	63
B. Der Vergeltungsgedanke in der Strafphilosophie.....	65
I. Der Retributivismus in der klassischen Strafphilosophie.....	65
1. Die vergeltende Strafe nach Grotius.....	65
1.1 Der naturrechtliche Hintergrund	65
1.2 Die Vergeltungsstrafe als Vertragsstrafe.....	68
1.2.1 Der Sinn der Strafe.....	68
1.2.2 Strafe als Vertragskonzeption	70
1.2.3 Das Maß der Strafe	71
2. Die vergeltende Strafe nach Kant	73
2.1 Der freie Mensch	73
2.2 Der kategorische Imperativ	75
2.3 Der Staat und das Recht	76
2.4 Strafgerechtigkeit und Strafklugheit	78
2.5 Das Talionsprinzip nach Kant	81
2.5.1 Gleiches mit Gleichem vergelten.....	81
2.5.2 Die Probleme seiner praktischen Anwendbarkeit	82
2.6 Das Inselbeispiel im Besonderen	85
3. Die vergeltende Strafe nach Hegel	86
3.1 Der freie Wille	87
3.2 Das Recht als Ausdruck der gegenseitigen Anerkennung	88
3.3 Die Straftat als Negation des Rechts	89
3.4 Die Strafe als Negation der Negation	91
II. Neo-retributive Strömungen	96
1. Entwicklung neo-retributiver Ansätze	97
1.1 Kritik am Präventionismus	97
1.2 Der erneute Abschied von der Vergeltungsstrafe.....	100
2. Logischer Retributivismus	102
2.1 Die Besorgnis des Retributivisten.....	102
2.2 Strafe als logische Folge des Normbruchs.....	103
2.3 Vergeltung und grausamer Strafvollzug	106
3. »Verdiente« Vergeltungsstrafe	107
3.1 Die verdiente Strafe im allgemeinen Sprachgebrauch.....	107
3.2 Verdienst und Vergeltung als grundlegende No- tion der Strafe	108
4. »Benefit and Burden«	109
4.1 Rechtmäßige Vorteile und notwendige Nachteile.....	110
4.2 Unrechtmäßige Vorteile	111

4.3 Vorteilsausgleich.....	113
5. Moral Accountability	116
5.1 Mit gleicher Münze heimzahlen?.....	116
5.2 Respekt vor dem Täter und das prinzipielle Verbot martialischer Strafen.....	117
5.3 Das Verbrechen als moralisches Übel	121
6. Expressiver Retributivismus.....	122
6.1 Strafe als Tadel	122
6.2 Strafe als harte Behandlung	126
C. Der Vergeltungsgedanke im Gefüge der juristischen Straftheorien	129
I. Exkurs: Der Schulenstreit des 19. Jahrhunderts	130
1. Die klassische Schule.....	130
2. Die moderne Schule und der Siegeszug der Prävention.....	133
2.1 Das Marburger Programm	133
2.2 Triebhafte Strafbedürfnisse?	136
II. Vergeltung als absolute Straftheorie.....	139
1. Problematik der Distinktion zwischen absoluten und relativen Straftheorien.....	139
1.1 Sind absolute Strafauffassungen wirklich zweckfrei?	140
1.2 »Ut ne peccetur« oder »quia peccatum est«?	143
1.3 Verzicht auf diese Unterscheidung?	144
2. Weitere Kritik an der Vergeltungsstrafe, verstanden als absolute Straftheorie.....	145
III. Rein präventive Begründung der Strafe?	147
1. Grundlegende Problematik der Präventionstheorien	147
2. Generalprävention	150
2.1 Negative Generalprävention	150
2.2 Positive Generalprävention	153
3. Spezialprävention	156
3.1 Positive Spezialprävention	158
3.2 Negative Spezialprävention	161
3.2.1 Abschreckung	161
3.2.2 Sicherung.....	162
IV. Vereinigungstheorien	163
1. Über die Notwendigkeit einer Vereinigungstheorie.....	163
2. Arten von Vereinigungstheorien	165
2.1 Präventive Vereinigungstheorie	166
2.2 Vergeltende Vereinigungstheorie.....	167
2.3 Additiv oder dialektisch?	169

D. Der Vergeltungsgedanke als Ursache zunehmender Punitivität?.....	173
I. Neue Punitivität in der Gesellschaft	173
1. Ihre Hintergründe	174
1.1 Kultur der Angst	174
1.1.1 Massenmedien	175
1.1.2 Ist die zunehmende Verbrechensfurcht gerechtfertigt?	180
1.1.3 Die Profiteure der Politik	181
1.2 Archaische Rachebedürfnisse.....	183
2. Die Verheerungen des maßlosen Präventionsgedankens	184
2.1 Präventiver Aktionismus	184
2.2 Beispielhafte Zeichen der Präventionslust	185
2.2.1 Kritik am »laschen« Sanktionensystem.....	185
2.2.1.1 Geltendes Recht	185
2.2.1.2 Abschaffung bedingter Geldstrafen.....	186
2.2.1.3 Wiedereinführung kurzer Freiheitsstrafen	189
2.2.2 Lebenslange Sicherungsverwahrung.....	191
2.2.3 Prävention von Risiken	194
2.3 Die übermächtige Präventionsidee – eine Zwischenbilanz	199
II. Die Rolle der Vergeltung.....	201
E. Genügli che Strafbegrenzung durch das Schuldprinzip – auch ohne Vergeltung?	205
I. Über das Schuldprinzip.....	205
1. Der Schuldgedanke als restriktives Prinzip	205
2. Willensfreiheit?	206
II. Der Angriff der Prävention auf das klassische Schuldverständnis	208
1. Legitimationsproblematik des Schuldprinzips	208
2. Funktionalisierte Schuld	210
3. Die Geister, die wir riefen	214
III. Der Beitrag des Vergeltungsgedankens	216
F. Verzicht auf jegliche Vergeltung?	221
I. Was uns der Vergeltungsgedanke bringt	221
II. Worauf wir verzichten können	224
III. Fazit.....	226
Literatur- und Materialverzeichnis	229

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
AJP	Aktuelle Juristische Praxis = PJA
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
d. h.	das heißt
DISKURS	Studien zu Kindheit, Jugend, Familie und Gesellschaft (Zeitschrift)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	et alii (und weitere)
etc.	et cetera (und so weiter)
f./ff.	folgende/fortfolgende
forumpoenale	. Zeitschrift für die Strafrechtspraxis
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
Habil.	Habilitationsschrift
HRRS	Online Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel

Problematik und Zielsetzung

Die Untersuchung behandelt die Frage nach der Legitimität des Vergeltungsgedankens im modernen Strafrecht. Nachfolgend wird die seit Jahrhunderten bestehende rechtstheoretische Auseinandersetzung über Sinn und Zweck der Kriminalstrafe aufgegriffen, um der Vergeltungsidee näher auf die Spur zu kommen. In letzter Konsequenz gilt es zu klären, ob der Retributivismus aus heutiger Sicht seine Berechtigung verloren hat oder ob das vermeintliche Schreckensgespenst zu Unrecht als ein »heißes Eisen« betrachtet wird. Ist dieser ein archaisches Unding aus vergangenen Tagen, welches wir längst überwunden glaubten, oder lässt sich Vergeltung möglicherweise sinnvoll in ein modernes Strafrecht integrieren?

Zur Beantwortung dieser Fragen sind im ersten Teil der Vergeltungsbegriff und der Kerngehalt des Vergeltungsgedankens zu behandeln. Insbesondere wird an dieser Stelle Vergeltung von archaischer Rache abgegrenzt und dargelegt, dass Kritik, die gegenüber dem Vergeltungsgedanken erhoben wird, in aller Regel seine fundamentale Bedeutung – die Forderung nach einem tatproportionalen, verdienstbasierten Ausgleich – überhaupt nicht berührt. Es gilt zu verdeutlichen, dass kritische Einwände vielmehr den archaischen Rachegedanken betreffen oder allenfalls spezifische Erscheinungsformen der Vergeltung angreifen. Diese Grundlagen führen schließlich zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Wesen der retributiven Strafe und ihrem zentralen Gehalt, der Forderung nach Gleichheit.

In einem weiteren Schritt werden im zweiten Teil der Arbeit verschiedene klassische Vergeltungskonzeptionen sowie neo-retributive Strömungen präsentiert. Die Tatsache, dass es sich beim Retributivismus nicht um eine einheitliche Strafauffassung handelt, ist bei der Beantwortung der »Gretchenfrage« – ob Vergeltung im heutigen Strafrecht ausgedient hat – von einiger Bedeutung. Die Absicht besteht

nicht darin, eine umfassende Darstellung von Vergeltungstheorien zu schaffen, sondern darauf hinzuweisen, dass die Vergeltungsstrafe auf unterschiedlichste Art und Weise ausgestaltet sein kann.

Im dritten Teil wird der Vergeltungsgedanke ins Gefüge der juristischen Straftheorien gestellt und es sind kontrastierend präventionsorientierte Ansätze mit ihren grundlegenden Unzulänglichkeiten zu diskutieren. Insbesondere soll gefragt werden, ob ein ausschließlich präventionsorientiertes Strafrecht eine Alternative zum Vergeltungsgedanken darstellen würde. Schon bald wird ersichtlich, dass eine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Legitimation von Strafe nur im Rahmen einer Theorie gefunden werden kann, die auch die Vergeltungsidee angemessen berücksichtigt.

Darauf folgend werden im vierten Teil gesamtgesellschaftliche Straftendenzen thematisiert. Im Zentrum stehen die viel diskutierte Zunahme der Punitivität in der breiten Bevölkerung und ihre möglichen Hintergründe und Auswirkungen auf das Strafrecht. Anhand von konkreten Beispielen aus der Strafpraxis und aktuellen rechtspolitischen Tendenzen soll gezeigt werden, dass stärker werdende Strafbedürfnisse nicht etwa auf den Vergeltungsgedanken zurückzuführen sind, sondern vor allem in der maßlosen Präventionsidee der Grund des expansiven Strafrechts zu erblicken ist. Demgemäß ist die Arbeit nicht zuletzt als ein Postulat gegen den zunehmenden Präventionismus zu verstehen. Außerdem verdeutlicht das Kapitel den Praxisbezug der Thematik: Die nachfolgenden Ausführungen besitzen nicht rein akademische Züge, sondern verfolgen das Ziel, einen Mehrwert für die heutige Strafpraxis zu schaffen. Wie dieser Abschnitt zeigen soll, hat das grundlegende Verständnis der Kriminalstrafe einen erheblichen Einfluss auf das praktische Strafwesen.

Der fünfte Teil der Arbeit wird durch die Problematik der Strafbegrenzung eingenommen. Hierbei soll das klassische Schuldprinzip als Korrektiv erläutert und die Schwierigkeiten dargestellt werden, mit denen der traditionelle Schuldgedanke in einem Präventionsstrafrecht konfrontiert ist. Es ist zu zeigen, dass das Schuldprinzip alleine nicht geeignet ist, den maßlosen Präventionsgedanken zu bändigen, sondern dass das gesamte Schuldstrafrecht in letzter Konsequenz nur durch den Miteinbezug der Vergeltungsidee befriedigend erklärbar erscheint.

Der letzte und sechste Teil der Arbeit ist schließlich der zentralen These gewidmet: Die Forderung nach einer tat- und schuldvergeltenden Kriminalstrafe. Beim Vergeltungsgedanken handelt es sich nicht um ein »heißes Eisen«, das wir aus einem modernen Strafrecht verbannen müssten, sondern dieser ist letztlich als fundamentale Notion jeder Strafe zu betrachten. Im Schlussteil wird resümierend dargelegt, dass sein Gehalt auch für das heutige Strafrecht von großer Wichtigkeit ist und in Bezug auf die zunehmenden Probleme, denen ein modernes Präventionsstrafrecht erlegen ist, einen sinnvollen Beitrag leisten könnte. Insbesondere ist der Gedanke der Strafbegrenzung der vergeltenden Strafe inhärent und dieses Verständnis kann dazu dienen, dass staatliche Sanktionen nicht zu einem beliebigen Mittel der Sozialkontrolle verkommen. In Anbetracht der Verheerungen im heutigen Strafwesen erscheint eine Rückbesinnung auf die traditionelle Bedeutung der Kriminalstrafe – verstanden als ein tat- und schuldproportionaler, verdienstbasierter Tadel – dringend notwendig.

Der Grundtenor der vorliegenden Dissertation bildet der Respekt vor dem Täter und sein Status als würdevolle Persönlichkeit. Sie basiert auf der Überzeugung, dass jede Strafe gegenüber dem individuellen Täter einer hinreichenden Rechtfertigung bedarf und als *verdient* verstanden sein muss, damit sie nicht zum Unrecht wird. Aufgrund dieser retributivistischen Optik und des damit einhergehenden erhöhten Begründungsbedarfs plädiert der Autor gerade nicht für einen möglichst harten und exzessiven Strafgebrauch, sondern für strafrechtliche Sparsamkeit.

A. Grundlegendes

I. Prolegomena zum Begriff der Vergeltungsstrafe

1. Über die Notwendigkeit einer Begriffsklärung

Im Fokus der vorliegenden Analyse steht nicht das allgemeine Vergeltungsphänomen, sondern die *vergeltende (retributive) Kriminalstrafe*. Andere Erscheinungsformen der Vergeltung sind lediglich mittelbar von Interesse und sollen nicht eingehend thematisiert werden.²

Gegeben das Vorhaben, die retributive Strafe zu ergründen, könnte eingewendet werden, dass wir schließlich alle wüssten, was mit strafrechtlicher Vergeltung gemeint sei.

So einfach verhält es sich indessen nicht: In der Strafrechtsdogmatik wird der Vergeltungsbegriff *uneinheitlich* verwendet; es herrscht gerade kein einheitlicher Gebrauch vor.³ Im günstigeren Fall ist damit die Vergeltungsstrafe nach Kant gemeint, oftmals wird der Terminus fälschlicherweise im Sinne der archaischen Rache verstanden oder es besteht überhaupt keine klare Vorstellung über dessen Bewandtnis. Eine solche Ahnungslosigkeit gestehen Kritiker des Retributivismus auch freimütig ein, wenn sie den angeblich zu diffusen Vergeltungsbegriff kritisieren.⁴ Wenn es sich tatsächlich so verhielte, dass Vergeltung in der wissenschaftlichen Literatur bspw. einhellig als archaisches Rache-

² Siehe hierzu auch hinten, A/1./3.2, wo dargelegt wird, dass es sich beim Vergeltungsgedanken um ein ubiquitäres Phänomen handelt, das nicht ausschließlich im strafrechtlichen Bereich von Bedeutung ist.

³ Vgl. zu dieser Problematik DAY, S. 498 f., der diese Tatsache als »retributivist paradox« bezeichnet; zudem HOFFMANN, S. 167, welcher darauf hinweist, dass dem Vergeltungsbegriff vielfach ein »emotionales Beiwerk« hinzugefügt wird; ferner MONA (2002), S. 24 f., wo Vergeltung als Form der irrationalen Rache und als überproportionales Strafbedürfnis verstanden wird.

⁴ Vgl. auch COTTINGHAM, S. 238, mit dem Hinweis, dass in der Literatur der Vergeltungsbegriff oftmals verwendet wird, als ob es sich hierbei um etwas Einheitliches und völlig Simples handeln würde; ferner WALTER, S. 643, der den Hauptgrund für eine ablehnende Haltung gegenüber dem Vergeltungsgedanken darin erblickt, dass er mit einem

bedürfnis verstanden würde und wir sie deshalb aus dem Strafrecht verbannt hätten, dann wäre die vorliegende Abhandlung weitgehend umsonst. Diesfalls würde die Feststellung wohl genügen, dass sich der Begriff eben gewandelt hat und heute einfach anders verstanden wird. Wie nachfolgend zu zeigen ist, ist dies aber keineswegs zutreffend.

Die Frage nach der Legitimität der retributiven Strafe setzt nach dem Gesagten eine grundlegende Klärung voraus. Wie auch Faustus die an ihn gerichtete »Gretchenfrage« nicht ohne Rückfrage zu beantworten vermochte, erscheint eine direkte Antwort nicht möglich, ohne sich zunächst über die Phänomene »Strafe« und »Vergeltung« geeinigt zu haben. Ist man sich einmal deren Sinngehalt bewusst, verliert der Retributivismus rasch seinen Ruf als »heißes Eisen«.

2. Strafe

2.1 Definition und Etymologie

Dem Strafbegriff auf den Grund gehen zu wollen, erweist sich – so vertraut uns dieser Terminus zunächst auch erscheinen mag – als kein leichtes Unterfangen. Die Assoziationen hierzu sind äußerst vielfältig: Er erinnert an frühkindliche Erziehung, an schulische Disziplinarmaßnahmen, an Bußen für das Falschparkieren und an die ewige Höllenpein. Je nach Kontext seiner Verwendung besitzt der Begriff eine völlig andere Dimension.⁵ Neben dem vielfältigen Gebrauch in der Alltagssprache hat er auch seinen festen Platz in zahlreichen Wissenschaftsfeldern, wie bspw. in der Erziehungswissenschaft, der Theologie und der Rechtswissenschaft.⁶ In diesem Sinne muss sich die Jurisprudenz stets die Perspektivengebundenheit ihrer Erkenntnisse vergegenwärtigen.

Das Phänomen Strafe wird vielfältig definiert und gleichzeitig fehlt es diesen Definitionen an »fassbarer Schärfe«.⁷ Ein geschichtlich bedeutsamer Strafbegriff stammt von Hugo Grotius:

niedrigen Rachetrieb gleichgesetzt wird; siehe ferner zum Argument des vermeintlich unklaren Vergeltungsbegriffs auch hinten, A/II./2.3.1.

⁵ Vgl. SCHMIDHÄUSER, S. 34; ähnlich, aber in Bezug auf Vergeltung, TURNER/SCHLEE, S. 17.

⁶ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 2; TURNER/SCHLEE, S. 9.

⁷ ROMBACH, S. 6.

»Poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis.« (Die Strafe ist ein Leidensübel, das aufgrund eines Handlungsübels zugefügt wird).⁸

Eine ausführlichere Bestimmung findet sich bspw. bei Thomas Hobbes, der Strafe beschreibt als

»[...] ein Übel, das die öffentliche Autorität demjenigen auferlegt, der getan oder unterlassen hat, was die Autorität als Gesetzesübertretung beurteilt, und zwar zu dem Zweck, den menschlichen Willen zum Gehorsam zu verleiten.«⁹

Bemerkenswert erscheint, dass kein Definitionsversuch neutral sein kann und stets gewisse Wertvorstellungen und Ideologien vermittelt. Implizit wird immer bereits ein Bekenntnis für eine bestimmte Strafauffassung abgegeben. Während bei Hobbes Strafe zweckgerichtet (zwecks Stärkung der Rechtstreue) eingesetzt wird, fehlt dieser utilitaristische Gedanke in der Definition von Grotius.¹⁰

Der wortgeschichtliche Ursprung des Begriffs »Strafe« liegt weitgehend im Dunkeln; der Begriff wird in der deutschen Sprache erst spät belegt. Das mittelhochdeutsche Verb *strâfen* ist eine junge Entlehnung aus nordischen Sprachen (insb. Dänisch: *straffe*, Schwedisch: *straffa*). Nennenswert ist auch die germanische Wurzel *strappôn* (»straff ziehen«), die darauf hinweist, dass die körperliche Pein wohl am Ausgangspunkt der wortgeschichtlichen Entwicklung steht.¹¹

2.2 Wesensmerkmale

2.2.1 Im Allgemeinen

Seit Jahrtausenden setzen sich Menschen mit dem Phänomen Strafe auseinander und Reflexionen über ihren Sinn und Zweck reichen bis weit in die Antike zurück.¹² Im Verlauf der Geschichte änderten sich fortlaufend die Antworten auf die Frage nach ihrer Rechtfertigung. Betrachtete man in der Antike Strafe als probates Mittel zur Präven-

⁸ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 325.

⁹ HOBBS, S. 154.

¹⁰ Vgl. hierzu KERSTING (2008), S. 4 ff.; siehe zur Vergeltungsstrafe nach Grotius auch hinten, B/I./1.

¹¹ Vgl. zum etymologischen Ursprung des Strafbegriffs GRIMM/GRIMM, Bd. 19, Spalte 701.

¹² Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 2.

tion von künftigen Straftaten, diene sie im Hochmittelalter – geprägt durch die damalige christliche Ethik – primär zur Vergeltung für ein verübtes Unrecht.¹³

Strafe setzt zunächst eine personale Gemeinschaft voraus. Gestraft wird nur dort, wo Individuen *Mitverantwortung* übernehmen. Eine Strafe besitzt dort keinen Raum, wo gegenüber dem Verhalten anderer völlige Gleichgültigkeit herrscht und jegliche »Wesensverbundenheit« fehlt.¹⁴ Diese Individuen besäßen schlicht keine Notwendigkeit einer Bestrafung. Mitverantwortung lässt sich wohl als begriffsnotwendige Voraussetzung von Gemeinschaft überhaupt nennen.¹⁵ Diese fundamentale Bedeutung der Mitverantwortung ist auch bei der Legitimation von Strafe ersichtlich: »Gestraft wird in erster Linie aus der Verantwortung für die Gemeinschaftsordnung.«¹⁶

Losgelöst von der Frage, ob Strafe einen bestimmten Zweck verfolgen soll, lässt sich nach dem heutigen Sprachgebrauch konstatieren, dass Strafe eine Handlung ist, die stets kausal zu einem vorangehenden Ereignis erfolgt – als Reaktion auf eine Tat, die vom Bestrafenden als negativ qualifiziert wird. Strafe und vorangehende Untat sind denkiologisch miteinander verknüpft.¹⁷ Diese *Reziprozität* begegnet uns auch beim allgemeinen Vergeltungsgedanken, was für die Frage nach seiner Bedeutung im Strafwesen von einiger Wichtigkeit ist.¹⁸

Dem möglichen Einwand, dass schließlich auch Unschuldige und Unbeteiligte (willentlich) »bestraft« werden könnten, ließe sich entgegenhalten, dass hier der Begriff der Bestrafung unpassend verwendet würde. Angebrachter wäre es, in einem solchen Fall von »Viktimisation« zu sprechen.¹⁹

¹³ Vgl. SEELMANN (2012), S. 24; ferner zum Vergeltungsgedanken in der christlichen Theologie auch NOVAK, S. 10 ff.

¹⁴ ROMBACH, S. 4; vgl. zur Thematik Strafe und Gemeinschaft auch ROMBACH, S. 4 ff.; ferner zum Gedanken der Mitverantwortung NOLL, S. 8 ff.; auf das Recht im Allgemeinen bezogen ausführlich REHBINDER.

¹⁵ Es ist nach meinem Dafürhalten zu bezweifeln, ob eine rein »pragmatische Vergesellschaftung« denkbar ist, in der unter den Individuen keinerlei Form der Mitverantwortung herrscht. Vgl. hierzu aber ROMBACH, S. 4.

¹⁶ NOLL, S. 17.

¹⁷ Vgl. zur Verknüpfung von Strafe und Untat LAMPE, S. 23; FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 9 ff.

¹⁸ Siehe hierzu auch hinten, A/I./3.2.

¹⁹ Vgl. zur Problematik der »Bestrafung« von Unschuldigen FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 11 ff.

Die unterschiedlichen Strafauffassungen teilen des Weiteren die Tatsache, dass Strafe für den Empfänger – in der augustiniischen Tradition stehend – ein *Übel* darstellen soll.²⁰ Dieses ist auch den vorangehenden Definitionen gemein. Darunter lässt sich alles subsumieren, was Menschen nicht wünschen, dass es ihnen widerfährt.²¹ Strafe soll den Bestraften mit Unlust erfüllen und von ihm als negativ empfunden werden: Der Schüler, der zur Strafe nachsitzen muss; Jugendliche, die von ihren Eltern zu Hausarrest verdonnert werden; der Straftäter, den man zu einer Geldstrafe verurteilt; sie alle empfinden die Bestrafung als ein *Übel*.²² Würden wir bspw. feststellen, dass ein Gefängnisaufenthalt von seinen Insassen als angenehm empfunden wird, verlöre die Sanktion ihren Strafcharakter und müsste zwangsläufig anderen Strafformen weichen.

Gewisse Autoren vertreten die Ansicht, dass der Übelscharakter der Strafe normativ sei und es daher nicht darauf ankomme, wie Strafe im individuellen Fall empfunden wird. Dieses Argument wird besonders als Einwand gegen folgendes Beispiel hervorgebracht. Es sind Ausnahmefälle denkbar, in denen bspw. ein Gefängnisaufenthalt als angenehm erscheinen könnte: Zu denken ist etwa an einen obdachlosen Straftäter, der zur kalten Winterzeit inhaftiert wird und auf diese Weise ein Dach über dem Kopf erhält. Unter Umständen hat er sogar ausschließlich zu diesem Zweck die Straftat verübt.²³ Betrachtet man Strafe indessen als normatives *Übel*, das die verfassungsmäßig verbrieften Freiheitsrechte schmälert, so spielt es keine Rolle, wenn sie im Einzelfall nicht als negativ empfunden wird.²⁴

Die Strafe ist ferner stets als ein *ungewolltes* *Übel* zu betrachten. Als gewolltes *Übel* liesse sich bspw. eine sadomasochistische Praktik nennen, die nach vorliegendem Verständnis nicht als »Strafe« bezeichnet werden sollte, obwohl der Begriff auch in diesem Kontext verwendet wird.²⁵

²⁰ Vgl. zum Übelscharakter der Strafe ROMBACH S. 4; MEIER, S. 15 f.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, S. 3; SCHMIDHÄUSER, S. 34; NIGGLI/MAEDER, S. 449; zur Übelslehre nach Augustinus auch NOVAK, S. 8, insb. S. 76 ff.

²¹ Vgl. WOLF (1992a), S. 18.

²² Vgl. SCHMIDHÄUSER, S. 34.

²³ Vgl. zum normativen Charakter des Strafübels und zu diesem Beispiel MEIER, S. 16.

²⁴ Als weiteres Exempel wäre eine (formalisierte) Geldbuße im Übertretungsstrafrecht zu nennen, die für eine wohlhabende Person i.d.R. keine nennenswerte ökonomische Beeinträchtigung darstellt.

²⁵ Vgl. hierzu auch FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 8; HART, S. 4.

Wird Strafe auch großmehrheitlich als ein Übel betrachtet, so existieren hingegen paternalistische Strafauffassungen, die das Wesen der Strafe lieber als ein *Gut* ansehen, weil – auch wenn die Strafe vorübergehend vom Bestraften als ein Übel empfunden wird – sie doch mittelbar zu seinem Nutzen (oder zum Nutzen der Gesellschaft) dienen soll. Ein solches Verständnis findet sich besonders bei Anhängern des Rehabilitationsgedankens, während Vertreter der Abschreckungs- und Vergeltungsidee stärker zur Übelslehre tendieren.²⁶

Wenn Strafe für den Täter auf der einen Seite ein ungewolltes Übel darstellt, so muss sie auf der andern Seite vom Bestrafenden gewünscht sein; Strafe ist stets als eine *intendierte Handlung* aufzufassen. Ein zufällig auftretender Schmerz beim Zahnarzt würde man ebenso wenig als Strafe deuten wie eine plötzlich auftretende Naturkatastrophe. Beim letzteren Beispiel wäre dies nur denkbar, wenn man hinter diesem Ereignis eine strafende Hand Gottes vermuten würde. Wird dieser religiöse Bezug – der sich bspw. mannigfach im alttestamentarischen Kontext wiederfindet²⁷ – weggelassen, fehlt es schlicht an einem bestrafenden Subjekt mit einem Bestrafungswillen.²⁸

Strafe ist zudem Ausdruck einer *Missbilligung*. Der Bestrafende erhebt gegenüber dem Verhalten des Täters einen tadelnden Vorwurf.²⁹ Das Übel und die Missbilligung stehen in einem wechselseitigen Verhältnis: Das Übel ist Ausdruck der Missbilligung und dieses wiederum wird dem Fehlbaren zugefügt, weil die Tat missbilligt wird.³⁰ Nicht der Taterfolg alleine ist für die Bestrafung maßgebend, sondern das schuldhaftige Verhalten des Täters. Die Bestrafung drückt ihm gegenüber aus, dass sein Verhalten unrecht war.³¹

In letzter Konsequenz steht hinter dieser Missbilligung eine Moral, die Menschen für ihre Taten *verantwortlich* macht.³² In Sinne eines solchen Verantwortungsprinzips darf nur bestraft werden, wem vorgeworfen werden kann, dass er in der Lage zur alternati-

²⁶ Vgl. hierzu DUUS-OTTERSTRÖM, S. 8 und 17.

²⁷ Vgl. z. B. die 10 biblischen Plagen (Strafen) im Exodus Buch.

²⁸ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 13 ff.; WOLF (1992a), S. 17; HART, S. 5.

²⁹ Vgl. MAIHOLD, S. 99; FREUND, § 1 N 21; siehe zu dieser Problematik auch bei der expressiven Vergeltungsstrafe hinten, B/II./6.

³⁰ Vgl. NEUMANN, S. 98.

³¹ Vgl. hierzu auch KÜPPER, S. 163.

³² Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 67 f.; zum Begriff der Verantwortung auch ausführlich SEELMANN (2001).

ven Handlung gewesen wäre. Eine Bestrafung von unverständigen Individuen, wie Tiere, Kleinkinder und Geistesranke, für Taterfolge, die diese nicht zu verantworten haben, würden wir als grob ungerecht betrachten. Das Prinzip der Verantwortlichkeit bei der Bestrafung zu missachten würde bedeuten, jemanden kausal für seine Taten zu belangen. Eine solche Haftung ist eindeutig vom Phänomen Strafe zu unterscheiden.³³ In diesem Sinne kann die persönliche Verantwortlichkeit als Vorbedingung für jede strafrechtliche Missbilligung angesehen werden.³⁴

2.2.2 Die Kriminalstrafe im Besonderen

Die Kriminalstrafe stellt unter dem allgemeinen Phänomen Strafe einen Sonderfall dar. Kennzeichnend ist hierbei die Unterstellung der Individuen unter eine Staatsgewalt.³⁵ Es lässt sich daher von einer *institutionalisierten Form* der Strafe sprechen; es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen Täter und Staat.³⁶ Diese Tatsache ist historisch betrachtet keineswegs selbstverständlich. Die Strafe wurde in der Rechtsentwicklung erst ab dem Zeitpunkt eine öffentliche Angelegenheit, als sich ein Staatsgebilde entwickelte, welches zum Wohle der Bürger das gemeinschaftliche Zusammenleben regeln sollte.³⁷

Als Besonderheit setzt die Kriminalstrafe eine *Rechtsverletzung* voraus.³⁸ Das Gesetzlichkeitsprinzip dient dazu, die Bürger gegenüber der Staatsgewalt vor willkürlichen Strafen zu schützen, die keine (oder eine zu unbestimmte) Rechtsgrundlage besitzen. Der Grundsatz »nulum crimen sine lege«, der diesen Gedanken zum Ausdruck bringt, ist demnach als ein fundamentales rechtsstaatliches Postulat anzusehen.³⁹

Die angesprochene *Übelszuführung* kann bei der staatlichen Strafe auf verschiedene Weisen geschehen: Der zu Bestrafende kann in sei-

³³ Vgl. hierzu beispielhaft die Kausalhaftungstatbestände in Art. 55, 56, 58 OR, ferner insb. auch die Gefährdungshaftung nach Art. 58 SVG.

³⁴ Vgl. hierzu DUUS-OTTERSTRÖM, S. 21 ff., welcher darauf hinweist, dass diese Tatsache jedenfalls auf alle retributivistischen Strafauffassungen zutrifft; siehe zur Problematik des gerechten Verdiensts für eine Tat zudem hinten, A/II./2.3; ferner auch hinten, B/II./3.

³⁵ Vgl. ROXIN (2006), § 1 N 5; FREUND, § 1 N 1.

³⁶ Davon abzugrenzen sind insb. privatrechtliche Ausgleichssysteme, die auf eine Kompensation von finanziellen Schäden zwischen gleichgestellten Bürgern abzielen. Vgl. hierzu auch FRISTER (2011), Kap. 1 N 3.

³⁷ Vgl. FRISTER (2011), Kap. 1 N 4.

³⁸ Vgl. HART, S. 5.

³⁹ Vgl. zu dieser Problematik ROXIN (2006), § 5 N 1 ff.

ner körperlichen Freiheit beeinträchtigt werden, wie dies bei der Freiheitsstrafe der Fall ist; die Beeinträchtigung kann ökonomischer Art sein und die Form einer Geldstrafe (oder Buße) annehmen; ggf. kann das Übel auch in Form einer Arbeitsstrafe auferlegt werden.⁴⁰ Bei der Kriminalstrafe ist im Verlauf der Geschichte die körperliche Pein immer mehr in den Hintergrund getreten und durch ökonomische und psychologische Beeinträchtigungen ersetzt worden.⁴¹

Auch die Kriminalstrafe ist stets mit einer Missbilligung der Tat verbunden. Der Straftäter soll aufgrund seines Verhaltens als »Missetäter« gelten. Mit Strafe ist stets ein bestimmtes »sozialethisches Werturteil« verknüpft.⁴² Diese *Vorwerfbarkeit* ist es auch, welche bspw. eine öffentliche Abgabe des Steuersystems von einer Geldstrafe unterscheidet.⁴³ Beiden ist indessen gemein, dass die betreffende Person bewusst ökonomisch beeinträchtigt wird.⁴⁴ Aus demselben Grunde unterscheidet sich die Kriminalstrafe ferner vom Maßnahmenrecht als zweite Sanktionsart oder einem zivilrechtlichen Schadensausgleich.⁴⁵ Ein staatliches Übel, das nicht mit einem missbilligenden Tadel verbunden ist, kann nicht als Strafe betrachtet werden.⁴⁶

Wenn man bei der Kriminalstrafe auch von einem sittlichen Werturteil sprechen mag, so kann man dieses – in Abgrenzung zu nicht-staatlichen Strafformen – ausschließlich im Rahmen der *rechtlichen Schuld* annehmen. Ein strafrechtlicher Tadel ist nur insoweit gerechtfertigt, als er eine Vorwerfbarkeit im Sinne des rechtlichen Schuldbegriffs beinhaltet. Über diese schuldhaft Zurechnung hinaus besteht im Strafrecht für einen moralischen Vorwurf keinen Raum.⁴⁷

⁴⁰ Vgl. MEIER, S. 15 f.; zu den Strafarten im schweizerischen Sanktionensystem SEELMANN (2012), S. 193 ff.

⁴¹ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 4.

⁴² Vgl. MEIER, S. 16; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, S. 3 f.; NOLL, S. 18 ff.

⁴³ Vgl. hierzu auch NOLL, S. 3, der in der öffentlichen Missbilligung der Tat einen qualitativen Unterschied zu allen anderen Formen staatlichen Handelns sieht.

⁴⁴ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 67 ff.

⁴⁵ Vgl. SCHMIDHÄUSER, S. 34; zur Abgrenzung von Strafen und Maßregeln im deutschen Strafrecht MEIER, S. 16 f.

⁴⁶ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 77; MEIER, S. 16.

⁴⁷ Siehe zur Frage des Schuldausgleichs eingehend hinten, A/II./2.4.1.

3. Vergeltung

3.1 Definition und Etymologie

Der Begriff »Vergeltung« findet sich bereits im althochdeutschen Wort »fargeltan« wieder und bezeichnet ein *Zurückzahlen*, *Zurückerstatten*, *Heimzahlen*.⁴⁸ Obwohl die genaue etymologische Bedeutung des Vergeltungsbegriffs unklar ist, liegt sein ursprünglicher Anwendungsbereich wohl im Handels- und Vertragswesen.⁴⁹

In der englischen Sprache wird Vergeltung typischerweise mit »retribution« übersetzt.⁵⁰ Ferner existieren Begriffe mit ähnlicher Bedeutung, wie »retaliation« »recompense« und »vengeance«, die im Deutschen z.T. keine direkte Entsprechung finden und ebenfalls mit »Vergeltung« (oder allenfalls »Rache«) übersetzt werden.⁵¹ Besonders bedeutsam für die vorliegende Thematik ist ferner der Begriff »revenge«, auf den noch ausführlich eingegangen werden soll. Dieser wird im Deutschen üblicherweise mit »Rache« übersetzt.⁵²

3.2 Wesensmerkmale

Versucht man anhand dieser Begriffe den Inhalt des Vergeltungsgedankens zu ermitteln, gelangt man zu folgenden Ergebnissen:

Der *finanzielle Ausgleich* ist die wohl eigentümlichste Bedeutung des Vergeltungsbegriffs; hier kommt das Wesen der Vergeltung auf anschaulichste Weise zum Ausdruck. »Geld« und »Vergeltung« besitzen denselben etymologischen Ursprung.⁵³ Vergeltung ist demgemäß zu verstehen als eine finanzielle Kompensation, eine Rückzahlung für eine vorangehende Tat.⁵⁴ Der Begriff ist einerseits positiv verwendbar für die Vergütung einer empfangenen Leistung (Wohltat), andererseits

⁴⁸ Vgl. zur etymologischen Wurzel des Vergeltungsbegriffs WAHRIG, Spalte 3802; HOFFMANN, S. 4; ferner zur Vergeltung verstanden als »repayment theory« auch COTTINGHAM, S. 238.

⁴⁹ Vgl. HOFFMANN, S. 4 ff.

⁵⁰ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 137; GOLLWITZER, S. 13.

⁵¹ Vgl. hierzu auch POSNER, S. 72; GOLLWITZER, S. 13 f.; DAY, S. 500.

⁵² Vgl. anstelle vieler GOLLWITZER, S. 4.

⁵³ Vgl. HOFFMANN, S. 5; zum Vergeltungsbegriff auch GRIMM/GRIMM, Bd. 25, Spalte 411.

⁵⁴ Vgl. WALTER, S. 637; für eine ökonomische Begründung des Vergeltungsgedankens ausführlich POSNER.

ist er auch im negativen Sinne anwendbar, wenn es um die Kompensation einer erlittenen Schädigung geht.

Allgemeiner betrachtet ist Vergeltung zu verstehen als schlichte *Gegenleistung*, sei diese eine Wohl- oder Übeltat.⁵⁵ Die Reziprozität kann als das »grundlegende Axiom« des Vergeltungsgedankens angesehen werden.⁵⁶ Hierdurch erweitert sich der Anwendungsbereich des Vergeltungsbegriffs auf die unterschiedlichsten Situationen: Wer seinem Partner die Untreue »heimzahlt«, begeht ebenso Vergeltung, wie jemand, der einen beanspruchten Dienst entlohnt. Die Bandbreite der Handlungen, die als Vergeltung bezeichnet werden können, reicht vom passiven Unterlassen (bspw. im Sinne einer Kommunikationsverweigerung) bis hin zu ausgeprägten Gewaltakten.⁵⁷ Im juristischen Kontext findet der Begriff – was vorliegenden besonders interessiert – u.a. Verwendung im Kontext der vergeltenden Kriminalstrafe. Man begegnet dem Vergeltungsgedanken indessen auch in anderen Rechtsbereichen, so z. B. bei einer Konzessionsgebühr im Steuer- und Abgaberecht oder dem privatrechtlichen Schadenersatz.⁵⁸ Ebenso verbirgt sich dieser hinter allen synallagmatischen Verträgen, wie dem Kauf- und Mietvertrag, dem entgeltlichen Darlehen etc., bei denen Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis stehen.

Unabhängig davon, in welchem Kontext der Vergeltungsbegriff verwendet wird, lässt sich als Kern des allgemeinen Vergeltungsgedankens Folgendes ausmachen: Vergeltung ist das Bestreben nach *Gleichheit* (Ausgleichsprinzip).⁵⁹ Es geht im Ergebnis darum, durch die Vergeltungshandlung ein – wie auch immer geartetes – Gleichgewicht wieder herzustellen. Alle retributiven Handlungen zielen auf die Herstellung von Gleichheit ab. Das Bild einer Waage verdeutlicht diesen Gedanken auf anschauliche Weise.⁶⁰

⁵⁵ Vgl. hierzu auch SCHMIDHÄUSER, S. 35; ferner WALTER, S. 637, der Vergeltung als einen »neutralen Begriff« beschreibt.

⁵⁶ TURNER/SCHLEE, S. 8; DAY, S. 500; POJMAN, S. 104.

⁵⁷ Vgl. TURNER/SCHLEE, S. 9; siehe hierzu bei den Ausführungen zum Proportionalitätsgedanken hinten, A/II./2.2.

⁵⁸ Eine Sondernutzungskonzession ist als eine Art der Vergeltung zu betrachten, da es sich hierbei um eine Gegenleistung (einen Ausgleich) für das Nutzungsrecht einer öffentlichen Sache handelt. Vgl. hierzu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2607 und 2612.

⁵⁹ Vgl. KÖHLER (1978), S. 36 f.; FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 129 ff.; ROXIN (2006), § 3 N 2; HOFFMANN, S. 167; LAMPE, S. 174.

⁶⁰ Vgl. zu dieser Metapher WOLF (1992a), S. 78; NOVAK, S. 184; HAIST, S. 801, der den Gleichheitsgedanken als gemeinsamer Nenner der unterschiedlichen Vergeltungstheo-

Wie dieser Ausgleich konkret zustande kommt, ist mit diesen Begriffsklärungen freilich noch nicht gesagt. Dies hängt von den unterschiedlichen Begründungsmöglichkeiten des Vergeltungsgedankens ab, auf die im weiteren Verlauf näher eingegangen werden soll. Wie noch zu zeigen ist, existieren zahlreiche unterschiedliche Ansätze, den Vergeltungsgedanken zu legitimieren.⁶¹ An dieser Stelle wurde erst der Ausgleichsgedanke als Kern der Vergeltung freigelegt.

3.3 Vergeltung, nicht Rache

In der wissenschaftlichen Literatur – und erst recht in der Alltagssprache – wird nicht konsequent zwischen Rache und Vergeltung differenziert. Oftmals wird Vergeltung von »vernünftigen« Stimmen als ein archaisches Uding betrachtet, ein Überbleibsel vergangener Tage.⁶² Nach vorliegendem Verständnis sollte Vergeltung nicht mit dem Phänomen »Rache« gleichgesetzt, sondern diese beiden Termini begrifflich unterschieden werden.⁶³

Robert Nozick entwickelte fünf Unterscheidungsmerkmale⁶⁴, um Rache (revenge) und Vergeltung (retribution) voneinander abzugrenzen:

- (1) Vergeltung erfolgt auf Handlungen, die als **moralisch falsch** angesehen werden; eine Rachereaktion kann hingegen durch eine bloße Schädigung ausgelöst werden.
- (2) Vergeltung hat eine **strafbegrenzende** Funktion; Rachehandlungen können dagegen überproportional und überbordend sein.
- (3) Vergeltung kann auch stellvertretend ausgeübt werden; die Rache obliegt grundsätzlich nur dem Geschädigten und ist daher **persönlicher Natur**.
- (4) Rache besitzt eine stark **emotionale Komponente**, welche der Vergeltung fremd ist.
- (5) Vergeltung besitzt einen **Generalisierungsanspruch**, der dem Rachegedanken fremd ist.

rien versteht; ferner CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, S. 284; zur Bedeutung der Balance auch MILLER, S. 3 ff.

⁶¹ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 128.

⁶² Vgl. zu dieser Anschauung der Vergeltungslehren beispielhaft KORIATH, S. 625; SEELMANN (1995), S. 11; RIKLIN (2007), § 5 N 28.

⁶³ Vgl. hierzu auch KÖHLER (1978), S. 32 ff.

⁶⁴ Vgl. NOZICK, S. 366 ff.

Die Kriterien zeigen, dass durchaus Gründe existieren, weshalb zwischen den beiden Phänomenen differenziert werden sollte. Es gilt aber zu betonen, dass diese nicht starr gesehen werden dürfen, denn der Sinn eines Wortes liegt letztendlich in dessen Gebrauch. Je nach Kontext seiner Verwendung kann ein Begriff verschiedenste Bedeutungen annehmen.⁶⁵ Zudem erscheinen nicht alle Merkmale gleichermaßen geeignet, den Vergeltungsgedanken zu verdeutlichen. Nozick weist selber darauf hin, dass Personen verschiedene Motive (»mixed motives«) hegen können, die sowohl Rachegefühle beinhalten wie auch die Absicht, eine gerechte Vergeltung zu erzielen.⁶⁶ Die Abgrenzungskriterien dienen folglich nicht dazu, messerscharfe Begriffe zu kreieren, sondern sollen in einer Gesamtbetrachtung zu einem besseren Verständnis für den Inhalt und die Funktionsmechanismen des Vergeltungsgedankens beitragen. Insgesamt erscheint dies ein gelungener Versuch, die oftmals synonym verwendeten Begriffe leichter zu unterscheiden.

Das wohl zentralste Kriterium bildet die fehlende Proportionalität zwischen Tat und Rachehandlung. Nach Nozick ist Rache eine irrationale, prinzipienlose Handlung, die nicht auf einen gerechten Ausgleich zwischen den Beteiligten abzielt.⁶⁷ Sie kann – im Gegensatz zu einer Vergeltungshandlung – überbordend und maßlos sein.⁶⁸ Die Vergeltungsidee limitiert hingegen durch die Anwendung eines bestimmten *Maßprinzips* die Bestrafung und strebt nach Gleichheit und Gerechtigkeit.⁶⁹ In eine ähnliche Richtung tendierte bereits Francis Bacon, der Rache als eine wilde Gerechtigkeit (»wild justice«) bezeichnet.⁷⁰

Passend zur maßvollen und straflimitierenden Funktion der Vergeltung erscheint das Kriterium der *Emotionalität*. Der Rächer begeht die Rachehandlung in Wut und erfreut sich am Leiden des Gegenübers.

⁶⁵ Vgl. WITTGENSTEIN, Teil 1 § 432; AMSTUTZ/NIGGLI (2004), N 17; siehe zu dieser Problematik auch hinten, A/II./2.3.2.

⁶⁶ Vgl. hierzu NOZICK, S. 368.

⁶⁷ Vgl. hierzu BASTELBERGER, S. 50; KÖHLER (1978), S. 32 ff.; ferner auch GOLLWITZER, S. 13 ff., der hingegen die Auffassung vertritt, dass aus psychologischer Sicht die Unterscheidung zwischen Rache und Vergeltung nicht haltbar sei.

⁶⁸ Vgl. KÖHLER (1978), S. 33; ferner TURNER/SCHLEE, S. 15, welche bemerken, dass es bei Vergeltung »[...] nicht um eine mechanische Tötungsanleitung geht, sondern um einen unverzichtbaren Teil eines Komplexes aus Meidungs- und Ausgleichsinstitutionen, die der Regulierung und Kanalisierung von Gewalt dienen.«

⁶⁹ Vgl. KÖHLER (1978), S. 334; MILLER, S. 21; KOCH (1988), S. 13; siehe ferner zum Kerngehalt des Vergeltungsgedankens hinten, A/II.

⁷⁰ Vgl. hierzu BACON, S. 6.

Derjenige, der aber Vergeltung verübt, erfreut sich allenfalls daran, der Gerechtigkeit Genüge zu tun.⁷¹ Gerade bei der vergeltenden Kriminalstrafe, die sich durch ihre Institutionalisiertheit auszeichnet, rücken Gefühle in den Hintergrund, die bei einer persönlichen Rachehandlung vorherrschen.⁷² Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind bemüht, Straftaten professionell zu beurteilen und sich dabei so weit wie möglich nicht von persönlichen Emotionen leiten zu lassen. So bemerkt auch Max Scheler:

»Gerade das scheidet den Akt jedes vergeltenden Richters z. B. vom Racheimpuls des Geschädigten, dass er völlig kalt und unbeeinflusst durch dessen Gefühle seines Amtes waltet. Zweitens ergeht die Forderung nach der Vergeltung auch da, wo keinerlei Gefühl der Rache in dem Geschädigten wohnt.«⁷³

Es verhält sich freilich so, dass bei der Pönalisierung Emotionen stets eine gewisse Rolle spielen und insofern auch die Kriminalstrafe nicht als völlig rational bezeichnet werden könnte. Bei der Strafzumessung sind keine rein objektiven und emotionsneutralen Wertungen denkbar.⁷⁴ Die Unterscheidung ist aber gleichwohl geeignet aufzuzeigen, dass Vergeltung begriffsnotwendig eine rationale Komponente besitzt, da ihr nicht zuletzt die Gleichheitsidee inhärent ist.⁷⁵ In diesem Sinne kann die vergeltende Kriminalstrafe als Surrogat für archaische Rachebedürfnisse in der Gesellschaft dienen. Emotionen und der Wunsch nach einer überproportionalen Reaktion auf ein verübtes Unrecht können durch das Strafrecht kanalisiert ausgelebt werden.⁷⁶ Würden verübte Verbrechen folgenlos bleiben, so wäre nicht auszuschließen, dass die Betroffenen die Sache selbst »an die Hand nehmen« würden.⁷⁷

⁷¹ Vgl. FERRARA, S. 114; FINCKENAUER, S. 94 f.; ferner auch WALTER, S. 637, der die indogermanische Wurzel von Rache (»ureg«) als »stoßen, drängen, treiben, verfolgen« beschreibt.

⁷² Vgl. hierzu auch FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 137.

⁷³ SCHELER, S. 362.

⁷⁴ Vgl. GOLLWITZER, S. 16, der berechtigterweise darauf hinweist, dass eine Bestrafungshandlung aus psychologischer Sicht nie frei von Emotionen ist.

⁷⁵ Siehe hierzu hinten, A/II./2.

⁷⁶ Vgl. hierzu POSNER, S. 82, siehe ferner zur Problematik der stärker werdenden gesellschaftlichen Punitivität hinten, D/1.

⁷⁷ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 10, mit dem Hinweis, dass das Fehlen eines staatlichen Gewaltmonopols oft zu verheerenden Fällen von Fehden und Racheefeldzügen geführt hat. Bei den im 12. Jahrhundert aufgekommenen Landfriedren wurde der Versuch unternommen, diese privaten Rachehandlungen einzudämmen.

Rache wird – im Gegensatz zu Vergeltung – stets *persönlich* ausgeübt. Sie wird nach Nozick allenfalls noch von jemandem gewünscht, der einen engen Bezug (als Freund, Familienmitglied etc.) zur geschädigten Person besitzt.⁷⁸ Der Vergelter benötigt hingegen keine solche Verbindung zum Opfer. Auch dieser Gedanke lässt sich vor dem Hintergrund der Kriminalstrafe fruchtbar machen: In einem Rechtsstaat verfügt der Staat über ein Gewaltmonopol und kann durch die stellvertretende Bestrafung allfällige Rachebedürfnisse von Betroffenen befriedigen und gleichzeitig ein maßvolles und rationales Urteil fällen.

Das letzte Kriterium, der Anspruch des Vergeltungsgedankens auf *Generalisierung*, unterstreicht auf besondere Weise den Gerechtigkeitsanspruch des Vergeltungsgedankens: Der Rächer fühlt sich nicht verpflichtet, ähnlich gelagerte Fälle zu rächen, die gegenüber anderen begangen wurden. Unter Umständen entschließt er sich sogar – je nach Gefühlslage – auf das Rächen des persönlich Erlittenen gänzlich zu verzichten. Der Vergeltungsgedanke gründet demgegenüber in allgemeinen Prinzipien, die man auch als Gerechtigkeitsvorstellungen auffassen kann. Er verweist auf eine allgemeine Verpflichtung, eine bestimmte Tat zu vergelten und beschränkt sich nicht auf ein verübtes Unrecht im Einzelfall.⁷⁹ Vergeltung besitzt schon daher einen Gerechtigkeitsanspruch, da sie auf einen Ausgleich der begangenen Tat abzielt. Nicht ohne Grund begegnen wir dem Vergeltungsgedanken in der Literatur oftmals unter der Bezeichnung »gerechte Vergeltung«.⁸⁰

Der Einwand, dass auch eine Rachehandlung vom Rächer selbst als gerecht empfunden werde und daher ebenfalls auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit abziele, ist abzulehnen.⁸¹ Der subjektive Eindruck des Rächers kann freilich kein Kriterium darstellen, da ansonsten jede beliebige Rachehandlung – so stoßend sie in den Augen der Mehrheit auch wäre – als gerecht erscheinen würde. Dass ein Rächer von der Legitimität seiner Tat überzeugt ist, liegt schließlich auf der Hand, ansonsten würde er die Tat nicht verüben.

Der *moralische Anspruch* des Vergeltungsgedankens erscheint ebenfalls sinnvoll vor dem Hintergrund der staatlichen Strafe: Diese gelangt

⁷⁸ Vgl. NOZICK, S. 367.

⁷⁹ Vgl. hierzu NOZICK, S. 368.

⁸⁰ Siehe hierzu auch die neo-retributive Vergeltungstheorie »just desert« hinten, B/II./3.

⁸¹ Vgl. GOLLWITZER, S. 15 f.

lediglich für Taten zur Anwendung, die von der großen Mehrheit als bestrafungswürdig angesehen werden und aus diesem Grunde Eingang in das Strafgesetzbuch gefunden haben. Ein persönlicher Racheakt kann dagegen aus beliebigen Motiven, wie Eifersucht, Neid, Hass etc. erfolgen und insofern fehlt ihm der breit abgestützte »moralische Konsens«.⁸² Demgemäß versteht Nozick die vergeltende Strafe als Mittel, eine moralische Missbilligung der Tat gegenüber dem Täter auszudrücken.⁸³

II. Der Kerngehalt der Vergeltungsstrafe

1. Weshalb Kritik am Retributivismus oftmals ins Leere trifft

Nachdem vorangehend der Straf- und Vergeltungsgedanke isoliert betrachtet wurden, soll nun der grundlegende Gehalt der *Vergeltungsstrafe* näher erläutert werden. Die allgemeine Auseinandersetzung mit dem Wesen der retributiven Strafe ist deshalb von Bedeutung, da sich ihre Kritiker oftmals einer spezifischen Konzeption bedienen, mit der Absicht, strafrechtliche Vergeltungstheorien in ihrer Gesamtheit zu widerlegen.⁸⁴ Es erscheint daher wichtig, sich stets zu vergegenwärtigen, was der eigentliche Kern (gewissermaßen der gemeinsame Nenner) dieser Strafmodelle darstellt – losgelöst von ihrer spezifischen Ausgestaltung und Begründung. Hierdurch wird ersichtlich, dass Kritik an einer bestimmten Vergeltungskonzeption, die unter Umständen völlig zu Recht erhoben wird, den Kerngehalt der Vergeltungsstrafe überhaupt nicht berührt und nicht geeignet ist, retributive Theorien gesamthaft infrage zu stellen.

Das Wesen der vergeltenden Kriminalstrafe ist auch deshalb von Interesse, da nach dem Gesagten zahlreiche verschiedene Strafauffassungen existieren.⁸⁵ Im Lichte dieser Vielfalt und Unüberschaubarkeit

⁸² Vgl. hierzu auch BASTELBERGER, S. 50.

⁸³ Vgl. FERRARA, S. 114; siehe ferner zur expressiven Funktion der Strafe eingehend hinten, B/II./6.

⁸⁴ Typischerweise wird auf die Vergeltungsstrafe nach Kant oder Hegel verwiesen, auf die im Verlaufe der Arbeit näher eingegangen wird. Vgl. anstelle vieler MEIER, S. 19.

⁸⁵ Vgl. hierzu bspw. COTTINGHAM, S. 238, der nicht weniger als neun verschiedene Arten von Vergeltungsstrafen unterscheidet.

erscheint eine Rückbesinnung auf den Grundgedanken des Retributivismus hilfreich.

2. Der Ausgleichsgedanke

Wie gesehen, ist das Streben nach einem *Ausgleich* der zentrale Gedanke der Vergeltung.⁸⁶ Die Vergeltungsstrafe erscheint als ein Übel, das dem Täter zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes widerfahren soll; dem Täter ist sein verübtes Delikt »heimzuzahlen«.⁸⁷ Die retributive Strafe beruht auf einem ethischen Konzept, das eine Verknüpfung zwischen dem Unrechtsgehalt einer Tat und einer adäquaten Strafe schafft und auf Gleichheit ausgerichtet ist.⁸⁸

Die Idee des Ausgleichs, für die gerne das Bild einer Waage herbeigezogen wird⁸⁹, ist klärungsbedürftig. Auch wenn es intuitiv plausibel erscheint, dass durch die Strafe die verübte Tat aufgearbeitet und ausgeglichen wird, so bleibt diese Vorstellung zunächst nebulös. Die nicht auf Anheb fassbaren Begriffe bieten denn auch eine wohlfeile Gelegenheit zur Kritik an der retributive Strafe. Es werde hier – so wird eingewendet – auf der Ebene abstrakter Begrifflichkeiten philosophiert, ohne ersichtlich zu machen, wie der behauptete Mechanismus der Vergeltung in concreto aussehen soll. Es sei überhaupt nicht nachvollziehbar, inwiefern ein Übel (die Kriminalstrafe) dazu geeignet sein soll, ein anderes Übel (die Straftat) »auszugleichen«, zu »vergelt« oder »aufzuheben«.⁹⁰ Diese Vorgänge seien empirisch nicht fassbar. Solche abstrakte Vorstellungen führten nur allzu schnell in die »Gefilde des Theologischen und Mythologischen«.⁹¹ Wie die Strafe das begangene Unrecht genau vergelten soll, bleibe insgesamt schleierhaft.⁹²

⁸⁶ Vgl. hierzu auch MONA (2007), S. 27, der das Ziel des Ausgleichs als die zentrale Funktion des Rechts überhaupt beschreibt.

⁸⁷ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 10.

⁸⁸ Vgl. BASTELBERGER, S. 51.

⁸⁹ Vgl. beispielhaft WOLF (1992a), S. 78; NOVAK, S. 184.

⁹⁰ Vgl. zu diesem Einwand VON HIRSCH (2005), S. 59.

⁹¹ KERSTING (2008), S. 42; vgl. ferner ROXIN (2006), § 3 N 5, mit dem Hinweis, dass beide christlichen Konfessionen bis weit ins 20. Jahrhundert den Vergeltungsgedanken verfochten haben und in der Verhängung der Strafe die Verwirklichung göttlicher Gerechtigkeit erblickten.

⁹² Vgl. hierzu anstelle vieler ROXIN (1973), S. 4 f.

Diese Einwände sind durchaus ernst zu nehmen. Ein retributives Strafmodell muss in der Tat darlegen, was durch die Strafe ausgeglichen oder zurückbezahlt werden soll.⁹³ Bei dieser kritischen Auffassung, die gegen diffuse Strafziele und metaphysische Begrifflichkeiten im Strafrecht ankämpft, sollten jedoch zwei Dinge bedacht werden:

Zunächst einmal bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, diesen Ausgleich auszugestalten. Je nach Vergeltungskonzeption sieht die Antwort auf die Frage, was denn bei der Strafe effektiv ausgeglichen wird, anders aus.⁹⁴ Freilich besitzen nicht alle Ausgleichskonzeptionen die gleiche Plausibilität. Die besagte Frage lässt sich aber stets nur spezifisch – im Hinblick auf eine bestimmte Strafkonzeption – beantworten. Pauschalisierende Aussagen über »Vergeltungstheorien« oder gar über »absolute Strafauffassungen« erscheinen wenig sinnvoll.

Der weitere Gegeneinwand betrifft eine grundsätzlichere Ebene: Die Kritik, der Mechanismus der Vergeltungstheorien sei zu unklar, richtet sich wohl allgemein gegen eine Strafauffassung, die mit abstrakten Begriffen operiert. Dass die Unterscheidung zwischen »klaren« und »unklaren« Termini hochproblematisch ist und dass auch kein modernes Strafrecht ohne abstrakte Begriffe auskommen kann, soll im weiteren Verlauf dargelegt werden.⁹⁵

2.1 Lex talionis und die Problematik der Gleichheit

Eine bedeutsame Figur bei der Vergeltungsstrafe und der damit einhergehenden Gleichheitsfrage ist die *Talion*. Das alte Talionsprinzip ist als eine Wurzel des Vergeltungsgedankens anzusehen und verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit.⁹⁶ Es ist »ubiquitär und zeitlos« und findet sich in unterschiedlichen Ausprägungen bei allen Kulturen der Erde wieder.⁹⁷ Besonders bekannt ist seine alttestamentarische Formulierung »Auge um Auge, Zahn um Zahn«.⁹⁸

⁹³ Vgl. BASTELBERGER, S. 108; HOFFMANN, S. 5.

⁹⁴ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 128 ff.

⁹⁵ Siehe zu dieser Problematik hinten, A/II./2.3.2.

⁹⁶ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 2; POSNER, S. 71.

⁹⁷ EBERT, S. 403; KORIATH, S. 625.

⁹⁸ 3. Mose 24, Vers 20 [zit. nach der Übersetzung von Martin Luther in der revidierten Fassung von 1984, Deutsche Bibelgesellschaft, Stuttgart 1984]; vgl. auch zum Vergeltungsgedanken im altisraelitischen Strafrecht PREISER, S. 7 ff.; NOVAK, S. 30 ff.; HOFFMANN, S. 8 ff.; MILLER, S. 17 ff.

Die allgemeine Umschreibung der Talion lautet: »Gleiches mit Gleichem vergelten«. ⁹⁹ Die Strafe soll der verübten Tat gleichen resp. entsprechen und erfüllt gewissermaßen die Funktion eines Spiegels. ¹⁰⁰ Die lateinische Wurzel »talis« (so beschaffen) bringt diesen Gedanken zum Ausdruck. ¹⁰¹

Die Fragen, welche sich an dieser Stelle aufdrängen, lauten: Was bedeutet »gleich«? Ist es bspw. bei der Bestrafung eines Täters überhaupt möglich, Gleichheit zu erzielen? An dieser Stelle sind eine Auseinandersetzung mit dem Gleichheitsbegriff und eine differenziertere Darstellung der unterschiedlichen Formen des Talionsprinzips nötig.

Gleichheit (lat. *aequitas*) ist ein Verhältnis zwischen zwei Dingen und beschreibt die

»[...] Übereinstimmung einer Mehrzahl von Gegenständen, Personen oder Sachverhalten in einem bestimmten Merkmal [tertium comparationis], bei Verschiedenheit in anderen Merkmalen.« ¹⁰²

Gleichheit ist folglich nicht zu verwechseln mit Identität (der totalen Übereinstimmung zweier Entitäten). ¹⁰³ Bei Gleichheit ist die Übereinstimmung lediglich in Bezug auf bestimmte Merkmale gegeben. ¹⁰⁴ Es muss daher stets die Vorfrage getroffen werden: gleich in welchem Sinne? Zwei Gegenstände können sich bspw. in Bezug auf ihre Farbe, ihre Form, ihr Gewicht etc. gleichen. Vollständige qualitative Gleichheit – eine Übereinstimmung in allen erdenklichen Merkmalen – ist nach dieser Gleichheitsauffassung aber nicht denkbar. Zwei Dinge, die nicht identisch sind, können sich nie umfassend gleichen. ¹⁰⁵

Im strafrechtlichen Kontext kann sich die Gleichheit auf verschiedenste Kriterien beziehen: Gleichheit des Taterfolges, Gleichheit der Tatmittel, Gleichheit der Gesinnung, Gleichheit der Symbolik etc. Eine

⁹⁹ EBERT, S. 399; vgl. ibidem weitere Formulierungen des Talionsgedankens, wie »wie du mir, so ich dir« oder »mit gleicher Münze heimzahlen«.

¹⁰⁰ Vgl. EBERT, S. 399.

¹⁰¹ Vgl. zur etymologischen Bedeutung EBERT, S. 399 m.w.N.; ferner NOVAK, S. 29.

¹⁰² SANDKÜHLER, S. 501.

¹⁰³ Dieses geläufige Verständnis von Identität ist bereits in der Topik von Aristoteles wiederzufinden und wurde anschließend insb. durch Gottfried Wilhelm Leibniz (als sog. »Leibniz-Prinzip«) in unterschiedlichen Varianten postuliert. Vgl. hierzu RICKEN, S. 87 f.; zum Leibniz-Prinzip auch ausführlich FELDMAN; CURLEY.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu RICKEN, S. 88.

¹⁰⁵ Vgl. SANDKÜHLER, S. 502.

totale Gleichheit herzustellen, erscheint auch hier nicht möglich.¹⁰⁶ Ein Missverständnis besteht somit darin anzunehmen, die strafrechtliche Talion zielt auf totale Gleichheit (auf Identität) zwischen Strafe und Tat ab.¹⁰⁷

Das traditionelle Verständnis talionsbasierter Strafen bezieht sich auf die *sichtbaren (äußeren) Folgen* einer Tat. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass zur Illustration der lex talionis oft die Todesstrafe verwendet wird, die für einen verübten Mord verhängt wird. Auch das biblische Augengleichnis stellt auf die äußere Erscheinung der Tat ab. Beim Taterfolg steht insbesondere der verursachte Schaden im Zentrum. Ein reines Erfolgsstrafrecht stellt gar ausschließlich auf das Ausmaß der Schädigung ab und blendet insbesondere die subjektive Seite der Tat aus.¹⁰⁸

Daneben könnte die Gleichheit auf die verwendeten *Tatmittel* verweisen. Zu denken ist etwa an einen Brandstifter, der nach mittelalterlicher Manier zur Strafe den Feuertod erhält.¹⁰⁹

Die talionsorientierte Vergeltungsstrafe könnte sich zudem auf den *inneren Unrechtsgehalt* beziehen.¹¹⁰ Bei der inneren Sphäre wird auf die Schuldhaftigkeit und das Motiv der Tat abgestellt. Handelt ein Täter bspw. aus Gewinnsucht, so entspricht eine gegen ihn verhängte Geldstrafe nach dieser Optik am besten der verübten Tat.¹¹¹

Ferner kann sich die Gleichheit der Strafe auf *symbolische Weise* ergeben. In diesem Fall bezieht sich diese auf ein Sinnbild für die begangene Tat: Nach mittelalterlichem Verständnis wurde bspw. ein Verräter gevierteilt, weil sich nach dieser Vorstellung auch seine verräterische Gesinnung auf verschiedene Seiten ausgebreitet hat.¹¹²

¹⁰⁶ Eine abweichende Auffassung vertritt bspw. EBERT, S. 399 f., der eine reine Talion (im Sinne totaler Gleichheit) für denkbar hält. Von einer »strengen«, »reinen«, »identischen« Talion unterscheidet er die »analoge« Talion, die lediglich auf ein besonderes Merkmal der Tat verweise. Diese Unterscheidung ist nach dem Gesagten abzulehnen.

¹⁰⁷ Vgl. zu dieser Frage auch SEELMANN (2011), S. 13, mit dem Hinweis, dass die Frage nach der angemessenen Strafe sich nur dann beantworten lässt, wenn man die notwendige Rückfrage stellt: angemessen in Bezug worauf? Es geht folglich darum, zunächst einmal den Maßstab zu klären.

¹⁰⁸ Vgl. SEELMANN (2011), S. 13 f.

¹⁰⁹ Vgl. EBERT, S. 399.

¹¹⁰ Vgl. NOVAK, S. 30, welcher hierbei zwischen »materieller« und »formeller« Talion unterscheidet; SEELMANN (2011), S. 14.

¹¹¹ Vgl. EBERT, S. 400.

¹¹² Vgl. zur symbolischen Talion und diesem Beispiel auch EBERT, S. 401; ferner BRUDNER, S. 53, der im Rahmen der Problematik der Vergleichbarkeit von Strafe und Straf-

Das Talionsprinzip verlangt nach dem bisher Ausgeführten eine Strafe, die dem Delikt in einem bestimmten Merkmal gleicht. Es stellt sich indessen die Frage, ob sich bei der Bezugnahme auf ein einzelnes Gleichheitsmerkmal (z. B. die Verletzung des Auges) nicht dieselben Probleme stellen und auch hier wiederum weitere Untermerkmale der Gleichheit – bspw. die Art und Weise, wie und unter welchen Bedingungen der Schaden verübt wurde – spezifiziert werden müssten (ad infinitum). Bei einer solchen Suche nach Gleichheit würde man letztlich vom Hundertsten ins Tausendste gelangen.

Da Strafe und Straftat sich nie vollständig gleichen können und selbst die Bezugnahme auf ein einzelnes Gleichheitskriterium problematisch erscheint, ist der vergeltende Ausgleich vielmehr als ein *Äquivalenzverhältnis* zu verstehen; die Vergeltungsstrafe muss in Bezug auf die Straftat *gleichwertig* sein.¹¹³ Die Ausgleichung hat ihrem Werte nach zu erfolgen (bspw. die Bestrafung einer Rassendiskriminierung durch die Verhängung einer bestimmten Geldstrafe).¹¹⁴ Schon Thomas von Aquin sprach daher von der Vergeltungsstrafe als »aequalem recompensationem passionis ad actionem praecedentem« (»gleichwertige Reaktion auf eine Leid zufügende Aktion«).¹¹⁵

Bei der modernen Kriminalstrafe ist insbesondere die Bezugnahme auf die Tatschuld eine solche qualitative Bewertung. Bei der Strafzumessung muss diese übersetzt werden in eine quantitative Strafe, was nicht in einem eindeutigen Verfahren geschehen kann.¹¹⁶ Wenn unser modernes Strafrecht auch Regeln über die Strafzumessung be-reithält und eine Rechtspraxis zu den gesetzlichen Normen sich etabliert hat, so ist letztlich kein Strafurteil vorhersehbar, sondern stets von Anschauungen und Wertungen bestimmt.

Es lässt sich zusammenfassend festhalten: Die Strafe kann der Tat nie vollständig gleichen, sondern lediglich einem ihrer Merkmale. Es ist auch intuitiv plausibel, dass es gerade nicht dasselbe ist, wenn auf der einen Seite ein Täter einen Mord verübt und auf der andern Sei-

tat die Vorstellung einer ideellen Talion (»equal in the idea«) favorisiert.

¹¹³ Vgl. REMBOLD, S. 78; LAMPE, S. 167; DUUS-OTTERSTRÖM, S. 90 f.

¹¹⁴ Vgl. hierzu auch POSNER, S. 73, der in der Vergeltungsstrafe die Verkörperung von sozialen Kosten (»social costs«) erblickt.

¹¹⁵ Thomas von Aquin, Summa theologica [zit. nach LIPPERT, S. 92].

¹¹⁶ Vgl. KOCH (1988), S. 14.

te der Staat ihn mit einer Giftspritze hinrichtet. Diese beiden Handlungen sind nach dem Gesagten nicht identisch; sie können sich allenfalls in Bezug auf bestimmte Merkmale (bspw. die Tötung) gleichen. Gleichheit ist auch bei der Kriminalstrafe relativ (in Bezug auf ein bestimmtes Gleichheitskriterium) zu verstehen und entpuppt sich in letzter Konsequenz stets als *Gleichwertigkeit*.

Die Talion wird in der Strafphilosophie vielfach als ein grausames und unbarmherziges Prinzip kritisiert, das zwingend zu harten und mechanischen Strafen führe.¹¹⁷

Die vorangehenden Überlegungen zeigen indessen, dass die Suche nach Gleichheit und Gerechtigkeit im Strafwesen nicht blinde Härte zur Folge haben muss.¹¹⁸ Es wird zu Unrecht ein Dilemma darin erblickt, dass bei einer nicht »buchstäblich« verstandenen Talion – wohl scheint hier der sichtbare Taterfolg gemeint zu sein – die Strafe »willkürlich« und »diffus« würde.¹¹⁹ Diese Auffassung verkennt, dass auch eine solche Talion im Grunde lediglich ein Äquivalent darstellt und eine strikt »gleiche« (oder gar »identische«) Bestrafung nicht realisierbar ist.

2.2 Vergeltung als proportionale Gleichheit

Bereits Aristoteles setzte sich eingehend mit dem Vergeltungsgedanken auseinander.¹²⁰ Im Kontext seiner ausgleichenden Gerechtigkeitsauffassung (*iustitia commutativa*), unter die sowohl der privatrechtliche Schadenersatz als auch das Strafrecht (*iustitia correctiva*) fallen¹²¹, erachtet Aristoteles diesen als äußerst bedeutsam für die menschliche Gemeinschaft. Im Bemühen, einen gerechten Ausgleich zu finden, ist er sich indessen der Tatsache bewusst, dass sich im zwischenmenschlichen Ausgleich nie eine vollkommene Gleichheit erzielen lässt, da die unterschiedlichen Verhältnisse dies nicht zulassen.¹²²

»Manchen gilt auch die Wiedervergeltung schlechthin als gerecht. So lehrten die Pythagoreer, indem sie das Gerechte schlechthin be-

¹¹⁷ Vgl. hierzu DUUS-OTTERSTRÖM, S. 89.

¹¹⁸ Vgl. hierzu auch TRECHSEL/NOLL, S. 21.

¹¹⁹ Vgl. anstelle vieler WOLF (1992a), S. 48, Bezug nehmend auf Adam Bedau.

¹²⁰ Vgl. hierzu ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1132 b 8-29, S. 131 ff.

¹²¹ Vgl. zur Unterscheidung der Gerechtigkeitsarten nach Aristoteles auch KUNZ/MONA, S. 59 f.; REMBOLD, S. 77 ff.

¹²² Vgl. HOFFMANN, S. 33.

stimmten, als das Erleiden dessen, was man einem anderen angetan hatte.«¹²³

Mit dieser pythagoreischen Auffassung der Vergeltung stimmt Aristoteles nicht überein. Aufgrund der Problematik der Nichtübereinstimmung – der Ungleichheit der auszugleichenden Dinge – sei Vergeltung vielmehr als Prinzip *der proportionalen* Gleichheit zu verstehen. Das Gerechte ist nach seiner Vorstellung bereits in allgemeiner Hinsicht das Proportionale:

»Das also ist das Gerechte: das Proportionale. Und das Ungerechte ist der Verstoß gegen das Proportionale.«¹²⁴

Entscheidend ist daher nicht die tatsächliche Gleichbehandlung der Menschen (im Sinne einer einfachen, mechanischen Reziprozität), sondern eine proportionale Gleichheit, die den unterschiedlichen Verhältnissen gerecht wird.¹²⁵ Die vergeltende Reaktion muss folglich nicht *tatidentisch*, sondern vielmehr *tatproportional* erfolgen.¹²⁶

»[...] die Wiedervergeltung nämlich -, diese aber im Sinne der Proportion verstanden, nicht in dem der mechanischen Gleichheit. Denn proportionale Vergeltung ist es, die Zusammenhalt des Gemeinwesens gewährleistet.«¹²⁷

Damit ein solcher Ausgleich von ungleichen Sachen schließlich vorgenommen werden kann, müssen die auszugleichenden Dinge *bewertet* werden, damit sie überhaupt vergleichbar werden.¹²⁸

»Daher muss alles, was ausgetauscht wird, irgendwie vergleichbar sein [...] wie viel Schuhe denn etwa einem Haus oder Nahrungsmitteln gleichwertig sind.«¹²⁹ »Es muss also eine bestimmte Mess-Einheit geben, und zwar muss sie auf gültiger Übereinkunft beruhen.«¹³⁰

Vergeltung meint demgemäß nicht eine identische Antwort, sondern eine dem *Werte* nach; Aristoteles spricht an dieser Stelle von »proportionaler Gleichwertigkeit«.¹³¹ Würde man lediglich identische Gegen-

¹²³ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1132 b 8-29, S. 131.

¹²⁴ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 7, 1131 b, S. 128.

¹²⁵ Vgl. SANDKÜHLER, S. 502; KUNZ/MONA, S. 59.

¹²⁶ Vgl. KERSTING (2008), S. 16.

¹²⁷ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1132 b 29 – 1133 a 12, S. 132.

¹²⁸ Vgl. zur Problematik der Vergleichbarkeit auch BRUDNER, S. 51 ff.

¹²⁹ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1133 a 12-29, S. 133.

¹³⁰ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1133 b 14 – 1134 a 2, S. 135.

¹³¹ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1132 b 29 – 1133 a 12, S. 132.

leistungen für einen Ausgleich zulassen, wäre kein menschlicher Austausch von ungleichen Dingen möglich. So wäre es nicht einmal möglich, Äpfel gegen Birnen zu tauschen.

»Wäre es nicht möglich gewesen, die gegenseitige ›Vergeltung‹ durch diesen Wertausgleich zu verwirklichen, so wäre keine Gemeinschaft unter ihnen möglich gewesen.«¹³²

Wir erinnern uns an die vorangehend definierte Forderung des Vergeltungsgedankens nach einer Rückzahlung (»pay back«). Diese Rückzahlung muss also nicht zwingend in Augen, Ziegen oder in der gegenseitigen Verletzung der physischen Integrität erfolgen, sondern kann bspw. auf finanzielle Art geschehen.¹³³ *Geld* stellt für Aristoteles das geeignete Mittel dar, eine gemeinsame Bewertung der Dinge vorzunehmen:

»Geld ist also jenes Ding, das als Wertmesser Messbarkeit durch ein gemeinsames Maß und somit Gleichheit schafft.«¹³⁴

Wie die Güter und Handlungen zu bewerten sind, lässt sich aus diesem allgemeinen Prinzip indessen nicht ableiten. Dies ist Sache der gesellschaftlichen Anschauung, über die das Proportionalitätsprinzip keine Aussage macht. Wer wie viel für seine Schuhe bekommt oder wie ein Straftäter konkret für sein begangenes Delikt bestraft werden soll, kann nicht aus einem Gerechtigkeitsprinzip abgeleitet werden; dies ist Sache der *Anschauung* und *Übereinkunft*. Die Furcht eines Käufers, beim Kauf betrogen worden zu sein (einen überhöhten Preis bezahlt zu haben), rührt denn auch daher, dass es sich hierbei um ein Äquivalenzverhältnis handelt, das eine qualitative Bewertung voraussetzt und nicht um einen Austausch von identischen Dingen.¹³⁵

Für die Vergeltungsstrafe lässt sich festhalten: Hinter der retributiven Strafe verbirgt sich der Gedanke der proportionalen Gleichheit. Dadurch ist gesagt, dass die Bestrafungshandlung nicht beliebig sein kann – was gerade nicht zu einem Ausgleich führen würde – sondern

¹³² ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1133 a 29 – b 14, S. 134.

¹³³ Vgl. hierzu auch MILLER, S. 25, mit dem Hinweis, dass bereits die alttestamentarischen Rabbiner das Talionsprinzip als finanzielle Kompensation – und damit gerade nicht im »buchstäblichen Sinne« – verstanden haben; vgl. zu dieser Problematik auch WOLF (1992b), S. 206 f.

¹³⁴ ARISTOTELES, Buch V, Kapitel 8, 1133 a 29 – b 14, S. 134.

¹³⁵ Vgl. MILLER, S. 31.

vielmehr im Verhältnis zur verübten Tat zu erfolgen hat.¹³⁶ Die Art und Weise der Strafe steht stets in Abhängigkeit zum verübten Delikt und dient der Herstellung von Gleichheit.¹³⁷ Der Vergeltungsbegriff enthält semantisch die normative Forderung nach einer Bezugnahme auf das zu vergeltende Delikt; die Strafe hat diesem zu entsprechen. Vergeltung ist ohne ein zu vergeltendes Ereignis nicht denkbar. Im modernen Strafrecht tritt dieser zentrale Gedanke unter dem Begriff der *Verhältnismäßigkeit* in Erscheinung.¹³⁸ Die Kriminalstrafe hat in ihrer Art und ihrem Ausmaß in einem angemessenen Verhältnis zur verübten Tat und dem Maß der Schuld zu stehen.

Von dieser ersten Form der Verhältnismäßigkeit, der sog. »kardinalen« Proportionalität, wird in der strafrechtlichen Diskussion die »ordinale« Proportionalität unterschieden, die das Verhältnis der Strafe zu anderen Delikten beschreibt. Diese zweite Form ist besonders bedeutsam für die Frage nach der Angemessenheit eines Strafrahmens und postuliert eine Art von »Schwereskala« der unterschiedlichen Delikte. Demnach wäre es bspw. unzulässig, einen Ladendiebstahl härter zu bestrafen als eine Vergewaltigung.¹³⁹

Da Vergeltung und der Gedanke der proportionalen Gleichheit miteinander verwoben sind, kann im Vergeltungsgedanken nicht zuletzt ein allgemeines Gerechtigkeitsprinzip erblickt werden.¹⁴⁰

»Die Vergeltungsstrafe tritt uns nicht nur als *Gleichheit* – sei es spezifische, sei es dem Werte nach – zwischen Verbrechen und Strafe entgegen. Es ist vielmehr die Idee der *proportionalen Gerechtigkeit*, welche [...] als Grundgedanke der Vergeltungsstrafe hingestellt wird.«¹⁴¹

¹³⁶ Vgl. hierzu ROXIN (2006), § 3 N 2; KIRCHENGAST, S. 206, der bemerkt: »The general premise of proportionality requires that penalties are determined in accordance with the seriousness of the offence.«; zum Proportionalitätsgedanken im Strafrecht und seiner philosophischen Rechtfertigung ausführlich VON HIRSCH (1992); ferner FRISCH, S. 2, mit dem Hinweis, dass die Idee der Tatproportionalität nach verbreiteter Ansicht dem Wesen der Strafe entspricht; siehe zur Frage der Proportionalität auch die Unterscheidung zwischen Rache und Vergeltung vorn, A/1./3.3.

¹³⁷ NOVAK, S. 29.

¹³⁸ Vgl. HASSEMER (2006a), S. 268; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ferner unter Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeines Verfassungsprinzip verankert.

¹³⁹ Vgl. zu diesem Beispiel und zur Unterscheidung zwischen ordinaler und kardinaler Proportionalität FRISCH, S. 4 f.; ferner DUFF, S. 29 f.; VON HIRSCH (2003), S. 62 ff.; ASHWORTH, S. 83 ff.

¹⁴⁰ Vgl. HOFFMANN, S. 102.

¹⁴¹ VON LISZT, S. 33, der dieser Aussage indessen skeptisch gegenüberzustehen scheint.

Für ein rein präventionsorientiertes Strafmodell stellen diese grundlegenden Postulate keine Selbstverständlichkeit dar. In einem solchen System könnten sogar Unschuldige oder bloß Verdächtige sanktioniert werden, sofern dies der Prävention dienlich ist. Aus utilitaristischer Sicht wäre es bspw. sinnvoll, einen Unschuldigen zum Tode zu verurteilen, wenn dies ein noch größeres Übel verhindert. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn die Bestrafung dieses Sündenbocks einen gewaltvollen Übergriff auf seine Angehörigen abwenden würde. Wenn seine Hinrichtung geeignet ist, die Rachegeleüste der empörten Gesellschaft zu besänftigen, die ihn für den wahren Täter halten, dann erscheint das Vorgehen nach präventiver Logik gerechtfertigt. Danach ist der Tod eines einzelnen Unschuldigen besser, als der Tod vieler anderer.¹⁴²

Der Retributivismus erteilt hingegen der Bestrafung von Unschuldigen oder bloß Verdächtigen eine prinzipielle Absage. Er mahnt stets aufs Neue, dass Sanktionen in erster Linie und in jedem Fall eine verhältnismäßige Antwort auf ein verübtes Unrecht zu sein haben und zwischen Strafe und Straftat eine notwendige Verknüpfung besteht.

2.3 Vergeltung als verdienstbasierter Ausgleich

John Rawls umschreibt die retributivistische Strafauffassung auf folgende Weise:

»[...] the retributive view is that punishment is justified on the grounds that wrongdoing merits punishment. It is morally fitting that a person who does wrong should suffer in proportion to his wrongdoing. That a criminal should be punished follows from his guilt, and the severity of the appropriate punishment depends on the depravity of his act [...]«¹⁴³

Nach diesem zutreffenden Verständnis verweist der strafrechtliche Vergeltungsgedanke auf den gerechten Verdienst für eine begangene Tat. Es geht um die Fragen: Was verdient ein Täter für seine verübte Delikt? Welche Strafe ist seiner Tat äquivalent? Demgemäß können Vergeltungstheorien auch als *verdienstbasierte Strafauffassungen*

¹⁴² Vgl. zu diesem Beispiel auch MCCLOSKEY, S. 94 ff.

¹⁴³ RAWLS, S. 4 f.

verstanden werden.¹⁴⁴ Der Verdienstgedanke erscheint als ein fundamentaler Bestandteil aller vergeltenden Sanktionen.¹⁴⁵

Die Frage nach dem gerechten Verdienst ist indessen nicht nur im Strafwesen von Belang, sondern spielt in fast allen Bereichen des sozialen Lebens eine bedeutende Rolle. Der Verdienstgedanke ist ein ubiquitäres Phänomen, das unser ganzes Leben durchzieht. Dahinter verbirgt sich letztlich eine Moral, welche Menschen als verantwortliche Akteure beschreibt, die für ihre Handlungen die entsprechenden Konsequenzen zu tragen haben.¹⁴⁶

Auch aus der rawlsschen Umschreibung der Vergeltungsstrafe geht zudem hervor, dass Strafe stets proportional zum begangenen Unrecht zu erfolgen hat. Die Höhe der Strafe soll in Abhängigkeit zur Schwere des begangenen Unrechts stehen.¹⁴⁷ Maßgebend für das Unrecht ist nicht nur der verübte Taterfolg (das Ausmaß des verursachten Schadens), sondern auch die Schuld des Täters («guilt»).

2.3.1 Kritik am Verdienstgedanken

Der allgemeine Verdienstgedanke, der in der vorliegenden Untersuchung nicht vertieft behandelt werden kann, ist Gegenstand zahlreicher Debatten und stößt in der philosophischen Diskussion auf einige Skepsis. Stellenweise wird er gar gänzlich verworfen. Kleinig bemerkt hierzu: »The notion of desert seems to be consigned to the philosophical scrap heap«.¹⁴⁸

In Bezug auf den strafrechtlichen Verdienstgedanken sind insb. zwei grundlegende Einwände denkbar:

¹⁴⁴ Vgl. DUUS-OTTERSTRÖM, S. 80; FINCKENAUER, S. 91 f.; WOLF (1992a), S. 39; zur Vergeltung verstanden als »Desert Theory« COTTINGHAM, S. 239; siehe hierzu ferner auch bei der neo-retributiven Vergeltungstheorie »just desert« hinten, B/II./3.

¹⁴⁵ Vgl. HAIST, S. 789.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu ARNESON, S. 267.

¹⁴⁷ Vgl. hierzu auch VON HIRSCH (1992), S. 79, welcher bemerkt, dass der Verdienstgedanke nichts anderes als Ausdruck der Proportionalitätsidee sei: »A desert model is a sentencing scheme that observes the proportionality principle: punishments are scaled according to the seriousness of crimes.«; ferner auch DUFF, S. 33; zur Bewertung der Schwere einer Straftat ASHWORTH, S. 85 ff.

¹⁴⁸ Kleinig John: Punishment and Desert, Den Haag 1974 [zit. nach POJMAN, S. 88 f.]; auf ähnlich radikale Weise äußert sich SMART, S. 54: »The notion of the responsibility [for an outcome] is a piece of metaphysical nonsense.«

Eine erste kritische Auffassung behauptet in aller Radikalität, dass generell niemand eine Kriminalstrafe verdient.¹⁴⁹ Dieser – sehr selten vorgebrachte – Einwand entpuppt sich als Fundamentalkritik am Strafrecht. Er stellt gewissermaßen seine Existenz infrage und erhebt Zweifel an der Zulässigkeit staatlicher Sanktionen – möglicherweise auch an der Institution Strafe im Allgemeinen.¹⁵⁰

Die Frage, ob staatliche Strafe entbehrlich wäre und nicht durch andere Formen der Konfliktbewältigung ersetzt werden könnte, soll vorliegend nicht unsere Besorgnis sein.¹⁵¹ Es kann an dieser Stelle der Hinweis genügen, dass bisher wohl keine Kultur der Erde ohne eine institutionelle Form der Bestrafung ausgekommen ist.¹⁵²

Eine zweite (abgeschwächte) Kritik lautet, dass – obwohl Straftäter grundsätzlich Strafe verdienen – niemand genau wissen könne, *wie* die verdiente Strafe aussehen soll (was »Verdienst« bedeutet).¹⁵³ In diesem Sinne wird der Grundgedanke der Vergeltung, der auf den gerechten Verdienst für eine Tat verweist, vielfach belächelt. Nicht nur könne eine solche Leerformel nichts darüber aussagen, was ein Straftäter in einem konkreten Fall verdiene, auch der Verweis auf die Gerechtigkeit stelle kaum mehr als schöne Worte dar, da schließlich niemand wisse, was denn nun wirklich gerecht sei.¹⁵⁴ Bei den Vergeltungslehren werde folglich mit unklaren Begriffen operiert, ohne ersichtlich zu machen, was genau darunter zu verstehen sei.¹⁵⁵

Dieser Einwand verkennt, dass sich die Frage nach der gerechten resp. verdienten Strafe nicht pauschal beantworten lässt. Die Antwort darauf hängt vielmehr davon ab, wie eine konkrete Vergeltungskonzeption die Verdienstproblematik in ihr Strafmodell integriert; die Frage

¹⁴⁹ Vgl. hierzu auch PLACK, S. 205 ff., der den strafrechtlichen Schuldgedanken als »Wahngedanke« bezeichnet.

¹⁵⁰ Vgl. BEDAU, S. 611.

¹⁵¹ Vgl. für eine überaus kritische Auseinandersetzung mit der Frage nach der Notwendigkeit der Kriminalstrafe ausführlich PLACK; zur Frage des Verzichts auf ein Strafrecht auch HENRICI, S. 37; ferner TRECHSEL/NOLL, S. 23 f.

¹⁵² Vgl. KORIATH, S. 625.

¹⁵³ Vgl. hierzu BEDAU, S. 610 f.

¹⁵⁴ Vgl. zur Kritik am Verdienst- und Vergeltungsgedanken McCLOSKEY, S. 104; ALBRECHT (2011), S. 25; ferner auch MUNDLE, S. 223, der dagegen einwendet, dass man mit demselben Argument genauso gut auch eine utilitaristische Strafauffassung bekämpfen kann: Wenn nur Gott (sprich: niemand) das Ausmaß unserer Schuld kennt, so kann auch nur er wissen, was einer Gesellschaft langfristig Wohlfahrt und Glück verheißt.

¹⁵⁵ Siehe zur Distinktion zwischen absoluten und relativen Strafauffassungen auch hinten, C/II./1.

kann stets nur in Bezug auf eine spezifische Theorie beantwortet werden. Der Verdienstgedanke stellt lediglich ein Grundgedanke des retributivistischen Strafverständnisses dar und ist im Übrigen auch kein ausschließliches Problem von Vergeltungslehren. Auch bei einem präventionsorientierten Strafmodell tritt die Problematik des Verdienstes bei der Strafzumessung und ferner der gesamten Zurechnungslehre in Erscheinung, was verdeutlicht, dass Strafe und Verdienst untrennbar miteinander gekoppelt sind.¹⁵⁶ In diesem Sinne ist jede Strafe als eine vergeltende resp. verdienstbasierte Sanktion zu betrachten. Eine »Strafe«, die sich die Frage nach dem gerechten Verdienst des Täters und der Zurechnung seiner verübten Handlung nicht stellen würde, bliebe ein reines Zwangsmittel.

Auch wenn es zutrifft, dass bei der Vergeltungsstrafe das Abstraktionsniveau höher einzuschätzen ist, so ist keineswegs davon auszugehen, dass ein relatives Strafmodell, welches nützliche Zwecke in den Vordergrund stellt, gegen Abstraktion gefeit sei. Ansonsten würde mit übermäßiger Strenge vorgegangen und verkannt, dass auch ein präventionsorientiertes Strafrecht zahlreiche abstrakte Begriffe und Institute enthält, die genauso wenig empirisch fassbar sind: »Schuld«, »Willensfreiheit«, »Rechtstreue« etc. sind nur einige Termini aus dem Präventionsstrafrecht, die schwer greifbar bzw. »metaphysisch« sind.¹⁵⁷ Wenn das moderne Strafrecht bspw. in Art. 47 Abs. 2 StGB die »Verwerflichkeit des Handelns« nennt, ist im Sinne dieser Überlegungen eine konkrete Strafe genauso wenig definiert, wie wenn das Gesetz von der »verdienten Strafe« sprechen würde. Was meint »Verwerflichkeit«? Und wenn wir diese einmal bejaht hätten, welche Strafe soll daraus resultieren? Kritiker des Vergeltungsgedankens bleiben daher eine Erklärung schuldig, wie ein Strafmodell aussehen sollte, das lediglich auf empirisch fassbaren Begriffen und Mechanismen beruht.

¹⁵⁶ Vgl. BEDAU, S. 611.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu auch HOFFMANN, S. 182, der insbesondere dem Terminus »Normstabilität« keine höhere Rationalität zugesteht, als dem Vergeltungsgedanken; ferner ACHENBACH, S. 145, der gar die ganze herkömmliche Strafrechtstheorie als »spekulativ« bezeichnet und ihr eine ausreichende empirische Legitimation abspricht.

2.3.2 Über »klare« und »unklare« Begriffe

Dem Einwand des vermeintlich unklaren Verdienst- und Vergeltungsbegriffs ist außerdem durch sprachphilosophische Grundsatzüberlegungen zu begegnen. Man sollte sich an dieser Stelle bewusst sein, dass es keine »an sich« klaren Begriffe gibt! Auch die Termini der präventionsorientierten Straftheorien verfügen nicht über diese behauptete Klarheit.

Ludwig Wittgenstein bemerkt im Rahmen seiner viel beachteten Sprachphilosophie¹⁵⁸ zu dieser Problematik:

»Aber es ist ja gerade die Frage, was an irgendeinem Ort, aus jenem Satz folgt. Oder auch – was wir an irgendeinem Ort Übereinstimmung mit jenem Satz nennen sollen (und auch mit der *Meinung*, die du damals dem Satz gegeben hast, – worin immer diese bestanden haben mag).«¹⁵⁹

Die Vorstellung eines an sich klaren Wortlautes verkennt die Tatsache, dass ein Begriff nur aus seinem Kontext (aus der Lebenswelt) zu verstehen ist, der den sprachlichen Elementen ihren Sinn verleiht. Sprache besteht stets auch aus außersprachlichen Gegebenheiten und Wörter können vor diesem Hintergrund verschiedenste Bedeutungen annehmen.¹⁶⁰ Der Sinn einer Norm ergibt sich erst aus ihrer Anwendung – aus der Gegenüberstellung mit der Realität – und ist nicht abstrakt in ihr enthalten.¹⁶¹

»Denk an die Werkzeuge in einem Werkzeugkasten: es ist da ein Hammer, eine Zange, eine Säge, ein Schraubenzieher, ein Massstab, ein Leimtopf, Leim, Nägel und Schrauben. – So verschieden die Funktionen dieser Gegenstände, so verschieden sind die Funktionen der Wörter.«¹⁶²

Lediglich ein bestimmtes gemeinschaftliches Verständnis eines Begriffs kann seine Bedeutung im konkreten Einzelfall bestimmen. Der gemeinschaftliche *Gebrauch* – Wittgenstein spricht in diesem Zusammenhang

¹⁵⁸ Vgl. zur Sprachphilosophie Wittgensteins und den daraus resultierenden Konsequenzen für die Jurisprudenz HERRLICH, S. 45 ff.; ferner zu dieser Thematik ausführlich AMSTUTZ/NIGGLI (2004); AMSTUTZ/NIGGLI (2005); NIGGLI/AMSTUTZ; KLEY; HERBERT; BINZ.

¹⁵⁹ WITTGENSTEIN, Teil 1 § 186.

¹⁶⁰ Vgl. zur Veränderbarkeit von Regeln auch HERRLICH, S. 75 f.

¹⁶¹ Vgl. hierzu auch HERRLICH, S. 74 f.

¹⁶² WITTGENSTEIN, Teil 1 § 11.

auch von »Sprachspielen«¹⁶³ – bestimmt den Inhalt der sprachlichen Regel, denn ohne diesen wären Begriffe bedeutungsleer.¹⁶⁴

»Es gibt *unzählige* solcher Arten: unzählige verschiedene Arten der Verwendung alles dessen, was wir ›Zeichen‹, ›Worte‹, ›Sätze‹ nennen. Und diese Mannigfaltigkeit ist nichts Festes, ein für allemal Gegebenes; sondern neue Typen der Sprache, neue Sprachspiele, wie wir sagen können, entstehen und andre veralten und werden vergessen.«¹⁶⁵

Der besagte Vorwurf übersieht daher, dass die Unterscheidung zwischen »klaren« und »unklaren« Begriffen, »eindeutigen« und »mehrdeutigen« Regeln, höchst problematisch ist. Es existieren lediglich *klare* und *weniger klare* Begriffe.

Selbst die vermeintlich simpelsten Rechtsnormen, wie das Verbotsschild in einem Park mit der Aufschrift »Hunde an die Leine«, bedürfen der Interpretation. Gilt diese Norm auch für einen zahmen Leopard, der im Park spazieren geführt wird? Oder wäre ein zwanzig Meter langes Seil nach dieser Norm zulässig? Das Beispiel verdeutlicht, dass Begriffe nie per se eindeutig, sondern stets auslegungsbedürftig sind. Demgemäß ist auch dem Bundesgericht zu widersprechen, wenn dieses stellenweise zwischen absolut klaren und interpretationsbedürftigen Gesetzestexten unterscheidet:

»La loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale): Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme [...]«¹⁶⁶

Kein sprachlicher Terminus ist zum Vornherein (»absolut«) klar, Begriffe können indessen klar *werden*. Eine solche Klarheit wird durch Interpretation erzielt.

Das Gesagte entkräftet die Kritik, dass retributivistische Theorien mit unscharfen Begriffen, wie »Gerechtigkeit«, »Verdienst«, »Gleichheit« etc. operieren würden und aus diesem Grunde unbrauchbar seien. Diese geforderte Schärfe und Bestimmtheit ist denn auch gar nicht

¹⁶³ Vgl. zum Begriff des Sprachspiels bei Wittgenstein eingehend HERRLICH, S. 64 ff.

¹⁶⁴ Vgl. WITTGENSTEIN, Teil 1 § 432; AMSTUTZ/NIGGLI (2004), N 17.

¹⁶⁵ WITTGENSTEIN, Teil 1 § 23.

¹⁶⁶ BGE 122 III 469 [474] E. 5a; vgl. ferner auch BGE 87 I 10 [15] E. 3: »Ausgangspunkt und in erster Linie maßgebend für die Bestimmung des Sinnes eines Rechtssatzes ist dessen Wortlaut, der entweder klar ist oder der Auslegung bedarf.«

erforderlich, damit das Recht funktionieren kann. Problematisch würde es für das Rechtsleben erst dann, wenn es prinzipiell unmöglich wäre, Klarheit über die Bedeutung von Begriffen und Rechtsnormen zu erzielen. Es ist hinreichend, dass Rechtsbegriffe die *Möglichkeit* besitzen, eine Bedeutung auszudrücken.

2.3.3 Weshalb der Verdienstgedanke keine Leerformel ist

Der Weg von einer abstrakten Theorie der Strafgerechtigkeit zu den konkreten Problemen der Rechtsanwendung (insb. der Strafzumessung) ist in der Tat steinig. Der Verdienstgedanke erweist sich vor dem Hintergrund der angesprochenen Wandelbarkeit von Begriffen als *dynamisch* und dies gilt letztlich für alle Begriffe.¹⁶⁷ Er schreibt nicht verbindlich vor, *wie genau* ein Straftäter in concreto zu bestrafen ist. Er transportiert keine absolute Bedeutung, die man ihm entlocken könnte.

»Dynamisch« ist jedoch keineswegs gleichzusetzen mit »beliebig« bzw. »nichtssagend«. Im Rahmen des gesellschaftlichen Gebrauchs – des gesellschaftlichen Verständnisses des Verdienstgedankens – existiert ein bestimmter *Anwendungsbereich* für die besagte Regel. Die Frage nach dem gerechten Verdienst ist demnach eine Frage der gesellschaftlichen Anschauung und nicht der Beliebigkeit. Die Regel verweist – und damit kommen wir zur eigentlichen Leistung dieses Gedankens – in besonderer Weise auf den Gerechtigkeitsgedanken, wie dieser von der Gesellschaft verstanden wird. Der gesellschaftliche *Gebrauch* ist es, der dieser angeblichen Leerformel Gehalt verleiht. Verdienstbasierte Gerechtigkeit verweist nicht auf eine absolute und unveränderliche Gerechtigkeitsidee, sondern ist als ein Produkt der »intersubjektiven Verständigung« zu verstehen.¹⁶⁸ Es herrschen in der Gesellschaft Gerechtigkeitsüberzeugungen und Vorstellungen über die Frage, was gerechter Verdienst bedeutet und an diese appelliert auch der Vergeltungsgedanke.¹⁶⁹ Über einen solchen gesellschaftlichen Gebrauch hin-

¹⁶⁷ Vgl. zur bedeutungstheoretischen Offenheit einer Regel HERRLICH, S. 73 f.

¹⁶⁸ MASTRONARDI, S. 8.

¹⁶⁹ Siehe zu dieser Frage auch hinten, B/II./3, wo dargelegt wird, dass gewisse Strafpraktiken schlicht nicht mit dem allgemeinen Verständnis von gerechtem Verdienst zu vereinbaren sind; vgl. zu dieser Frage auch McCLOSKEY, S. 104, der in Bezug auf die angebliche Vagheit des Gleichbehandlungs- und Verdienstgedankens einwendet: »If we want to be dishonest we will easily find a ground for attributing an inequality wherever we wish to find one, but most people of the time want to be honest, and, for them, it is an important and often inconvenient rule that they ought to treat equals equally.«

aus bleibt der Verdienstgedanke freilich bedeutungslos, denn außerhalb der Gemeinschaft existieren auch keine Regeln mehr.

Das explizite Bemühen, eine verdienstbasierte und gerechtigkeitsorientierte Strafe zu finden, ist ein klarer Vorteil gegenüber einer rein präventiven Strafbegründung, bei der der Verdienstgedanke – wenn überhaupt – bloß »en passant« behandelt wird. Das Thematisieren der Gerechtigkeitsidee und das Bestreben, einen angemessenen Ausgleich für eine Tat zu finden, können kaum als wertlos bezeichnet werden.

2.4 Arten von Ausgleichskonzeptionen

Bei der vergeltenden Kriminalstrafe existieren verschiedene Auffassungen über den besagten Ausgleich zwischen Straftat und Strafe. Die Antwort auf die Frage, was denn durch die Strafe effektiv vergolten und ausgeglichen wird, hängt wiederum von den jeweiligen Vergeltungskonzeptionen ab. Nachfolgend sollen die wichtigsten Ausgleichskonzeptionen der Vergeltungsstrafe kurz skizziert werden. Auf ausgesuchte Theorien wird im weiteren Verlauf ausführlich eingegangen.¹⁷⁰

2.4.1 Schuldausgleich

Bei der retributiven Kriminalstrafe erscheint der *Schuldausgleich* als die wohl zentralste Ausgleichsvorstellung.¹⁷¹ Nach dem heutigen Strafverständnis ist bei der Frage nach dem gerechten Verdienst (dem »Entgelt«) für ein Delikt nicht bloß der herbeigeführte Taterfolg von Relevanz, sondern insbesondere die persönliche Verantwortlichkeit des Täters.¹⁷² Demgemäß erscheint die Strafe nur dann angemessen, wenn »[...] eine als gerecht empfundene Proportionalität von Schuld und Strafe herbeigeführt ist.«¹⁷³ Dieses Verantwortungsprinzip impliziert, dass es nicht nur weitgehend wirkungslos wäre, Subjekte für nicht-intendierte Handlungen zu bestrafen, es verweist vielmehr auf ein Fairnessgebot, das im Rahmen der gesellschaftlichen Gerechtigkeitsüberzeugung als a priori wahr verstanden wird.¹⁷⁴

¹⁷⁰ In den jeweiligen Vergeltungstheorien werden z.T. auch Mischformen vertreten und es wird – gerade bei neo-retributiven Strömungen – nicht ausschließlich auf einen einzelnen Legitimationsgrund abgestellt.

¹⁷¹ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 2.

¹⁷² Vgl. hierzu auch HOFFMANN, S. 138; eingehend NOZICK, S. 363 ff.; WOLF (1992a), S. 90 ff.

¹⁷³ HOFFMANN, S. 180.

¹⁷⁴ Vgl. WOLF (1992a), S. 91.

Der Schuldbegriff kann – um zunächst eine grobe Kategorisierung vorzunehmen – *religiös* oder *säkular* verstanden werden.

Im heutigen Strafrecht wird der Schuldgedanke nicht mehr religiös begründet. Ein moderner Rechtsstaat ist keine Glaubensgemeinschaft und kann daher religiöse Inhalte nicht ohne demokratische Legitimation zu allgemeingültigen Normen erheben.¹⁷⁵

Beim säkularen Schuldbegriff ist zu unterscheiden, ob dieser einen umfassenden Ausgleich von sittlich-moralischer Schuld im Sinne einer *Sühnelehre* beinhaltet oder sich auf eine rechtlich relevante Schuld beschränkt, die aus einer Rechtsverletzung resultiert (*legaler Schuldbegriff*).¹⁷⁶ In diesem Zusammenhang ist ferner die geläufige Unterscheidung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld kritisch zu hinterfragen.

2.4.1.1 Rechtliche Schuld

Nach dem rechtlichen Schuldgedanken wird Strafe dadurch gerechtfertigt, dass der Täter das *Recht schuldhaft verletzt* hat. Es geht um die Frage, inwiefern ihm gegenüber, nach umfassender Würdigung seiner Tat, ein *persönlicher Vorwurf* erhoben werden kann.¹⁷⁷ Strafrechtliche Schuld beinhaltet ganz allgemein die Anschuldigung, vor den Anforderungen des Rechts versagt zu haben.¹⁷⁸ Dabei wird das Verhalten des Fehlbaren mit demjenigen verglichen, das man von einer ordentlich sozialisierten Person in der gleichen Situation erwarten könnte. Die Schuldfähigkeit wird vom Gesetz grundsätzlich unterstellt und nur in besonderen Fällen verneint.¹⁷⁹ Wird ein schuldhaftes Verhalten angenommen, wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich zur Begehung der Tat entschlossen hat, obwohl er aufgrund seiner Willenskraft in der Lage gewesen wäre, anders zu handeln.¹⁸⁰ Strafrechtliche Schuld

¹⁷⁵ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 10; MOOS, S. 297; ferner FRISCHKNECHT, S. 115, der den Sühnegedanken als nicht mehr zeitgemäß verwirft; neben der Tatsache, dass rechtliche Normen und Institute einer demokratischen Legitimation bedürfen, ist dennoch nicht zu verkennen, dass die grundlegende Idee der Schuldhaftigkeit im Strafrecht wohl ihren ideengeschichtlichen Ursprung in der religiösen Bußenlehre hat und nicht wenige Rechtsnormen (man denke etwa an das Diebstahlverbot) direkt im religiösen Kontext wiederzufinden sind.

¹⁷⁶ Vgl. zu dieser Unterscheidung WOLF (1992a), S. 58 f.

¹⁷⁷ Vgl. KÜPPER, S. 148 f.

¹⁷⁸ Vgl. LAMPE, S. 225.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu TRECHSEL/NOLL, S. 154; ferner auch Art. 20 StGB.

¹⁸⁰ Vgl. SEELMANN (2012), S. 81; RIKLIN (2007), § 15 N 5 f.

setzt insbesondere voraus, dass der Täter fähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen (intellektueller Aspekt) und es ihm zumutbar gewesen wäre, rechtmäßig zu handeln (voluntativer Aspekt).¹⁸¹ Aus retributivistischer Optik dient die Strafe dem Ausgleich dieser juristisch relevanten Schuld.

Nach diesem Verständnis wird die Kriminalstrafe nicht verhängt, um den Täter auf den »Pfad der Tugend« zu führen und aus ihm einen neuen Menschen zu machen. Wenn das Schuldstrafrecht den Besserungsgedanken vertritt, dann lediglich in der Form, dass dem Täter zu einem *rechtskonformen Leben* verholfen werden soll. Dieser engere Schuldbegriff hat zur Konsequenz, dass vom Strafrecht nicht erfasste Eigenschaften und Verhaltensweisen, wie bloße Lügenhaftigkeit, Egoismus und Lieblosigkeit, die von der breiten Gesellschaft als moralisch verwerflich betrachtet werden, aber aus rechtlicher Sicht keine Vorwerfbarkeit begründen, den Staat nicht interessieren.¹⁸²

Bei der vergeltenden Kriminalstrafe, die auf einen Ausgleich der Tatschuld abzielt, wird gegenüber dem Täter ein Schuldvorwurf erhoben; der Täter wird durch das Strafurteil gegenüber der Gesellschaft im rechtlichen Sinne schuldig. Durch den Vollzug der Strafe und den damit einhergehenden Schuldausgleich wird dieser Vorwurf wieder aufgehoben. An dieser Stelle ließe sich fragen: Wozu braucht ein modernes Strafrecht ein solches Bild? Könnte es nicht ebenso gut darauf verzichten? Weshalb sollte sich der Staat mit dem Ausgleich von metaphysischen Balancen befassen?

Dies ist die logische Konsequenz eines Schuldstrafrechts. Denn wenn der Staat gegenüber seinen Bürgern einen Schuldvorwurf erhebt, sie als schuldig vor dem Gesetz und der Gesellschaft bezeichnet, erscheint es notwendig, dass die Strafe eine Schuld ausgleichende Wirkung besitzt. Der Schuldige ist nach seiner Bestrafung kein Übeltäter mehr, sondern wird wieder unter die rechtstreuen Bürger gemengt:

»[...] once paid, it allows reentry into the community of good citizens on equal status.«¹⁸³

¹⁸¹ Vgl. SEELMANN (2012), S. 82; RIKLIN (2007), § 15 N 25.

¹⁸² Vgl. hierzu auch LAMPE, S. 230 ff., mit dem Hinweis, dass sich Recht und Moral glücklicherweise in den meisten Fällen decken. Ferner auch LAMPE, S. 227; RIKLIN (2007), § 15 N 18.

¹⁸³ MURPHY (1973), S. 229.

Nach der Verbüßung seiner Strafe ist der Täter von seiner rechtlichen Schuld befreit. Weshalb bestrafen wir den Fehlbaren nicht mehrfach? Warum ist das Strafrecht nicht nachtragend und zwingt den Übeltäter dazu, endlos für seine Taten zu büßen? Weil er durch die Strafe für seine Schuld bereits »bezahlt« hat; eine mehrfache Bestrafung erschiene krass stoßend und ungerecht. Zudem soll der Täter nach der Begleichung seiner Schuld wieder vor einem Neuanfang stehen. An diese Gedanken knüpft auch der Rechtsgrundsatz »ne bis in idem« an, der eine erneute Verurteilung aufgrund derselben Tat verbietet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es sich beim rechtlichen Schuldausgleich zwar um ein abstraktes Bild handelt, das nicht empirisch fassbar ist. Gleichwohl erscheint der Gedanke für ein modernes Schuldstrafrecht unverzichtbar.

2.4.1.2 Strafe zwecks Sühne?

2.4.1.2.1 Begriffsklärung

In der Strafrechtsdogmatik werden die Begriffe »Vergeltung« und »Sühne« stellenweise synonym verwendet, was zu einiger Verwirrung führt.¹⁸⁴ Der Sühnegeranke ist nach vorliegender Auffassung indessen klar vom Vergeltungsbegriff mit seinem bereits erörterten Gehalt abzugrenzen.

Unter »Sühne« wird gemeinhin verstanden, dass der Täter bereuend die Strafe als gerechten Schuldausgleich akzeptiert, diese auf sich einwirken lässt, sein künftiges Verhalten verändert und dadurch zu einer geläuterten, neuen Identität findet.¹⁸⁵ Besonders anschaulich wird dieser Gedanke bei der amerikanischen Strafpraxis der Quäker am Ende des 18. Jahrhunderts: Durch Einzelhaft, ohne jegliche Arbeits- und Beschäftigungsmöglichkeiten, wurden die Gefangenen zu Reue und Buße gebracht. Indem sie lediglich die Bibel lesen durften, sollten sie zu persönlicher Einsicht gelangen und sich einem gottgefälligen Leben hinwenden.¹⁸⁶

Nach anderer Umschreibung führt Sühne zur Versöhnung des Täters mit sich selbst und mit der Gemeinschaft.¹⁸⁷ Auch diese Umschrei-

¹⁸⁴ Vgl. zu dieser Problematik auch NOLL, S. 8, der zwischen diesen Begriffen klar differenziert.

¹⁸⁵ Vgl. statt vieler ROXIN (2006), § 3 N 10.

¹⁸⁶ Vgl. SCHEFFLER (1995), S. 383.

¹⁸⁷ Vgl. NOLL, S. 8.

bung erinnert an ein religiöses Erlebnis. Hierbei gilt es zu bedenken, dass der strafrechtliche Schuldgedanke seinen Ursprung in der Theologie findet und gegen Ende des 12. Jahrhunderts aus der kirchlichen Bußenlehre ins säkulare Recht übernommen worden ist.¹⁸⁸

Sühne darf nicht, wie es in der Literatur gelegentlich getan wird, bloß als die Kehrseite des Vergeltungsgedankens aufgefasst werden.¹⁸⁹ Was für die Gesellschaft als Schuld ausgleichende Vergeltung erscheint, bedeutet für den Straftäter nicht automatisch Sühne.¹⁹⁰ Es handelt sich bei der Sühnetheorie um einen viel umfassenderen Gedanken, der zwar auf die Schuld ausgleichende Funktion der Strafe abstellt, aber auch die Bedeutung und Folgen dieses Schuldausgleichs darlegt. Erst wenn der Täter die Sanktion als verdient anerkennt und eine tief gehende sittlich-moralische Besserung anstrebt, ließe sich von einer sühnenden Wirkung der Vergeltungsstrafe sprechen.¹⁹¹

2.4.1.2 Problematik des Sühnegedankens

Die Vorstellung, dass staatliche Sanktionen geeignet sein sollen, den Täter umfassend zu läutern, ist diskussionsbedürftig. Wenn im Einzelfall eine solche Verarbeitung der begangenen Tat tatsächlich geschieht und ein Täter gewillt ist, ein besserer Mensch zu werden, ist dies freilich zu begrüßen. Eine Straftheorie, die Strafe damit rechtfertigt, Sühne zu bewirken, kann indessen aus folgenden Gründen als problematisch angesehen werden:

Zunächst steht der *Zwangscharakter* der Strafe im Widerspruch zum beschriebenen Sühnevorgang. Die Vorstellung, eine Person zu Reue und Einsicht zwingen zu können, erscheint deshalb unhaltbar, da die Forderung in sich selbst widersprüchlich wäre. Nach dem Gesagten ist Sühne als ein persönlich zu erbringender Akt zu verstehen, der gerade nicht durch äußeren Zwang hervorgerufen werden kann.¹⁹²

¹⁸⁸ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 4; ferner zum Verhältnis von Kirchenbuße und Strafen der weltlichen Obrigkeit im späten Mittelalter ausführlich WILLOWEIT.

¹⁸⁹ Vgl. hierzu auch ROXIN (2006), § 3 N 10, mit dem Hinweis, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch Sühne oftmals als bloße »Umformulierung« des Vergeltungsgedankens angesehen wird.

¹⁹⁰ Vgl. NOLL, S. 8.

¹⁹¹ Aus diesem Grund wird die Sühnetheorie (neben dem Vergeltungsgedanken) gelegentlich auch als eigenständige absolute Strafauffassung verstanden.

¹⁹² Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 10; NOLL, S. 8; FRISCHKNECHT, S. 115; MOOS, S. 298, GROMMES, S. 108.

Ein Strafverfahren erscheint nicht nur ungeeignet, eine Sühne zu erzwingen, es besitzt oftmals gerade den gegenteiligen Effekt: Die unangenehme öffentliche Anklage und Aburteilung führen dazu, dass ein Beschuldigter – in der Hoffnung auf ein milderes Urteil – alles daran setzen wird, jegliche Schuld von sich zu weisen und sein Tun vor Gericht zu rechtfertigen.¹⁹³ Zudem besitzt eine strafrechtliche Verurteilung in den Augen vieler Bürger eher einen stigmatisierenden Charakter, als dass sie eine Person zu einem besseren Menschen machen würde. Selbst nach dem Vollzug der Strafe wird der Täter unter Umständen weiter »gebrandmarkt«, indem seine Taten in einem Strafregister über Jahre hinweg festgehalten werden. So führt bspw. die Verurteilung aufgrund eines Sexualdeliktes dazu, dass ein Delinquent auch nach erfolgtem Strafvollzug als »Sexualtäter« gebrandmarkt bleibt. Zahlreiche Menschen sind nicht gewillt, solche Menschen nach Verbüßung ihrer Strafe als »geläutert« zu betrachten. Die öffentliche Verurteilung zementiert vielmehr ihr (Vor)Urteil, dass diese auch nach verhängter Strafe im Wesen »böse« bleiben.¹⁹⁴

Gewisse Autoren vertreten trotz dieser Bedenken die Auffassung, dass das Erleiden des Strafübels dem Täter vor Augen führe, dass er dieses wegen seiner Tat erleide und ihm ferner bewusst mache, dass durch seine Tat ebenso das Opfer Leiden erdulden musste.¹⁹⁵

Auch hier lässt sich sagen, dass dies freilich geschehen *kann*. Es ist nicht auszuschließen, dass im Einzelfall eine Strafe zu einem »Perspektivenwechsel« führt und den Täter in die Position des Opfers versetzt. Am ehesten wäre dies wohl in jenen Situationen anzunehmen, in denen ein Täter bereuend alles Zumutbare unternimmt, um das verübte Unrecht (bspw. die Vermögensschädigung des Opfers) tätig zu kompensieren und mit dem Opfer in einen Dialog tritt. Nach einem derartigen Ausgleich und einer Versöhnung von Täter und Opfer erschiene es angebracht zu behaupten, dass das verübte Unrecht nun gesühnt sei.¹⁹⁶ Solche Vorgänge sind indessen selten zu erwarten und insofern erscheint die generelle Annahme einer sühnenden Wirkung der Strafe verfehlt.

¹⁹³ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 9.

¹⁹⁴ Vgl. hierzu auch NOLL, S. 8, der die sühnende Wirkung der Kriminalstrafe verneint.

¹⁹⁵ Vgl. LAMPE, S. 258.

¹⁹⁶ Vgl. zum Täter-Opfer-Ausgleich ausführlich KANYAR; spez. für das deutsche Recht auch JANKE.

Der Sühnegedanke, der auf eine umfassende Besserung von Straftätern abzielt, ist nicht zuletzt aus *staatspolitischer Sicht* fragwürdig.¹⁹⁷ Ist es wirklich Aufgabe des Staates, seine mündigen Bürger zu besseren Menschen zu erziehen? Nach einem liberalen Staatsverständnis würde er hierbei deutlich seine Kompetenzen überschreiten. Eine solch paternalistische Strafauffassung – und dem kann nur beigespflichtet werden – wird in der neueren Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik daher weitgehend abgelehnt.¹⁹⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Versteht man unter dem Sühnegedanken eine umfassende Läuterung, so erweist sich die Kriminalstrafe zu ihrer Herbeiführung nur sehr bedingt als ein Erfolg versprechendes Mittel. Es bleibt selbst fraglich, inwieweit eine auf Sühne ausgerichtete Vergeltungsstrafe – wenn schon zwanghafte Sühne nicht möglich ist – zumindest als *Anstoß* (als Motivation) zur persönlichen Reue und moralischen Besserung dienen kann. Insgesamt bleibt der Sühnegedanke aus strafrechtlicher Sicht ein problematisches Gebilde, das nur mit größter Zurückhaltung angenommen werden darf.

2.4.1.3 Scharfe Trennung zwischen moralischer und rechtlicher Schuld?

Als Kriterium zur Abgrenzung von Recht und Moral (Sittlichkeit) wird angeführt, dass Moral auf das Innere eines Individuums (seine Gesinnung) abziele, hingegen das Recht sich ausschließlich mit äußeren Verhaltensweisen beschäftige.¹⁹⁹ Dieses Verständnis ist stark durch die kantische Rechtslehre geprägt:

»Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.²⁰⁰

¹⁹⁷ Vgl. GROMMES, S. 108 f.

¹⁹⁸ Vgl. HENRICI, S. 50 f.; MEIER, S. 26 f.; Resozialisierung-CORNEL, S. 295; STRATENWERTH (2011), § 2 N 9; zur Aufgabe des Staates aus strafrechtlicher Sicht auch ROXIN (2006), § 3 N 17.

¹⁹⁹ Vgl. beispielhaft FORSTMOSER, § 9 N 9; SANDER, S. 28 f.

²⁰⁰ KANT (1977c), S. 324.

Demgemäß wird angenommen, dass es den Staat nicht interessiert, weshalb jemand das Recht befolgt, solange er sich rechtstreu verhält. Ob jemand das Recht aus tiefer Überzeugung achtet oder schlicht deshalb, weil er eine Bestrafung fürchtet – aber gegenüber der Tat keine moralischen Bedenken besitzen würde – sei für den Staat nicht relevant und auch gar nie in Erfahrung zu bringen.

Diese Auffassung vermag in mancherlei Hinsicht nicht zu überzeugen: Schon die grundlegende Tatsache, dass eine Gemeinschaft Normen schafft, die ein zivilisiertes Zusammenleben ermöglichen und die damit einhergehende Pflicht, die Rechtsordnung zu achten, beruht auf moralischen Prinzipien unserer Gesellschaft.²⁰¹ Zudem interessiert sich das Recht nicht bloß für das äußere Verhalten der Rechtsunterworfenen, sondern stellt an zahlreichen Stellen (vielfach sogar explizit) auf die Gesinnung der Bürger ab:

Bei der privatrechtlichen *Verschuldenshaftung* wird bspw. der Schädiger nur dann ersatzpflichtig, wenn er den Schaden schuldhaft herbeigeführt hat.²⁰² Allgemein werden Verträge, die mit *täuschenden Absichten* geschlossen wurden, als nichtig erachtet.²⁰³ An manchen Stellen des Rechts wird ferner ausdrücklich auf die *Gutgläubigkeit* der Rechtssubjekte abgestellt.²⁰⁴

Im Bereich des Strafrechts ist die individuelle Vorwerfbarkeit – und dazu ist freilich auch die verwerfliche Gesinnung zu zählen – noch von besonderer Wichtigkeit: In einem Verschuldensstrafrecht wird nur zur Verantwortung gezogen, wer seine Tat schuldhaft herbeigeführt hat. Das alleinige Verüben eines deliktischen Erfolges ist für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht ausreichend.²⁰⁵ Das Maß der Strafe wird nach Art. 47 Abs. 1 StGB anhand der Höhe des Verschuldens bestimmt.²⁰⁶ Hierbei nennt das Gesetz im zweiten Absatz ausdrücklich die »Verwerflichkeit des Handelns«, die »Beweggründe« und »Ziele des Täters« und verweist auch ausdrücklich auf die »inneren Um-

²⁰¹ Vgl. hierzu auch MUNDLE, S. 226.

²⁰² FORSTMOSER, § 9 N 13.

²⁰³ Vgl. FORSTMOSER, § 9 N 14 mit dem Verweis auf Art. 28 und 31 OR.

²⁰⁴ Vgl. FORSTMOSER, § 9 N 25 ff. mit den beispielhaften Verweisen auf die Art. 3, 933, 935, und 936 I ZGB.

²⁰⁵ Vgl. SEELMANN (2012), S. 81.

²⁰⁶ Vgl. zur Strafzumessung die Kurzübersichten bei SEELMANN (2012), S. 205 ff.; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 1201 ff.; ferner ausführlich BACHMANN/STENGEL.

stände« der Tat. Als allgemeine Strafmilderungsgründe nennt Art. 48 StGB ferner das Handeln aus »achtenswerten Beweggründen« (lit. a) oder die aufrichtig betätigte Reue (lit. d). Unter dem Begriff des sog. Nachtatverhaltens werden bei der Beurteilung der persönlichen Verhältnisse nach Art. 47 Abs. 1 StGB schließlich auch Reue und Bedauern mitberücksichtigt.²⁰⁷

Die Vorwerfbarkeit ist im Strafrecht noch aus einem andern Gesichtspunkt von Bedeutung. Eine bloß abschreckende Wirkung der Strafe (ohne moralischen Tadel), die lediglich auf die Steuerung von äußeren Verhaltensweisen abzielt, käme einer Dressur von Raubtieren gleich und bedeutete eine Verletzung der Würde des Menschen. Der Straftäter soll nicht bloß kontrolliert und gesteuert werden, sondern als ein verantwortungsvolles, intelligibles Individuum angesprochen werden.²⁰⁸ Damit ist zugleich gesagt, dass zur Erzielung der Rechtstreue zwar nicht eine umfassende, wohl aber eine *partielle* – auf den rechtlich relevanten Teilbereich abzielende – moralische Besserung nötig ist. Der strafrechtliche Tadel kann insofern durchaus als ein moralischer Appell verstanden werden.²⁰⁹

»Die staatliche Tätigkeit ist an bereichsspezifische, überwiegend in der Verfassung positivierete moralische Normen gebunden, die sich auf das staatliche Aktionsfeld in seiner Eigentümlichkeit beziehen.«²¹⁰

Auch der rechtliche Schuldgedanke ist nach dem bisher Ausgeführten nicht frei von moralischen Erwägungen und stellt in vielen Bereichen auf die innere Gesinnung ab. Dennoch sollte die Unterscheidung zwischen moralischer und rechtlicher Schuld nicht preisgegeben werden: Auch wenn das Strafrecht einen moralischen Gehalt besitzt, unterscheidet es sich gleichwohl von einem *moralisierenden* Strafrecht. Im

²⁰⁷ Vgl. hierzu SEELMANN (2012), S. 209 ff.; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, N 1215; vgl. ferner auch die nicht publizierten Bundesgerichtsurteile 6B_742/2007 vom 10. Januar 2008 E. 2, 6B_992/2008 vom 5. März 2009 E. 5.2 und 6B_858/2008 vom 20. Mai 2009 E. 4.3.3, wonach (im Sinne einer Weiterführung der altrechtlichen Praxis zu Art. a63 StGB) eine fehlende Reue im Rahmen von Art. 47 StGB sogar *strafferhöhende* Auswirkungen haben kann.

²⁰⁸ Siehe zu diesem Einwand eingehend hinten, B/II./6. Wie noch zu zeigen ist, stellt dieser Gedanke, der die Entscheidungsfreiheit und Würde einer Person unterstreicht, einen wesentlichen Bestandteil aller retributiven Strafauffassungen dar.

²⁰⁹ Vgl. hierzu auch LIPPE (2006), S. 274: »Legal punishment, on standard retributive theories, is a form of institutionalized moral blame [...]«.

²¹⁰ ELLSCHIED, S. 209; zu dieser Frage ebenso trefflich MUNDLE, S. 224: »Only moral offences which have been legislated against are punishable by the State [...]«.

Sinne einer Bußenlehre eine *umfassende* moralische Besserung durch das Strafrecht zu verfolgen, die über den rechtlich relevanten Teilbereich hinausgeht – bspw. die Schaffung von tugendhaften, mit guter Gesinnung ausgestatteten Bürgern – kann keine Aufgabe des Strafrechts sein. Eine Kriminalstrafe, die auf eine umfassende Erziehung der Bürger abzielte und die Bekämpfung von Lasterhaftigkeiten aller Art als Staatsaufgabe behaupten würde, erschiene in einem modernen Rechtsstaate unhaltbar.

Über das Verhältnis von Recht und Moral lässt sich zusammenfassend festhalten, dass zwischen diesen Bereichen eine saubere Trennung nicht möglich erscheint und auch ein modernes Rechtsverständnis (glücklicherweise!) nicht frei von moralischen Gehalten ist. Gleichwohl erscheint es wichtig festzuhalten, dass sich das rechtliche Schuldverständnis in seinen Zielsetzungen von einer moralisierenden Sühne- und Bußenlehre unterscheidet. Richtig wäre es daher zu sagen, dass sich das Recht solange nicht um die Gesinnung und Moral der Bürger kümmert, als sie sich rechtstreu verhalten.²¹¹ In diesem Sinne ist auch die in der vorliegenden Arbeit getroffene Unterscheidung zwischen moralischer und rechtlicher Schuld zu verstehen.

2.4.2 Wiederherstellung von Recht und Gerechtigkeit

Vergeltungskonzeptionen, wie sie bereits vor Jahrhunderten vertreten wurden, stellen in besonderer Weise den Gerechtigkeitsanspruch der Strafe in den Vordergrund. Diese dient dazu, den *Zustand der Gerechtigkeit wiederherzustellen*. Das Ungleichgewicht, das durch die Straftat entstanden ist, muss ausgeglichen werden; die gestörte Balance von Recht und Gerechtigkeit ist durch die Vergeltungsstrafe zu restituieren.

Besonders ausgeprägt ist die Gerechtigkeitsidee bei Vertretern des klassischen Retributivismus, wie Kant, Hegel und Bradley.²¹² Sie waren vom Gedanken geleitet, dass staatliche Strafe stets höheren Prinzipien verpflichtet sein muss. Kant, als einer seiner prononciertesten Verfechter, bemerkte:

²¹¹ Vgl. FORSTMOSER, § 9 N 12.

²¹² Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 131.

»In jeder Strafe, als solcher, muss zuerst Gerechtigkeit sein, und diese macht das Wesentliche dieses Begriffs aus.«²¹³

Nach dem vorliegenden Verständnis thematisieren indessen alle Arten des Retributivismus die Frage nach der gerechten Strafe. Der Gerechtigkeitsanspruch ist – was bereits bei der Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Vergeltungsgedanken verdeutlicht wurde – der Vergeltungsidee inhärent.

Der Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit tritt ferner bei religiös begründeten Formen der Vergeltungsstrafe, wie sie insb. durch die Kirchenväter Augustinus und Thomas von Aquin vertreten wurden, deutlich in Erscheinung.²¹⁴ Vergeltung kann wohl als das klassische Verständnis der Strafe in der christlichen Theologie betrachtet werden.²¹⁵ Danach existiert eine vorgegebene göttliche Ordnung, die nicht in Frage gestellt werden sollte. Der Mensch, der sich dieser göttlichen Ordnung widersetzt, macht sich vor Gott schuldig. Die Strafe dient dazu, die begangene Tat zu sühnen und den Fehlbaren wieder mit Gott zu versöhnen. Die gerechte Strafe befreit den Täter von seiner Schuld (Sünde) und *restauriert* gleichzeitig *die göttliche Ordnung*.²¹⁶

Diese Auffassung der Vergeltungsstrafe zeichnet sich besonders durch ihren metaphysischen Charakter aus und ist letztlich nur durch einen persönlichen Akt des Glaubens nachvollziehbar. Aus diesem Grund vermag eine solche Rechtfertigung in pluralistischen Staaten mit einem säkularisierten Strafrecht nicht zu genügen.²¹⁷

Andere Vergeltungslehren vertreten die Vorstellung, dass die Vergeltungsstrafe dazu dient, *das Recht zu restituieren*. Die Strafe bewirkt die Bestätigung des Rechts und dadurch auch die Wiederherstellung der Gerechtigkeit.

²¹³ Vgl. KANT (1977b), S. 150; siehe zur Vergeltungsstrafe nach Kant hinten, B/I./2.

²¹⁴ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 139; zum Gerechtigkeitsgedanken bei Thomas von Aquin ausführlich LIPPERT; zum biblischen Strafverständnis, unter besonderer Berücksichtigung der Vergeltungslehren nach Augustinus und Thomas von Aquin, auch NOVAK, S. 10 ff.

²¹⁵ Vgl. CRISP, S. 36.

²¹⁶ Vgl. zur göttlichen Vergeltungsidee FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 139; ausführlich CRISP; spez. zur christlich-theologischen Legitimation der Vergeltungsstrafe NOVAK, S. 10 ff.

²¹⁷ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 139.

»Die Verletzung dieses als eines daseienden Willens also ist das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde, und ist die Wiederherstellung des Rechts.«²¹⁸

Der Gedanke der heilenden Wirkung der Strafe für die Rechtsordnung wurde später vielfältig übernommen und auch von Vertretern der relativen Strafauffassungen aufgegriffen.²¹⁹

2.4.3 Wiederherstellung der gesellschaftlichen Balance

Unter diese Kategorie werden all jene Arten des Ausgleichs subsumiert, die das Verhältnis zwischen dem Straftäter und der Gesellschaft in den Vordergrund stellen. Im Zentrum steht nicht das abstrakte Recht oder eine Gerechtigkeitsidee, sondern die reale Beziehung zwischen den Individuen der staatlichen Gemeinschaft.

Zu nennen sind einerseits Ausgleichskonzeptionen, die auf den *Ausgleich von sozialen Vor- und Nachteilen* abzielen. Die Strafe soll dem Täter seinen unrechtmäßig erworbenen Vorteil entziehen und führt dadurch zu einem Ausgleich der gestörten gesellschaftlichen Balance.²²⁰

Andererseits existieren Modelle, welche die Vergeltungsstrafe als einen *Akt der Kommunikation* zwischen dem Täter und der Gesellschaft beschreiben. Auch hier steht das gesellschaftliche Gleichgewicht im Vordergrund: Strafe wird gewissermaßen als eine Art von »Dialog« aufgefasst und besitzt einen tadelnden Charakter.²²¹

Der vergeltende Ausgleich wird ebenso als Mittel zur Wiederherstellung der *gegenseitigen Anerkennungsbeziehung* verstanden. Die retributive Strafe heilt nach dieser Anschauung die durch das Delikt verursachten Wunden und restituiert die in ein Ungleichgewicht geratene Balance zwischen dem Täter, der Gesellschaft und dem Opfer.²²²

²¹⁸ HEGEL (1979b), § 81 S. 169.

²¹⁹ Vgl. zur Vergeltungsstrafe verstanden als Restitutionstheorie und der Fortbildung des hegelschen Wiederherstellungsgedankens eingehend HENRICI, S. 73 f.; zur Vergeltung als »annulment theory« COTTINGHAM, S. 244 f.; siehe ferner auch zur Bewährung der Rechtsmacht bei der positiven Generalprävention hinten, C/III./2.2.

²²⁰ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 129 ff.; siehe zu »benefit and burden« eingehend hinten, B/II./4.

²²¹ Siehe zur expressiven Vergeltungsstrafe eingehend hinten, B/II./6.

²²² Siehe hierzu insb. bei der Vergeltungsstrafe nach Hegel hinten, B/I./3.

B. Der Vergeltungsgedanke in der Strafrechtsphilosophie

I. Der Retributivismus in der klassischen Strafrechtsphilosophie

Im vorliegenden Teil werden bedeutende klassische Ansätze der Vergeltungsstrafe vorgestellt. Sie werden deshalb als »klassisch« bezeichnet, da sie von großen Philosophen früherer Jahrhunderte stammen und sich in diesem Sinne von neo-retributiven Strömungen des 20. Jahrhunderts und der Gegenwart unterscheiden.²²³

1. Die vergeltende Strafe nach Grotius

Hugo Grotius gilt als einer der bedeutendsten Vertreter des Naturrechtsgedankens und als Begründer der modernen Völkerrechtslehre.²²⁴ Sein Hauptwerk »De iure belli ac pacis« (»Vom Recht des Krieges und des Friedens«) ist eine Auseinandersetzung mit Aussagen großer Denker der Geschichte und enthält unter anderem wichtige Ausführungen zur Thematik der Strafe.²²⁵

1.1 Der naturrechtliche Hintergrund

Das ausgehende 16. Jahrhundert war geprägt vom Aufkommen vernunftrechtlicher Ideen, die das Staatsverständnis revolutionierten und sich insbesondere gegen alle selbstgerechten Autoritäten mit ihren oftmals willkürlichen Rechtsvorstellungen richteten. Von dieser Entwicklung war freilich auch die Kriminalstrafe als schärfste Form der Staatsgewalt betroffen.²²⁶

²²³ Vgl. zu dieser Unterscheidung auch BRUDNER, S. 48.

²²⁴ Vgl. SIMSON, S. 651.

²²⁵ Vgl. NOVAK, S. 112; GÜNTHER, S. 101 f.

²²⁶ Vgl. HOFFMANN, S. 65.

Der Mensch ist in den Augen von Grotius ein geselliges Wesen und strebt von Natur aus eine Bindung zu anderen Individuen an.²²⁷ Um diese Gemeinschaft zu ordnen, bedarf es des Gesetzes. Das *Vernunftrecht* erscheint nach Grotius als ein zentraler Bestandteil des menschlichen Daseins und kann folglich auch nicht von einer Autorität willkürlich geändert werden.²²⁸ Das als überpositive Recht verstandene Gesetz ist für ihn Ausdruck der Menschlichkeit, Gerechtigkeit und Vernunft. Es repräsentiert die innersten Empfindungen und Hoffnungen der Menschen und wird ihnen Kraft ihres Menschseins zuteil.²²⁹

»Das natürliche Recht ist ein Gebot der Vernunft, welches anzeigt, dass einer Handlung wegen ihrer Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit der vernünftigen Natur selbst eine moralische Hässlichkeit oder eine moralische Notwendigkeit innewohnt, weshalb Gott als Schöpfer der Natur eine solche Handlung entweder geboten oder verboten hat.«²³⁰

Da das allgemeine Naturrecht zur Regelung der komplexen irdischen Verhältnisse nicht ausreicht, muss es durch ein menschliches Gesetz ergänzt werden. Hierbei dient das überpositive Naturrecht dem gesetzten Recht als Richtschnur; es ist ihm übergeordnet, weshalb durch das menschliche Recht nicht gegen das Naturrecht verstoßen werden darf. Das überpositive Naturrecht besitzt einen bleibenden und unveränderlichen Charakter. Es ist insbesondere für die Regelung der zwischenstaatlichen Beziehungen notwendig, da im Bereich der souveränen Staaten das Naturrecht weitgehend durch das innerstaatliche (positive) Recht ersetzt wird.²³¹

Nach dem naturrechtlichen Verständnis von Grotius basiert das Gesetz in letzter Konsequenz auf der von Gott dem Menschen verliehenen *Vernunft*. Auch wenn Grotius als gläubiger Christ die Quelle der Vernunft in der göttlichen Weisheit erblickt, so bemerkt er, dass seine Konzeption selbst dann gelten würde, wenn man annehmen müsste »[...] dass es keinen Gott gäbe oder dass er sich um die menschlichen Angelegenheiten nicht bekümmere«.²³² Der vernunftrechtliche

²²⁷ Vgl. NOVAK, S. 116.

²²⁸ Vgl. SIMSON, S. 651.

²²⁹ Vgl. SIMSON, S. 652.

²³⁰ GROTIUS, Lib. I, Kap. 1, S. 50.

²³¹ Vgl. NOVAK, S. 115 f.

²³² GROTIUS, Lib. I, Kap. 1, S. 50.

Gedanke ist daher nicht notwendigerweise an die Existenz einer göttlichen Macht gebunden, die als Ursprung der vernünftigen Natur des Menschen verstanden wird.

Wird die vernunftbegabte menschliche Natur einmal angenommen, bleibt sodann freilich die Frage, welche Regeln man daraus ableiten kann (was der Inhalt des Naturrechts darstellt). Auch in der heutigen Debatte über die Menschenrechte bleibt diese Frage hochaktuell.²³³ Zum Inhalt des Vernunftrechts zählt Grotius fundamentale Regeln der menschlichen Gemeinschaft, wie die Anerkennung des *Eigentums*, das Institut des *Vertrages* und *die Strafe* als vernünftige (und daher notwendige) Reaktion auf ein begangenes Unrecht.²³⁴

Das Bestreben von Grotius liegt darin, ein Recht zu finden, unter welchem alle Kulturen der Erde aufgrund seiner Allgemeingültigkeit vereint werden.²³⁵ Als Humanist hat er es sich zur achtenswerten Aufgabe gemacht, die Menschlichkeit mit dem Recht zu verbinden. Er setzte sich für eine humanere Ausgestaltung des Strafprozesses, die Abschaffung der Folter, die Einschränkung der Todesstrafe und die Möglichkeit einer sinnvollen Beschäftigung in den ersten Zuchthäusern ein, die wohl nicht ohne Grund in den Niederlanden entstanden.²³⁶ Die Vorzüge seiner Sichtweise liegen auf der Hand: Es könnte in seiner naturrechtlichen Denkweise der Schlüssel zu einem menschlicheren Zusammenleben liegen. Wer unter der Herrschaft eines Tyrannen und Schlächters leidet, wird die Vorstellung, dass ein universelles Gesetz existiert, welches die Willkür der Herrschenden begrenzt, sehr bereitwillig teilen.²³⁷ Nicht zuletzt beruht der Gedanke der *Menschenrechte* auf der naturrechtlichen Auffassung.²³⁸

Die Naturrechtslehre wird insbesondere von der positivistischen Rechtslehre kritisiert, die in dieser Auffassung lediglich eine gut gemeinte Schwärmerei erblickt.²³⁹ Die Kritik richtet sich gegen die Vorstellung, dass ein »natürliches Recht« existiert, das universell Gültig-

²³³ Auf die Naturrechtslehre und die Probleme ihrer Legitimation kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht näher eingegangen werden. Vgl. hierzu anstelle vieler ausführlich FINNIS.

²³⁴ Vgl. NOVAK, S. 115 f.

²³⁵ Vgl. NOVAK, S. 117.

²³⁶ Vgl. SIMSON, S. 655 ff.

²³⁷ Vgl. SIMSON, S. 652.

²³⁸ Vgl. hierzu FLEINER/BASTA FLEINER, S. 131 ff.

²³⁹ Vgl. SIMSON, S. 651 f.

keit besitzt. Nach der positivistischen Auffassung ist Recht stets ein *menschliches Produkt*. In diesem Sinne kann es auch jeden beliebigen Inhalt annehmen.²⁴⁰ Das Recht erscheint nicht mehr als ein »Diener der Gerechtigkeit«, sondern ist lediglich Ausdruck der Staatsgewalt.²⁴¹ In seiner Extremform leugnet der Positivismus gar jegliche Existenz des Rechts, das nicht positivrechtlich erlassen wurde.²⁴²

1.2 Die Vergeltungsstrafe als Vertragsstrafe

1.2.1 Der Sinn der Strafe

Aus dem skizzierten Vernunftrechtsgedanken ergibt sich für Grotius die Notwendigkeit der Strafe:

»Zu dem, was die Natur für erlaubt erklärt und nicht verbietet, gehört, dass wer Übles getan hat, Übles erleiden müsse [...].«²⁴³

Das Institut der Strafe ist für ihn vernünftig und aus dem Naturrecht ableitbar. Zudem folgt Grotius, wie aus diesem Zitat ersichtlich wird, der augustinischen Tradition der Strafe als doppeltes Malum.²⁴⁴ Ihr Ausgangspunkt bildet stets die verübte Tat, die es durch die Bestrafung auszugleichen gilt:

»Jedoch ist es richtig, dass bei der Strafe zuerst und an sich die ausgleichende Gerechtigkeit geübt wird. Denn der Strafende muss, um recht zu strafen, das Recht dazu haben, welches Recht aus dem Vergehen des anderen entspringt.«²⁴⁵

Die ausgleichende Gerechtigkeit kann für Grotius nur durch die Vergeltungsstrafe bewirkt werden:

»Die Eigentümlichkeit der Strafe besteht, wie ich gesagt habe, darin, dass sie die Vergeltung für ein Unrecht darstellt.«²⁴⁶

²⁴⁰ Zu welch schrecklichen Folgen ein solches Verständnis des Rechts führen kann, hat die Geschichte abermals gezeigt. Vgl. hierzu auch den Hinweis auf die nationalsozialistische Rechtspraxis bei CALLIESS (1974), S. 43.

²⁴¹ Radbruch Gustav: Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932 [zit. nach CALLIESS (1974), S. 42].

²⁴² Vgl. zu Naturrecht und Rechtspositivismus auch CALLIESS (1974), S. 40 ff.

²⁴³ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 325.

²⁴⁴ NOVAK, S. 118.

²⁴⁵ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 326.

²⁴⁶ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 325.

Strafe ist etwas, das unmittelbar aus dem verübten Delikt resultiert. Die vergeltende Reaktion der Gesellschaft auf das verübte Unrecht stellt für ihn die *erste Bedingung* der Strafe dar.

Der reine Vergeltungsgedanke, der auf einen Ausgleich des verübten Unrechts abzielt, stellt für Grotius indessen noch keine ausreichende Legitimation für eine konkrete Strafe dar. Diese muss, um nicht zum Unrecht zu werden, auch vernünftige Folgen nach sich ziehen.²⁴⁷

»Wenn aber der Mensch seinesgleichen straft, so muss er dabei einen Zweck im Auge haben. Dies ist es, wenn die Scholastiker sagen, die Absicht des Strafenden dürfe sich nicht mit dem Übel des anderen begnügen.«²⁴⁸

Die konkrete Strafe ist nie Selbstzweck.²⁴⁹ Das bloße Zufügen von Leiden, ohne das Bewirken von vernünftigen Zwecken, käme seiner Auffassung nach der Rache gleich, welche unzulässig sei.²⁵⁰

»Im bloßen Schmerz des Feindes an sich betrachtet ist aber nichts Gutes, höchstens ein falsches und eingebildetes Gut, wie in überflüssigem Reichtum und vielen ähnlichen Dingen.«²⁵¹

Die Strafe ist etwas Rationales und Vernünftiges und klar von einer affektgeladenen Rachehandlung zu unterscheiden. Die Strafe hat Zwecke zu verfolgen, die der Vernunft entspringen.²⁵² Durch unvernünftige oder fehlende Gründe wird die an sich zulässige und notwendige Vergeltungsstrafe unzulässig:

»[...] dass bei der Strafe zweierlei, das ›Weshalb‹ und das ›Wozu‹ in Betracht kommt. Das ›Weshalb‹ betrachtet die Schuld, das ›Wozu‹ den Nutzen, den die Strafe mit sich bringen soll.«²⁵³

Die individuelle Strafe bedarf nach dem Gesagten als *zweite Bedingung* eines konkreten Nutzens. Dass die Strafe überhaupt eintritt, ist für Grotius im Sinne seiner Vergeltungsauffassung, die auf das verübte Delikt und das schuldhafte Verhalten des Täters verweist, gerechtfertigt. Das abstrakte Institut Strafe ist für ihn vernünftig und legitim.

²⁴⁷ Vgl. HOFFMANN, S. 67.

²⁴⁸ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 328.

²⁴⁹ Vgl. GÜNTHER, S. 107.

²⁵⁰ Vgl. GÜNTHER, S. 108; HOFFMANN, S. 65.

²⁵¹ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 329.

²⁵² Vgl. HOFFMANN, S. 67.

²⁵³ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 347.

Die Rechtfertigung der konkreten Strafe und ihre spezifische Ausgestaltung werden hingegen maßgeblich von vernünftigen Zwecken bestimmt.²⁵⁴ Grotius führt auch weiter aus, welche Strafzwecke mit der Kriminalstrafe verfolgt werden sollen und nennt sowohl spezial- als auch generalpräventive Motive:

»Ich sage, dass bei jeder Bestrafung folgendes zu berücksichtigen ist: 1. Welchen Nutzen der Täter aus dem Verbrechen gezogen hat; 2. Wie groß das Interesse dessen ist, zu dessen Schutz die Tat verboten ist; 3. Das Interesse jedes Dritten.«²⁵⁵

1.2.2 Strafe als Vertragskonzeption

Der Vertrag gehört für Grotius zu den natürlichsten Arten der Verpflichtung innerhalb der Gemeinschaft.²⁵⁶ Den allgemeinen Vertragsgedanken wendet er auch für die nähere Erläuterung der Strafe an; Grotius verweist hierbei auf das gegenseitige Verpflichtungsgeschäft des Kaufvertrags:

»Hier ist ein Punkt, der an den Vertrag erinnert. Denn auch der Käufer wird, ohne etwas zu sagen, zu allem verpflichtet, was beim Kauf gebräuchlich ist; ebenso scheint es, dass der Schädiger sich durch seinen Willen der Bestrafung unterworfen hat.«²⁵⁷

Wie auch beim konkludent geschlossenen Kaufvertrag die Parteien in die Rechte und Pflichten des Vertrages einwilligen, so willigt nach dieser Vorstellung auch ein Straftäter in seine Bestrafung ein. Er weiß, dass die Handlung, die er zu begehen beabsichtigt, verboten ist und akzeptiert durch die Begehung des Delikts auch seine Strafe:

»Denn das Verbrechen kann nicht ungestraft bleiben. Wer also jenes will, hat mittelbar auch die Strafe gewollt.«²⁵⁸

Der Mechanismus der Einwilligung, der anhand dieser Analogie erklärt wird, erscheint nicht ohne Weiteres plausibel. Ein Straftäter will gerade – und dies zeigt die allgemeine Erfahrung – sehr wohl das Delikt begehen, jedoch nicht die Bestrafung.²⁵⁹ Er versucht typischerweise alles

²⁵⁴ Vgl. PFENNINGER, S. 290.

²⁵⁵ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 330.

²⁵⁶ GÜNTHER, S. 104 f.

²⁵⁷ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 326.

²⁵⁸ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 326.

²⁵⁹ Vgl. hierzu auch MURPHY (1973), S. 229, der dahinter ein Modell rationaler Entscheidungen erblickt.

zu tun, um seine Entdeckung und Verfolgung zu verhindern.²⁶⁰ Demgemäß könnte die besagte Einwilligung nur im Sinne einer Fiktion angenommen werden. Zutreffender wäre es wohl zu sagen, dass der Täter die Strafe nicht akzeptiert, sondern vielmehr billigend *in Kauf nimmt*.²⁶¹ Wichtiger erscheint bei der vorliegenden Strafauffassung denn auch mehr ihre Herleitung aus vernunftrechtlichen Prinzipien als die Problematik der Einwilligung. In diesem Sinne wäre es gar angebracht, diese als »vernunftrechtliche Vergeltungsstrafe« zu bezeichnen und den Vertragsgedanken in den Hintergrund zu stellen.

1.2.3 Das Maß der Strafe

Die Strafe hat, was bereits der allgemeine Vergeltungsgedanke impliziert, stets unter Bezugnahme auf das begangene Delikt zu erfolgen:

»So ist da, wo eine Strafe begründet ist, auch alle Gewalt berechtigt [...] innerhalb des rechten, dem Vergehen entsprechenden Maßes.«²⁶²

Hierbei ist von einem »entsprechenden« Verhältnis die Rede; es handelt sich folglich um ein *Äquivalenzverhältnis* zwischen Tat und Strafe. Eine »mechanische« Vergeltungsauffassung, die ausschließlich auf den Taterfolg abstellt, wäre nach Grotius nicht haltbar.

Neben dem Ausmaß des deliktischen Erfolges nennt Grotius zur näheren Bestimmung der Strafe die äußerst avanciert anmutenden Faktoren, wie das Vorleben des Täters, die näheren Tatumstände und dessen Täterpersönlichkeit.²⁶³ Es geht folglich darum, dem Täter zu geben, was ihm gerechterweise – nach umfassender Würdigung der Tat – zusteht.²⁶⁴ »Wer bestraft wird, muss die Strafe verdient haben [...]«²⁶⁵

Die Schuld ist nach Grotius Teil des Gerechtigkeitsgedankens. Sie entspringt dem verübten Unrecht, das bei der Bestrafung an erster Stelle steht. Die Vergeltungslogik, die den Ausgangspunkt der Strafe markiert, fordert stets einen schuldangemessenen Ausgleich des be-

²⁶⁰ Eine abweichende Auffassung zum Konstrukt der Einwilligung findet sich bspw. bei KANT (1977c), S. 457: »Strafe erleidet jemand nicht, weil er sie, sondern weil er eine strafbare Handlung gewollt hat; denn es ist keine Strafe, wenn einem geschieht, was er will, und es ist unmöglich, gestraft werden zu wollen.«

²⁶¹ Vgl. NOVAK, S. 119.

²⁶² GROTIUS, Lib. III, Kap. 1, S. 419.

²⁶³ Vgl. GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 352; ferner NOVAK, S. 122; SIMSON, S. 660.

²⁶⁴ Vgl. GÜNTHER, S. 106.

²⁶⁵ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 326; vgl. hierzu auch GÜNTHER, S. 106.

gangenen Delikts und begrenzt dadurch nützliche Strafzwecke, die erst an zweiter Stelle mitberücksichtigt werden können. Eine Bestrafung für unverschuldete Handlungen wäre für Grotius undenkbar.²⁶⁶

»Man kann sogar zweifeln, ob diese Handlungen mit Recht und eigentlich Verfehlungen genannt werden können, da die Täter Freiheit, die sie in dem vorgekommenen Fall zu haben scheinen, ganz allgemein betrachtet, nicht haben.«²⁶⁷

Seine weiteren Ausführungen lassen über die Modernität seines Verständnisses des Schuldgedankens staunen, indem Grotius bereits vorwegnimmt, was in der heutigen Strafrechtstheorie als »Spielraumtheorie«²⁶⁸ diskutiert wird. Bei diesem auch »Schuldrahmentheorie«²⁶⁸ genannten Modell definiert der Richter zunächst innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens einen möglichen, der Schuld des Täters entsprechenden Anwendungsbereich der Strafe. Innerhalb dieser Schranken können nun präventive Erwägungen berücksichtigt werden. Der gesetzte Schuldrahmen darf indessen weder über- noch unterschritten werden.²⁶⁹ Insbesondere sind nur jene nützlichen Zwecke zulässig, die das Maß der Schuld des Täters nicht übersteigen. Die Schuld stellt die Obergrenze der Strafe dar und limitiert Nützlichkeits Erwägungen. In diesem Sinne bemerkt auch Grotius: »Innerhalb des Maßes der Schuld bestimmt sich die Höhe der Strafe nach ihrem Nutzen.«²⁷⁰

In seiner Strafkonzeption steht demgemäß der Nützlichkeits die Gerechtigkeit gegenüber.²⁷¹ Da die retributive Strafe einen tatproportionalen Ausgleich des begangenen Unrechts verlangt, stellt sie weit mehr dar, als einen simplen Reaktionsmechanismus und kann nicht auf beliebige Art und Weise erfolgen.²⁷² Indem Grotius vor dem Hintergrund

²⁶⁶ Vgl. hierzu auch NOVAK, S. 126, mit der Anmerkung, dass Grotius keine Beispiele für solche Handlungen nennt, hierbei aber Fälle der leichten Fahrlässigkeit gemeint sein könnten. Grotius nennt gewisse Handlungen unvermeidbar, da er sich der Unvollkommenheit (er spricht gar von »Sündhaftigkeit«) der menschlichen Natur bewusst ist.

²⁶⁷ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 343.

²⁶⁸ STRENG (2001), S. 875.

²⁶⁹ Vgl. STRENG (2001), S. 876 f., der den Grundgedanken der Spielraumtheorie darin sieht, dass die Schuld ausgleichende Wirkung der Strafe nicht präventiven Überlegungen untergeordnet werden dürfe. Diese Forderung beruhe wiederum auf der Erkenntnis, dass nicht ein einziges gerechtes Strafmaß (im Sinne einer »Punktstrafentheorie«) angenommen werden könne.

²⁷⁰ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 347; vgl. ferner auch HOFFMANN, S. 67.

²⁷¹ Vgl. hierzu auch PFENNINGER, S. 307.

²⁷² Vgl. indessen die abweichende Auffassung von SIMSON, S. 658, der dem Zweckgedanken in der Strafkonzeption von Grotius ein derart großes Gewicht beimisst, dass die

seiner Naturrechtslehre die Strafe vergeltungstheoretisch begründet, bei ihrer konkreten Ausgestaltung aber den Zweckgedanken miteinbezieht, liefert er ein überzeugendes Strafkonzepkt im Sinne einer Vereinigungstheorie.²⁷³ Das Bemerkenswerte an seinem Strafverständnis ist, dass er sich nicht mit vagen Formulierungen und schönen Worten über die Natur des Menschen begnügt, sondern dass er präzise auf die konkreten Probleme der Rechtswirklichkeit eingeht.²⁷⁴ Sein Werk beeindruckt durch einen überaus großen Scharfsinn, in dem er die brennendsten Fragen und Probleme seiner Zeit systematisch analysiert. Viele seiner Ansichten sind bis zum heutigen Tage gültig geblieben.

2. Die vergeltende Strafe nach Kant

Immanuel Kant gilt als ein bedeutender Denker der Aufklärung und lieferte unter anderem unverzichtbare Beiträge zur Strafrechtstheorie. Seine Idee der Vergeltungsstrafe wird als die strengste retributivistische Auffassung angesehen und wurde in der Literatur mannigfach rezipiert und kritisiert.²⁷⁵

2.1 Der freie Mensch

Kants Philosophie der Vergeltungsstrafe gründet in der Idee der *Freiheit*. Diese ist für ihn von größter Wichtigkeit und stellt das Fundament seiner gesamten praktischen Philosophie dar.²⁷⁶ Aus ihr entspringen alle natürlichen Rechte eines Individuums.²⁷⁷ Das eigenverantwortliche und selbstbestimmte Dasein des Menschen wird gar als konstituierende Grundlage für ein Gemeinwesen überhaupt angesehen.²⁷⁸

»Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz

vergeltende Komponente auf einen simplen Mechanismus der Reaktion reduziert wird.
²⁷³ Vgl. GÜNTHER, S. 102 f.; siehe zur vergeltenden Vereinigungstheorie eingehend hinten, C/IV./2.2.

²⁷⁴ Vgl. SIMSON, S. 653.

²⁷⁵ Vgl. MERLE (2007), S. 21.

²⁷⁶ Vgl. NOVAK, S. 137; BASTELBERGER, S. 71.

²⁷⁷ Vgl. COING, S. 36.

²⁷⁸ Vgl. KERSTING (2004), S. 123.

zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht.«²⁷⁹

Auch seine Strafauffassung ist nicht ohne sein freiheitliches Menschenbild zu verstehen. Die Freiheit stellt eine notwendige Grundvoraussetzung eines jeglichen sittlichen Vorwurfs und damit auch für jedes bestrafungswürdige Verhalten dar. Eine Vorwerfbarkeit ist für Kant nur dann möglich, wenn den Menschen *a priori* Willensfreiheit unterstellt wird.²⁸⁰ Alles andere würde bedeuten, jemanden zu bestrafen, der zur alternativen Handlung überhaupt nicht fähig war.²⁸¹

»Als ein vernünftiges, mithin zur intelligibelen Welt gehöriges Wesen kann der Mensch die Kausalität seines eigenen Willens niemals anders als unter der Idee der Freiheit denken [...]«²⁸²

In dieser Aussage wird ein weiterer zentraler Aspekt der Freiheit angesprochen: Der Mensch ist deshalb nicht ausschließlich der Kausalität der Natur unterworfen, da er fähig ist, *vernunftgemäß* zu handeln.²⁸³ Er ist nicht mehr vollständig durch Triebe und Begierden determiniert, sondern in der Lage, seine Handlungen durch den vernunftbegabten Willen zu lenken. Durch sein vernünftiges Wesen wird er zu einem »homo noumenon«.²⁸⁴ Die Vernunft ermöglicht es ihm, die Kausalität der Natur zu durchbrechen.

»Dieser Tadel gründet sich auf ein Gesetz der Vernunft, wobei man diese als eine Ursache ansieht, welche das Verhalten des Menschen, unangesehen aller genannten empirischen Bedingungen, anders haben bestimmen können und sollen. [...] die Handlung wird seinem intelligiblen Charakter beigemessen, er hat jetzt, in dem Augenblicke, da er lügt, gänzlich Schuld [...]«²⁸⁵

Die Grundlage der kantischen Strafphilosophie, die den Menschen als freies, verantwortliches und würdevolles Subjekt beschreibt, kann nicht genug gewürdigt werden. In einem modernen, im Geiste des Liberalismus gewachsenen Rechtsstaat kommt dieser Anschauung paradigmatische Bedeutung zu. Dieser garantiert den Individuen die Möglichkeit

²⁷⁹ KANT (1977c), S. 345.

²⁸⁰ Vgl. NOVAK, S. 140.

²⁸¹ Vgl. zur Problematik des Kausalitätsgesetzes der Natur auch KANT (1977b), S. 220.

²⁸² KANT (1977d), S. 88.

²⁸³ Vgl. NOVAK, S. 138; ferner auch KANT (1977a), S. 429.

²⁸⁴ Vgl. NOVAK, S. 138.

²⁸⁵ KANT (1977a), S. 504.

der freien Entfaltung und schützt sie gegen unzulässige Beeinträchtigungen durch andere Gesellschaftsmitglieder.²⁸⁶ Auch die strafrechtliche Vorwerfbarkeit gründet in einer Moral, die Menschen als autonome und verantwortliche Akteure bezeichnet, die in der Lage sind, ihre Handlungen zu beeinflussen. Das Strafrecht kriminalisiert keine Hunde und Kleinkinder, sondern spricht diejenigen an, welche wir als vernunftbegabte Subjekte betrachten.

Die der kantischen Philosophie zugrunde liegende Prämisse der Willensfreiheit muss indessen auch kritisch hinterfragt werden: Die Konzeption findet nach dem Gesagten ihre Rechtfertigung in der Annahme, dass Menschen grundsätzlich in der Lage sind, selbstverantwortlich zu handeln und die Fähigkeit besitzen, das Unrecht ihres Tuns zu erkennen. In diesem Zusammenhang wird aber darauf hingewiesen, dass Straftaten in vielen Fällen im Affekt verübt werden und Menschen nur allzu schnell Opfer ihrer Emotionen, wie Hass, Neid, Begierde etc. werden und es letztendlich solche Triebfedern sind, die zu einem beachtlichen Teil unser Verhalten bestimmen.²⁸⁷

2.2 Der kategorische Imperativ

Für Kant stellt moralisches Handeln eine unbedingte Pflicht dar; sie besteht immer und ausnahmslos und nicht nur unter gewissen Umständen.²⁸⁸ Ein Maßstab für gerechtes Tun muss nach Kant *a priori* vorausgesetzt werden und kann nicht im Bereich des Faktischen gesucht werden.²⁸⁹ Moralisches Verhalten gründet in der menschlichen Vernunft und darf nicht von Wünschen und Bedürfnissen abhängig gemacht werden.²⁹⁰

»Jedermann muss eingestehen, dass ein Gesetz, wenn es moralisch [...] gelten soll, absolute Notwendigkeit bei sich führen müsse [...] dass mithin der Grund der Verbindlichkeit hier nicht in der Natur des Menschen, oder den Umständen in der Welt, darin er gesetzt ist, gesucht werden müsse, sondern a priori lediglich in Begriffen der rei-

²⁸⁶ Vgl. hierzu MONA (2007), S. 36.

²⁸⁷ Vgl. NOVAK, S. 168; siehe zur Problematik der strafrechtlichen Willensfreiheit eingehend hinten, E/1./2.

²⁸⁸ Vgl. NOVAK, S. 143.

²⁸⁹ Vgl. HOFFMANN, S. 78.

²⁹⁰ Vgl. NOVAK, S. 142.

nen Vernunft, und dass jede andere Vorschrift, [...] so fern sie sich [...] auf empirische Gründe stützt, zwar eine praktische Regel, niemals aber ein moralisches Gesetz heißen kann.«²⁹¹

In seinem berühmten *kategorischen Imperativ* hat Kant den Versuch unternommen, moralisches Handeln näher zu umschreiben. Dieser soll dabei als »Anleitung und Bewertungsmaßstab« dienen.²⁹²

Der kategorische Imperativ ist ein »Du sollst« – ein Befehl zu moralischem Verhalten. In seiner Universalitätsformel²⁹³ lautet er:

»Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.«²⁹⁴

Es handelt sich folglich um einen Anspruch auf Verallgemeinerung und Objektivierbarkeit. Moralisches Handeln ist nach dieser Maxime dann anzunehmen, wenn ein Individuum möchte, dass alle anderen an seiner Stelle ebenso handeln würden.²⁹⁵

Dieser Gedanke ist freilich nicht völlig neu. In eine ähnliche Richtung tendieren bereits die Worte Jesu: »Alles nun, was ihr wollt, dass euch die Leute tun sollen, das tut ihnen auch!«²⁹⁶

2.3 Der Staat und das Recht

Kant ist sich der Tatsache bewusst, dass moralisches Handeln alleine nicht ausreicht, da nicht jeder nach den Prinzipien der Vernunft lebt und die Freiheit des Einzelnen nur allzu schnell die Freiheit der anderen tangiert. Selbst wenn sich Menschen weitgehend durch Moral leiten ließen, so bedarf es zusätzlich einer ordnenden Staatsgewalt mit einer Rechtsordnung, welche die Freiheit der Menschen schützt.²⁹⁷

»... sie [die Menschen] mögen auch so gutartig und rechtliebend gedacht werden, wie man will, so liegt es doch a priori in der Ver-

²⁹¹ KANT (1977d), S. 13.

²⁹² NOVAK, S. 141; COING, S. 35.

²⁹³ Der kategorische Imperativ tritt in den Werken von Kant in unterschiedlichen Formulierungen, jedoch mit weitgehend übereinstimmendem Inhalt.

²⁹⁴ KANT (1977d), S. 51.

²⁹⁵ Vgl. NOVAK, S. 144.

²⁹⁶ MATTHÄUS 7, Vers 12; eine ähnliche Formulierung ferner in LUKAS 6, Vers 31 [zit. nach der Übersetzung von Martin Luther in der revidierten Fassung von 1984, Deutsche Bibelgesellschaft, Stuttgart 1984].

²⁹⁷ Vgl. NOVAK, S. 148 ff.; KERSTING (2008), S. 16.

nunftidee eines solchen (nicht rechtlichen Zustandes), dass [...] vereinzelte Menschen, Völker und Staaten niemals vor Gewalttätigkeiten gegen einander sicher sein können, und zwar aus jedes seinem eigenen Recht, zu tun, was ihm recht und gut dünkt [...].«²⁹⁸

Es ist daher notwendig, dass Menschen aus dem herrschaftslosen »Naturzustand« heraustreten und sich in eine geordnete (bürgerliche) Gesellschaft integrieren. Nur in einer durch das Recht geregelten Gemeinschaft kann die Freiheit der Bürger, die sich am anschaulichsten am Schutz des Eigentums aufzeigen lässt, garantiert werden.²⁹⁹ Die Staatsgewalt und Rechtsordnung sind nach Kant folglich unentbehrlich und dienen als Garanten der a priori vorausgesetzten Freiheitsidee.³⁰⁰

»[...] man müsse aus dem Naturzustande, in welchem jeder seinem eigenen Kopfe folgt, herausgehen und sich mit allen anderen [...] dahin vereinigen, sich einem öffentlich gesetzlichen äußeren Zwang zu unterwerfen, also in einen Zustand treten, darin jedem das, was für das seine anerkannt werden soll, *gesetzlich* bestimmt, und durch hinreichende *Macht* (die nicht die seinige, sondern eine äußere ist), zu Teil wird [...].«³⁰¹

Es könnte an dieser Stelle der falsche Eindruck erweckt werden, dass das Recht lediglich eine nützliche Angelegenheit zum Schutz der Gesellschaft darstellt. Dies ist aber keineswegs so: Nach Kant ist das Recht nicht deshalb legitim, weil es geeignet ist, die äußeren Freiheiten der Individuen zu schützen. Wenn Kant auch die praktische Notwendigkeit des Rechts bejaht, erblickt er seine Legitimität gerade nicht in seiner Nützlichkeit.³⁰² Das Recht erlangt seine Rechtfertigung in der eingangs thematisierten reinen *Vernunft* und ist letztlich vom kategorischen Imperativ abgeleitet.³⁰³ Sein Geltungsanspruch ist *a priori* und unabhängig von empirischen Normzwecken.³⁰⁴

Da die Freiheitsidee der staatlichen Gesetzgebung zugrunde liegt, bedeutet dies auch, dass Recht nicht ein beliebiges Regelwerk sein kann, sondern Ausdruck eines gemeinschaftlichen Willens zur Meh-

²⁹⁸ KANT (1977c), S. 430.

²⁹⁹ Vgl. JAKOBS (2004), S. 12.

³⁰⁰ Vgl. KERSTING (2004), S. 123.

³⁰¹ KANT (1977c), S. 430.

³⁰² Vgl. KERSTING, S. 15 f.

³⁰³ Vgl. MERLE (2007), S. 18 ff.

³⁰⁴ Vgl. HOFFMANN, S. 78.

zung des Gemeinwohls sein soll.³⁰⁵ Es dient nach Kant nicht dazu – wie dies etwa in einem modernen Sozialstaat der Fall ist – die Bedürftigen und Hilflosen zu schützen, sondern die äußeren Freiheiten der einzelnen Bürger zu wahren. Bei der Rechtsgemeinschaft handelt es sich um eine »Selbstschutzgemeinschaft der Handlungsmächtigen«. ³⁰⁶ Das Recht hat in einem strikt liberalen Sinn zwischenmenschlichen Konflikten vorzubeugen und ein friedliches Zusammenleben zu ermöglichen. Paternalistische Rechtsordnungen und Präventionskonzepte stünden nach Kant im Widerspruch zur eigenverantwortlichen Lebensführung und würden eindeutig abgelehnt. Der autonome Mensch darf in seiner Philosophie niemals für nützliche Zwecke instrumentalisiert werden.³⁰⁷

Dieses liberale Rechtsverständnis ist für die nachfolgende Strafzweckdiskussion von einiger Wichtigkeit. Wie zu zeigen ist, führt hingegen eine Strafe, die dem Präventionsgedanken verpflichtet ist, rasch einmal dazu, dass die Schranken staatlicher Regulation überschritten werden und Strafe in letzter Konsequenz zu einem Instrument der beliebigen Sozialkontrolle verkommt.

2.4 Strafgerechtigkeit und Strafklugheit

Bzgl. der Funktion der Strafe unterscheidet Kant zwischen den Begriffen »Strafgerechtigkeit« (iustitia punitiva) und »Strafklugheit«. ³⁰⁸

Strafgerechtigkeit bezeichnet diejenige Strafe, welche ausschließlich in der Moral gründet und ihre Rechtfertigung nicht in der Verfolgung von praktischen Zielen behauptet. Sie wird von Kant als Einzige für zulässig erachtet. Da sie als kategorischer Imperativ zu verstehen ist, erscheint sie *per se* sinnvoll.³⁰⁹ Sie ist insbesondere nicht dann legitim, wenn sie nützlichen Zwecken dient, sondern erscheint prinzipiell vernünftig und gerecht: »Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ [...]«. ³¹⁰

Hiervon unterscheidet Kant pragmatische Strafen, die im Sinne der *Strafklugheit* auf bestimmte soziale Ziele (z. B. Prävention von Straf-

³⁰⁵ Vgl. NOVAK, S. 150; MURPHY (1987), S. 519.

³⁰⁶ KERSTING (2004), S. 15.

³⁰⁷ Vgl. KERSTING (2004), S. 124.

³⁰⁸ Vgl. KANT (1977c), S. 487.

³⁰⁹ Vgl. NOVAK, S. 145.

³¹⁰ KANT (1977c), S. 452 f.

taten) ausgerichtet sind. Solche utilitaristischen Strafmotive werden zur Strafbegründung abgelehnt.³¹¹ Kant gilt gemeinhin als der wohl strengste Verfechter des reinen Vergeltungsgedankens im Strafrecht:

»Richterliche Strafe (poena forensis) [...] kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden [...]. Er muss vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen.«³¹²

Die Formulierung macht deutlich, dass Kant utilitaristische Strafzwecke nicht akzeptiert, diese jedoch auch nicht verleugnet. Wird der Täter seiner gerechten Strafe zugeführt, so ist es nicht ausgeschlossen, dass seine Bestrafung (quasi als Nebeneffekt) einen bestimmten sozialen Zweck verfolgt. Man beachte hier insbesondere die Formulierung »niemals bloß«. Die Tatsache allein, dass Strafen bestimmte nützliche Zwecke mit sich bringen, genügt ihm für die Rechtfertigung der Strafe indessen eindeutig nicht.³¹³

Hruschka bemerkt zu dieser Aussage Kants in zutreffender Weise, dass hinter der Formulierung »vorher als strafbar befunden« ein fundamentales rechtsstaatliches Prinzip erblickt werden kann: Jede Kriminalstrafe setzt eine strafbare Handlung voraus und die Notwendigkeit, dass der Täter vom zuständigen Gericht als strafbar befunden wird, bevor auch nur an irgendwelche heilsamen Zwecke für die Gesellschaft gedacht wird.³¹⁴

Die Ablehnung von pragmatischen Strafmotiven gründet in der zu Beginn erläuterten Freiheit und Individualität des Menschen. Nach Kant ist es unter keinen Umständen zulässig, dass ein Täter zur Verfolgung von sozialen Zielen instrumentalisiert bzw. »missbraucht« wird. Es darf nicht sein, dass an einer Person zum Wohle der Gesellschaft ein Exempel statuiert wird. Durch dieses Vorgehen würde der Täter in seiner Persönlichkeit verletzt; er würde

³¹¹ Vgl. NOVAK, S. 164 f.

³¹² KANT (1977c), S. 454.

³¹³ Vgl. hierzu BASTELBERGER, S. 61; JAKOBS (2004), S. 11.

³¹⁴ Vgl. zu dieser Frage HRUSCHKA, S. 495 f.

gewissermaßen zu einem Zirkustier degradiert, das man einsperrt und dressiert. Strafe ist nach Kant eine Vergeltungsstrafe, die beabsichtigt, den Status quo wieder herzustellen. Die Gründe der Strafe liegen ausschließlich im Gesetzesbruch selbst und niemals in empirisch feststellbaren Zwecken und Nützlichkeiten.³¹⁵

Ebenso wäre es mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren, wenn eine Tat ungestraft bliebe. Es besteht nach Kant eine unbedingte Notwendigkeit, dass unrechte Handlungen bestraft werden. Alles andere würde bedeuten, dass man den Willen des Täters nicht respektiert. Die Bestrafung führt ihm vor Augen, dass er ernst genommen wird und der besonderen Kategorie »Mensch« angehört und sich bspw. klar und deutlich von einer bloßen Sache unterscheidet.³¹⁶ Ihn nicht zu bestrafen, würde bedeuten, ihn wie ein quengelndes Kleinkind zu ignorieren und nicht als vollwertige Persönlichkeit zu respektieren.

Aus heutiger Sicht vermag die Argumentation, dass pragmatisch motivierte Strafen zwingend die Menschenwürde verletzen, nicht mehr zu überzeugen. Die Menschenwürde ist als ein zentraler Grundwert in der Bundesverfassung verankert.³¹⁷ Die verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechte können eingeschränkt werden, sofern die Maßnahmen gesetzlich vorgesehen und verhältnismäßig sind, ein öffentliches Interesse besteht und diese den Kerngehalt der Freiheitsrechte nicht verletzen.³¹⁸ Würde man die soziale Nützlichkeit der Strafe ausblenden, wäre dies problematisch, da die Zweck-Mittel-Relation ein wesentliches Element zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Handlung darstellt.³¹⁹ Ein Strafrecht, das soziale Nützlichkeiten gänzlich außer Acht lassen würde, erschiene aus heutiger Sicht unhaltbar.³²⁰ Die Philosophie Kants enthält aber den wertvollen Gedanken, dass ausschließliche Nützlichkeit rasch geeignet ist, die Würde des Menschen zu verletzen, da sie sich nur allzu schnell als maßlos erweist. Nützlichkeitsabwägungen müssen daher auch in einem mo-

³¹⁵ NOVAK, S. 156.

³¹⁶ Vgl. DUUS-OTTERSTRÖM, S. 35 f.

³¹⁷ Vgl. Art. 7 BV.

³¹⁸ Vgl. Art. 36 BV; ferner auch MEIER, S. 20.

³¹⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 581.

³²⁰ Vgl. hierzu auch HASSEMER (2006a), S. 268.

dernen Strafrecht durch grundlegende Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und Gerechtigkeit gebündigt werden.

2.5 Das Talionsprinzip nach Kant

2.5.1 Gleiches mit Gleichem vergelten

Die Radikalität der kantischen Strafauffassung zeigt sich v.a. bei seinen Ausführungen zur konkreten Ausgestaltung der Strafe. Zu *Art und Maß* der gerechten Strafe bemerkt Kant:

»Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis), [...] kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle andere sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischenden Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten.«³²¹

Dem Täter soll nach dem Talionsprinzip *das Gleiche* angetan werden, was er selbst einem anderen zugefügt hat.³²²

»Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehst du ihn, so bestiehst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst.«³²³

So hart und befremdlich dies aus heutiger Optik auch erscheint, so besitzt das Talionsprinzip – und dies mag zunächst erstaunen – eine *strafbegrenzende* Funktion: Strafe soll nicht willkürlich (»hin und her schwankend«), sondern *voraussehbar* sein. Der Täter soll dasjenige erwarten, was er seinem Opfer angetan hat – nicht mehr und nicht weniger. Eine Strafe, die strikt auf den Täterfolg abzielt und aus heutiger Sicht mechanisch anmutet, stellt für Kant eine gerechtere Sanktion dar, weil sie – anders als eine von Wertungen und Emotionen abhängige, bloß wertmäßige Strafe – weniger beliebig ist und dadurch eher dem Gerechtigkeitsgedanken entspricht.³²⁴

³²¹ KANT (1977c), S. 453 f.

³²² BASTELBERGER, S. 61.

³²³ KANT (1977c), S. 454.

³²⁴ Vgl. NOVAK, S. 159 f.

2.5.2 Die Probleme seiner praktischen Anwendbarkeit

Wenn immer möglich, versucht Kant die Gleichheit auf den sichtbaren Taterfolg zu beziehen.³²⁵ Bei einigen Delikten bleibt aber selbst für ihn unklar, inwiefern ein solches Talionsprinzip sinnvoll umgesetzt werden könnte:

»[...] aber, wenn es gleich nicht nach dem Buchstaben möglich sein kann, so kann es doch der Wirkung nach, respektive auf die Empfindungsart der Vornehmeren, immer geltend bleiben.«³²⁶

Kant gesteht damit ein, dass das von ihm geforderte Talionsprinzip bald einmal an seine Grenzen stößt und nach einem Surrogat verlangt. Er nennt Taten, für die einerseits keine spiegelbildlichen Strafen (»gleich nach dem Buchstaben«) möglich sind oder bei denen er diese andererseits nicht für angemessen hält: Als Strafe für Notzucht fordert Kant bspw. die Kastration und für sexuelle Handlungen mit Tieren den Ausschluss aus der menschlichen Gemeinschaft. Die Notwendigkeit dieser Surrogate erblickt er darin, dass die spiegelbildliche Erwidern dieser Taten selbst ein »Verbrechen an der Menschheit« darstellen würde.³²⁷

Weitere Ausführungen Kants bzgl. der Frage, wie das Talionsprinzip in der Praxis anzuwenden sei, sind relativ spärlich.³²⁸ Ein Dieb, so fordert er, solle bspw. seines Eigentums beraubt werden und in einem Zuchthaus wie ein Sklave (ohne Eigentum) weiterleben.³²⁹ Wer die Ehre einer anderen Person durch Beleidigung verletzt hat, solle vergeltend in seinem Hochmut verletzt werden, indem er – und dies mutet fast schon kurios an – durch das Gesetz dazu genötigt werde, seinem Opfer öffentlich die Hand zu küssen.³³⁰

³²⁵ Vgl. zu dieser Frage auch MURPHY (1987), S. 530 ff., mit dem Hinweis, dass unter dem Strich unklar bleibt, wie Kant die talionsbasierte Strafe letztlich verstanden hat.

³²⁶ KANT (1977c), S. 454.

³²⁷ KANT (1977c), S. 477 f.

³²⁸ Vgl. NOVAK, S. 168.

³²⁹ Vgl. hierzu KANT (1977c), S. 455 f.: »Was heißt das aber: ›bestiehst du ihn, so bestiehst du dich selbst? Wer da stiehlt, macht aller anderer Eigentum unsicher; er beraubt sich also (nach dem Recht der Wiedervergeltung) der Sicherheit alles möglichen Eigentums; er hat nichts und kann auch nichts erwerben, will aber doch leben; welches nun nicht anders möglich ist, als dass ihn andere ernähren. Weil dieses aber der Staat nicht umsonst tun wird, so muss er diesem seine Kräfte zu ihm beliebigen Arbeiten (Karren- oder Zuchthausarbeit) überlassen [...]«; vgl. zu diesem Beispiel auch JAKOBS (2004), S. 16.

³³⁰ Vgl. KANT (1977c), S. 454; hierzu auch NOVAK, S. 158.

Die Anwendung der *Todesstrafe* hält Kant hingegen zwingend für notwendig bei Mord. Hier ist seiner Auffassung nach kein Ersatz möglich. Auch die härteste Strafe, die das Leben des Mörders bewahren würde, sei keine gerechte Vergeltung für diese Tat:

»Hat er aber gemordet, so muss er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit. Es ist keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode [...].«³³¹

Interessant ist nun die nachfolgende Einschränkung: Sollte die Todesstrafe allerdings dazu führen, dass hierdurch das Volk weitgehend dezimiert würde, weil sich zahlreiche Menschen gemeinsam eines todeswürdigen Verbrechens schuldig gemacht haben, will Kant von dieser dennoch absehen.³³² In dieser (zugegebenermaßen extremen) Situation überwiegen für ihn zweckorientierte Argumente und die an anderer Stelle mit großem Eifer verfochtene strenge Gerechtigkeitsauffassung tritt in den Hintergrund. Auch für Kant hat das Gebot der Gerechtigkeit nur dann Bedeutung, solange es vernunftbegabte Menschen gibt, die sich danach ausrichten können. Existiert kein Volk mehr, wird auch die Frage nach einem gerechten Zusammenleben obsolet.³³³

Die Auffassung Kants, dass im Strafwesen Gleiches wenn immer möglich mit Gleichem vergolten werden müsse, hat in der Literatur seit jeher zu Kontroversen geführt.

Bei seinem strikten Verständnis der Vergeltungsstrafe und des Talionsprinzips ist zunächst an die ausgeführte Problematik der Gleichheit zwischen Tat und Strafe zu erinnern, wonach zwischen diesen stets nur ein *gleichwertiger* Ausgleich denkbar ist.³³⁴ Ein »buchstabengetreues« Talionsprinzip, wie Kant es mit einzigartiger Vehemenz zu verteidigen versucht und die damit einhergehende krampfhaft Suchende nach Gleichheit sind aus diesen Überlegungen heraus abzulehnen. Kant kreiert an dieser Stelle Schwierigkeiten, die sich nach vorliegender Meinung nicht stellen. Insbesondere erscheint die Auffassung, dass auf einen Mord zwingend die Todesstrafe zu erfolgen hat, im Lichte dieser Erkenntnis nicht überzeugend: Strafrechtliche Vergeltung ist nicht

³³¹ KANT (1977c), S. 455.

³³² KANT (1977c), S. 456.

³³³ Vgl. JAKOBS (2004), S. 14.

³³⁴ Siehe hierzu die allgemeinen Ausführungen zum Talionsprinzip vorn, A/II./2.1.

als ein mechanischer Ausgleichsmechanismus zu verstehen, sondern eine Tat ist stets umfassend zu würdigen.

Was sein Verständnis der Wiedervergeltung betrifft, kann er indessen auch mit seinen eigenen Waffen geschlagen werden. Gerade aus retributivistischer Sicht und anhand seiner philosophischen Grundlagen lassen sich gute Argumente gegen die Todesstrafe und andere martialische Bestrafungsformen vorbringen: Wenn eine Strafe nämlich dazu führt, dass der Täter nicht mehr als moralischer Akteur auf diese reagieren kann, indem er getötet, gefoltert oder sonst in krasser Weise in seiner Willensbildung beeinträchtigt wird, erscheint diese als prinzipiell unzulässig. Der Straftäter muss – und dies ist gerade der zentrale Gedanke seiner Philosophie – vielmehr als verantwortungsvolles Gegenüber angesprochen werden, das die Fähigkeit besitzt, auf die Strafe in sinnvoller Weise zu reagieren und den damit verbundenen Tadel in Rechnung zu ziehen.³³⁵

Zur Abschwächung seiner strikten Vergeltungsvorstellung wird stellenweise angeführt, dass Kant seine Äußerungen auf einen hypothetischen Idealstaat bezogen habe und diese insofern mehr die allgemeine Pflicht zur Bestrafung betreffen. Es könne daraus nicht abgeleitet werden, dass in einem konkreten Fall nicht auch milder bestraft werden darf.³³⁶

Vorliegend wird indessen die Auffassung vertreten, dass die bzgl. der Vergeltungsstrafe gemachten Äußerungen, die an konkreten Beispielen illustriert werden, an Deutlichkeit kaum zu übertreffen sind und insofern relativierende Positionen nur schwer zu verteidigen sind. Die Tatsache, dass seine Theorie exemplarisch erläutert wird, lässt sich kaum mit dem Einwand in Einklang bringen, dass die Erörterungen eher abstrakter Natur seien.

Ferner sei bemerkt, dass die Ausführungen Kants zu den angemessenen und unangemessenen Surrogaten des Talionsprinzips doch eine recht dürftige Argumentation zu sein scheint: Weshalb bspw. die Exekution eines Menschen tugendhafter sein soll, als ihn in seiner sexuellen Integrität zu verletzen, ist nicht unmittelbar einleuchtend. Soll das

³³⁵ Vgl. hierzu VON HIRSCH (2010), S. 375; siehe ferner zu dieser Frage auch bei der neo-retributiven Strömung der »moralischen Verantwortlichkeit« hinten, B/II./5.

³³⁶ Vgl. NOVAK, S. 166.

Rechtsgut der sexuellen Integrität auf einer niedrigeren Stufe als das menschliche Leben stehen, so wäre, wie mir scheint, gerade der gegenteilige Schluss angebracht. Welche strafrechtlichen Sanktionen »per se« ein »Verbrechen gegen die Menschheit« darstellen (als moralisch verwerflich anzusehen sind) und somit außer Betracht fallen, ist daher stets einer Frage der Anschauung und Wertung.

Zusammenfassend ergibt sich, dass – obwohl Kant in seltenen Ausnahmefällen von seinem strengen Verständnis der vergeltenden Strafe abweicht – er doch den Retributivismus mit einzigartiger Vehemenz verteidigt.

2.6 Das Inselbeispiel im Besonderen

Dass sich Kant kaum von seinem strengen Gleichheitsverständnis abbringen lässt, verdeutlicht auch sein berühmtes *Inselbeispiel*. Obwohl sich in diesem die Gesellschaft aufzulösen gedenkt, beharrt Kant dennoch auf dem Vollzug der Strafe zur Wiederherstellung von Gleichheit und Gerechtigkeit:

»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 gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.«³³⁷

Das Inselbeispiel zeigt auf anschauliche Weise, dass Kant wenn immer möglich der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhelfen möchte und stellt das wohl radikalste Beispiel für eine absolute Strafauffassung dar. Selbst wenn die Gesellschaft aus der Bestrafung überhaupt keinen praktischen Nutzen mehr ziehen könnte – und weder Besserung, noch Sicherung und Abschreckung mehr eine Rolle spielen – fordert Kant ihre Vollstreckung als Akt der Gerechtigkeit.

Die Notwendigkeit der Bestrafung ergibt sich aus der allgemeinen Forderung der Vergeltungsstrafe nach Gleichheit: Es wäre in Bezug auf

³³⁷ KANT (1977c), S. 455.

die Gleichheit unter den Bürgern höchst problematisch, wenn der letzte Mörder nicht hingerichtet würde, obwohl andere vor ihm für dieselbe Tat mit dem Leben bezahlen mussten.³³⁸ Das Inselbeispiel wird folglich dahin gehend verstanden, dass die Gesellschaft sich zwar auflöst, die Menschen aber anderswo weiter zu leben gedenken und aus diesem Grunde die Gebote der Gerechtigkeit umsetzen müssen, damit auf ihnen keine »Blutschuld« lastet.³³⁹

Die Möglichkeit des Strafverzichts wird von Kant aufgrund seiner strikten Vorstellung von Gleichheit und Gerechtigkeit grundsätzlich abgelehnt. Er bemerkt hierzu in aller Schärfe:

»Das *Begnadigungsrecht* (ius aggratiandi) [...] ist wohl unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen, und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu tun.«³⁴⁰

Eine Begnadigung wird von Kant nur in einer speziellen Ausnahmesituation als gerechtfertigt erachtet: Es muss sich einerseits um ein Verbrechen eines Bürgers gegen die Obrigkeit handeln (nicht eines zwischen Bürgern) und andererseits dürfen der Gesellschaft aus dem Bestrafungsverzicht keine Nachteile erwachsen.³⁴¹

3. Die vergeltende Strafe nach Hegel

Für die Vergeltungsstrafe nach G. W. F. Hegel wird nachfolgend auf sein Spätwerk »Grundlinien der Philosophie des Rechts« abgestellt. Auf sein weiteres Schrifttum soll nur Bezug genommen werden, sofern dies für das Verständnis seiner Strafauffassung notwendig erscheint.³⁴² Hegels Vergeltungsstrafe weist in ihren Grundlagen Gemeinsamkeiten mit der kantischen Vergeltungslehre auf, geht bei ihrer näheren Ausgestaltung indessen eigene Wege.³⁴³

³³⁸ Vgl. hierzu VON HIRSCH (1992), S. 61.

³³⁹ Vgl. zu dieser Interpretation auch NOVAK, S. 162; HRUSCHKA, S. 502.

³⁴⁰ KANT (1977c), S. 459 f.

³⁴¹ Vgl. KANT (1977c), S. 459 f.; NOVAK, S. 167.

³⁴² Vgl. zu seinen Jugendschriften auch NOVAK, S. 197 ff.

³⁴³ Vgl. NOVAK, S. 193; FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 144; NOLL, S. 5.

3.1 Der freie Wille

Auch nach dem hegelschen Verständnis bildet die *Willensfreiheit* den zentralen Ausgangspunkt der Strafphilosophie.³⁴⁴ Es handelt sich um einen vernunftbegabten Willen, der den Menschen gestattet, ihre primitiven Triebe und Begierden zu überwinden.³⁴⁵

»Der Boden des Rechts ist überhaupt das *Geistige* und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der *Wille*, welcher *frei* ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht und das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit [...] ist.«³⁴⁶

Der freie Wille wird in seiner Philosophie als Fiktion vorausgesetzt und entzieht sich damit einer empirischen Überprüfung:

»Bequemer ist es aber, sich kurzweg daran zu halten, dass die Freiheit als eine *Tatsache des Bewusstseins gegeben sei* und an sie *geglaubt* werden müsse.«³⁴⁷

Der Grund dafür erblickt Hegel in der (wohl einzigartigen) Fähigkeit des Menschen zum Selbstbewusstsein. Jedes Wesen, das über das sinnliche Erleben hinaus über die Fähigkeit verfügt, »aus sich heraus zu treten« und seine eigene Persönlichkeit zu betrachten, verfügt nach seiner Auffassung über einen freien Willen.³⁴⁸

»Die Persönlichkeit fängt erst da an, insofern das Subjekt nicht bloß ein Selbstbewusstsein überhaupt von sich hat als konkretem, auf irgendeine Weise bestimmtem, sondern vielmehr ein Selbstbewusstsein von sich als vollkommen abstraktem Ich [...]«³⁴⁹

Die Willensfreiheit ist auch Voraussetzung für jeden strafrechtlichen Vorwurf. Ein Täter, der nicht in der Lage war, vernunftgemäß zu handeln, erscheint nach Hegel nicht geeignet, einen Normbruch zu begehen und die Rechtsordnung infrage zu stellen.³⁵⁰ Erst sein freier Wille macht ihn zu einer Rechtspersönlichkeit mit allen daran anknüpfenden Konsequenzen.³⁵¹

³⁴⁴ Vgl. KAISER, S. 96; NOVAK, S. 193; JAKOBS (2004), S. 24; FRISCHKNECHT, S. 116.

³⁴⁵ Vgl. NOVAK, S. 195.

³⁴⁶ HEGEL (1979b), § 4 S. 46.

³⁴⁷ HEGEL (1979b), § 4 S. 48.

³⁴⁸ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 112.

³⁴⁹ HEGEL (1979b), § 35 S. 93.

³⁵⁰ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 117.

³⁵¹ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 111; aus diesem Grunde wird angenommen, dass für Hegel nur vorsätzlich verübte Delikte im Rahmen seiner personalen Zurechnungslehre von

3.2 Das Recht als Ausdruck der gegenseitigen Anerkennung

Die wechselseitige Akzeptanz stellt ein weiteres zentrales Moment in seiner Strafphilosophie dar.³⁵² Das Recht ist nach Hegel Ausdruck der gegenseitigen Anerkennung. Es garantiert die Freiheit des Einzelnen und die Wahrung seiner Würde.³⁵³

Dahinter stehen folgende Überlegungen: Begegnen sich zwei Individuen, die im Naturzustand (vor jeglicher Vergesellschaftung) isoliert waren, entsteht für beide die Gefahr, dass ihre eigene Souveränität durch die Existenz des anderen potenziell bedroht wird. Ab diesem Zeitpunkt besteht die Problematik, dass der eigene Wille durch das Gegenüber eingeschränkt werden kann; die Willen der beiden Individuen können nämlich divergieren.³⁵⁴ Die Subjekte stehen sich nun in einem »Prestigekampf« gegenüber und müssen sich ab diesem Zeitpunkt gegenseitig behaupten.³⁵⁵ Es bestehen nun folgende Möglichkeiten: Das eine Subjekt könnte das andere entweder versklaven oder gar töten. Beide Möglichkeiten erweisen sich als unattraktiv, da die Versklavung des Gegenübers – aufgrund ihres Zwangscharakters und der Tatsache, dass der andere dadurch zu einer bloßen Sache degradiert wird – zu keiner wirklichen Anerkennung der eigenen Persönlichkeit führen würde. Eine solche kann bloß auf freiwilliger Basis geschehen und ist nicht erzwingbar; ein beherrschtes Objekt kann diese Anerkennung nicht ausdrücken. Die Tötung des Gegenübers würde eine Anerkennung gar gänzlich verunmöglichen, denn dann wäre das Subjekt wieder vollkommen allein.³⁵⁶ Der Ausweg aus diesem Dilemma besteht nun darin, dass sich die Individuen gegenseitig *anerkennen*. Erst dadurch kann sich ein Mensch überhaupt seiner selbst bewusst werden:

»Das Selbstbewusstsein ist *an* und *für sich*, indem und dadurch, dass es für ein Anderes an und für sich ist; d. h. es ist nur als ein Anerkanntes.«³⁵⁷

Relevanz sind. Vgl. hierzu SEELMANN (2001), S. 859.

³⁵² Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 146; SEELMANN (1995), S. 42.

³⁵³ Vgl. SEELMANN (1995), S. 14; FRISCHKNECHT, S. 111 f.

³⁵⁴ Vgl. NOVAK, S. 202.

³⁵⁵ NOVAK, S. 204; vgl. ferner SEELMANN (1995), S. 15.

³⁵⁶ Vgl. SEELMANN (1995), S. 16 f., der anmerkt, dass es sich beim hegelschen Kampf um Anerkennung wohl um eine Anlehnung an Hobbes handelt; ferner auch NOVAK, S. 203 f.

³⁵⁷ HEGEL (1979a), S. 145.

Durch die wechselseitige Anerkennung werden die Subjekte erst zu eigenständigen Persönlichkeiten. Das andere Bewusstsein gleicht dabei einem Spiegel, der seinem Gegenüber die eigene Existenz bewusst macht:

»[...] das einseitige Tun wäre unnütz; weil, was geschehen soll, nur durch beide zustande kommen kann.«³⁵⁸

3.3 Die Straftat als Negation des Rechts

Das Recht ist nach dem Gesagten Ausdruck der gegenseitigen Anerkennung. Durch das Verbrechen wird nun diese Anerkennungsbeziehung in mehrfacher Hinsicht gestört: Der Täter verletzt durch seine Tat zunächst sein Opfer. Er anerkennt es nicht als gleichgestelltes Individuum, verletzt es als Rechtspersönlichkeit und degradiert es zu einem Objekt seines Willens.³⁵⁹

Die Verletzung hat aber noch weiterreichende Konsequenzen: Indem der Täter das Opfer verletzt, verübt er zugleich einen Angriff auf die Allgemeinheit. Er negiert durch seine Tat das Recht und damit auch die wechselseitige Anerkennungsbeziehung.³⁶⁰

Die Negation des Rechts ist im Lichte der allgemeinen hegelschen Dialektik zu sehen. Für Hegel ist diese das »logische Prinzip«, das dem menschlichen Denken zugrunde liegt.³⁶¹ Es handelt sich dabei um eine Methode der Erkenntnis und Entwicklung.³⁶² Diese gleicht einem Diskurs: Einer These wird eine Gegenthese (Antithese) gegenübergestellt. Indem These und Antithese miteinander verschmelzen (aufgehoben werden, sich vereinigen), gelangt man schließlich zu einer höheren Ebene, der Synthese.³⁶³

»Als besonderer *für sich* vom allgemeinen *verschieden*, tritt er in Willkür und Zufälligkeit der Einsicht und des Wollens gegen das auf, was *an sich* Recht ist, – das *Unrecht*.«³⁶⁴

³⁵⁸ HEGEL (1979a), S. 147.

³⁵⁹ Vgl. SEELMANN (1995), S. 67.

³⁶⁰ Vgl. SEELMANN (1995), S. 19.

³⁶¹ NOVAK, S. 196.

³⁶² Vgl. COING, S. 46.

³⁶³ Vgl. NOVAK, S. 196; COING, S. 45 f.; ferner zur Dialektik ausführlich PETERSEN; WOLFF; WEGERHOFF.

³⁶⁴ HEGEL (1979b), § 81 S. 169.

Auf die Strafe bezogen bedeutet dies: Das Unrecht stellt die *Antithese* zum Recht dar, das im Sinne der hegelischen Dialektik die These bildet.³⁶⁵ Der Straftäter negiert durch seine Straftat den allgemeinen Willen, der im Gesetz Ausdruck findet. Diesem steht nun der *besondere Wille* des Straftäters gegenüber. Bei einem Delikt handelt es sich demgemäß um einen »Anspruch auf Allgemeinheit gegen das bereits als allgemein Etablierte.«³⁶⁶ Der Täter kreiert quasi einen »alternativen Weltentwurf«, dem durch die Strafe widersprochen werden muss.³⁶⁷ Anders gewendet: Wer bspw. fremdes Eigentum zerstört, drückt damit aus, dass er dies tun darf und dem Recht, das dieses schützt, keinerlei Bedeutung beimisst. Gleichzeitig stellt diese Rechtsverletzung auch einer Verletzung der wechselseitigen Anerkennungsbeziehung dar, die im Recht symbolisiert wird und dadurch Verbindlichkeit erlangt.³⁶⁸ Der Straftäter statuiert durch seine Tat ein Exempel für die Gesellschaft und erschüttert das allgemeine Rechtsbewusstsein. Darin liegt für Hegel die Gefahr des Verbrechens.³⁶⁹

»Die geschehene Verletzung des Rechts als Recht ist zwar eine *positive*, äußerliche *Existenz*, die aber *in sich* nichtig ist. Die *Manifestation* dieser ihrer Nichtigkeit ist die ebenso in die Existenz tretende Vernichtung jener Verletzung – die Wirklichkeit des Rechts, als seine sich mit sich durch Aufhebung seiner Verletzung vermittelnde Notwendigkeit.«³⁷⁰

Mit der »äußeren Existenz« meint Hegel, dass die Negation (das Verbrechen) Gestalt annehmen muss. In der Straftat und ebenso in der Person des Täters selbst erlangt der besondere Wille seine äußere Existenz.³⁷¹

»Nichtigkeit« bedeutet hier etwa »Widersprüchlichkeit«. Der Widerspruch ist darin zu sehen, dass der Täter durch die Verletzung des Opfers gleichzeitig auch sich selbst verletzt.³⁷² Da nach dem hegelischen Verständnis alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und die

³⁶⁵ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 144.

³⁶⁶ KAISER, S. 118.

³⁶⁷ FRISCHKNECHT, S. 117.

³⁶⁸ Vgl. NOVAK, S. 207.

³⁶⁹ Vgl. SEELMANN (1995), S. 26.

³⁷⁰ HEGEL (1979b), § 97 S. 185.

³⁷¹ KAISER, S. 119.

³⁷² Vgl. hierzu SEELMANN (1995), S. 20 f., der darauf hinweist, dass es sich hierbei um einen kontroversen Begriff handle. So sei er bspw. auch verstanden worden, als »unmöglich« oder »in sich widersprüchlich«; vgl. ferner JAKOBS (2004), S. 25, der diesen Begriff im Sinne von »nicht dauerhaft anschlussfähig« versteht.

Anerkennung eine gegenseitige ist, entzieht der Täter durch sein Verbrechen auch sich selbst die Anerkennung.³⁷³

3.4 Die Strafe als Negation der Negation

Dem besonderen Willen des Täters, der das Recht nicht anerkennt, ist durch die Strafe zu widersprechen. Die besagte Antithese, die das Recht infrage stellt, muss aufgehoben werden, weil das Unrecht ansonsten Geltung beanspruchen würde. Dies ist für Hegel eine Notwendigkeit, da neben dem Recht kein anderer Wille (kein anderes Recht) Platz haben soll. Der Absolutheitsanspruch des Rechts ist Ausdruck seiner Geltungskraft, ohne die es wertlos wäre.³⁷⁴

»Die Verletzung dieses als eines daseienden Willens also ist das Aufheben des Verbrechens, *das sonst gelten würde*, und ist die Wiederherstellung des Rechts.«³⁷⁵

Die Aufhebung des Unrechts und die Wiederherstellung des Rechts werden durch die vergeltende Strafe bewirkt.³⁷⁶ Strafe ist eine vergeltende Sanktion, die im begangenen Unrecht gründet: »[...] dass es Strafe *verdient* und *dem Verbrecher geschehen solle, wie er getan hat*.«³⁷⁷

Stellenweise postuliert Hegel den Vergeltungsgedanken auch ausdrücklich:

»Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Wiedervergeltung*, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Dasein nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation als Dasein einen eben solchen hat.«³⁷⁸

Damit bleibt aber noch unklar, inwiefern die Bestrafung geeignet sein soll, das Recht wiederherzustellen; dieser Mechanismus erscheint nicht unmittelbar plausibel. Die Wiederherstellung geschieht in concreto dadurch, dass der Täter durch die Vergeltungsstrafe (insbesondere aus der Perspektive des Opfers) wieder auf das gewöhnliche Maß herab-

³⁷³ Vgl. hierzu auch den ähnlichen Gedanken bei KANT (1977a), S. 333: »Wer da stiehlt, macht aller anderen Eigentum unsicher, und beraubt sich also [...] der Sicherheit alles möglichen Eigentums.«; ferner SEELMANN (1995), S. 21.

³⁷⁴ Vgl. SEELMANN (1995), S. 24; NOVAK, S. 214.

³⁷⁵ HEGEL (1979b), § 81 S. 169.

³⁷⁶ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 145; KLESCZEWSKI, S. 233.

³⁷⁷ HEGEL (1979b), § 101 S. 193.

³⁷⁸ HEGEL (1979b), § 101 S. 192.

gestuft wird. Die Anerkennungsbeziehung, die dadurch gestört wurde, dass sich der Täter unrechtmäßig gegenüber dem Opfer überhöht hat, soll durch die ausgleichende Wirkung der Strafe restituiert werden.³⁷⁹ Die Gleichheit unter den Individuen, welche die gegenseitige Anerkennung voraussetzt, muss wiederhergestellt werden, wodurch auch das abstrakte Recht seine Anerkennung zurückerhält. Die Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses ist nach Hegel die *erste Rechtfertigung der Strafe*.³⁸⁰

Kaum Schwierigkeiten bereitet der Gedanke, dass die Gesellschaft ein Interesse an der Wiederherstellung der Rechtsordnung besitzt. Man könnte allerdings anzweifeln, ob eine einzelne Straftat überhaupt geeignet ist, die Geltung der gesamten Rechtsordnung infrage zu stellen.³⁸¹ Das Recht existiert gerade deshalb, da es Individuen gibt, die geneigt sind, sich abweichend zu verhalten. In diesem Sinne stellen Regelverletzungen eine völlige Normalität dar und es erscheint fraglich, ob diese Handlungen die Gesellschaft in ihren Grundfesten zu erschüttern vermögen.

Der Sinn der Strafe erschöpft sich nach dem Gesagten nicht in der simplen Verneinung des Unrechts. Läge ihr Zweck lediglich in einer solchen gegenseitigen Negation, so könnte sie wahrlich als sinnlos betrachtet werden.³⁸² Diesen Gedanken verfolgt auch Hegel, indem er weiter ausführt:

»[...] kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, *weil schon ein anderes Übel vorhanden ist.*«³⁸³

Die Strafe besitzt nach Hegel einen *reintegrativen Charakter*.³⁸⁴ Indem sie die gegenseitige Anerkennung zwischen den Individuen wiederherstellt, wird der Täter wieder in die Gesellschaft integriert.³⁸⁵

Die Strafe ist auch deshalb nicht bloße Negation, da sie ein »affirmatives Element« aufweist.³⁸⁶ Strafe dient dazu – und dies ist eine Ge-

³⁷⁹ Vgl. SEELMANN (1995), S. 24; FARNHAM, S. 605; zur Bedeutung der vergeltenden Strafe aus Opfersicht auch ausführlich FLETCHER, insb. S. 80 ff.

³⁸⁰ Vgl. SEELMANN (1995), S. 66.

³⁸¹ Vgl. SEELMANN (1995), S. 73.

³⁸² Vgl. KLESCZEWSKI, S. 235.

³⁸³ HEGEL (1979b), § 99 S. 187.

³⁸⁴ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 113.

³⁸⁵ Vgl. SEELMANN (1995), S. 42.

³⁸⁶ KLESCZEWSKI, S. 236.

meinsamkeit mit der kantischen Straflehre – die Würde und Persönlichkeit des Täters zu respektieren.³⁸⁷ Der Täter wird als Person ernst genommen. Dieser Gedanke ist im Strafverständnis der klassischen Retributivisten von zentraler Bedeutung. Die Straftat hat nicht bloß nützlich zu sein, sondern Hegel ist vielmehr bemüht – wie alle Vertreter des Vergeltungsgedankens – sie gegenüber dem Straftäter selber einsichtig zu machen.³⁸⁸

Dies scheinen wohl wertvolle Gedanken zu sein: Wir sind nicht bloße Debatteure über Wahrheit und Gerechtigkeit, sondern v.a. Akteure innerhalb einer Gemeinschaft mit gegenseitiger Anerkennung, in der das Handeln gemeinsamen Regeln unterworfen ist.³⁸⁹ Das Recht ist nach Hegel ein Produkt von komplexen gesellschaftlichen Beziehungsmustern. Hinter ihm verbirgt sich der tiefe Gedanke des Gemeinschaftlichen, des Vernünftigen und der Versöhnung. Es geht Hegel nicht um die Verwirklichung von abstrakten Gerechtigkeitsidealen, sondern das Fundament seines Vergeltungsgedankens bildet die menschliche *Gemeinschaft*, zu deren Erhaltung die Strafe letztlich beitragen soll.

Hegel distanziert sich klar von der Abschreckungstheorie Feuerbachs und erteilt einer reinen Nützlichkeitsauffassung eine deutliche Absage:

»Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt.«³⁹⁰

Der Täter muss, da er als vernunftbegabte Person angesehen wird, vielmehr nach seiner eigenen Tat behandelt werden. Es soll bei der Bestrafung sein eigener Wille (sein eigenes Gesetz) maßgebend sein. Seine Würde wird dadurch geschützt, dass kein fremdes Gesetz an ihm zur Anwendung gelangt.³⁹¹ Dieses »Gesetzesargument« kann als die *zweite* Rechtfertigung der hegelschen Vergeltungsstrafe angesehen werden.³⁹²

»Denn in seiner, als eines *Vernünftigen* Handlung liegt, dass sie etwas Allgemeines, dass durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in

³⁸⁷ Vgl. NOLL, S. 5.

³⁸⁸ Vgl. SEELMANN (1995), S. 9; ähnlich NOVAK, S. 224.

³⁸⁹ Vgl. FARNHAM, S. 610.

³⁹⁰ HEGEL (1979b), § 99, Zusatz, S. 190.

³⁹¹ Vgl. NOVAK, S. 215.

³⁹² Vgl. SEELMANN (1995), S. 64.

ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter *sein* Recht subsumiert werden darf.«³⁹³

Die Vorstellung, dass Täter ihr eigenes Gesetz aufstellen, das als Maßstab für ihre Bestrafung dienen soll, erscheint fraglich. Wohl ist es richtig, dass sich ein Täter über das Recht hinwegsetzt und es dadurch negiert. Es ist indessen nicht einsichtig, weshalb ein Täter, der zwar sehr wohl ein bestimmtes Delikt begehen will, damit gleichzeitig auch in seine Bestrafung einwilligen soll. Dabei erscheint insbesondere problematisch, dass durch diese Betrachtungsweise eine unvernünftige Handlung zu einem Kriterium der vernunftgemäßen Bestrafung würde.³⁹⁴

Mit diesen Ausführungen zur Vergeltungsstrafe ist ferner noch nicht gesagt, wie nun anhand dieser allgemeinen »Unrechtsmaxime« eine konkrete Strafe bestimmt werden kann.³⁹⁵ Hegel ist sich der Tatsache bewusst, dass sich aus seiner Begründung der Strafe kein eindeutiges Strafmaß herleiten lässt, denn im abstrakten Recht erscheint das Verbrechen als bloße Regelverletzung.³⁹⁶ Dies sei aber auch nicht Zweck der Philosophie:

»Die unendlich mannigfaltigen Verhältnisse aber [...] und seine Regulierung ist nicht Gegenstand der Philosophie. Sie mischte sich damit in Dinge, die sie nicht angehen; guten Rat darüber zu erteilen, kann sie sich ersparen [...]«³⁹⁷

Wie alle retributiven Strafen hat auch die hegelsche Vergeltungsstrafe proportional zum begangenen Unrecht zu erfolgen. Hierbei ist nun ein Unterschied zur kantischen Vergeltungsstrafe ersichtlich: Die Vergeltungsstrafe nach Hegel bezieht sich auf die »innere Gleichheit« der Tat.³⁹⁸ Bei Kant wird hingegen, wie bereits gesehen, wenn immer möglich auf den Taterfolg abgestellt.

Hegel ist sich auch bewusst, dass die Bestimmung der Strafe stets nur wertmäßig erfolgen kann:

³⁹³ HEGEL (1979b), § 100 S. 190.

³⁹⁴ Vgl. SEELMANN (1995), S. 69.

³⁹⁵ KLESZCZEWSKI, S. 235.

³⁹⁶ Vgl. JAKOBS (2004), S. 27; HEGEL (1979b), § 101 S. 193.

³⁹⁷ HEGEL (1979b), Vorrede, S. 25.

³⁹⁸ Vgl. VORMBAUM, S. 66 f.; FRISCHKNECHT, S. 114.

»Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die *Gleichheit* in der spezifischen, sondern in der *an sich* seienden Beschaffenheit der Verletzung – nach dem *Werte* derselben.«³⁹⁹

Richtigerweise postuliert er daher eine dem Unrecht entsprechende (äquivalente) Strafe.⁴⁰⁰ Ihre konkrete Bestimmung sei dabei abhängig von der jeweiligen gesellschaftlichen Anschauung.⁴⁰¹ Hegel nennt als Beispiel hierfür die »Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit«.⁴⁰²

Was zunächst vielleicht enttäuschend klingen mag, ist im Grunde genommen eine Selbstverständlichkeit: Es liegt gerade im Wesen einer generell-abstrakten Norm, dass sie nicht jeden Einzelfall zum Voraus bestimmen kann. Die konkrete Strafe, die Kritiker des Vergeltungsgedankens gelegentlich vermissen, ist stets im Rahmen einer individuellen Wertung zu bestimmen und kann nicht aus einer abstrakten Moralphilosophie hergeleitet werden. Diese bildet vielmehr die Grundlage für die nähere Ausgestaltung des Strafrechts. Das Verbrechen muss nach Hegel in seiner Gesamtheit berücksichtigt werden. Erst seine umfassende Würdigung und die Berücksichtigung aller relevanten Faktoren zeigen den Unwert einer Tat.⁴⁰³

»[...] und die Gleichheit bleibt nur die Grundregel für das *Wesentliche*, was der Verbrecher verdient hat [...] Es ist dann, wie bemerkt, die Sache des Verstandes, die Annäherung an die Gleichheit dieses ihres Wertes zu suchen.«⁴⁰⁴

Wie bereits Kant macht auch Hegel indessen eine Ausnahme vom *gleichwertigen* Ausgleich bei Mord. Hier existiert für ihn nur *eine* mögliche Strafe, die dem Täter gerecht wird, nämlich die Todesstrafe. Bei Tötungsdelikten soll die Vergeltungsstrafe nicht mehr wertmäßig sein, da für das menschliche Leben kein angemessenes Surrogat existiere. Es sei in diesem Fall zwingend die Todesstrafe zu verhängen:

»Wenn nun bei der Vergeltung nicht auf spezifische Gleichheit gegangen werden kann, so ist dies doch anders beim Morde, worauf notwendig die Todesstrafe steht. Denn da das Leben der ganze Umfang des Daseins ist, so kann die Strafe nicht in einem Werte, den es

³⁹⁹ HEGEL (1979b), § 101 S. 192.

⁴⁰⁰ Vgl. KAISER, S. 129.

⁴⁰¹ Vgl. hierzu auch FRISCHKNECHT, S. 114.

⁴⁰² HEGEL (1979b), § 96 S. 184.

⁴⁰³ Vgl. NOVAK, S. 215 f.

⁴⁰⁴ HEGEL (1979b), § 101 S. 194.

dafür nicht gibt, sondern wiederum nur in der Entziehung des Lebens bestehen.«⁴⁰⁵

Zur Frage der Notwendigkeit der Todesstrafe aus retributiver Sicht kann auf das bereits Gesagte bei Kant verwiesen werden.⁴⁰⁶

Zusammenfassend ergibt sich, dass der hegelschen Strafe ein ausgereiftes philosophisches Fundament zugrunde liegt und sie bereits aus diesem Gesichtspunkt einer simplen Nützlichkeitslehre vorzuziehen ist. Das Besondere an seiner Straftheorie ist weniger das Ergebnis, sondern vielmehr die Art und Weise seiner Begründung.⁴⁰⁷ Damit rückt gleichzeitig die Frage in den Hintergrund, ob bei dieser Strafauffassung nicht doch auch präventive Strafzwecke, wie die Generalprävention, eine Rolle spielen.⁴⁰⁸

II. Neo-retributive Strömungen

Die Strafauffassungen der großen klassischen Denker haben einen nachhaltigen Einfluss auf die neuere Strafphilosophie ausgeübt. Besonders die Grundlagen von Kant und Hegel wurden vielfältig weiterentwickelt, abgeändert und für das moderne Strafrecht fruchtbar gemacht.⁴⁰⁹ Im anglo-amerikanischen Raum werden auch heute noch die Gedanken der klassischen Philosophen zur Strafe als wertvoll erachtet und im rechtsphilosophischen Kontext thematisiert.

Im Gegensatz dazu genießt der Vergeltungsgedanke im kontinental-europäischen Rechtsraum eine geringe Popularität.⁴¹⁰ Vergeltungslehren werden hierzulande nicht selten als »vorgestrig« betrachtet und

⁴⁰⁵ HEGEL (1979b), § 101, Zusatz, S. 196.

⁴⁰⁶ Siehe zu dieser Frage vorn, B/II./2.5.1.

⁴⁰⁷ Vgl. SEELMANN (1995), S. 29.

⁴⁰⁸ Die Frage nach der Zweckgebundenheit der hegelschen Straffidee wird kontrovers diskutiert. KLESCZEWSKI, S. 234, vertritt die Auffassung, dass Hegel präventive Strafzwecke zur Legitimation gänzlich ablehne. SEELMANN (1995), S. 28 f., zweifelt hingegen an der Zweckfreiheit seines Strafgedankens. Insb. die Behebung der »Interaktionsstörungen« relativiert seiner Auffassung nach den absoluten Charakter der Strafe. Er tut sich aber gleichwohl mit der Annahme einer Vereinigungstheorie schwer.

⁴⁰⁹ Vgl. NOVAK, S. 173 ff.

⁴¹⁰ Vgl. WALTER, S. 636; MAIHOLD, S. 100; ferner auch PERALTA, S. 506, mit dem Hinweis, dass die Kriminalstrafe heute vielfach ausschließlich mit präventiven Überlegungen legitimiert wird.

die Legitimation staatlicher Strafe wird weitgehend – wenn nicht sogar ausschließlich – im Präventionsgedanken behauptet.⁴¹¹ Allenfalls wird der Vergeltungsidee noch im Rahmen von Vereinigungstheorien eine gewisse Bedeutung beigemessen.⁴¹² Retributive Theorien werden jedoch insgesamt als »problematisch« angesehen.⁴¹³ Nachfolgend sollen die wichtigsten Arten der modernen Vergeltungskonzeptionen skizziert werden.⁴¹⁴

1. Entwicklung neo-retributiver Ansätze

Als einer der folgenreichsten Beiträge zum nicht-klassischen Retributivismus wird der von J. D. Mabbott im Jahre 1939 publizierte Aufsatz »Punishment« betrachtet. Er kann als Beginn der Geschichte des modernen Retributivismus angesehen werden.⁴¹⁵

1.1 Kritik am Präventionismus

Mabbott kritisiert in dieser Schrift vehement utilitaristische Strafideen, die zu jener Zeit in den USA aufblühten und das Strafrecht beeinflussten.⁴¹⁶ Nennenswert erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere das Grundsatzbekenntnis des U.S. Supreme Courts zum strafrechtlichen Präventionsgedanken aus dem Jahre 1884:

»The great end of punishment is not the expiation or atonement of the offence committed, but the prevention of future offences of the same kind.«⁴¹⁷

Der Rehabilitierungsoptimismus, der sich in den darauf folgenden Jahrzehnten entwickelte, wurde zunehmend größer und es herrschte der weitverbreitete Glaube, dass jedermann wieder auf den rechten Pfad

⁴¹¹ Vgl. hierzu STRATENWERTH (1977), S. 10, der in diesem Zusammenhang den Abschied von Kant und Hegel beschreibt; ferner auch RIKLIN (2007), § 5 N 28; VON HIRSCH (2005), S. 57.

⁴¹² Vgl. hierzu beispielhaft FREUND, § 1 N 10; HASSEMER (2006a), S. 268; STRATENWERTH (1995), S. 8; STRENG (1987), S. 173.

⁴¹³ Vgl. anstelle vieler STRATENWERTH (2011), § 2 N 8.

⁴¹⁴ Vgl. zur Kategorisierung der neo-retributiven Strömungen auch KAISER, S. 140 ff.; NOVAK, S. 179.

⁴¹⁵ Vgl. KAISER, S. 140; WOLF (1992a), S. 59.

⁴¹⁶ Vgl. hierzu NOVAK, S. 176.

⁴¹⁷ U.S. Supreme Court, *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574, (1884), S. 579.

geführt werden kann. Der grundsätzlich fortschrittliche Resozialisierungsgedanke entartete in ein paternalistisches Strafsystem, bei dem unbestimmte Freiheitsstrafen (indeterminate sentences) zur Regel wurden, mit der Möglichkeit der Begnadigung des Straftäters durch Bewährungskommissionen (parole boards). Exorbitante Strafrahmen sollten dem Richter die Möglichkeit geben, die Strafe an die jeweiligen präventiven Bedürfnisse anzupassen. Das Verhältnis zum verübten Delikt wurde hierdurch immer mehr außer Acht gelassen.⁴¹⁸

Mabbotts Arbeit hat maßgeblich zu einem Umdenken in der Kriminalpolitik beigetragen und führte dazu, dass Mitte der 70er Jahre der Präventionismus in den USA – nicht zuletzt durch eine Weiterentwicklung seiner Ansichten durch John Rawls und H. L. A. Hart – zunehmend von retributivistischem Gedankengut zurückgedrängt wurde.⁴¹⁹ Retributive Straftheorien wurden – und dies mag auf den ersten Blick vielleicht erstaunen – insbesondere von *liberaler Seite* her vertreten, während hingegen konservative Kräfte stärker der Idee des Sozialschutzes und dem damit verbundenen Präventionsgedanken (insb. Abschreckung und Sicherung) verhaftet waren.⁴²⁰ Bei näherer Betrachtung erscheint es aber leicht nachvollziehbar, dass gerade die Vorstellung eines schlanken Strafrechts, das sich schlicht als eine tat- und schulproportionale Antwort auf ein verübtes Delikt versteht, aus liberaler Sicht besonders attraktiv erscheint. Sozialkontrolle und Prävention tendieren viel eher dazu, die klassischen staatlichen Kompetenzen zu überschreiten und das Strafrecht auszudehnen.

Liberaler Stimmen wiesen zudem mahnend darauf hin, dass unbestimmte Freiheitsstrafen nicht nur das Verhältnis zum verübten Delikt vernachlässigen, sondern regelmäßig auch die Proportionalität zwischen unterschiedlichen Verbrechen (sog. ordinale Proportionali-

⁴¹⁸ Vgl. KAISER, S. 136 f.

⁴¹⁹ Vgl. KAISER, S. 144; HAIST, S. 800 f., der als Grund hierfür unter anderem die Tatsache nennt, dass sich der Retributivismus zu dieser Zeit stark weiterentwickelt hatte (Haist spricht gar von einem »facelifting«). Sein philosophisches Fundament wurde durch zahlreiche Autoren massiv verstärkt und der Vergeltungsgedanke konnte – gerade durch sein Verständnis als »just desert« – das Bild der archaischen »Auge um Auge-Bestrafung« loswerden.

⁴²⁰ Vgl. KÖSTLER-LOEWE, S. 64 f.; ferner auch KUNZ (2011), § 28 N 2 ff., der in diesem Zusammenhang zwar von einer »liberalen Grundhaltung« des Retributivismus spricht, im Ergebnis aber fälschlicherweise die Meinung vertritt, dass v.a. der Vergeltungsgedanke (»just desert«) als Ursache der zunehmenden Punitivität anzunehmen sei.

tät) verletzen.⁴²¹ Täter mit gleichartigen Straftaten wurden in der Praxis häufig sehr unterschiedlich bestraft, während hingegen für unvergleichbare Delikte ähnlich scharfe Sanktionen ausgesprochen wurden. Der Grund für Disparitäten in der faktischen Strafdauer wird auch darin gesehen, dass Begnadigungskommissionen ihr Ermessen vielfach willkürlich und nicht selten zulasten von Minderheiten, wie Afroamerikanern, ausübten.⁴²²

Neo-retributive Strömungen forderten im Gegensatz dazu eine Zurückbesinnung auf die klassische Aufgabe des Strafrechts und verlangten eine tat- und schuldangemessene Bestrafung.⁴²³ Richter sollten nicht mehr über ein praktisch unbegrenztes Ermessen verfügen.⁴²⁴ Der Ruf nach einer einheitlichen Strafzumessung wurde laut, was schließlich zur Einführung von Richtlinien und bindenden *Strafzumessungsregeln* (sentencing guidelines) führte.⁴²⁵ Anhand dieser Richtlinien und der vom Gericht angenommenen Schwere der Schuld muss zunächst ein Rahmen für die mögliche Strafe kreiert werden, in dem präventive Überlegungen berücksichtigt werden können. Dies soll sicherstellen, dass auch unter Miteinbezug von utilitaristischen Erwägungen die Tatproportionalität gewährleistet bleibt. Das Modell erinnert dabei an die in unseren Breiten vertretene Spielraumtheorie.⁴²⁶

Der Kampf der Retributivisten richtete sich besonders gegen das explodierende Gefängniswesen, das ihrer Ansicht nach die logische Folge des wachsenden Sicherheitswahns darstellte. Demgemäß wurde darauf hingewiesen, dass

»[...] weder Menschen noch Gefängnisse dazu instrumentalisiert werden sollten, irgendwelche weitergehenden öffentlichen Ziele zu erreichen.«⁴²⁷

⁴²¹ Siehe hierzu auch vorn, A/II./2.2.

⁴²² Vgl. hierzu KÖSTLER-LOEWE, S. 71 f.

⁴²³ Vgl. NOVAK, S. 177.

⁴²⁴ Vgl. hierzu MEYER, S. 513 f., mit dem Hinweis, dass insb. (spezial-) präventive Überlegungen im Einzelfall zu überlangen Strafen führen, die erst dann beendet werden, wenn das präventive Ziel erreicht wird.

⁴²⁵ Vgl. hierzu NOVAK, S. 178; KAISER, S. 137; zu den »sentencing guidelines« auch KUNZ (2011), § 28 N 1; ausführlich MEYER; ferner auch HAIST, S. 804 ff., der ihre Idee auf die strafbegrenzende Funktion des Retributivismus zurückführt; siehe zu den »sentencing guidelines« auch vorn, B/I./1.2.3.

⁴²⁶ Siehe hierzu auch vorn, B/I./1.2.3.

⁴²⁷ KÖSTLER-LOEWE, S. 65.

Ebenso waren die hohen Kosten der Resozialisierung und die angeblich fehlende Effektivität zentrale Kritikpunkte am etablierten System, die sowohl von konservativer als auch von liberaler Seite erhoben wurden.⁴²⁸

1.2 Der erneute Abschied von der Vergeltungsstrafe

Eine weitere Trendwende ließ nicht auf sich warten. Die Bedeutung des amerikanischen Retributivismus nimmt seit Mitte der 90er Jahre wieder ab. Unter dem Begriff »Unschädlichmachung« ist eine Tendenz angesprochen, welche zunehmend die Tatproportionalität der Strafe außer Acht lässt und den Fehlbaren kaum mehr als menschliches Wesen, sondern eher als einen »Feind der Gesellschaft« versteht, den es zu isolieren gilt.⁴²⁹ »Selective incapacitation« steht dabei ganz in der liztschen Tradition der Exklusion von »Unverbesserlichen.«⁴³⁰ Gleichsam dem alttestamentarischen Sündenbock, der vom Priester mit allem Bösen beladen und in die Wüste zu Asasel vertrieben wurde, verliert nach dieser Anschauung der Täter seinen Status als Bürger.⁴³¹ Die Frage, ob das oftmals lebenslange Wegsperrn in Anbetracht des verübten Delikts als tat- und schuldangemessen erscheint, tritt gegenüber dem unstillbaren Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft weitgehend in den Hintergrund. Gerade im Bereich der Betäubungsmitteldelikte und der Gewalt- und Sexualstraftaten haben die Auswüchse dieses Hungers nach Sicherheit ein erschreckendes Ausmaß angenommen.⁴³²

Den traurigen Höhepunkt dieser präventionsorientierten Straffideen bilden in den USA die in zahlreichen Bundesstaaten herrschenden »Three Strikes-Gesetze«, die für rückfällige Straftäter massive Strafverschärfungen – nach dem dritten Verbrechen i.d.R. eine lebenslange Freiheitsstrafe – vorsehen.⁴³³ Durch dieses harte Durchgreifen erhofft sich die Justiz eine größtmögliche *Abschreckungswirkung* (deterrence). Der Drohfinger, der durch diese Strafpraxis erhoben wird,

⁴²⁸ Vgl. KAISER, S. 137; MEYER, S. 514.

⁴²⁹ Vgl. NOVAK, S. 178; SANDER, S. 30.

⁴³⁰ Vgl. hierzu KUNZ (2004), S. 241.

⁴³¹ Vgl. hierzu HAFFKE, S. 39.

⁴³² Vgl. KAISER, S. 138 f.

⁴³³ Vgl. zu dieser Strafpraxis ausführlich KÖSTLER-LOEWE; ferner NOVAK, S. 178 f.; zu dieser Entwicklung – insbesondere zum inflationären Gebrauch der Freiheitsstrafe in den USA – auch KAISER, S. 134 ff., der zudem anmerkt, dass es bei Vorliegen von Tatumehrheit möglich sei, bereits durch eine einzelne Tat alle drei Chancen auf einmal zu »verbrauchen«.

könnte kaum deutlicher sein: Potenzielle Rückfalltäter – so die Idee – werden sich durch den Gedanken der Strafschärfung die erneute Begehung eines Delikts sehr genau überlegen. Auch potenziellen Ersttättern soll hierdurch klar gemacht werden, was die Konsequenzen ihrer Handlungen sein würden.⁴³⁴

Neben der erhofften Abschreckungswirkung werden die auch »Baseball-Gesetze« genannten Regeln ferner durch den *Sicherungsgedanken* (incapacitation) legitimiert. Wer »drin« ist, kann nach dieser Vorstellung auch keine Dummheiten anstellen. Frei nach dem Motto: Lieber eine Person zu lange (oder gar zu Unrecht) einsperren, als die Gesellschaft einem Sicherheitsrisiko auszusetzen.⁴³⁵ In exakt diesem Sinne forderte bereits vor über hundert Jahren Franz von Liszt, der hochgelobte Vater unseres modernen Strafrechts und einer der eifrigsten Verfechter der Präventionsidee:

»Die ›Unschädlichmachung‹ der Unverbesserlichen denke ich mir in folgender Weise. [...] dass bei dritter Verurteilung wegen eines der oben genannten Verbrechen auf *Einschließung auf unbestimmte Zeit* zu erkennen sei. Die Strafe [...] besteht in ›Strafknechtschaft‹ mit strengstem Arbeitszwang; als Disziplinarstrafe wäre die Prügelstrafe kaum zu entbehren [...].«⁴³⁶

Das Zitat verdeutlicht, dass die Idee der Three Strikes-Gesetze nicht etwa von einem amerikanischen Retributivisten stammt, sondern gerade von einem der schärfsten Kritiker des Vergeltungsgedankens. Gelegentlich wird aber angenommen, die besagten Gesetze würden auch mit dem Vergeltungsgedanken legitimiert, da es die vergeltende Gerechtigkeit gebiete, rückfällige Täter, die sich nicht abschrecken lassen, aus der Gesellschaft zu verbannen.⁴³⁷ Eine solche Anschauung kann indessen nur auf einem Missverständnis des Vergeltungsgedankens mit seiner grundlegenden Forderung nach Tatproportionalität beruhen und ist nach dem bisher Gesagten entschieden abzulehnen. Zudem

⁴³⁴ Vgl. KÖSTLER-LOEWE, S. 230 f.; ferner FRISCH, S. 1, der bemerkt, dass als Antwort auf diese als höchst ungerecht empfundenen Strafschärfungen der Ruf nach einer tatproportionalen Strafe laut wurde, die gerade nicht auf präventive Bedürfnisse abstellt, sondern die Deliktschwere ins Zentrum rückt.

⁴³⁵ Vgl. KÖSTLER-LOEWE, S. 230; CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, S. 286; ferner KUNZ (2011), § 27 N 1, mit dem Verweis auf den angloamerikanischen Utilitarismus als Hintergrund des Sicherungsgedankens.

⁴³⁶ VON LISZT, S. 46.

⁴³⁷ Vgl. hierzu KÖSTLER-LOEWE, S. 231; siehe ferner zur Frage, ob der Vergeltungsgedanke in der Strafpraxis zu einer größeren Punitivität führt, auch eingehend hinten, D.

wird gerade den nicht-abschreckungsfähigen Tätern (in der liztschen Tradition) mit der sichernden Strafe begegnet. Die US-amerikanische Strafpraxis hat sich in diesem Sinne von den Prinzipien der schuld- und tatgerechten Vergeltungsstrafe meilenweit entfernt.⁴³⁸

2. Logischer Retributivismus

2.1 Die Besorgnis des Retributivisten

Mabbotts Sorge ist – und diese teilen letztlich alle Retributivisten – folgende Frage: Wie kann man *gegenüber dem individuellen Straftäter* eine bestimmte Strafe rechtfertigen?⁴³⁹ Er ist sich bewusst, dass eine rein utilitaristische Strafauffassung diese Legitimationsproblematik nicht befriedigend zu lösen vermag und im Rahmen von Nützlichkeits erwägungen sogar Unschuldige bestraft werden könnten:

»The central difficulty is that both would on occasion justify the punishment of an innocent man, the deterrent theory if he were believed to have been guilty by those likely to commit the crime in future, and the reformatory theory if he were a bad man though not a criminal.«⁴⁴⁰

Er stellt hierbei Präventionisten folgende Fragen: Wäre die Bestrafung eines Unschuldigen, die aufgrund ihrer abschreckenden Wirkung zahlreiche potenzielle Straftäter vom Delinquieren abhält, aufgrund dieser heilsamen Folgen gerechtfertigt? Und würde umgekehrt die Bestrafung eines Schuldigen, die aber erwiesenermaßen keinen generalpräventiven Nutzen mit sich bringt, auf einmal illegitim?⁴⁴¹ Aus rein präventiver Sicht müssten diese Fragen bejaht werden.

Nützlichkeits erwägungen sind in seinen Augen keine genügende Rechtfertigung der Strafe.⁴⁴² Es sei zwar durchaus möglich, dass eine

⁴³⁸ Vgl. KAISER, S. 139.

⁴³⁹ Vgl. zu dieser Frage auch KÖHLER (1986), S. 8, der bemerkt, dass es für eine Straftheorie von großer Wichtigkeit sei, die Strafe auch gegenüber dem individuellen Straftäter zu begründen.

⁴⁴⁰ MABBOTT, S. 152.

⁴⁴¹ Vgl. MABBOTT, S. 154.

⁴⁴² Vgl. zu dieser Frage auch KÖHLER (1986), S. 24: »In irgendwelchen Glückseligkeits-/Nutzenzwecken für sich selbst oder für andere kann per se eine als objektiv gut begründbare Verhaltensgesetzlichkeit nicht bestehen [...] nur dasjenige Prinzip der Ma-

Strafe heilsame Folgen als Nebeneffekte (Mabbott spricht von »extra arrangements«)⁴⁴³ besitze, der Grund der Bestrafung sei darin aber nicht zu finden. Für ihn haben diese »additional goods«, wie Abschreckung und Resozialisierung überhaupt nichts mit dem Wesen der Strafe zu tun.⁴⁴⁴ Selbst wenn nebenher mit der Strafe soziale Ziele verfolgt würden, so habe die Strafe in jedem Fall »rein« zu bleiben:

»[...] reform and deterrence are not modifications of the punishment, still less reasons for it.«⁴⁴⁵

Wie auch bei einem unangenehmen Gespräch das Anbieten einer Zigarette als Geste der Höflichkeit die harte Botschaft inhaltlich nicht verfälsche, seien auch Reform- oder Abschreckungsziele bloße Dekorationen, die zwar dazu dienen mögen, die Strafe fair zu vollziehen; die Theorie der Strafe bleibe davon indessen unberührt.⁴⁴⁶ Zu all diesen Wirkungen, die mit der Bestrafung verbunden sind, bemerkt Mabbott:

»It is the essence of my position that none of these questions is relevant. Punishment is a corollary of law-breaking by a member of society whose law is broken.«⁴⁴⁷

Gleichsam dem Kreditsystem, das nicht danach frage, ob die Rückzahlung einer Schuld mit positiven oder negativen Konsequenzen verbunden sei, müsse auch das Strafrecht eine Rechtsverletzung unbeachtet der gesellschaftlichen Nützlichkeit ahnden.⁴⁴⁸ »This is a static and abstract view but I see no escape from it.«⁴⁴⁹

2.2 Strafe als logische Folge des Normbruchs

Damit wird deutlich, worum es Mabbott bei seiner Vergeltungsstrafe geht: um das Sanktionieren von *Regelverletzungen*. Anders als nach utilitaristischer Manier, bei der lediglich die schädlichen Folgen einer

ximenbildung, welches im Denkprozess wesensgemäß selbst besteht, nämlich im Prozess schließenden Prüfens je angenommener Obersätze von Handlungsmaximen auf ihre Subsumierbarkeit unter immer allgemeinere Voraussetzungen, also auf ihre widerspruchsfreie Verallgemeinerbarkeit.«

⁴⁴³ MABBOTT, S. 154.

⁴⁴⁴ Vgl. NOVAK, S. 175; MABBOTT, S. 153.

⁴⁴⁵ MABBOTT, S. 153; NOVAK, S. 175.

⁴⁴⁶ Vgl. WOLF (1992a), S. 59; MABBOTT, S. 165.

⁴⁴⁷ MABBOTT, S. 161.

⁴⁴⁸ Vgl. MABBOTT, S. 163.

⁴⁴⁹ MABBOTT, S. 161.

Regelübertretung interessieren und allenfalls aus diesem Grund eine Sanktion verhängt wird, schafft Mabbott eine abstrakte Verknüpfung zwischen Recht und Strafe.⁴⁵⁰ Für ihn ist klar, dass wenn es ein Strafgesetz gibt, dieses auch durchgesetzt werden muss. Die Strafe ist die logische Folgerung (die Rechtsfolge) des erfüllten strafrechtlichen Tatbestandes. Ein Strafgesetz, das nicht nach einer Strafe verlangen würde, wäre überhaupt kein Strafgesetz.⁴⁵¹

Die Strafe dient insbesondere nicht dazu, den Täter moralisch zu brandmarken. Der Grund der Strafe liegt ausschließlich im Rechtsbruch. Die freie Entscheidung des Täters, das Recht zu übertreten, ist die alleinige Legitimation der Strafe. Es ist nicht Aufgabe des Staates zu beurteilen, ob das Verhalten (über die Strafbarkeit hinaus) einen moralischen Unwert besitzt: »A ›criminal‹ means a man who has broken the law, not a bad man [...].«⁴⁵²

Mabbott stellt demnach nicht auf einen moralisierenden Schuldbegriff mit all seinen dargestellten Schwächen ab, was aus liberaler Sicht freilich zu begrüßen ist.⁴⁵³

An der legalistischen Straftheorie von Mabbott wurde das Ausblenden sozialer Zwecke kritisiert und eingewendet, dass sie nicht die Strafe legitimiere, sondern vielmehr den Begriff der Strafe beschreibe.⁴⁵⁴ Das logisch-retributivistische Verständnis, welches auf das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge einer Rechtsnorm verweist, sei eine »triviale analytische Wahrheit« und keine Rechtfertigung der Vergeltungsstrafe. Es würden keine Antworten darauf gegeben, welche Verhaltensweisen berechtigterweise pönalisiert werden sollen. Im Ergebnis handle es sich um eine rechtspositivistische Anschauung des Strafrechts.⁴⁵⁵

Die Tatsache, dass Gesetze verbindlichen Charakter besitzen und der Tatbestand eine Rechtsfolge nach sich zieht, bereitet nach vorliegender Auffassung keine großen Schwierigkeiten. Wenn strafrechtliche Normen existieren und ihre Tatbestände erfüllt sind, müssen die-

⁴⁵⁰ Vgl. WOLF (1992a), S. 61; STERBA, S. 349 f.

⁴⁵¹ Vgl. hierzu KAISER, S. 144.

⁴⁵² MABBOTT, S. 154; STERBA, S. 350.

⁴⁵³ Vgl. WOLF (1992a), S. 59; NOVAK, S. 174; MABBOTT, S. 154; STERBA, S. 350.

⁴⁵⁴ Vgl. NOVAK, S. 176.

⁴⁵⁵ Vgl. KAISER, S. 144 f.

se auch durchgesetzt werden. Verfehlt erscheint außerdem die Kritik (und darauf wurde bereits mehrfach hingewiesen), dass der Retributivismus nicht darlegen könne, welche Verhalten unter Strafe gestellt werden sollten. Dies ist Sache der gesellschaftlichen Wertung und kann nicht aus allgemeinen Prinzipien abgeleitet werden. In der Tat bleibt vorliegend aber die Frage unbeantwortet, wieso der Staat überhaupt strafrechtliche Gesetzenormen erlässt.

John Rawls hat, an die rechts-retributivistischen Grundlagen von Mabbott anknüpfend, den Versuch unternommen, eine Antwort auf die Frage nach dem Sinn staatlicher Strafe zu geben. Je nachdem, an welche Instanz diese Frage gerichtet werde, müsse die Antwort darauf unterschiedlich ausfallen:

Frage man einen Richter, weshalb der spezifische Täter X bestraft wird, würde die Begründung lauten, dass er verurteilt wurde, weil er ein Verbrechen beging und dadurch das Gesetz gebrochen hat:

»[...] that a particular man is punished, rather than some other man, because he is guilty, and he is guilty because he broke the law (past tense).«⁴⁵⁶

Anders falle die Antwort hingegen aus, wenn man den Gesetzgeber fragen würde, warum Bürger überhaupt bestraft werden. Hier würde die Antwort lauten: zur Erzielung von heilsamen Wirkungen für die Gesellschaft (»furthering the interests of society«).⁴⁵⁷ Rawls versteht in diesem Sinne Vergeltung und Prävention nicht als sich widersprechende Positionen.⁴⁵⁸

»The decision whether or not to use law rather than some other mechanism of social control [...] may be settled by utilitarian arguments; but if one decides to have laws then one has decided on something whose working in particular cases is retributive in form.«⁴⁵⁹

Für Rawls ist klar, dass weder Vergeltung noch Prävention verzichtbar sind, sondern beide zusammen erst den Grund für die staatliche Strafe liefern. Hierbei verhalte es sich ähnlich, wie bei zwei Angestellten

⁴⁵⁶ RAWLS, S. 6.

⁴⁵⁷ RAWLS, S. 6.

⁴⁵⁸ Vgl. KAISER, S. 145; ferner WOOD, S. 304 ff., der die von Rawls propagierte Vereinigungstheorie als »split-level« Theorie bezeichnet; für eine eingehende Kritik an der Vereinigungstheorie von Rawls auch LIPPKE (2006), S. 276 ff.; siehe ferner auch die ähnliche Mischtheorie von H. L. A. Hart hinten, C/IV./2.3.

⁴⁵⁹ RAWLS, S. 7.

einer Firma, die in verschiedenen Büros mit unterschiedlichen Aufgaben arbeiten. Wenn sie auch nicht dasselbe tun und eine andere Optik besitzen, so ziehen beide jedoch am selben Strick. Ebenso verfolgen Prävention und Vergeltung das Ziel, gemeinsam das Strafrecht zu verwirklichen.⁴⁶⁰

2.3 Vergeltung und grausamer Strafvollzug

Auf einen Strafrechtswissenschaftler, der um eine gerechte Strafe bemüht ist, mag Mabbotts Verständnis befremdlich wirken. Man könnte meinen, dass es sich hierbei um eine unmenschliche, sich lediglich an metaphysischen Prinzipien orientierende Strafauffassung handle. Mabbott verfolgt mit diesen Aussagen indessen gerade ein hehres Anliegen: Er übt damit Kritik an einem inhumanen Strafvollzug. Seine Strafauffassung muss aus der Sicht der in den USA noch heute dominierenden Freiheitsstrafe gesehen werden. Er verdeutlicht, dass es unhaltbar sei, eine solche menschenverachtend auszugestalten:

»When a man is sentenced to imprisonment he is not sentenced also to partial starvation, to physical brutality, to pneumonia from damp cells and so on.«⁴⁶¹

Für ihn sind diese Brutalitäten überhaupt kein Bestandteil der Strafe. Die Freiheitsstrafe besteht lediglich im *Entzug der persönlichen Freiheit*; darüber hinausgehende Übel sind aus retributiver Sicht nicht legitimierbar. Aus utilitaristischer Sicht könnte es hingegen sehr wohl sinnvoll sein, eine Strafe besonders grausam zu vollziehen, um damit eine größtmögliche Abschreckungswirkung zu erzielen.

Zudem ist an dieser Stelle an den retributivistischen Grundgedanken des gerechten Verdiensts zu erinnern: Staatliche Strafe ist stets eine verdienstbasierte Antwort auf ein verübtes Unrecht und dient höchstens mittelbar dazu, heilsame Folgen für die Gesellschaft zu erzielen. Auch diese Betrachtungsweise verbietet eine beliebige Ausgestaltung des Strafvollzugs.

⁴⁶⁰ Vgl. RAWLS, S. 6.

⁴⁶¹ MABBOTT, S. 165; ferner auch S. 166, mit dem Hinweis auf eine »Tropfzelle«, bei der Gefangene mit Wassertropfen gequält werden: »We have no more right to keep a convict in a Dartmoor cell [...] than we have to keep a child in such a place.«

3. »Verdiente« Vergeltungsstrafe

Die Theorie der »verdienten« Vergeltungsstrafe (vielfach auch »just desert« genannt), verweist am stärksten auf die eigentliche Bedeutung des Vergeltungsgedankens.⁴⁶² Hiernach ist Strafe deshalb und nur dann gerechtfertigt, wenn der Straftäter diese persönlich *verdient*.⁴⁶³ Die Strafe drückt das Maß der Verwerflichkeit der begangenen Tat aus.⁴⁶⁴ Der Täter soll diejenige Strafe erhalten, die der Schwere seines Verbrechens und dem Maß seiner Schuld am besten entspricht.⁴⁶⁵

3.1 Die verdiente Strafe im allgemeinen Sprachgebrauch

Was auf den ersten Blick trivial erscheint, ist eine auf fundamentalster Ebene geführte Auseinandersetzung mit dem allgemein anerkannten Verständnis von Strafe, Verantwortung und Zurechnung. Es handelt sich um eine Auffassung, die auf das *allgemeine Sprachgefühl* rekurriert. Anhand von Sätzen, welche die allermeisten Menschen als intuitiv richtig erachten, gelangt man im Ergebnis zu einem retributiven Strafbegriff.

Der Satz »Michael verdient die Strafe X, weil er gestohlen hat« (M verdient X für B) enthält folgende Teilaspekte:

Jemand wird nur bestraft, weil er eine bestimmte Tat begangen hat. Eine »Bestrafung« von Unschuldigen (oder bloß Verdächtigen) widerspricht unserem allgemeinen Verständnis von Strafe und wäre für die meisten Menschen krass stoßend und ungerecht. Der Satz: »Michael verdient Strafe grundlos« wäre daher nicht haltbar, denn ohne Grund ist Verdienst nicht möglich. Niemand verdient etwas »einfach so«. ⁴⁶⁶ Anders gewendet: Der Satz erscheint nicht sinnvoll. Der Verdienstgedanke rekurriert stets auf eine besondere Eigenschaft, Handlung, Qualität etc. Der Begriff muss, um korrekt eingesetzt werden zu können und dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht zu widersprechen, stets in folgende »Minimalstruktur« integriert werden: M verdient X für B. ⁴⁶⁷

⁴⁶² Vgl. hierzu auch KAISER, S. 141 f., nach dem die retributive Strafe und der Verdienstgedanke untrennbar miteinander gekoppelt sind.

⁴⁶³ Vgl. COTTINGHAM, S. 239.

⁴⁶⁴ Vgl. KIRCHENGAST, S. 198.

⁴⁶⁵ Vgl. HAIST, S. 801; CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, S. 285.

⁴⁶⁶ Siehe zu dieser Frage auch vorn, A/I./2.2.1, wo aufgezeigt wird, dass hier der Begriff der Strafe völlig unpassend erscheint; vgl. ferner auch KAISER, S. 142.

⁴⁶⁷ KAISER, S. 142.

Im strafrechtlichen Kontext impliziert der Satz weiter, dass jemand bestraft wird, weil er die Tat bereits begangen hat. Die Aussage: »Michael verdient die Strafe X, weil er morgen stehlen wird« würde nicht nur einen Juristen schmerzen, sondern wäre schlichtweg nicht mit dem allgemeinen Verständnis von Verdienst vereinbar. Die verdiente Strafe verweist immer auf etwas in der Vergangenheit. Strafe besitzt stets (auch) eine retrospektive Komponente. Bei der Kriminalstrafe ist in jedem Fall ein verübter (allenfalls bloß versuchter) Normbruch nötig, der Anlass zur Bestrafung gibt.⁴⁶⁸

Verdienst bedeutet zugleich Verantwortlichkeit: Der Satz »Michael verdient die Strafe X, weil es draußen kalt und stürmisch ist« würde wiederum dem Verdienstgedanken krass widersprechen, da Michael freilich keinerlei Einfluss auf die Entwicklung des Wetters hat.⁴⁶⁹

Solche Satzexperimente mit dem Verdienstbegriff ließen sich weiter führen. Auch das Strafübel kann bspw. als notwendiger Bestandteil einer verdienten Strafe angesehen werden: Wenn Michael für seinen Diebstahl 1000 Franken erhalten würde, besäße die Strafe keinen Übelscharakter und würde wiederum dem allgemeinen Verständnis von einer verdienten Strafe widersprechen.⁴⁷⁰

Dies führt schließlich zu folgendem retributiven Strafbegriff, der von den allermeisten Menschen als richtig erachtet wird. Sind diese Bedingungen erfüllt, dann lässt sich von einer »verdienten Strafe« sprechen:

»Strafe ist das von einer zuständigen Stelle für eine vergangene und zurechenbare Tat intentional gegen den Täter verhängte und der Bedeutung seiner Tat angemessene Übel.«⁴⁷¹

3.2 Verdienst und Vergeltung als grundlegende Notion der Strafe

Der Ansatz der verdienten Vergeltungsstrafe zeigt, dass bereits unser allgemeines Verständnis von Strafe nicht ohne den Vergeltungs- und Verdienstgedanken auskommen kann und jede Strafe als eine vergel-

⁴⁶⁸ Vgl. NOVAK, S. 180; KAISER, S. 142.

⁴⁶⁹ Vgl. zum Erfordernis der Zurechenbarkeit NOVAK, S. 180.

⁴⁷⁰ Vgl. hierzu KAISER, S. 141.

⁴⁷¹ KAISER, S. 143, m.w.N. zu diesem Strafbegriff, der von zahlreichen Retributivisten geprägt wurde und als »Flew-Benn-Hart« Definition bekannt ist. Vgl. hierzu auch KAISER, S. 140.

tende bzw. verdienstbasierte Sanktion anzusehen ist. Er macht deutlich, dass man sich zur Beantwortung der Frage, ob Strafe auch eine vergeltende Komponente besitzt, gar nicht erst in geistige Unkosten stürzen muss. Es genügen bereits die deskriptive Feststellung und der Verweis auf den allgemeinen Sprachgebrauch, dass Strafe stets eine vergeltende bzw. verdienstbasierte Reaktion für eine verübte Tat darstellt. Reine Präventionstheorien verkennen diese Tatsache und verneinen damit gleichzeitig unser grundlegendes Verständnis von Strafe. Vergeltung und Verdienst sind nach dieser Optik unmöglich aus dem Strafrecht zu verbannen.

Der Hauptkritikpunkt an diesem Ansatz ist hingegen leicht auszumachen: Aus dem Sein folgt bekanntlich kein Sollen. Der Ansatz bleibt deskriptiv und verweist lediglich auf den gängigen Sprachgebrauch. Die Tatsache, dass wohl die allermeisten Völker Strafe und Verdienst auf diese Weise verstehen, sagt noch nichts über die Legitimität dieses Verständnisses aus.⁴⁷² *Weshalb* wir überhaupt strafen, wird hierbei nicht geklärt. Vorliegend ist indessen auch weniger von Interesse, weshalb wir überhaupt strafen, sondern die Frage nach der Bedeutung des Vergeltungsgedankens in unserem Strafverständnis. Darauf vermag der Ansatz durchaus eine Antwort zu geben.

4. »Benefit and Burden«

»Benefit and burden« (vielfach auch »unfair-advantage theory« genannt)⁴⁷³ ist einer der bekanntesten neueren Erklärungsversuche für die vergeltende Strafe und genoss besonders in den 70er und 80er Jahren große Popularität. Stark geprägt wurde dieses Modell durch die Arbeiten von Herbert Morris und Jeffrie G. Murphy. Für seine Weiterentwicklung hat insbesondere das Schrifttum von Michael Davis gesorgt, der heute als ein prominenter Vertreter dieser Strafauffassung gilt.⁴⁷⁴

⁴⁷² Vgl. NOVAK, S. 181.

⁴⁷³ Vgl. zu den unterschiedlichen Bezeichnungen KAISER, S. 149.

⁴⁷⁴ Vgl. KAISER, S. 149, 153.

4.1 Rechtmäßige Vorteile und notwendige Nachteile

Der Ansatz geht von der Grundannahme aus, dass das Leben in einem Staat für den Einzelnen sowohl *Vorteile* (benefits) als auch *Nachteile* (burdens) beinhaltet.⁴⁷⁵

Was die konkrete Ausgestaltung dieser Theorie betrifft, so herrscht eine Fülle von Varianten, die eine unterschiedlich hohe Plausibilität aufweisen. Sie alle geben verschiedene Antworten auf die Frage, worin die Vor- und Nachteile bei »benefit and burden« bestehen, und wie letztlich ein Ausgleich durch die Strafe herzustellen ist. Aufgrund dieser Heterogenität sollen die nachfolgenden Ausführungen die grundlegenden Mechanismen verdeutlichen, die allen Formen gemein sind.

Der (rechtmäßige) Vorteil, den Bürger durch die staatliche Gemeinschaft genießen, wird darin gesehen, dass der Einzelne durch das Gewaltmonopol des Staates geschützt wird.⁴⁷⁶ Morris erblickt diesen Vorteil allgemein im Schutz der individuellen Rechte und nimmt dabei eine Art »Freiheitssphäre« an, die der Staat seinen Bürgern gewährt.⁴⁷⁷

Hingegen müssen die Individuen auch notwendige Einschränkungen (Nachteile) in Kauf nehmen. Das Recht schränkt den Bürger in seinen Freiheiten ein. Insbesondere darf er das Gesetz nicht selbst in die Hand nehmen und auf andere Gesellschaftsmitglieder übergreifen. Er ist folglich zu Rechtsgehorsam verpflichtet.⁴⁷⁸ Zahlreiche Autoren sprechen diesbezüglich von der Last der Selbstbeherrschung (»self-restraint«).⁴⁷⁹

»The rules benefit all concerned and, as a kind of debt for the benefits derived, each man owes obedience to the rules. In the absence of such obedience, he deserves punishment in the sense that he owes payment for the benefits.«⁴⁸⁰

Der Staat stellt demgemäß ein »system of cooperation« dar.⁴⁸¹ Dies weckt Erinnerungen an die klassischen Theorien über den Gesellschaftsvertrag; auch hier werden die Rechte im Naturzustand zwecks Schaf-

⁴⁷⁵ Vgl. KAISER, S. 149.

⁴⁷⁶ In einem modernen Sozialstaat ließen sich freilich noch zahlreiche andere Vorteile (insb. soziale Sicherheit) nennen.

⁴⁷⁷ Vgl. MORRIS, S. 477.

⁴⁷⁸ Vgl. KAISER, S. 149.

⁴⁷⁹ Vgl. hierzu MURPHY (1973), S. 228; VON HIRSCH (1992), S. 65; DAVIS (1993), S. 134 f.; MORRIS, S. 477.

⁴⁸⁰ MURPHY (1973), S. 240.

⁴⁸¹ DAVIS (1986), S. 240.

fung einer bürgerlichen Gesellschaft beschränkt. In diesem Sinne lässt sich sagen: Wer ein Delikt begeht, hat den Vertrag mit der Gesellschaft gebrochen.⁴⁸²

Diese Grundannahme wird nun durch ein normatives Postulat ergänzt: das Gebot der *Fairness*. Nutzen und Lasten sollen auf die einzelnen Gesellschaftsmitglieder gleichmäßig verteilt sein.⁴⁸³ Wenn jemand zwar vom Nutzen der Gesellschaft profitieren möchte, seinerseits aber nicht bereit ist, sich an die Pflichten eines Bürgers zu halten, ist dies gegenüber den anderen, die sich rechtskonform verhalten, unfair.⁴⁸⁴ Diese Person verschafft sich einen unrechtmäßigen Vorteil.

4.2 Unrechtmäßige Vorteile

Der unrechtmäßige Vorteil könnte einerseits konkret in der Beute des Täters erblickt werden, die ihm wieder abgenommen werden muss, um die Balance auszugleichen.

Andererseits kann er auch abstrakt darin gesehen werden, dass jemand nur Vorteile erlangen, nicht jedoch auch Nachteile – insb. die Last der Selbstdisziplinierung, die für das gemeinschaftliche Zusammenleben von größter Wichtigkeit ist – mittragen möchte. Das Fairnessgebot gebietet, dass dem Normbrecher dieser unrechtmäßige Vorteil wieder entzogen wird. Die in ein Ungleichgewicht geratene Balance soll durch die Vergeltungsstrafe wiederhergestellt werden. Durch die Strafe wird die Bilanz – um es buchhalterisch auszudrücken – wieder ausgeglichen.⁴⁸⁵

Davis versteht den unrechtmäßigen Vorteil Folgendermaßen: Wer sich nicht durch die Schranken des Rechts zügeln lässt, genießt gegenüber seinen Mitmenschen generell größere *Handlungsfreiheiten*.⁴⁸⁶

»[...] the obedience of others makes his disobedience a taking of unfair advantage [...] Others, though they too would like to take such liberties as he has, did not. He has something they do not.«⁴⁸⁷

⁴⁸² Vgl. NOVAK, S. 183 f.

⁴⁸³ Vgl. KAISER, S. 149 f.; MORRIS, S. 477.

⁴⁸⁴ Vgl. MURPHY (1973), S. 228.

⁴⁸⁵ Vgl. NOVAK, S. 184; MURPHY (1973), S. 228.

⁴⁸⁶ Vgl. hierzu auch VON HIRSCH (1992), S. 66.

⁴⁸⁷ DAVIS (1983), S. 743.

Die Tatsache, gewisse Dinge nicht tun zu dürfen, stellt die Kehrseite des rechtmäßigen Vorteils dar und wird von den meisten Menschen intuitiv als Nachteil empfunden.⁴⁸⁸ Davis konkretisiert aber weiter, weshalb darin ein Nachteil zu erblicken sei: Verbrechen – und aus diesem Grund werden sie auch begangen – schaffen dem Täter *verbotene Freuden*.⁴⁸⁹ Ein Straftäter verschafft sich bspw. die fragwürdigen Vergnügen, eine rote Ampel zu überfahren oder die Nachbarin zu vergewaltigen. Diese Möglichkeiten bleiben den rechtstreuen Bürgern verwehrt:

»The unfair advantage is the »illicit pleasure« in every crime whether jaywalking or murder, prostitution or stealing.«⁴⁹⁰

Es müsste hier die Frage aufgeworfen werden, wie es sich mit Tätern verhält, die bei der Begehung ihrer Tat keine Freude empfunden haben (zu denken ist etwa an einen zwanghaften Kleptomanen).⁴⁹¹ Dennoch besitzt die Überlegung ihre grundsätzliche Richtigkeit: Es lässt sich wohl kein Mensch finden, für den nicht die Begehung irgendeines Deliktes eine Verlockung darstellt. Etwas anderes zu behaupten, wäre wahrlich unehrlich. Davis' Gedanke kann in diesem Sinne als allgemeiner Antrieb zur Begehung von Straftaten begriffen werden; die Freude des Verbrechens könnte quasi als Fiktion verstanden werden. Demgemäß ist es unerheblich, ob ein Täter bei der Begehung seiner Tat tatsächlich Lust empfindet.

Unbrauchbar wird die Annahme einer Fiktion hingegen dann, wenn man die fragwürdige Behauptung aufstellt, dass die Schwere von Delikten proportional zur Intensität der Freude sei, die ihre Begehung mit sich bringe.⁴⁹²

Dass schwere Verbrechen keineswegs zwingend eine größere Versuchung darstellen, muss freilich nicht ausgiebig begründet werden. An dieser Stelle kann auf die Frage von Dolinko verwiesen werden: »Which would you prefer: a license to park overtime or a license to commit incest?«⁴⁹³

⁴⁸⁸ Vgl. hierzu auch KAISER, S. 157, mit dem Hinweis auf Sadurski, der die bloße Wahlmöglichkeit bereits als einen Wert an sich betrachtet.

⁴⁸⁹ Vgl. hierzu auch KAISER, S. 153.

⁴⁹⁰ DAVIS (1983), S. 743.

⁴⁹¹ Vgl. hierzu KAISER, S. 153; die Frage der Schuldfähigkeit, die sich bei diesem Beispiel stellen würde, soll vernachlässigt werden.

⁴⁹² Vgl. zu dieser unhaltbaren Annahme gewisser Autoren KAISER, S. 153 m.w.N.

⁴⁹³ DOLINKO, S. 511.

Ferner müsste gefragt werden, ob rechtstreue Bürger effektiv über weniger Handlungsfreiheiten als ein Verbrecher verfügen. Freilich zielt das Strafrecht auf eine Einschränkung der persönlichen Freiheit ab. Ebenso wie der Straftäter hätten auch sie die Möglichkeit, die Gesetznormen zu übertreten. Sie sitzen im selben Boot und haben sich freiwillig entschieden, sich normkonform zu verhalten. Jeder könnte, wenn er denn nur wollte, sich die Freiheiten eines Verbrechers nehmen. Der Straftäter befand sich, bevor er sich zur Tat entschlossen hat, in derselben Ausgangslage. Es wird nicht ganz ersichtlich, inwiefern sich die Situation eines Straftäters bzgl. seiner realen Handlungsfreiheiten von der eines rechtskonformen Bürgers unterscheiden soll. Die Annahme ist wohl dahin gehend zu verstehen, dass gewisse Menschen von Natur aus über eine geringere Selbstbeherrschung verfügen und dadurch überhaupt erst fähig sind, Delikte zu begehen.

4.3 Vorteilsausgleich

Der unrechtmäßige Vorteil muss nach dem Gesagten wieder ausgeglichen werden, um dem Gebot der Fairness und Gleichheit nachzukommen. Ein solcher Ausgleich ist theoretisch dadurch denkbar, dass dem Täter entweder der Vorteil, den er sich unrechtmäßig verschafft hat, wieder entzogen wird oder indem man ihm ein besonderes Übel auferlegt, das unter dem Strich den erlangten Vorteil zunichtemacht.⁴⁹⁴

Zunächst zum *Vorteilsentzug*: Wenn man annehmen würde, dass der unrechtmäßige Vorteil in der Beute des Täters bestünde, so wäre das bezüglich der Umsetzbarkeit problematisch. Praktisch durchführbar wäre diesfalls ein Ausgleich bei Vermögensdelikten, bei denen die Beute konfisziert werden kann. Zahlreiche Straftaten sind indes nicht mit einem materiellen Ertrag verbunden, den man dem Täter wieder abnehmen könnte. Auch müssten hierbei Delikte, die bloß versucht wurden, unbestraft bleiben.⁴⁹⁵

Margaret Falls vertritt zum Vorteilsentzug die Auffassung, dass der Staat dem Täter zur Strafe den Schutz, der grundsätzlich allen Bürgern zukommt und den rechtmäßigen Vorteil bei »benefit and burden« darstellt, entziehen soll:

⁴⁹⁴ Vgl. KAISER, S. 150.

⁴⁹⁵ Vgl. NOVAK, S. 184; KAISER, S. 152.

»[...] the state obviously cannot undo the fact that a criminal renounced her burden and acted on illicit desires, but it can remove the benefit of protection from interference.«⁴⁹⁶

Dem Täter den staatlichen Schutz zu versagen, würde nach Kaiser zu einer »Friedloslegung« des Täters mit bizarren und unhaltbaren Konsequenzen in der Praxis führen.⁴⁹⁷

Es kann daher nicht gemeint sein, dass der Täter quasi »vogelfrei« wird und die anderen Gesellschaftsmitglieder nun das Recht haben, auf ihn überzugreifen. Vielmehr soll *der Staat* nun berechtigt sein, dem Täter ein Übel zuzuführen, gegen das rechtstreue Bürger grundsätzlich geschützt sind.⁴⁹⁸

Nach Meinung gewisser Autoren kann es sich indessen nur um ein *bestimmtes* Übel handeln. Das »Synallagma von Schutz und Gehorsam« müsse auf einzelne Rechtsgüter aufgespaltet werden und dürfe nicht als Gesamtpaket verstanden werden; so verliere bspw. der Dieb durch seine Tat lediglich den Schutz vor staatlichen Eingriffen in sein Eigentum.⁴⁹⁹

Diese Präzisierung erscheint unbefriedigend und unnötig zugleich: Demnach dürfte ein Dieb bspw. nur mit einer Geldstrafe oder Buße sanktioniert werden und nicht etwa mit einer Freiheitsstrafe. Viel sinnvoller wäre es stattdessen, unter dem Entzug des öffentlichen Schutzes lediglich das allgemeine Recht des Staates zur Bestrafung des Täters zu verstehen. Der Staat ist aufgrund des Verbrechens zur Anwendung von Strafgewalt berechtigt; der rechtliche Schutz vor staatlichen Eingriffen wird dem Täter entzogen. Sein Recht auf Unversehrtheit gegenüber dem Staat hat er durch die Straftat verwirkt.

Neben dem Vorteilsentzug besteht die Möglichkeit, den besagten Ausgleich durch die *Auferlegung einer besonderen Bürde* zu erzielen. Nach diesem Verständnis wird dem Täter nicht sein Vorteil entzogen, sondern die Strafe hat die Bilanz per saldo auszugleichen und soll den Fehlbaren entsprechend dem unrechtmäßigen Vorteil, den er sich verschafft hat, belasten. Dies entspricht gerade der Idee der Tatproportionalität, die auch Davis verfolgt. Wird der unrechtmäßige Vorteil von

⁴⁹⁶ FALLS, S. 28.

⁴⁹⁷ Vgl. KAISER, S. 151.

⁴⁹⁸ Vgl. FALLS, S. 28.

⁴⁹⁹ Vgl. hierzu KAISER, S. 151 m.w.N.

ihm zunächst abstrakt beschrieben (die Handlungsfreiheit und die damit einhergehenden Freuden), so postuliert er bei der Bestrafung die Berücksichtigung des Vorteils im Einzelfall:

»What the criminal deserves (for this act) is a punishment proportioned to that advantage [...].«⁵⁰⁰

Die Frage, *wie* der Vorteil im Einzelfall zu bemessen ist und welche Strafe erforderlich ist, um diesen auszugleichen, darauf vermag das Modell – und dies wird an dieser Stelle der Arbeit nun nicht mehr erstauen – freilich keine eindeutige Antwort zu geben.⁵⁰¹ Davis bemerkt zu Recht, dass der entstandene Schaden nicht das alleinige Kriterium für die Bestimmung der Strafe sein könne:

»The price cannot be the cost of the property taken, bones broken, or lives lost. Such costs measure the private injury he has done, the damages he should pay or the restitution he should make to his victims, not the value of [...] the crime.«⁵⁰²

In Rahmen seiner Straftheorie unternimmt er zahlreiche Anstrengungen, den unrechtmäßigen Vorteil zu bemessen. So verwendet Davis – im Sinne einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie⁵⁰³ – das Bild einer *Auktion*:

»Imagine a market in which the government sells licenses permitting the holder to break a specified law once (a sort of absolute pardon in advance).«⁵⁰⁴

Der Staat versteigert an dieser imaginären Auktion Lizenzen, welche die straflose Begehung eines bestimmten Delikts ermöglichen. Ziel dieses Gedankenexperiments ist die Schaffung einer Art von Rangliste (»ranking«) mit den einzelnen Verbrechen, wobei Davis annimmt, dass die Strafe proportional zur Schwere des Verbrechens ansteigen würde.⁵⁰⁵ Im Ergebnis versteht Davis das Strafrecht als ein »system of administered prices«. ⁵⁰⁶

⁵⁰⁰ DAVIS (1983), S. 743.

⁵⁰¹ Vgl. hierzu auch DOLINKO, S. 508.

⁵⁰² DAVIS (1983), S. 744.

⁵⁰³ Vgl. KAISER, S. 154.

⁵⁰⁴ DAVIS (1983), S. 744; DAVIS (1993), S. 139 f.

⁵⁰⁵ Vgl. KAISER, S. 154; DAVIS (1993), S. 140.

⁵⁰⁶ DAVIS (1983), S. 745.

Das Auktionsmodell wirft zahlreiche Probleme auf und wurde wohl auch deshalb von Davis immer wieder abgeändert und präzisiert.⁵⁰⁷ Die ausführliche Analyse seiner differenzierten Argumentation würde über das Anliegen hinausgehen, die grundlegende Funktionsweise von »benefit and burden« darzulegen.⁵⁰⁸ Das meines Erachtens zentralste Argument gegen das besagte Konstrukt lautet, dass dieses schon deshalb als fragwürdig anzusehen ist, da ein Verbrecher gerade nicht bereit wäre, etwas für sein Verbrechen zu bezahlen. Er will sich einen unrechtmäßigen Vorteil verschaffen, den er durch die Bezahlung einer solchen Lizenzgebühr zunichtemachen würde. Dafür bezahlen würde er nur dann, wenn er bei der Auktion ein »Schnäppchen« ersteigern könnte – mit anderen Worten: wenn die Lizenzen zu einem Spottpreis versteigert würden.⁵⁰⁹

Tauglich ist der Auktionsgedanke insofern, als er verdeutlicht, dass die Problematik der angemessenen Strafe stets eine Frage der gesellschaftlichen Anschauung ist und – wie auch die Preise an einer Auktion – einem stetigen Wandel unterworfen ist.

5. Moral Accountability

Die Theorie der moralischen Verantwortlichkeit stellt in besonderer Weise auf die Grundlagen der kantischen Vergeltungslehre ab.⁵¹⁰ Das Fundament dieser v.a. durch Margaret Falls geprägten Strafauffassung bildet die Fähigkeit des Menschen zur autonomen Entscheidung und sein Status als würdevolle Person.⁵¹¹

5.1 Mit gleicher Münze heimzahlen?

»Moral accountability« setzt bei der altbekannten Kritik an der Vergeltungsstrafe an, dass der Retributivismus ggf. unmenschliche

⁵⁰⁷ Den Ausgangspunkt seines Auktionsmodells markiert dabei der Aufsatz »How to Make the Punishment Fit the Crime«. Vgl. hierzu DAVIS (1983), S. 744 ff.; ferner auch (beispielhaft) die nachfolgenden Präzisierungen in DAVIS (1986), S. 12 ff.; DAVIS (1993), S. 138 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. für eine eingehende Kritik an diesem Modell KAISER, S. 153 ff.; ferner DOLINKO, S. 500 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. KAISER, S. 156.

⁵¹⁰ Vgl. NOVAK, S. 186.

⁵¹¹ Vgl. FALLS, S. 39.

Strafen bewirke, wenn – im Sinne eines mechanisch verstandenen Proportionalitätsgedankens – dem Täter das Delikt »mit gleicher Münze« heimgezahlt wird. Dies könne dazu führen, dass bspw. ein Folterknecht zur Strafe ebenso gefoltert werden müsse, was für Falls nicht mit der Idee der moralischen Verantwortlichkeit in Einklang zu bringen ist.⁵¹² Diese bedeutet für sie nicht nur, dass der Täter bestraft wird, sondern als verständige Person auch in der Lage ist, auf die Sanktion zu reagieren. Wenn aber eine Strafe verhängt wird, die derart ausgestaltet ist, dass der Täter als moralischer Akteur quasi zerstört wird, so steht dies für Falls im Widerspruch zur Idee der Verantwortlichkeit und damit auch zum Grundgedanken des Retributivismus. Deshalb müsse der Proportionalitätsgedanke durch einen weiteren Grundsatz ergänzt werden.

»If, therefore, certain punishments by their very nature violate the purpose of holding criminals responsible, then administering them is unjustifiable even if they are proportionate.«⁵¹³

5.2 Respekt vor dem Täter und das prinzipielle Verbot martialischer Strafen

Falls postuliert als Lösung für dieses Problem die Limitierung der Proportionalitätsidee durch das *Prinzip des Respekts*. Sie ist der Meinung, dass das Vergeltungsprinzip darin gründe, dass wir Menschen als verantwortliche, vernunftbegabte Individuen betrachten und diese auch entsprechend behandeln; Verantwortlichkeit und Respekt stellten quasi den Ursprung des Vergeltungsgedankens dar.⁵¹⁴ Demgemäss seien auch martialische Strafen prinzipiell verboten.⁵¹⁵

»It forbids any acts which damage or destroy an individual's capacities for rational thought. [...] certain acts, torture for example, are by their very nature forbidden by the respect principle.«⁵¹⁶

⁵¹² Vgl. FALLS, S. 35 f.

⁵¹³ FALLS, S. 47; KAISER, S. 165.

⁵¹⁴ Vgl. FALLS, S. 48.

⁵¹⁵ Vgl. KAISER, S. 165.

⁵¹⁶ FALLS, S. 35; ferner S. 47: »The respect principle unqualifiedly prohibits torture, death, and any other punishment to which a moral response is impossible [...] to hold the criminal responsible it must demand and allow response as a moral agent.«

Solche entwürdigende Praktiken – Falls nennt unter anderem »[...] De-ath, lobotomies, torture, and painfully maiming the criminals's body [...]«⁵¹⁷ – bewirken nämlich, dass der Täter nicht mehr in der Lage ist, vernünftig auf die Strafe zu reagieren und diese in Rechnung zu ziehen. Der Mensch wird nicht als würdevolle Person und moralischer Akteur respektiert, sondern zu einer bloßen Sache degradiert. Auch Murphy bemerkt zu solchen Strafen mit Falls übereinstimmend:

»[...] a process whose very point is to reduce him to a terrified, defecating, urinating, screaming animal.«⁵¹⁸

Diese Überlegungen ließen sich noch wie folgt ergänzen: Exzessive Sanktionen widersprechen ebenso der Idee der Strafe als sozialetischer Tadel. Dieser beinhaltet eine Botschaft der moralischen Missbilligung und richtet sich an ein vernunftbegabtes Gegenüber.⁵¹⁹ Wird der Täter durch barbarische Strafen nicht als Persönlichkeit respektiert, geht auch die expressive Funktion der Strafe – der Gedanke der Kommunikation – verloren.⁵²⁰

Falls greift in ihrem Strafmodell einen viel kritisierten Punkt in der kantischen Vergeltungslehre auf. Obwohl die Würde des Menschen und der Respekt vor seiner Persönlichkeit den Kern seiner Strafauffassung darstellen, entsteht bei seinen radikalen Forderungen (bspw. nach einer unbedingten Durchsetzung der Todesstrafe bei Mord) das Gefühl, dass die Menschenwürde dadurch gerade nicht geschützt wird, sondern Straftäter durch die Anwendung eines mechanischen Talionsprinzips vielmehr in ihrer Würde verletzt werden. Dies ist für Falls der Grund, weshalb sie zum Schluss kommt, dass das Proportionalitätsprinzip alleine keine gerechten Strafen garantieren könne.

Auch wenn die Postulate ihrer Theorie (bspw. die Abschaffung der Todesstrafe und das prinzipielle Verbot von martialischen Strafen) freilich äußerst begrüßenswert sind, beruht Falls Sorge nach vorliegender Meinung auf einem Missverständnis der Tatproportionalität und des Talionsprinzips: Wie bereits gesehen, muss sich Tatproportionali-

⁵¹⁷ FALLS, S. 46.

⁵¹⁸ Murphy Jeffrie G.: *Cruel and Unusual Punishments*, in: *Retribution, Justice, and Therapy*, Boston 1979 [zit. nach FALLS, S. 47].

⁵¹⁹ Vgl. zum Wesen des Tadels auch VON HIRSCH (2005), S. 66 ff.

⁵²⁰ Siehe zum Verständnis der Kriminalstrafe als sozialetischer Tadel eingehend hinten, B/II./6.1.

tät nicht zwingend auf den Taterfolg beziehen. Proportionale Bestrafung verweist lediglich auf die Anlasstat, die *umfassend* – unter Berücksichtigung der Schuld und der gesamten Tatumstände – zu würdigen ist. Daraus folgt mitnichten zwingend, dass bspw. ein Folterknecht zur Strafe ebenso gefoltert werden muss.⁵²¹ Was das Talionsprinzip angeht, so wurde ebenfalls gezeigt, dass dieses nicht auf eine tatidentische Strafe abzielt (die auch niemals realisierbar wäre), sondern Gleichheit sinnvollerweise nur als *Gleichwertigkeit* verstanden werden kann.⁵²² Falls Besorgnis rührt folglich daher, dass sich ihr Strafmodell zu stark an das kantische Verständnis des Talionsprinzips anlehnt, woraus auch die besagten Probleme mit dem Proportionalitätsgedanken resultieren.

Es ist aber in der Tat nicht von der Hand zu weisen, dass bei bestimmten Schwerstdelikten – zu denken ist etwa an Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord – nach dem Proportionalitätsgedanken eine grausame Strafe verhängt werden könnte, wenn die umfassende Würdigung von Tat und Schuld eine entsprechend harte Sanktion gebietet. Es lässt sich nicht ausschließen, dass in solchen Fällen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz inhuman bestraft wird. Daher erweisen sich die Überlegungen von Falls als überaus wichtig: Sie mahnen, dass eine Sanktion in *keinem Fall* den retributivistischen Grundgedanken der moralischen Verantwortlichkeit verletzen darf und die tatproportionale Strafe darin ihre Begrenzung findet.

Kaiser kritisiert, dass Falls bei ihrem Verbot von martialischen Strafen dem Naturalismus verhaftet bleibe. Es gehe ihr nicht wirklich darum, moralisch verachtenswerte Strafen zu kritisieren, sondern lediglich die physiologischen Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeit zu garantieren. In diesem Sinne werde der menschliche Körper zur Instanz, die letztlich entscheide, ob eine Strafe im Lichte der moralischen Verantwortlichkeit zulässig sei.⁵²³

»Aus der Tatsache, dass der Leib ein Gehirn hat, folgt kein Achtungsanspruch der Person – es sei denn, dieser wird durch eine Norm ver-

⁵²¹ Vgl. hierzu auch MILLER, S. 25, der in seiner hervorragenden Analyse des Talionsprinzips aufzeigt, dass mit »Augen« nicht zwingend »Augen« gemeint sein müssen: »Thus it is that when the rabbis interpreted the talionic passages in the Torah not to require actual eyes and teeth to be paid over but rather money compensation [...]«

⁵²² Siehe zu dieser Problematik vorn, A/II./2.1.

⁵²³ Vgl. KAISER, S. 165.

ordnet. Will man den Wert der sittlichen Person objektiv bestimmen, dann muss man diese Norm als objektive Norm begründen.«⁵²⁴

Die Würde einer Person und das daraus folgende Achtungsgebot müssen in der Tat normativ begründet werden und können nicht aus physiologischen Gegebenheiten abgeleitet werden; dies ist freilich richtig. Der Einwand verkennt aber, dass Falls Theorie weit mehr darstellt, als der bloße Verweis auf die menschliche Körperlichkeit und ihr Strafmodell insbesondere auf die reichhaltigen Grundlagen der kantischen Philosophie aufbaut. Daraus lässt sich meines Erachtens sehr wohl folgern, dass der a priori freie und vernunftbegabte Mensch nur dann als ein moralischer Akteur behandelt wird, wenn er die Möglichkeit erhält, die Strafe in Rechnung zu ziehen und darauf in vernünftiger Weise zu reagieren. Das Verbot von martialischen Strafen wäre die logische Folge dieser Philosophie, was Kant in seiner bemerkenswerten Sturheit offenbar übersehen hat.

Es geht also nicht bloß darum, dass der Täter am Leben bleibt und bei der Bestrafung nicht das Bewusstsein verliert: Vielmehr müssen wir uns bei der Kriminalstrafe die Frage stellen, auf welche Weise wir mit Tätern einen sinnvollen Dialog führen wollen (wie der Staat seinen Tadel kommunizieren möchte). Daher erscheint aus vergeltungstheoretischer Sicht nicht nur die Todesstrafe prinzipiell unzulässig, sondern es sind dies auch andere entwürdigende Strafen, wie Körperstrafen (bspw. die in gewissen Ländern praktizierte Prügelstrafe mit Stöcken)⁵²⁵, die dauerhafte Isolation von Straffälligen, massive psychologische Demütigungen u.d.g. Das verfassungsrechtliche Verbot grausamer Strafen lässt sich demnach mit retributivistischen Argumenten begründen.⁵²⁶

Nicht zuletzt würde bereits der allgemeine Verdienstgedanke, der allen retributiven Theorien innewohnt, das Verbot von martialischen Strafen beinhalten: Gerechter Verdienst (»just desert«) fordert gerade keine beliebigen Strafen im Sinne eines leeren Zurechnungspostulats, noch ist dabei ein mechanischer Ausgleich zwischen Verbrechen und

⁵²⁴ KAISER, S. 172.

⁵²⁵ Vgl. hierzu auch das kürzlich erschienene Werk von MOSKOS, insb. S. 10 ff., der mit seiner Forderung nach einer (Wieder-) Einführung der Prügelstrafe (»flogging«) für Aufsehen erregte und diese im Vergleich zu jahrelangen Freiheitsstrafen als humanere Strafart erachtet.

⁵²⁶ Vgl. hierzu insb. Art. 10 Abs. 3 BV: »Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.«

Strafe gemeint, sondern dieser verweist auf grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen in der Gesellschaft.⁵²⁷ Bereits der allgemeine Sprachgebrauch – um einen Verweis auf das Kapitel der »verdienten Vergeltungsstrafe« zu machen – verdeutlicht, dass bei redlicher Betrachtung barbarische Strafen schlicht mit unserem heutigen rechtsstaatlichen Verständnis von strafrechtlichem Verdienst unvereinbar sind. Durch diese Betrachtungsweise werden die Ansprüche an eine zulässige Bestrafung insgesamt weit höher gesetzt, als von Kaiser befürchtet. Das Strafmodell von Falls erinnert daran, dass keine Begründung der Strafe ohne die Integration von grundlegenden Prinzipien der Moral und Gerechtigkeit angebracht erscheint.

5.3 Das Verbrechen als moralisches Übel

Die Konzeption der moralischen Verantwortlichkeit stellt ferner eine Kritik am »benefit and burden« Strafmodell dar, das zu jener Zeit besondere Popularität genoss. Dieses unterstelle, dass Verbrechen sich lohnen würden, wenn man sich nur nicht erwischen lasse und den unrechtmäßigen Vorteil behalten könne. Nicht nur ehrliche Arbeit, sondern auch Verbrechen führten beide zu Gewinn.⁵²⁸

Falls versucht hingegen dem Täter folgende Botschaft mitzuteilen: Das Verbrechen ist *moralisch schlecht*. Es handelt sich nicht um ein verbotenes Gut, sondern um ein moralisches Übel. An dieser Stelle wird auch der Konnex zur expressiven Funktion der Strafe ersichtlich.⁵²⁹

»Justified punishment, for a retributivist, is not the blind balancing of suffering for suffering, nor the heartless revenge of adding suffering to suffering, nor even the removal of unfair benefits. It is an unequivocal insistence upon moral accountability, an appeal to the best that is within us our ability to act as moral agents.«⁵³⁰

Diese Kritik trifft durchaus zu: Es erscheint allerdings widersprüchlich, Verbrechen einerseits als ein verbotenes Gut darzustellen und ande-

⁵²⁷ Vgl. hierzu auch POJMAN, S. 98 ff., der den Verdienstgedanken als ein grundlegender Aspekt einer Gerechtigkeitsidee versteht, die in einer Vielzahl von Philosophien (bspw. in der Lehre des Karmas), Religionen und in beinahe allen Kulturen der Erde wiederzufinden ist.

⁵²⁸ Vgl. FALLS, S. 32.

⁵²⁹ Siehe zum expressiven Retributivismus hinten, B/II./6.

⁵³⁰ FALLS, S. 50 f.

rerseits mit dem moralischen Tadel der Kriminalstrafe hinterher zu verdammen. Verbrechen können höchstens aus der Sicht des Verbrechers ein Gut darstellen, sind aber in den Augen der Gesellschaft ein moralisches Übel.

6. Expressiver Retributivismus

Die expressive Vergeltungsstrafe wird anhand der Theorie von Andrew von Hirsch dargestellt, der als einer der bedeutendsten Vertreter dieser Strafkonzepktion angesehen wird.⁵³¹ Nach dieser Auffassung wird die Kriminalstrafe als *Kommunikationsmittel* betrachtet. Strafe besitzt eine Botschaft und drückt gegenüber dem Täter und der Gesellschaft aus, dass das verübte Delikt verdammenswert ist.⁵³² Zentral ist hierbei die Unterscheidung zwischen der Missbilligung, die als Antwort auf das Unrecht ausgedrückt wird und dem Übel, das dem Täter durch die Strafe auferlegt wird.⁵³³

6.1 Strafe als Tadel

Die Kriminalstrafe beinhaltet einen tadelnden Vorwurf gegenüber dem Fehlbaren und dient der Missbilligung seiner Tat. Dieser Tadel besitzt bei von Hirsch drei Funktionen:

Die erste und wichtigste Kommunikationsebene bildet der *Dialog mit dem Straftäter*. Durch die Kriminalstrafe drückt der Staat diesem gegenüber aus, dass das verübte Delikt ein *Unrecht* war. Auch wenn von Hirsch hierbei von einer »moralischen Kommunikation« spricht und die Strafe als Angebot zur moralischen Besserung versteht⁵³⁴, tritt er dezidiert keinen Sühnegedanken:

⁵³¹ Vgl. KAISER, S. 180; für eine eingehende Kritik an seiner Strafauffassung LIPPKKE (2006), S. 283 ff.

⁵³² Vgl. NOVAK, S. 187; zwischen akzessorischem und nicht-akzessorischem Expressivismus differenzierend KAISER, S. 167 ff.; vgl. auch zur expressiven Funktion der Strafe im Völkerstrafrecht VEST (2007), S. 269.

⁵³³ Vgl. NOVAK, S. 187; ferner VON HIRSCH/ASHWORTH, S. 95: »Punishment consists in (1) the imposition of hard treatment, in a manner that (2) conveys disapproval of the actor for his conduct.«; ebenso KAISER, S. 167, mit der Unterscheidung zwischen »kommunikativem Widerspruch« und »harter Behandlung«.

⁵³⁴ VON HIRSCH (2005), S. 68.

»Ich vertrete keine Theorie der Buße, der zufolge die Reaktion auf die Tat dazu bestimmt wäre, in dem Täter bestimmte Gefühle, sei es Scham, der Reue oder sonstiger Art zu erregen.«⁵³⁵

Den moralischen Gehalt des Tadels zu unterstreichen, ist aber deshalb von großer Bedeutung, da eine ethisch indifferente Sanktion die Würde des Täters verletzen würde:

»Eine neutrale Sanktion würde Täter bzw. potentielle Täter eher wie Tiere in einem Zirkus behandeln, wie Kreaturen, die eingesperrt, eingeschüchtert oder einer Dressur unterworfen werden müssen.«⁵³⁶

Gegen die Auffassung, dass es dem Strafrecht egal sei, ob sich Bürger aus moralischer Überzeugung oder aus Furcht vor Strafe rechtstreu verhalten⁵³⁷, würde von Hirsch demnach einwenden, dass die Kriminalstrafe die Persönlichkeit von Tätern verletzen würde, wenn sie sich mit der blossen Abschreckung begnügen würde. Die Präventionsstrafe erscheint für ihn ohne das deontologische Element des Tadels nicht legitimierbar.⁵³⁸ Diesem wertvollen Gedanken begegnet man schon bei Kant und Hegel.⁵³⁹

Hingegen sind Strafen ohne Aussicht auf präventive Nützlichkeit ebenso unzulässig. Von Hirsch sieht eine Notwendigkeit, Tadel und Prävention miteinander zu kombinieren.⁵⁴⁰ Der eine Aspekt ist nach seinem Modell nicht denkbar ohne den anderen:

»[...] so dass die staatliche Strafe dann abgeschafft werden dürfte, wenn sie hinsichtlich der Verhinderung von Rechtsgüterverletzungen nutzlos (oder nicht hinreichend nützlich) wäre.«⁵⁴¹

Der Tadel, verstanden als ein moralischer Appell, führt außerdem zu einer Kritik an der positiven Generalprävention: Diese behandle den Täter nicht als einen moralischen Akteur. Es gehe hierbei lediglich

⁵³⁵ VON HIRSCH (2005), S. 69.

⁵³⁶ VON HIRSCH (2005), S. 70; VON HIRSCH (2003), S. 57.

⁵³⁷ Siehe hierzu eingehend vorn, A/II./2.4.1.3.

⁵³⁸ Vgl. hierzu auch VON HIRSCH (1992), S. 67, mit der Anmerkung, dass es auch die moralische Missbilligung sei, die eine Geldstrafe von anderen Rechtsinstituten, wie bspw. einer Steuer, abgrenze. Das Ergebnis, die Auferlegung einer finanziellen Belastung, sei jedoch in beiden Fällen dasselbe.

⁵³⁹ Vgl. hierzu bspw. HEGEL (1979b), § 99, Zusatz, S. 190: »Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt.«

⁵⁴⁰ VON HIRSCH (2005), S. 58 f.; ferner auch VON HIRSCH (2003), S. 55.

⁵⁴¹ VON HIRSCH (2005), S. 58.

um eine »instrumentelle Rechtfertigung«, bei der die Bestrafung den Zweck verfolge, das zukünftige Verhalten der restlichen Bürger positiv zu beeinflussen. Bei der positiven Generalprävention werde der Tadel gerade nicht an einen individuellen Täter gerichtet und es werde nicht versucht, die Strafe ihm persönlich gegenüber legitim und einsichtig zu machen.⁵⁴²

Als zweite Kommunikationsebene nennt von Hirsch den *Dialog zwischen dem Staat und dem Opfer*. Der Tadel drückt ihm gegenüber aus, dass sein erlittenes Unrecht von der Gemeinschaft anerkannt wird.⁵⁴³ Es geht dabei nicht bloß um die Anerkennung einer Schädigung, wie sie ein Zivilrichter in einem haftpflichtrechtlichen Fall vornehmen würde, sondern das Opfer soll durch die tadelnde Strafe wissen, dass es den Schaden aufgrund der schuldhaften Handlung einer anderen Person erlitten hat und die Gemeinschaft sein Schicksal anerkennt.⁵⁴⁴ Zudem soll durch den Tadel die Anmaßung des Täters, sich über seine Mitmenschen zu erheben, vereitelt und gleichzeitig die Stellung des Opfers erhöht werden.⁵⁴⁵

Schließlich besteht beim strafrechtlichen Tadel eine dritte Kommunikationsebene: der *Dialog mit der Gesellschaft*. Durch die autoritative Feststellung des Unrechts sollen die restlichen Gesellschaftsmitglieder die Botschaft erhalten, solche Handlungen zu unterlassen. Dies geschieht nicht ausschließlich durch die tadelnde Strafe im Einzelfall, sondern bereits durch die Rechtsnormen, welche diesen Appell auf generell-abstrakte Weise zum Ausdruck bringen.⁵⁴⁶

Bei der expressiven Kriminalstrafe ist zunächst nicht offensichtlich, inwiefern diese eine retributive Sanktion darstellen soll. Bei näherer Betrachtung treten indessen die Grundmuster des Retributivismus deutlich in Erscheinung: Bestraft wird zunächst nur, wer ein Unrecht verübt hat. Erst dann gibt es überhaupt einen Ansprechpartner und ist die beschriebene Kommunikation zwischen Staat und Täter möglich. Weitere retributive Elemente ergeben sich aus dem Wesen des Tadels selbst: Dieser drückt eine Missbilligung aus, die dem verübten

⁵⁴² VON HIRSCH (2005), S. 66.

⁵⁴³ Vgl. NOVAK, S. 188.

⁵⁴⁴ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 68.

⁵⁴⁵ Vgl. hierzu KAISER, S. 174 f.

⁵⁴⁶ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 70.

Delikt entspricht (Proportionalität). Es handelt sich hierbei nicht um die pauschale Mitteilung, dass die Regeln des Strafrechts nicht verletzt werden sollen, sondern es wird der *individuelle Täter* in Bezug auf sein *konkret verübtes Delikt* angesprochen. Der Tadel knüpft damit an den allgemeinen Verdienstgedanken des Vergeltungsprinzips an: Je schwerer das Delikt, umso eindringlicher muss auch der darauf folgende Tadel ausfallen.⁵⁴⁷

»Der einem Raub angemessene Tadel beispielsweise muss sich auf das Unrecht dieser vorsätzlichen Verletzung einer anderen Person beziehen, und nicht nur auf die Tatsache, dass eine Verbotsnorm übertreten wurde.«⁵⁴⁸

In diesem Sinne wird der Tadel zu einem restriktiven Prinzip; präventive Strafziele werden dadurch eingeschränkt, dass der Tadel dem verübten Delikt entsprechen muss. Zudem würde eine überproportionale Bestrafung auch dem Gebot der *Fairness* widersprechen.⁵⁴⁹

»The central claim of desert theory is that proportionality is a requirement of fairness. Penalties should be scaled to reflect the blameworthiness of offences, because blame is what the sanction expresses.«⁵⁵⁰

Ebenso folgt aus der Konzeption des Tadels – und dies kann als weitere straflimitierende Wirkung angesehen werden –, dass nicht jedes Verhalten zu pönalisieren ist, sondern nur jene Handlungen, die auch tadelnswürdig erscheinen.⁵⁵¹ Das Strafrecht ist gerade kein bloßes Ordnungsinstrument, bei dem beliebige Handlungen unter Strafe gestellt werden können, sondern dient dem moralischen Tadel. Dieser wertvolle Gedanke drückt aus, dass das Strafrecht unter allen anderen staatlichen Maßnahmen stets *Ultima Ratio* bleiben sollte.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Vgl. hierzu auch NOVAK, S. 187.

⁵⁴⁸ VON HIRSCH (2005), S. 71.

⁵⁴⁹ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 65; DUFF, S. 25; ebenso VON HIRSCH (1992), S. 56, der den Proportionalitätsgedanken als einen angeborenen Sinn für Gerechtigkeit und Fairness beschreibt: »It is because the principle embodies [...] notions of justice. People have a sense that punishments scaled to the gravity of offences are fairer than punishments that are not.«; zu dieser Problematik auch WOLF (1992b), S. 201 f., der bei bloß nützlichen Strafen einen Mangel an Respekt gegenüber dem Täter erblickt, der hierdurch in seiner Autonomie verletzt wird und nicht die Gelegenheit hat, dieser Instrumentalisierung zuzustimmen.

⁵⁵⁰ VON HIRSCH/ASHWORTH, S. 96.

⁵⁵¹ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 71 f.

⁵⁵² Vgl. für eine eingehende Begründung, weshalb der Grundsatz der Sparsamkeit (»parsimony«) im Strafrecht von großer Bedeutung ist, LIPPKE (2009), S. 382 ff., der insb. die negativen Folgen der Kriminalstrafe darlegt und aufzeigt, warum es erstrebens-

6.2 Strafe als harte Behandlung

Der Übelscharakter der Sanktion erscheint für von Hirsch deshalb notwendig, da ein rein symbolischer Gehalt der Strafe nicht fruchtbar wäre. Er ist sich bewusst, dass Täter aufgrund ihrer menschlichen Natur mehr bedürfen als bloße Mitteilungen, sondern dass diese Botschaften mit einem Übel verbunden werden müssen.⁵⁵³

»Personen [...] sind weder Engel, für die rein normative Appelle ausreichen würden, noch Tiere, die nur durch Drohungen beeinflusst werden können. Vielmehr sind Menschen moralische, aber fehlbare Lebewesen – fähig, sich von normativen Appellen motivieren zu lassen, aber doch in Versuchung, ihnen zuwiderzuhandeln.«⁵⁵⁴

Das auferlegte Übel (»hard treatment«) dient dazu, den Täter für die Botschaft der Strafe empfänglich zu machen und liefert ihm – neben der normativen Mitteilung – einen weiteren Grund (von Hirsch spricht von »prudential reason«) sich künftig rechtskonform zu verhalten.⁵⁵⁵ Es soll beim Täter eine »Entmutigung« bzgl. der Begehung weiterer Delikte bewirken und besitzt insofern eine präventive Funktion.⁵⁵⁶ Der Übelscharakter der Strafe wird demnach utilitaristisch begründet und dient dazu, den normativen Grund der Bestrafung zu unterstützen.⁵⁵⁷ Wer würde sich schon freiwillig von öffentlichen Autoritäten belehren lassen?

»[...] unsere Gesellschaften gehören nicht zu denen, in denen es einen König, einen Hohepriester oder sonst eine Gestalt oder Instanz gibt, die das leisten könnte.«⁵⁵⁸

Mit dieser Begründung des Strafübels kann jener Kritik am Expressivismus entgegengetreten werden, die bemängelt, dass bei diesem Modell nicht hinreichend klar werde, weshalb der Tadel über-

wert wäre, Strafe stets als »Ultima Ratio« unter allen staatlichen Interventionsmöglichkeiten zu begreifen.

⁵⁵³ Vgl. VON HIRSCH (2003), S. 56.

⁵⁵⁴ VON HIRSCH (2005), S. 76, der indessen die Möglichkeit nicht ausschließt, dass in anderen Gesellschaftsformen eine informelle Konfliktbewältigung möglich wäre. Vgl. hierzu VON HIRSCH/ASHWORTH, S. 95: »We thus do not assert that punishment is the only justifiable response to predatory behaviour than any society could have.«

⁵⁵⁵ Vgl. VON HIRSCH (2003), S. 56.

⁵⁵⁶ VON HIRSCH (2005), S. 76; VON HIRSCH (2003), S. 56.

⁵⁵⁷ Vgl. hierzu auch KAISER, S. 180; LIPPKE (2006), S. 283.

⁵⁵⁸ VON HIRSCH (2005), S. 74.

haupt noch mit einem Übel verbunden werden muss und nicht bspw. im Sinne einer bloßen öffentlichen Bekanntmachung (»shaming«)⁵⁵⁹ ausgedrückt werden kann.⁵⁶⁰

Bei solchen »Prangerstrafen« ist einerseits fraglich, ob eine öffentliche Beschämung nicht gerade auch ein Strafübel darstellt und andererseits, ob solche Praktiken Täter nicht in ihrer Würde und Persönlichkeit verletzen.⁵⁶¹

Gegen die Auffassung, man müsse der moralischen Botschaft durch die Auferlegung eines Übels »nachhelfen«, könnte ferner eingewendet werden, dass es sich dann gerade nicht mehr um ein Angebot zur moralischen Besserung, sondern um bloße Einschüchterung im Sinne der präventiven Abschreckung handelt.

Hier gilt es indessen zu bedenken, dass in einem retributiven Modell ein Strafübel nie derart ausgestaltet werden darf, dass der Täter seiner Willensfreiheit und Würde beraubt wird. Es wird ihm folglich kein Messer an die Kehle gesetzt, sondern die harte Behandlung soll ihn »wachrütteln« und ihm die *Möglichkeit* geben, den moralischen Appell der Strafe in Rechnung zu ziehen. Die Sanktion ist nie auf eine Art und Weise zu verhängen, dass dem Täter die Botschaft vermittelt wird, es handle sich bei ihm um ein Subjekt, welches – im Gegensatz zu allen rechtstreuen Bürgern – nicht in der Lage ist, als moralischer Akteur zu handeln. Es genügt daher nicht, den Täter bloß als »Außenseiter« und »Krimineller« abzustempeln, sondern die Sanktion sollte den Fehlbaren animieren, seine moralische Selbstbeherrschung zu stärken und in ihm den Wunsch auslösen, künftig Teil der rechtstreuen Gemeinschaft zu bleiben. Die Sanktion darf den Täter folglich nicht auf krasse Weise degradieren, sondern hat ihn als prinzipiell verantwortungsvolle Person zu behandeln, die in der Lage ist, den Tadel in Rechnung zu ziehen.⁵⁶² Von Hirsch wendet gegen die Gefahr einer Instrumentalisierung der Strafe durch die Berücksichtigung von präventiven Überlegungen ein:

⁵⁵⁹ Vgl. hierzu DUBBER, S. 496 f., mit Beispielen aus der US-amerikanischen Strafpraxis. So wird bspw. ein Ladendieb gezwungen, ein Schild mit der Aufschrift »Ich bin ein verurteilter Ladendieb« öffentlich zu tragen oder Sexualverbrecher werden dazu verurteilt, an ihrer Haustüre entsprechende Warnschilder anzubringen und ihre Personalien auf einer Internetseite zu veröffentlichen.

⁵⁶⁰ Vgl. FARNHAM, S. 606 f.; DUBBER, S. 495 ff.

⁵⁶¹ Vgl. zu dieser Problematik auch KUNZ (2011), § 31 N 35; SEELMANN (2012), S. 190 f., der die Verfassungskonformität dieser Strafart bezweifelt.

⁵⁶² Vgl. hierzu LIPPE (2009), S. 391.

»Vielmehr wäre [bei einer exzessiven Strafe] das dem Täter zugefügte Übel rein präventiv und in keiner essentiellen Weise missbilligend; sie wäre eine Art Tierdressur, die den Täter nicht als zu moralischen Überlegungen fähige Person behandeln würde.«⁵⁶³

Da die Kriminalstrafe weit mehr als ein Übel darstellt, kann diese nicht beliebig ausgestaltet sein; ihre retributive Natur verbietet nach dem Gesagten disproportionale Strafen.⁵⁶⁴ Der Staat kann, wenn er auf glaubwürdige Weise tadeln möchte, nicht menschenverachtend strafen, denn dadurch würde er selbst zum noch größeren Gauner und verlöre jede Berechtigung zur moralischen Belehrung.

⁵⁶³ VON HIRSCH (2005), S. 80; NOVAK, S. 190.

⁵⁶⁴ Vgl. VON HIRSCH (2010), S. 375, ferner auch S. 378, der solche übermäßigen »Strafen« als Maßnahmen »in terrorem« bezeichnet.

C. Der Vergeltungsgedanke im Gefüge der juristischen Straftheorien

Um aufzuzeigen, wie der Vergeltungsgedanke in den Diskurs über die Rechtfertigung von Strafe eingebettet ist, wird nachfolgend das Gefüge der juristischen Straftheorien zur Darstellung gebracht. Hierbei hat sich eine kategoriale Einteilung der verschiedenen Strafauffassungen durchgesetzt. Auch wenn diese »Strafzwecktheorien« in der Rechtsdogmatik ausgiebig diskutiert werden, sind sie freilich keine Schöpfung der Jurisprudenz, sondern werden bspw. auch im philosophischen Kontext behandelt.

Die Straftheorien lassen sich zunächst in zwei Hauptgruppen unterteilen: in *absolute* und *relative* Straftheorien. Bei der letzteren Kategorie lässt sich eine weitere Differenzierung vornehmen, indem man der Strafe entweder eine *generalpräventive* oder eine *spezialpräventive* Wirkung zuschreibt.⁵⁶⁵

Die relativen Straftheorien und der Utilitarismus als ihr philosophischer Hintergrund sollen keiner ausführlichen Rechtfertigung unterzogen werden, da die vorliegende Untersuchung sich auf den Vergeltungsgedanken beschränkt.⁵⁶⁶ Die Ausführungen dienen vielmehr dazu, die *Alternativen* zum Retributivismus mit ihren wesentlichen Problemerkisen zu skizzieren und damit der Frage nachzugehen, ob der Verzicht auf Vergeltung – im Sinne eines rein präventiven Strafverständnisses – eine brauchbare Antwort auf die Frage nach der Legitimation von Strafe darstellen würde. Hierbei soll deutlich gemacht werden, dass eine befriedigende Lösung dieses Problems – sofern denn eine solche überhaupt denkbar ist – nur unter Berücksichtigung des Vergeltungsgedankens möglich erscheint.

⁵⁶⁵ Vgl. SEELMANN (2012), S. 24 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. zum Utilitarismus und seiner Rechtfertigung WOLF (1992a), S. 38 ff.; zum Utilitarismus nach Mills auch ausführlich WOLF (1992b); ferner, insb. zum Regelutilitarismus, MONA (2007), S. 223 ff.; spez. zum utilitaristischen Strafgedanken nach Bentham auch VON HIRSCH (1992), S. 57 ff.

I. Exkurs: Der Schulenstreit des 19. Jahrhunderts

Der vorliegende Abschnitt greift in knapper Weise die Strafrechtsentwicklung Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland auf, um die Bedeutung und Stellung des Vergeltungsgedankens in der strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung zu verdeutlichen.⁵⁶⁷ Schon zur damaligen Zeit herrschte eine unüberschaubare Fülle an Literatur über die Strafzweckdiskussion.⁵⁶⁸ Besonders hervorzuheben sind zwei Rechtsschulen, die sog. »klassische« und »moderne« Schule, die sich konkurrierend gegenüberstanden.⁵⁶⁹ Dieser *Schulenstreit* am Ende des 19. Jahrhunderts wird gemeinhin als eine in der deutschen Dogmatik geführte Auseinandersetzung über Sinn und Zweck der Kriminalstrafe verstanden.⁵⁷⁰ Der Streit betraf außerdem die Debatte über Willensfreiheit und die daraus resultierenden strafrechtlichen Konsequenzen (Determinismus-/Indeterminismusdebatte).⁵⁷¹

Der gesellschaftliche Hintergrund des Schulenstreits lässt sich folgendermaßen umschreiben: Im Deutschen Kaiserreich war zu jener Zeit ein tief greifender Wandel festzustellen. Die rasante wirtschaftliche Entwicklung und die damit verbundene Urbanisierung brachte eine Reihe von gesellschaftlichen Problemen mit sich. Der starke Bevölkerungsanstieg führte insbesondere zu sozialen Schwierigkeiten, wie großer Armut bestimmter Bevölkerungsschichten und zu einer damit einhergehenden Zunahme der Kriminalität (Armutsdelinquenz).⁵⁷² Vor diesem Hintergrund ist auch die strafrechtliche Entwicklung zu sehen.

1. Die klassische Schule

Als Hauptvertreter der klassischen Strafrechtsschule kann Karl Binding angesehen werden.⁵⁷³ Seine Strafauffassung war im Sinne des Klassi-

⁵⁶⁷ Auf eine weiterführende rechtshistorische Darstellung wird vorliegend verzichtet. Vgl. zu den strafrechtlichen Entwicklungstendenzen im 19. Jahrhundert VORMBAUM, S. 53 ff.; spez. zum Schulenstreit auch KOCH, S. 129 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. BOHNERT, S. 145.

⁵⁶⁹ Vgl. hierzu KOCH (2007), S. 127, der den hart und emotional geführten Kampf zwischen den Vertretern der beiden Rechtsschulen beschreibt.

⁵⁷⁰ Vgl. KOCH (2007), S. 127.

⁵⁷¹ Vgl. hierzu BOHNERT, S. 163 ff.

⁵⁷² Vgl. KOCH (2007), S. 129.

⁵⁷³ Vgl. KOCH (2007), S. 127.

zismus weitgehend vom Vergeltungsgedanken geprägt und orientierte sich kaum an den gesellschaftlichen Auswirkungen der Strafe.⁵⁷⁴ Maßgebend war vielmehr der Gedanke, dass die Kriminalstrafe grundlegenden Prinzipien verpflichtet sein soll und dazu dient, ausgleichende Gerechtigkeit zu verwirklichen.⁵⁷⁵ Die Strömung wandte sich damit gegen die moderne Schule mit ihrem ausgeprägten Zweckgedanken (dazu sogleich), die den Grund der Strafe in ihren nützlichen Folgen für die Gesellschaft erblickte.

Das von der klassischen Schule geforderte Strafwesen stellt ein *Schuld vergeltendes Tatstrafrecht* dar⁵⁷⁶, bei dem die Legitimation staatlicher Sanktionen im verübten Normbruch behauptet wird:

»Durch die Normen erhält der Staat ein Recht gegen alle seinen Gesetzen Unterstehenden auf Befolgung seiner Ver- und Gebote.«⁵⁷⁷

Strafe ist keine nützliche Angelegenheit, sondern dient nach Binding – wenn überhaupt – lediglich der Bewährung der Rechtsmacht:

»Er [der Staat] bezahlt nicht Übeltat mit Übeltat, Unrecht mit Unrecht, sondern bekämpft den Feind des Rechts mit der Macht des Rechts.«⁵⁷⁸

Binding bezeichnet indessen selbst die Bewährung der Rechtsmacht als bloße »Reflexwirkung«. ⁵⁷⁹ Für ihn liegt der eigentliche Sinn der Strafe ausschließlich in der Ausführung der gesetzlichen Strafandrohung und in der Vergeltung des begangenen Normbruchs: »Es giebt keinen Strafzweck, der jenseits der Exekution läge.«⁵⁸⁰

Was die Anerkennung von nützlichen Strafzwecken betrifft, zeigt sich Binding äußerst zurückhaltend:

⁵⁷⁴ Vgl. zur Straftheorie von Binding auch eingehend BOHNERT, S. 72 ff.

⁵⁷⁵ Vgl. KOCH (2007), S. 131 f.

⁵⁷⁶ Eine Einteilung von Tätern in unterschiedliche Kategorien, wie sie die moderne Schule propagierte, bezeichnete Binding als »humoristisch« und »drollig« und lehnte diese als undurchführbar ab. Vgl. hierzu BINDING, S. 207.

⁵⁷⁷ BINDING, S. 227.

⁵⁷⁸ BINDING, S. 229; ferner auch S. 228: »Er hat gegenüber dem Gesetz die Machtfrage gestellt. Deshalb antwortet es ihm durch seine zwangsweise Unterwerfung unter seine Macht oder Herrlichkeit.«

⁵⁷⁹ BINDING, S. 235.

⁵⁸⁰ BINDING, S. 235; vgl. ferner ebenda: »Das Strafrecht gegenüber dem Delinquenten entspringt allein dem begangenen Verbrechen, die Strafpflicht zugleich der Rücksicht auf dessen rechtzerschütternde Wirkung und auf die dadurch ausgelöste Notwendigkeit der Rechtsbewährung. Die Strafanwendung hat also ihren Rechtsgrund nicht alleine im Delikt, sondern ist in diesem Sinne doppelt bedingt. Und dies ist der richtige Kern in den sog. Vereinigungstheorien.«

»Dieser approximative Ausgleich [zwischen Tat und Strafe] ist der einzige Strafzweck, den das positive Recht anerkennt. Er gilt in den Augen des Gesetzgebers mit dem Strafvollzug als erreicht.«⁵⁸¹

Demgemäß stellt auch Bindings Strafe insofern eine Zweckstrafe dar, als sie zur Bewahrung der Autorität des Gesetzes und – wie alle retributiven Strafauffassungen – zur Herstellung von Gleichheit dient.⁵⁸² Diese Zweckfrage erscheint jedoch müßig, da – wie im weiteren Verlauf zu zeigen ist – die gemeinhin vorgenommene Distinktion zwischen »zweckfreien« und »zweckgebundenen« Theorien ohnehin nicht haltbar erscheint.⁵⁸³

Die Berücksichtigung von spezialpräventiven Anliegen und die Ausgestaltung der Strafe nach dem Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft, wie dies die moderne Schule verlangte, wurden strikt abgelehnt.⁵⁸⁴ Auch verwahrte sich Binding gegen eine Einmischung der Strafrechtswissenschaft in die Kriminalpolitik, sondern verstand sich als reiner Strafrechtsdogmatiker.⁵⁸⁵ Zu den neuen Präventionsbemühungen äußert sich Binding mahndend:

»Die in neuster Zeit sog. »Sicherungsstrafe« ist gar keine Strafe mehr: denn sie hat jeden Zusammenhang mit der Schuld verloren.«⁵⁸⁶

Für die klassische Schule ist Strafe *tatproportionale Vergeltung* für ein begangenes Unrecht. Binding bemerkt zum retributiven Strafgedanken trefflich:

»Andererseits begegnet man bei solchen, die den Vergeltungsgedanken schroff ablehnen, oft einem merkwürdigen Unverständnis für diesen m.E. tiefsten Gedanken der Weltgeschichte. [...] eine arithmetische Gleichung zwischen Schuld und Strafe ist in der Tat nicht möglich, wohl aber ein annäherndes Ausmaß der Schwere der Tat und ein annäherndes Ausmaß der Strafe, die innerhalb eines bestimmten Strafsystems jener Schwere proportional ist.«⁵⁸⁷

⁵⁸¹ BINDING, S. 234.

⁵⁸² Vgl. FROMMEL, S. 113.

⁵⁸³ Siehe zu dieser Problematik eingehend hinten, C/II./1.1.

⁵⁸⁴ Vgl. BOHNERT, S. 93.

⁵⁸⁵ Vgl. FROMMEL, S. 114.

⁵⁸⁶ BINDING, S. 207.

⁵⁸⁷ BINDING, S. 228; zum Vergeltungsgedanken bemerkt er weiter: »Das ist die Entdeckung des Vergeltungsgedanken, des großartigsten und unverfänglichsten auf dem Gebiete der Ethik, in konkreter Anwendung: der Kunst des Ausmaßes der Verbrechensfolge nach der Schwere der Untat.« Vgl. hierzu Binding Karl: Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht, Leipzig 1909 [zit. nach BOHNERT, S. 73].

Des Weiteren grenzt er den Vergeltungsgedanken – korrekt verstanden als tat- und schuldproportionaler Ausgleich – ausdrücklich von archaischer Rache ab:

»Wenn bspw. Heimberger [...] fragt: ›Was ist Vergeltung?‹ und antwortet: ›Wenn man es ehrlich sagen will: Weiter nichts als Rache‹, so beweist dies nur, dass ihm beide Begriffe vollständig fremd sind.«⁵⁸⁸

2. Die moderne Schule und der Siegeszug der Prävention

2.1 Das Marburger Programm

Zur damaligen Zeit mehrten sich Stimmen, die aufgrund der als bedrohlich empfundenen Kriminalitätsentwicklung eine Abkehr vom abstrakten Vergeltungsgedanken und neue Lösungsansätze im Sinne handfester Prävention forderten, die das geltende Reichsstrafgesetzbuch nicht bieten konnte.⁵⁸⁹ Es erschien deshalb überkommen, da es für neu entstandene Kriminalitätsformen keine passenden Sanktionen bereithielt. Stark dominierend war im Reichsstrafgesetzbuch die Freiheitsstrafe, die für die wachsende Kleinkriminalität kein probates Mittel darstellte. Geldstrafen hatten lediglich eine sehr geringe Bedeutung und auch ein fehlendes Jugendstrafrecht ließ den Ruf nach einer Rechtsreform lauter werden. Im Bereich der schweren Kriminalität fehlte insbesondere die Möglichkeit von Maßnahmen, wie bspw. einer Sicherungsverwahrung.⁵⁹⁰

Als bedeutendster Vertreter der damaligen Präventionsbewegung kann Franz von Liszt angesehen werden. Er erachtete ein Strafsystem, das ausschließlich auf tatorientierte Vergeltung ausgerichtet ist – besonders im Bereich der Kleinkriminalität und bei Gewohnheitsverbrechen – als unzureichend. Für ihn ist der Sinn der Strafe im Schutz der Gesellschaft zu finden.⁵⁹¹

In seinem berühmten »Marburger Programm« forderte von Liszt drei zentrale Zwecke der Strafe: die *Abschreckung*, die *Besserung* und

⁵⁸⁸ BINDING, S. 228.

⁵⁸⁹ Vgl. KOCH (2007), S. 130 f.

⁵⁹⁰ Vgl. zu dieser Entwicklung auch KOCH (2007), S. 129 ff.

⁵⁹¹ Vgl. KOCH (2007), S. 132.

die *Unschädlichmachung* von Straftätern.⁵⁹² Dieser differenzierte Ansatz führte zur Notwendigkeit, sich eingehender mit dem Phänomen Kriminalität auseinanderzusetzen. Demgemäß beinhaltete die von ihm geforderte »gesamte Strafrechtswissenschaft« eine Verknüpfung mit anderen Wissenschaften, wie bspw. der Kriminologie, der Soziologie und der Kriminalpolitik.⁵⁹³ Das lisztsche Strafmodell ist derart vielfältig und gegensätzlich, dass ihm bis zum heutigen Tage auch stark unterschiedliche Bewertungen zuteil wurden.⁵⁹⁴

Neben dem viel gelobten Besserungsgedanken (für die seiner Ansicht nach Besserungsfähigen) beinhaltete das Marburger Programm ebenso unhaltbare, menschenverachtende Anschauungen und Forderungen – besonders für die Deliktskategorie der »Unverbesserlichen«. Täter, die sich nicht resozialisieren ließen, wurden in besonderer Weise zur Zielscheibe seiner brutalen Sanktionsvorstellungen. Von Liszt bemerkt zu den Gewohnheitsverbrechern in einer an Hässlichkeit kaum zu überbietenden Weise:

»Handelt es sich doch nur um ein Glied [...] in jener Kette von sozialen Krankheitserscheinungen, welche wir unter dem Gesamtnamen des Proletariats zusammenzufassen pflegen. Bettler und Vagabonden, Prostituierte beiderlei Geschlechts und Alkoholisten, Gauner und Halbweltmenschen im weitesten Sinne, geistig und körperlich Degenerierte – sie alle bilden das Heer der grundsätzlichen Gegner der Gesellschaftsordnung, als deren Elitetruppe die Gewohnheitsverbrecher erscheinen.«⁵⁹⁵

Gewohnheitsverbrecher, die für ihn einen »Krebsschaden« darstellten, sollten aus der Gemeinschaft isoliert und für immer weggesperrt werden.⁵⁹⁶

»Gegen die *Unverbesserlichen* muss die *Gesellschaft* sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die *Einsperrung auf Lebzeit* [...]«⁵⁹⁷

⁵⁹² Vgl. VON LISZT, S. 42; ferner FRISTER (2011), Kap. 2 N 14; KOCH (2007), S. 129 ff.

⁵⁹³ Vgl. FROMMEL, S. 114.

⁵⁹⁴ Vgl. KOCH (2007), S. 133 f.; FROMMEL, S. 83 f.

⁵⁹⁵ VON LISZT, S. 43.

⁵⁹⁶ VON LISZT, S. 42.

⁵⁹⁷ VON LISZT, S. 45.

Zur näheren Ausgestaltung einer solchen »Strafknechtschaft mit strengstem Arbeitszwang« forderte er die »Prügelstrafe«, den »Dunkelarrest« und »Fasten« als unterstützende Disziplinarstrafen.⁵⁹⁸

Ähnlich grausame, von einem schrankenlosen Präventionsgedanken geleitete Sanktionen forderte bereits vor dem Marburger Programm der Reichsgerichtsrat Otto Mittelstädt. Dieser hatte durch sein Schrifttum auch maßgeblich die lisztsche Position beeinflusst.⁵⁹⁹ Er plädierte dafür, die Sanktionshärte durch Exekutionen, Zwangsarbeit und Körperstrafen bis zum Äußersten zu steigern, da sich die Gesellschaft in »einem langen Kriegszustand gegen ihre innere Feinde« befinde, den es um jeden Preis zu gewinnen gelte.⁶⁰⁰

Das Marburger Programm weckte bald Forderungen, die selbst von Liszt nicht mehr teilen konnte: So wurde unter anderem vorgeschlagen, das Strafrecht gänzlich durch ein Modell der »sozialen Verteidigung« zu ersetzen, bei dem die Begehung einer Straftat keine Voraussetzung mehr für eine Sanktion gewesen wäre.⁶⁰¹

Diese Postulate verdeutlichen auf eindrückliche Weise die möglichen Schattenseiten einer rein utilitaristischen Strafauffassung.⁶⁰² Es zeigt sich hier deutlich, wohin ein Strafmodell führen kann, das (im Sinne der reinen Präventionsidee) vor lauter »Problemlösung« das Bemühen um eine tat- und schuldproportionale, verdienstbasierte und letztlich gerechtigkeitsorientierte Strafe für überflüssig erachtet. Unter dem Strich kommen an der Modernität dieser Strafauffassung erhebliche Zweifel auf und es erscheint allerdings fraglich, inwiefern ein solch pervertiertes Verständnis von strafrechtlicher Prävention als fortschrittlich bezeichnet werden kann. Gerade die im Marburger Programm geforderte Isolation von Gewohnheitsverbrechern ist vielmehr als krass »illiberal« und »autoritär« anzusehen.⁶⁰³

Positiv erscheinen die Forderungen in Bezug auf besserungsfähige Täter. In jenem Bereich sind die Kritik an kurzen Freiheitsstrafen und die Forderung nach Bewährungsstrafen zu würdigen.⁶⁰⁴ Ferner

⁵⁹⁸ VON LISZT, S. 46 f.

⁵⁹⁹ Vgl. KOCH (2007), S. 130.

⁶⁰⁰ Vgl. hierzu KOCH (2007), S. 130 f. m.w.N. auf die Literatur von Mittelstädt.

⁶⁰¹ Vgl. hierzu KOCH (2007), S. 137.

⁶⁰² Vgl. hierzu auch KOCH (2007), S. 135 f.

⁶⁰³ SANDER, S. 97 f.

⁶⁰⁴ Vgl. KOCH (2007), S. 134.

ist auch nicht zu verkennen, dass die Strafauffassung eine starke Differenzierung der Sanktionen beinhaltet und täterspezifische Lösungen zu vermitteln versucht.

2.2 Triebhafte Strafbedürfnisse?

Neben der Problematik der maßlosen Präventionsidee erscheint ferner ein anderer Gedanke in der liztschen Strafauffassung interessant: Die Annahme, dass sich die moderne Schule gänzlich dem Präventionszweck verpflichtete, ist wohl nicht ganz zutreffend. Freilich steht hier der Präventionsgedanke – im Gegensatz zur klassischen Schule – viel stärker im Vordergrund. Die Rechtsschule betont zunächst klar und unmissverständlich die Notwendigkeit konkreter präventionsorientierter Strafen. Sie wehrte sich gegen realitätsfremde Diskussionen der Strafrechtsdogmatik ihrer Zeit; die Lösung der konkreten sozialen Probleme war ihr wesentlichstes Anliegen:

»Der auf dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft herrschende Doktrinarismus hat eine schwere Schuld auf sich geladen, indem er, rein begriffliche Konstruktionen vertieft [...], dieser Thatsache [die Notwendigkeit der Sicherung von schädlichen Individuen] gegenüber bis auf den heutigen Tag [...] teilnahmslos geblieben ist.«⁶⁰⁵

Nach Liszt wäre es dennoch realitätsfremd, Strafe als einen rein rationalen Akt im Sinne von Präventionsüberlegungen aufzufassen:

»Wäre die Strafe, was wir in Abrede stellen, eine Erfindung menschlicher Klugheit, dann könnten wir sie unmöglich überall, in der Urgeschichte aller Völker, in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt nachweisen, wie dies der vergleichenden Rechtswissenschaft [...] gelungen ist. [...] eben darum ist die Strafe notwendige Folge des Verbrechens.«⁶⁰⁶

Neben der Wichtigkeit präventiver Überlegungen zur Strafbegründung anerkennt von Liszt auch die *triebhaft*e Komponente der Bestrafung.⁶⁰⁷ Der Ausdruck »Notwendigkeit« verweist auf einen im Wesen des Menschen angelegten Instinkt. Strafe sei (zumindest ursprünglich) als Reaktion gegen »Störungen der Lebensbedingungen« zu ver-

⁶⁰⁵ VON LISZT, S. 43.

⁶⁰⁶ VON LISZT, S. 10.

⁶⁰⁷ Vgl. BOHNERT, S. 10 ff.

stehen.⁶⁰⁸ Sie gründet nach diesem Verständnis nicht ausschließlich in rationalen Überzeugungen, sondern vor allem in der menschlichen Natur. Gemeint sind »archaische Mechanismen«, welche die Pönalisierung – neben allen rationalen Überlegungen, wie Präventionsvorkehrungen – beeinflussen.⁶⁰⁹ Die Strafe existiert für Liszt bereits »vor aller Erfahrung.«⁶¹⁰

In eine diese Richtung tendierte in jüngerer Zeit auch der amerikanische Supreme Court:

»The instinct for retribution is part of the nature of man, and channeling that instinct in the administration of criminal justice serves an important purpose in promoting the stability of a society governed by law. When people begin to believe that organized society is unwilling or unable to impose upon criminal offenders the punishment they ›deserve‹, then there are sown the seeds of anarchy – of self-help, vigilante justice, and lynch law.«⁶¹¹

Anschaulich aufzeigen lässt sich diese Problematik zudem am Beispiel der körperlichen Pein:

»Die Verletzung des Lebens, des Körpers schweigend zu dulden, ließ schon der physische Schmerz nicht zu, und dass bei Verletzung alles dessen, was man sein eigen nannte, der angegriffene Egoismus zur Reaktion geradezu herausgefordert wurde, ist nicht weiter befremdlich.«⁶¹²

Auch Grotius bemerkt zu dieser Frage in ähnlicher Weise:

»Der Zorn steckt in allen Tieren wie in den Menschen, ›das Brennen des Herzblutes, wegen des Verlangens nach Wiedervergeltung des Schmerzes‹, wie Eusthathios es richtig bezeichnet.«⁶¹³

Von Liszt stellt nach dem Gesagten nicht ausschließlich auf nützliche Strafzwecke ab, sondern anerkennt, dass die Bestrafung von Unrecht zu den tiefsten und ursprünglichsten Bedürfnissen des Menschen gehört und auch solche Gegebenheiten die Kriminalstrafe bestimmen. Staatliche Strafe dient für ihn der »Objektivierung der Strafe« und somit dem Zwecke, die besagten Gelüste auf maßvolle Art und Weise zu

⁶⁰⁸ VON LISZT, S. 10 ff.; ähnlich GERLAND, S. 8 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. zu dieser Problematik auch HAUPTMANN, S. 40.

⁶¹⁰ VON LISZT, S. 16.

⁶¹¹ U.S. Supreme Court, *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), S. 308.

⁶¹² GERLAND, S. 8.

⁶¹³ GROTIUS, Lib. II, Kap. 20, S. 328.

befriedigen.⁶¹⁴ Zur strafzwecktheoretischen Einordnung seiner eigenen Auffassung bemerkt er:

»Sie wendet sich gegen die *relativen* Theorien, indem sie den von dem Zweckgedanken durchaus unabhängigen, mithin *absoluten Ursprung* betont; sie bekämpft die *absoluten* Theorien, indem sie die Weiterbildung der Strafe durch den *Zweckgedanken* [...] nachweist und als Forderung der Zukunft aufstellt. Sie *gestattet* [...] jede *metaphysische Grundlegung* der Strafe und *verwehrt* zugleich [...] jeder metaphysischen Spekulation den Einfluss auf die *empirische Gestaltung* der Strafe. Sie ist, wenn man so will, eine Vereinigungstheorie.«⁶¹⁵

Es bleibt allerdings unklar, ob die aufgeführten Zitate mit diesem »Bestrafungsinstinkt« den Vergeltungsgedanken bezeichnen oder ob damit eher der menschliche Rachetrieb gemeint ist. Beschreiben diese überproportionale Rachegelüste oder wird die Auffassung vertreten, dass das Verlangen nach einem gerechten, tatproportionalen Ausgleich von Unrecht Teil der menschlichen Natur sei? Wird in diesem Sinne allenfalls ein angeborener Gerechtigkeitsinn, der allen Menschen aufgrund ihrer Natur zuteil ist, angenommen?⁶¹⁶

Die Vorstellung eines Rachetriebs erscheint intuitiv plausibel; ob dies auch auf den menschlichen Gerechtigkeitsinn zutrifft, lässt sich wohl nicht eindeutig beantworten.⁶¹⁷ Es stellt indessen bereits ein interessanter Gedanke dar, dass das Strafbedürfnis – sei es nun maßvoll oder maßlos – Teil der menschlichen Natur ist und seit Anbeginn in allen Kulturen der Erde wiederzufinden ist. Strafe stellt demnach nicht ausschließlich einen Akt der Rationalität dar. Wenn es auch bequemer wäre, solche triebhaften Strafbedürfnisse zu verleugnen⁶¹⁸, so lehrt die alltägliche Lebenserfahrung, dass eine Straftheorie, die solche Gegebenheiten kategorisch verneint, dem Phänomen Strafe irgendwie nicht gerecht wird. Es bleibt das Gefühl, dass rationale Überlegungen dieses komplexe Ge-

⁶¹⁴ VON LISZT, S. 21.

⁶¹⁵ VON LISZT, S. 9.

⁶¹⁶ Vgl. zum Gerechtigkeitsgefühl auch WOLF (1992b), S. 192 ff.

⁶¹⁷ Vgl. hierzu auch WALTER, der einen angeborenen Sinn des Menschen für gerechte Vergeltung empirisch festzustellen behauptet und diesen dezidiert von Rachegelüsten unterscheidet; ferner auch RIKLIN (2007), § 5 N 27, der den Vergeltungsgedanken »in erheblichem Maße« als Teil der menschlichen Natur ansieht.

⁶¹⁸ Diese Straf motive stellen gewissermaßen die »latente Funktion der Strafe« dar, welche – gleichsam der Kehrseite einer Medaille – in Erscheinung tritt. Es ist verständlich, dass ein solches Strafmotiv, das quasi »hinter dem Rücken« der Gesellschaft auszumachen ist, nur schwer thematisiert werden kann. Vgl. hierzu auch NEUMANN, S. 104.

bilde nur unzureichend erklären und sich dahinter doch mehr verbirgt, als pure Sachlichkeit und Problemlösung im Sinne der »Strafklugheit«.

II. Vergeltung als absolute Straftheorie

In der Strafphilosophie wird der Vergeltungsgedanke den *absoluten Straftheorien* zugeordnet; nicht selten wird er gar als *die* absolute Straftheorie angesehen.⁶¹⁹ Daneben wird stellenweise auch der Sühnegedanke zu den absoluten Theorien gezählt.⁶²⁰ Die Kategorisierung wird indessen nicht einheitlich vorgenommen.⁶²¹ Strafe ist nach der absoluten Strafauffassung folglich ein Mittel zur ausgleichenden Vergeltung von verübtem Unrecht oder zur Sühne der begangenen Tat durch Ausgleichung der begangenen Tatschuld und einer damit einhergehenden Läuterung des Täters.

Das absolute Strafverständnis zeichnet sich im Allgemeinen dadurch aus, dass in den nützlichen Folgen, die eine Strafe mit sich bringt, keine hinreichende Begründung für dieses Übel gesehen wird. Vielmehr ist die Strafe universellen (Gerechtigkeits-) Prinzipien verpflichtet und soll gegenüber dem einzelnen Straftäter gerechtfertigt sein.⁶²²

1. Problematik der Distinktion zwischen absoluten und relativen Straftheorien

An der klassischen Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Straftheorien, die bereits in der Antike getroffen wurde,⁶²³ ist immer wieder Kritik geübt worden.⁶²⁴

⁶¹⁹ Vgl. hierzu beispielhaft RIKLIN (2007), § 5 N 30; SCHEFFLER (1995), S. 382.

⁶²⁰ Vgl. zu dieser Einordnung anstelle vieler GROMMES, S. 106 f.; SCHMIDHÄUSER, S. 49 ff.

⁶²¹ Vgl. hierzu ROXIN (2006), § 3 N 2, der die sühnende Wirkung als mögliche Folge der vergeltenden Strafe beschreibt; zum Sühnegedanken auch SCHEFFLER (1995), S. 383 ff., der zwischen Sühne und Vergeltung strikt differenziert und als Gemeinsamkeit lediglich die »metaphysische Konzeption« erblickt; ferner HAFT, S. 31 ff.; für eine sehr ausführliche Analyse des Sühnebegriffs in der Rechtsprechung auch GROMMES.

⁶²² Vgl. SEELMANN (2012), S. 25; VON HIRSCH (2005), S. 57.

⁶²³ Vgl. NIGGLI/MAEDER, S. 444, mit dem Hinweis auf Protagoras und Seneca.

⁶²⁴ Vgl. zur Kritik an dieser Unterscheidung und der Frage nach der Zweckgebundenheit der Vergeltungsstrafe ROXIN (2006), § 3 N 2; für die Preisgabe dieser Dichotomie ferner ausführlich VON HIRSCH (2005), spez. S. 58.

Ein gewichtiges Kriterium zur Abgrenzung der beiden Strafauffassungen bildet der *Zweckgedanke*. Nach den absoluten Theorien (lat.: absolutus = losgelöst) kann die Rechtfertigung der Strafe nicht in einem praktischen Nutzen gefunden werden und Sanktionen werden insbesondere nicht zur Verhütung künftiger Straftaten eingesetzt.⁶²⁵ Stellenweise wird angeführt, absolute Theorien seien »zweckfrei« und die Strafe daher Selbstzweck.⁶²⁶

1.1 Sind absolute Strafauffassungen wirklich zweckfrei?

Das Postulat der Zweckfreiheit ist problematisch und, wie nachfolgend zu zeigen ist, abzulehnen. Das Problem besitzt dabei Parallelen zur uralten Frage nach dem Sinn des Bogenschießens:

»Einer der wesentlichsten Faktoren aller Künste, die in Japan und wahrscheinlich auch in anderen fernöstlichen Ländern ausgeführt werden, ist die Tatsache, dass sie keinen nützlichen Zwecken dienen, auch nicht zum rein ästhetischen Vergnügen gedacht sind [...] So wird Bogenschießen nicht allein geübt, um die Scheibe zu treffen, das Schwert nicht geschwungen, um den Gegner niederzuwerfen; der Tänzer tanzt nicht nur um rhythmische Bewegungen des Körpers auszuführen, sondern vor allem soll das Bewusstsein dem Unbewussten harmonisch angeglichen werden.«⁶²⁷

Dies verdeutlicht, dass man sich zunächst vergegenwärtigen muss, was unter dem Begriff »Zweck« zu verstehen ist.

Zum einen kann dieser aufgefasst werden als etwas sich in der realen Welt Manifestierendes – gewissermaßen ein sichtbarer praktischer Nutzen, wie die Mehrung des Vermögens – oder auf die Strafe bezogen, bspw. die Sicherung von Straftätern. Verstünde man den Zweckgedanken in diesem engen Sinn, wäre es zutreffend zu behaupten, absolute Strafen seien zweckfrei.

Zum andern existieren innere Beweggründe, wie Gerechtigkeitsüberlegungen, die nicht empirisch fassbar sind. Versteht man den Zweckgedanken in diesem weiteren Sinne – und hier wäre es nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wohl treffender von *Gründen* zu sprechen

⁶²⁵ Über den Zweckgedanken in den absoluten Straftheorien und die Distinktion zwischen absoluten und relativen Strafauffassungen wurden in der Strafrechtsdogmatik bereits Ende des 19. Jahrhunderts rege Debatten geführt. Vgl. hierzu KÖHLER (1978), S. 7 ff.

⁶²⁶ Vgl. bspw. RIKLIN (2007), § 5 N 27.

⁶²⁷ Suzuki, Vorwort zu HERRIGEL, S. 7.

– so ist es nicht möglich, Zwecküberlegungen bei der Bestrafung auszublenzen. In Anbetracht der Tatsache, dass es letztlich für *alles* Gründe gibt (wenn auch nicht immer triftige und gute), erscheint es unhaltbar, jegliche Endzwecke der Bestrafung zu leugnen. Wohl verhält es sich so, dass die verfolgten Zwecke der relativen Straftheorien (bspw. der Sicherungsgedanke) im Großen und Ganzen konkreter, leichter fassbar und daher auch anschaulicher zu vermitteln sind, als die oftmals theoretisch anspruchsvolleren absoluten Strafauffassungen.⁶²⁸ Weil ihr Abstraktionsniveau tendenziell höher einzuschätzen ist, bedeutet dies aber nicht, dass Zwecküberlegungen hierbei keine Rolle spielen. Der Zweckgedanke kann bei absoluten Theorien auf zwei unterschiedliche Weisen zum Vorschein treten:

Einerseits können Strafzwecke – selbst wenn man auf den engeren Zweckbegriff abstellt – als *Nebeneffekte* der Strafe in Erscheinung treten. Auch Vertreter der absoluten Theorien würden nicht verneinen, dass mit der Verhängung von Strafen praktische Ziele verfolgt werden können oder dass Strafen soziale Folgen nach sich ziehen. Sie erachten diese Gründe jedoch nicht als hinreichend, um Strafe zu rechtfertigen. Von Interesse sind vielmehr der »innere« Unrechtsgehalt einer Tat und die damit verbundene Frage nach dem gerechten Verdienst für das begangene Delikt. Der Bestrafte soll durch die Sanktion die von ihm verdiente Strafe erhalten, unabhängig davon, ob die Gesellschaft daraus einen praktischen Nutzen ziehen kann.⁶²⁹ Strafe ist nach der absoluten Konzeption gewissermaßen eine »ethische Notwendigkeit.«⁶³⁰ Sie besitzt eine stark deontologische Perspektive und setzt zahlreiche Postulate, wie allgemeine Gerechtigkeitsprinzipien, normativ voraus.⁶³¹

Andererseits kann angenommen werden, dass Zwecküberlegungen – im Sinne des weiteren Zweckbegriffs – bereits auf der Ebene der *Legitimation von Strafe* (und nicht bloß als Begleiterscheinungen) eine

⁶²⁸ Vgl. WEIGEND, S. 199.

⁶²⁹ BASTELBERGER, S. 49.

⁶³⁰ BASTELBERGER, S. 52.

⁶³¹ Vgl. WOLF (1992a), S. 48; ferner zur Deontologie WALTHER, S. 12, mit dem Hinweis, dass auch utilitaristische Theorien als eine Pflichtenethik betrachtet werden können und bspw. die normative Forderung nach einer Mehrung von Nutzen (z. B. in der Form von Glück) beinhalten. Die Unterscheidung zwischen utilitaristischen und deontologischen Theorien sei dahin gehend zu verstehen, dass bei deontologischen Konzepten als *spezifische* normative Theorien die Konsequenzen von Handlungen als Kriterium ihrer moralischen Güte unberücksichtigt bleiben.

Rolle spielen. Beispielhaft sei an den Strafgedanken nach Kant erinnert: Zu seiner Rechtfertigung existiert eine Moralkonzeption, die den Menschen als freies, vernunftbegabtes Wesen beschreibt und darauf aufbauend die Notwendigkeit postuliert, den Täter zu sanktionieren, um ihn als würdevolle Persönlichkeit zu ehren. Weshalb sind Strafen nach dieser Auffassung legitim? Weil durch einen Bestrafungsverzicht der Täter nicht als freies, zu respektierendes Wesen geehrt würde. Strafe erfüllt hier den »Zweck«, die Würde des Menschen zu achten und die Freiheit anderer Gesellschaftsmitglieder zu schützen. Akzeptiert man zur Begründung der Strafe auch solche ideellen Zwecke, so lassen sich absolute Strafauffassungen nicht als zweckfrei bezeichnen.

Allgemein lässt sich der Zweck der verschiedenen Vergeltungsstrafen darin erblicken, dass sie auf die Herstellung von *Gleichheit* abzielen. Der Gleichheitsgedanke kann – wie bei den relativen Straftheorien die Prävention – als grundlegende Idee der Vergeltungstheorien angesehen werden.⁶³²

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt eine Auffassung, die bei der Frage nach der Zweckgebundenheit der Vergeltungsstrafe auf die Kausalität abstellt: Hiernach lassen sich bei absoluten Straftheorien zumindest *mittelbar* Zwecküberlegungen ausmachen.⁶³³ Diese manifestieren sich zwar nicht unmittelbar (im Sinne eines konkreten Nutzens), sondern es handelt sich vielmehr um verborgene, indirekte Ziele und Beweggründe.

Der zentrale Einwand gegen absolute Strafauffassungen, dass eine Strafe, die keine nützlichen sozialen Ziele verfolgt, nicht zu genügen vermag, ist durchaus ernst zu nehmen.⁶³⁴ In der Tat muss sich ein Rechtsstaat sehr genau überlegen, weshalb er gegenüber seinen Bürgern Gewalt anwenden will. Die Strafe als schärfste Form der Staatsgewalt bedarf guter Gründe, damit sie nicht zum Unrecht wird.⁶³⁵

Es ist nach dem Gesagten unhaltbar zu behaupten, Vergeltungstheorien seien zweckfrei und aus diesem Grunde abzulehnen. Im Ergebnis

⁶³² Vgl. MERLE (2010), S. 17; ferner auch FRISCHKNECHT, S. 120 f.

⁶³³ Vgl. bspw. FRISCHKNECHT, S. 120, der zumindest »indirekt« auch in absoluten Strafauffassungen Strafzwecke erblickt.

⁶³⁴ Vgl. zu dieser Kritik HOFFMANN, S. 119 ff.; HASSEMER (2006a), S. 268; FRISCHKNECHT, S. 121.

⁶³⁵ Vgl. zur Frage der Legitimationsbedürftigkeit staatlicher Übelzuführung auch NIGLI/MAEDER, S. 443.

handelt es sich ebenso bei der Vergeltungsstrafe um eine zweckgebundene Strafe, wenn auch die damit verfolgten Ziele anderer Natur sind. Das Strafrecht war in diesem Sinne noch nie zweckfrei.⁶³⁶ Ferner sollte es nach vorliegender Auffassung möglich sein, dass eine retributive Strafe zusätzlich – innerhalb der Schranken der Tat- und Schuldproportionalität – nützliche Strafzwecke zulässt. Der Vergeltungsgedanke liefert gerade nicht ein präzises Strafmaß, sondern einen Spielraum bzw. Anwendungsbereich für eine gerechte und verdienstbasierte Strafe. Auf diese Weise entsteht denn auch, wie mir scheint, kein Widerspruch zwischen Prävention und Vergeltung.⁶³⁷

1.2 »Ut ne peccetur« oder »quia peccatum est«?

Zur Abgrenzung von absoluten und relativen Straftheorien wird des Weiteren die Auffassung vertreten, dass relative Konzeptionen zukunftsgerichtet (*prospektiv*), absolute Straftheorien dagegen *retrospektiv* (vergangenheitsorientiert) ausgestaltet seien. Die Vergeltungsstrafe wird nach dieser Unterscheidung vollzogen, weil ein Verbrechen geschehen ist (»quia peccatum est«) – und nicht, wie bei der Präventionsstrafe, damit keine künftigen Delikte verübt werden (»ut ne peccetur«).⁶³⁸

Auch diese Unterscheidung ist erläuterungsbedürftig und nur bedingt zur Distinktion der beiden Theorien geeignet. Wenn es auch richtig ist, dass bei den absoluten Strafauffassungen die Vergangenheitsbewältigung im Vordergrund steht, so erscheint es indessen nicht möglich, die Zukunft bei der Bestrafung gänzlich auszublenden. Selbst beim berühmten kantischen »Inselbeispiel«, das die wohl radikalste Auffassung der Vergangenheitsbewältigung darstellt, kann angenommen werden, dass hier die Todesstrafe vollzogen wird, damit die Individuen dieser ehemaligen Gesellschaft anschließend persönlichen Frieden und Genugtuung erfahren können. Im Bewusstsein, dass sie ihre moralischen Prinzipien konsequent umsetzen und dadurch der Gerechtigkeit Genüge tun, handeln sie durchaus auch im Hinblick auf die Zukunft. Bei dieser Unterscheidung ist daher festzuhalten, dass jede

⁶³⁶ Vgl. PRITTWITZ (1993), S. 376.

⁶³⁷ Siehe zur Notwendigkeit einer Vereinigungstheorie eingehend hinten, C/IV./1.

⁶³⁸ Vgl. hierzu auch FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 137 ff.

Bestrafungshandlung zumindest *mittelbar* auf die Zukunft ausgerichtet ist. Von Liszt bemerkt zu dieser Kontroverse in trefflich:

»Schwimme ich, *weil* ich ins Wasser gefallen bin oder *damit* ich nicht ertrinke? Nehme ich Medizin, *weil* ich krank bin, oder *damit* ich gesund werde? [...] All' diese Fragen sind gleichwertig mit derjenigen, welche seit Jahrtausenden den Zankapfel der philosophischen Rechtslehre bildet.«⁶³⁹

»[...] der Gegensatz zwischen quia peccatum est und dem ne peccetur muss endlich in seiner ganzen Hohlheit und Verkehrtheit erkannt werden.«⁶⁴⁰

Vergangenheit und Zukunft sind nach dem Gesagten stets miteinander verwoben. Gleichsam einem doppelgesichtigen Janushaupt ist Strafe stets vergangenheitsorientiert, da sie an ein verübtes Unrecht anknüpft und gleichzeitig zukunftsgerichtet, weil sie stets bestimmte Folgen nach sich zieht.⁶⁴¹

1.3 Verzicht auf diese Unterscheidung?

Trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten, die beiden Kategorien sauber zu trennen, wird an der klassischen Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Theorien festgehalten.⁶⁴² Sie wird gleichwohl als ein probates Mittel betrachtet, die unterschiedlichen Ansätze zu verdeutlichen.⁶⁴³

Wenn man diese Unterscheidung beibehalten möchte – wogegen nach dem Gesagten gewichtige Bedenken existieren – sollte dies im Bewusstsein geschehen, dass die aufgeführten Abgrenzungskriterien klärungsbedürftig sind und eine messerscharfe Distinktion zwischen absoluten und relativen Strafauffassungen nicht möglich erscheint. Ein fruchtbarer Ansatz wäre es wohl, die relativen Strafauffassungen als *präventive* Modelle den absoluten Theorien gegenüberzustellen.⁶⁴⁴

⁶³⁹ VON LISZT, S. 52.

⁶⁴⁰ VON LISZT, S. 50.

⁶⁴¹ Vgl. hierzu auch BINDING, S. 235 m.w.N.; NIGGLI/MAEDER, S. 447.

⁶⁴² Vgl. zu dieser Frage KÖHLER (1978), S. 10, der eine Verwerfung dieser klassischen Unterscheidung als zu weitgehend ablehnt.

⁶⁴³ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 120.

⁶⁴⁴ Vgl. hierzu bspw. NOLL, S. 5.

2. Weitere Kritik an der Vergeltungsstrafe, verstanden als absolute Straftheorie

Aus dem Verständnis der Vergeltungsstrafe als absolute Strafauffassung resultieren weitere Kritikpunkte am Retributivismus:

Die grundlegende Frage, weshalb auf ein verübtes Unrecht überhaupt mit einer Strafe und nicht auf andere Weise geantwortet wird, bleibe bei der Vergeltungstheorie offen. Ist es denn – so wird gefragt – offensichtlich, dass »Übel« mit »Übel« vergolten werden muss? Kann eine Reaktion der Gesellschaft, wie sie bspw. Kant für zwingend erachtet, nicht auch auf andere Weise – z. B. mittels eines Täter-Opfer-Ausgleichs – geschehen? Bei den relativen Strafkonzptionen könne diese Frage einfach beantwortet werden: Es werde mittels eines Übels reagiert, da die allgemeine Erfahrung zeige, dass sich dadurch bestimmte Ziele (bspw. Abschreckung) effizienter verwirklichen lassen; schmerzhaft Sanktionen seien hierbei schlicht wirksamer. Absolute Konzeptionen müssten hingegen eine ethische Begründung liefern, inwiefern es gerechtfertigt sei, dem Täter das Strafübel aufzuerlegen.⁶⁴⁵

Ein solcher Standpunkt vermag nicht zu überzeugen: Zum einen liefert doch gerade der tat- und schuldproportionale Ausgleich diese Begründung. Zum andern ist es ein Anliegen zu verdeutlichen, dass *jede* Strafe, die diesen Begriff verdient, gegenüber dem einzelnen Täter einer solchen ethisch-moralischen Rechtfertigung bedarf und eine reine Nützlichkeitslehre diese gerade nicht bietet. Strafe grenzt sich vielmehr durch ihren tadelnden Charakter von jedem anderen staatlichen Handeln ab und bliebe ohne ihren retributiven Anspruch ein bloßes Zwangsmittel.⁶⁴⁶ Zudem ist nach vorliegender Meinung nicht auszuschließen, dass der besagte Ausgleich auch durch einen Täter-Opfer-Ausgleich – und nicht bloß durch ein Strafübel im engeren Sinne – erfolgen kann.

An der Vergeltungstheorie wird ebenfalls die Vorstellung eines *intrinsischen Unrechtsgehalts* einer Tat bemängelt.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ Vgl. zu dieser Problematik MEIER, S. 19; FRISCHKNECHT, S. 121; ähnlich auch VON HIRSCH (2005), S. 59 f.

⁶⁴⁶ Vgl. hierzu aber BASTELBERGER, S. 53, der fälschlicherweise bemerkt: »Insofern kann die Präventionstheorie aber auch auf ein Urteil über die ethische Verwerflichkeit der zu bestrafenden Taten verzichten.« Auch eine präventionsorientierte Strafe braucht nach dem Gesagten stets das deontologische Element des Tadels; siehe zu dieser Frage spez. auch vorn, B/II./6.

⁶⁴⁷ Vgl. zu dieser Kritik BASTELBERGER, S. 49 ff.

Die Annahme, dass Taten gewissermaßen »aus sich selbst heraus« nach einer Bestrafung verlangen, wäre allerdings problematisch: Eine Handlung kann freilich nur innerhalb eines bestimmten Normensystems einen Unrechtsgehalt aufweisen.⁶⁴⁸ Absolute Straftheorien erwecken in der Tat gelegentlich den Anschein, dem »Bösen« an sich auf den Grund zu gehen. Eine solche Betrachtungsweise und ein damit verbundener Absolutheitsanspruch sind eindeutig abzulehnen. Eher verhält es sich so, dass retributive Theorien in besonderer Weise auf den Gerechtigkeitsgedanken verweisen und sich daher auch tiefgründig mit dem Phänomen Strafe auseinandersetzen.⁶⁴⁹ Dieser Tiefgang kann indessen dort zum Problem werden, wo deontologische Postulate sich nicht mehr auf vernünftige Weise argumentativ rechtfertigen lassen oder mit einer starren Gerechtigkeitsvorstellung verfahren wird. Eine rein »innere« Rechtfertigung der Strafe ist denn auch kaum vorstellbar; auch bei der retributiven Strafe lassen sich praktische Strafzwecke nach dem Gesagten nicht vollständig verdrängen. Nimmt man bspw. (im kantischen Sinne) die Garantie der Freiheit als ethisches Grundkonzept, so wird diese letztlich als Mittel zur Vermeidung von Übeln eingesetzt, welche die Individuen in ihrer Freiheit einschränken. Es ist wahrlich nicht möglich, konkrete Nutzenüberlegungen bei der Strafe auszublenden.⁶⁵⁰ Das Ziel des Retributivismus ist denn auch nicht die Reinheit der Vergeltungsidee, sondern die Zurückdrängung von Nützlichkeitsüberlegung bei der Begründung von Strafe.

Ebenso wird eine Schwierigkeit von absoluten Strafauffassungen darin gesehen, dass sie besonders stark auf einem *indeterministischen Menschenbild* aufbauen.⁶⁵¹ Vergeltungskonzeptionen, die gegenüber dem Täter einen persönlichen Vorwurf erheben, setzen stets voraus, dass der Täter als freies, autonomes Subjekt betrachtet wird. Im Gegensatz zu einer rein präventiven Sichtweise, bei der bspw. auch die Pönalisierung von Geisteskranken eine zulässige Option darstellen würde, erscheint bei der verdienstbasierten Vergeltungsstrafe eine »Bestra-

⁶⁴⁸ Vgl. hierzu auch MONA (2007), S. 29, mit dem Hinweis, dass eine Gerechtigkeitsvorstellung niemals als etwas »an sich« Gegebenes betrachtet werden kann, sondern vielmehr etwas darstellt, wofür man sich bewusst entscheiden muss.

⁶⁴⁹ Vgl. BASTELBERGER, S. 52 f.

⁶⁵⁰ Siehe zur Frage der Zweckfreiheit der Kriminalstrafe auch vorn, C/II./1.1.

⁶⁵¹ Vgl. hierzu KÖHLER (1978), S. 4 m.w.N., der aber auch einen deterministischen Standpunkt mit dem Vergeltungsgedanken für kompatibel hält.

fung« von Schuldunfähigen prinzipiell ausgeschlossen. Vergeltungslehren stehen und fallen mit der Freiheit des Willens und der damit einhergehenden Verantwortlichkeit.

Diese vermeintliche Schwäche des Retributivismus sollte vielmehr als Stärke angesehen werden. Denn dieses Menschenbild ist in letzter Konsequenz das einzige, das wir uns überhaupt leisten können.⁶⁵²

III. Rein präventive Begründung der Strafe?

Die Ausführungen zu den relativen Straftheorien sollen verdeutlichen, dass eine rein präventive Strafbegründung nicht zu befriedigen vermag. In diesem Sinne besteht die Absicht, die wesentlichen Probleme aufzuzeigen, die diese Modelle mit sich bringen; es ist zu zeigen, dass der Präventionsgedanke lediglich *ein* – wenn auch sehr wichtiger – Aspekt der Kriminalstrafe darstellt und erst durch die Verbindung mit dem Vergeltungsgedanken zu einer vertretbaren Strafauffassung führt.

1. Grundlegende Problematik der Präventionstheorien

Präventive Theorien rechtfertigen Strafe durch ihre nützlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft.⁶⁵³ Die Strafe ist *in Relation* zu einem konkreten Strafzweck zu sehen, weshalb sie auch als »relative Straftheorien« bezeichnet werden. Ihr gemeinsamer Strafzweck ist die *Verbrechensverhütung* (Prävention).⁶⁵⁴ Im Vordergrund steht nicht eine moralische Konzeption, anhand der eine Straftat beurteilt wird, sondern der Fokus ist auf die praktischen Auswirkungen der Strafe gerichtet. Präventionstheorien postulieren nicht die Aufarbeitung der Vergangenheit und ihre Beurteilung unter bestimmten Gerechtigkeitskriterien, sondern richten ihr Augenmerk auf die Probleme der Zukunft. Der philosophische Boden dieser Konzeption bildet die Aufklärung und der von ihr in die Wege geleitete Utilitarismus.⁶⁵⁵

⁶⁵² Siehe zum Schuldprinzip und zur Frage nach der Willensfreiheit des Täters eingehend hinten, E/I.

⁶⁵³ Vgl. SEELMANN (2012), S. 25.

⁶⁵⁴ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 15; LAMPE, S. 3.

⁶⁵⁵ Vgl. LAMPE, S. 3 f.

Präventionsorientierte Straftheorien weisen folgendes erstes Hauptproblem auf: Der bloße Verweis auf die präventive Nützlichkeit einer Sanktion ist noch keine genügende Rechtfertigung. Präventive Überlegungen vermögen zwar eine »zweckrationale Nützlichkeit« aufzuzeigen, nicht aber die »wertrationale Vertretbarkeit« der Strafe zu begründen.⁶⁵⁶ Die Tatsache allein, dass Strafe bestimmte soziale Auswirkungen (Zwecke) hat, bedeutet nicht, dass diese Folgen auch automatisch als legitim zu betrachten sind. Die Frage, welche Zwecke mit der Strafe verfolgt werden sollen, kann bei relativen Strafauffassungen nur in Bezug auf ein bestimmtes Ziel (z. B. Abschreckung) beantwortet werden, das aber seinerseits ebenfalls legitimationsbedürftig ist.⁶⁵⁷ Strafzwecke lassen sich ohne Ende finden, die Problematik der Rechtfertigung bleibt davon jedoch unberührt. Die bloße Zweckmäßigkeit einer Handlung sagt noch nichts über ihre Zulässigkeit aus und insbesondere nichts über die Erlaubtheit der zur Verwirklichung dieser Zwecke erforderlichen Mittel. Eine Strafe kann nämlich nicht nur dann unzulässig werden, wenn sie dem Präventionszweck zuwiderläuft: Auch die Höhe eines bestimmten Strafmaßes oder die Wahl der Sanktionsart überhaupt, können zu ethisch problematischen Situationen führen, selbst wenn die Strafe unter präventiven Gesichtspunkten angebracht erscheint. Die bloße Betrachtung eines einzelnen Strafzwecks erweist sich daher als wertlos.⁶⁵⁸ Anders gewendet: Das bloße Vorhandensein einer sozialen Folge der Strafe entbindet noch lange nicht von einer fundamentalen Auseinandersetzung mit der Frage nach ihrer Rechtfertigung. Zweck und Rechtfertigung sind demgemäß auseinanderzuhalten.⁶⁵⁹ Dieses Problembewusstsein ist bei Verfechtern der relativen Straftheorien scheinbar nicht (oder nur unzureichend) vorhanden, wenn behauptet wird, dass ein bestimmter nützlicher Strafzweck (bspw. Sicherung) bereits die Rechtfertigung der Strafe darstelle. Auch präventionsorientierte Straftheorien benötigen eine ethisch-moralische Rechtfertigung, inwiefern der Staat berechtigt (oder gar verpflichtet) sein soll, Verbrechen zu verhüten und Tä-

⁶⁵⁶ SCHÜNEMANN, S. 171.

⁶⁵⁷ Vgl. zu dieser Problematik LAMPE, S. 4, welcher berechtigterweise darauf hinweist, dass dieser Vorgang zu einem endlosen Regress führen würde.

⁶⁵⁸ Vgl. HENRICI, S. 94.

⁶⁵⁹ Vgl. hierzu LAMPE, S. 6.

ter zu bestrafen. Eine solche »staatsethische Legitimation«⁶⁶⁰ ist nötig, wenn die Kriminalstrafe mehr darstellen soll als ein simples Drohgebaren.⁶⁶¹ Neben der Problematik, dass staatliche Strafe einen Eingriff in die Rechte der Bürger darstellt, ist ihre Rechtfertigung auch deshalb nötig, da sie ein erhebliches Schädigungspotenzial aufweist und nicht zuletzt mit hohen Kosten verbunden ist.⁶⁶²

Das zweite Hauptproblem von Präventionstheorien ist ihre *Maßlosigkeit*. Wird bei der Kriminalstrafe ausschließlich auf Nützlichkeits-erwägungen abgestellt, so heiligt der Zweck rasch alle Mittel. Denn nach der reinen Präventionsidee wären auch martialische Strafen zulässig, solange sie dem Präventionszweck dienlich sind; dieser liefert keine Lösung zur Begrenzung des Strafmaßes.⁶⁶³ Selbst Unschuldige, die aber als potenziell gefährlich betrachtet werden, könnten aus präventiven Gründen vorsorglich sanktioniert (bspw. weggesperrt) werden. Zwischen Prävention und Schuld (Verantwortung) besteht keine notwendige Verknüpfung.⁶⁶⁴

»Das Präventionsinteresse kennt [...] keine selbst auferlegten Schranken; in seiner buchstäblichen Maßlosigkeit ist ihm die radikale Umerzierung aus nichtigem Anlass ebenso förderlich wie die Exempelstatuierung, die Belangung von Schuldunfähigen oder die Sippenhaftung.«⁶⁶⁵

Präventionsorientierte Ansätze müssen notwendigerweise in ein ethisch-moralisches System eingebettet werden, das eine Begrenzung der Strafe garantiert.⁶⁶⁶ Lediglich die retributive Sanktion vermittelt den Gedanken, dass eine Strafe stets eine Antwort auf ein verübtes Delikt darstellt (Reziprozität) und in einem angemessenen Verhältnis zur Tat und dem Maß der Schuld stehen soll (Proportionalität).

⁶⁶⁰ BASTELBERGER, S. 51; vgl. ferner zu dieser Problematik VON HIRSCH (2005), S. 60.

⁶⁶¹ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 121; MURPHY (1987), S. 510, der hierzu bemerkt: »Since punishment is by definition coercive or invasive, it must (by anyone who takes liberty to be an important moral value) be considered *prima facie* wrong and in need of moral justification.«; auf diese staatsrechtlichen Überlegungen, die nicht zuletzt Fragen nach der Legitimation und Funktion des Staates beinhalten, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden. Vgl. hierzu ausführlich FLEINER/BASTA FLEINER, insb. S. 275 ff.

⁶⁶² Vgl. hierzu NYDEGGER, S. 51.

⁶⁶³ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 61 f.; zur Problematik der Maßlosigkeit spez. im generalpräventiven Kontext auch MEIER, S. 23 f.

⁶⁶⁴ Siehe zu dieser zentralen Frage auch hinten, E/II./1.

⁶⁶⁵ KUNZ (1986), S. 827.

⁶⁶⁶ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 79; siehe zur Frage der Strafbegrenzung durch den Schuldgedanken auch hinten, E/I./1.

Das Gesagte zeigt, dass es sich bei den nachfolgenden Präventionstheorien um eindimensionale Denkanstöße handelt, die lediglich *einen* bestimmten Aspekt der Strafe beschreiben und nicht um eigentliche wissenschaftliche Theorien, die das Phänomen Strafe umfassend erklären würden.⁶⁶⁷

2. Generalprävention

Bei dieser Straftheorie steht die gesamte Sozietät im Vordergrund; die Generalprävention befasst sich mit den Wirkungen der Strafe auf die *Allgemeinheit*.⁶⁶⁸ Eine Strafe ist nach dieser Auffassung dann legitim, wenn sie geeignet ist, eine Vielzahl von Individuen vom Delinquieren abzuhalten.

Bei der Generalprävention lassen sich zwei verschiedene Arten unterscheiden: Die *negative* Generalprävention bedient sich zur Erreichung dieses Ziel der Abschreckung. Angesprochen sind alle potenziellen Straftäter, die durch die Bestrafungsfurcht von der Begehung einer Straftat abgehalten werden sollen.

Demgegenüber versucht der Ansatz der *positiven* Generalprävention das gleiche Ziel mit einem anderen Mittel zu erreichen: Anstatt durch Abschreckung soll der allgemeine »Normbefolgungswille« dadurch bekräftigt werden, dass das Vertrauen in die Rechtsordnung gestärkt wird.⁶⁶⁹

2.1 Negative Generalprävention

Ein bedeutsamer Problemkreis der relativen Straftheorien stellt die *negative* Generalprävention dar. Die Thematik der abschreckenden Wirkung von Strafe besitzt – sowohl in der heutigen politischen Auseinandersetzung als auch in der Strafrechtslehre – eine große Brisanz.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Vgl. hierzu auch SEELMANN (2012), S. 24, mit dem Hinweis, dass das Wort »Theorie« in diesem Zusammenhang etwas gar großzügig erscheint.

⁶⁶⁸ Vgl. LAMPE, S. 8; STRATENWERTH (2011), § 2 N 20; ferner zur historischen Entwicklung der Generalprävention HAUPTMANN, S. 54 ff.

⁶⁶⁹ LAMPE, S. 10; vgl. hierzu auch STRATENWERTH (2011), § 2 N 23.

⁶⁷⁰ Siehe zur politischen Debatte über die Wirkung von harten Strafen eingehend hinten, D/I./1.1.3.

Der Gedanke der negativen Generalprävention wurde in der Rechtsdogmatik in besonderem Maße durch die Arbeiten von Paul Johann Anselm von Feuerbach zu Beginn des 19. Jahrhunderts geprägt. Wie viele seiner Zeitgenossen war auch er von den Arbeiten Kants beeinflusst.⁶⁷¹ Übereinstimmend mit Kant erblickt Feuerbach den Zweck des Staates darin, die Menschen aus dem Naturzustand herauszuführen in einen Zustand der Ordnung. Diese Zivilisierung werde durch das Recht bewirkt und zu dessen Durchsetzung sei es notwendig, Zwang anzuwenden.⁶⁷²

Die Neuerung in Feuerbachs Theorie besteht nun in der Art und Weise, *wie* dieser Zwang geschehen soll. Feuerbach ist sich bewusst, dass physische Gewaltmittel nur bedingt zur Erreichung dieses Ziels geeignet sind und dass es wohl besser wäre, wenn Straftaten gar nicht erst geschehen würden. Der Präventionsgedanke rückt an dieser Stelle in den Vordergrund. Aus diesen Überlegungen heraus entwickelt Feuerbach die Lehre des *psychologischen Zwanges*. Indem den tatgeleiteten Bürgern ein Furcht einflößendes Übel angedroht wird, sollen diese von der Begehung eines Verbrechens – nach Abwägung der aus der Tat resultierenden Vor- und Nachteile – abgehalten werden.⁶⁷³ Der entscheidende Punkt bildet folglich nicht die Verhängung, sondern die Androhung der Strafe.⁶⁷⁴

Die von der negativen Generalprävention behauptete Abschreckungswirkung wird in der Sanktionsforschung skeptisch beurteilt und sollte keineswegs unreflektiert vorausgesetzt werden.⁶⁷⁵ Erkenntnisse aus kriminologischen Untersuchungen bzgl. der Wirksamkeit von harten Strafen lassen bei diesem Postulat erhebliche Zweifel aufkommen.⁶⁷⁶ Das Abschreckungsmodell ist auf die soziale Wirklichkeit nur bedingt anwendbar: Die Gründe und Faktoren, die unser Verhalten beeinflussen, sind mannigfaltig und die in dieser Strafkonzepktion implizit enthaltene Behauptung, dass sich menschliches Verhalten stets kalkulierend – im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung – vollziehe, ist zumindest

⁶⁷¹ Vgl. hierzu NAUCKE, S. 103; VORMBAUM, S. 44 f.

⁶⁷² Vgl. VORMBAUM, S. 45.

⁶⁷³ Vgl. NAUCKE, S. 106 ff.; BAURMANN, S. 4.

⁶⁷⁴ In der *Verhängung* der Strafe zum Zwecke der Prävention erblickt Feuerbach (übereinstimmend mit Kant) eine Instrumentalisierung des Täters und Verletzung seiner Würde. Vgl. hierzu VORMBAUM, S. 46.

⁶⁷⁵ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 21; MEIER, S. 24.

⁶⁷⁶ Vgl. zur Abschreckungswirkung von harten Strafen beispielhaft TRECHSEL/NOLL, S. 17; KUNZ (2011), § 25 N 9; FRISCHKNECHT, S. 134.

mit erheblicher Vorsicht zu genießen.⁶⁷⁷ Die negative Generalprävention erscheint in dieser Hinsicht zu eindimensional, da bei der Begehung von etlichen Straftaten rationale Entscheide (wenn überhaupt) nur begrenzt eine Rolle spielen.⁶⁷⁸ Viel eher scheint es, dass Täter anstelle einer schweren Strafe ein hohes Entdeckungsrisiko fürchten.⁶⁷⁹ Daraus soll indessen nicht gefolgert werden, man könne auf Abschreckung abzielende Sanktionen als gänzlich wirkungslos abschreiben: Gerade im Bereich der Kleinkriminalität scheint diese ein probates Mittel zur Verhinderung von Straftaten zu sein.⁶⁸⁰ Dies trifft aber längst nicht auf alle Deliktskategorien zu. Die pauschalisierende Forderung nach möglichst harten Strafen zur Erreichung der größtmöglichen präventiven Wirkung entbehrt jeder empirischen Grundlage.⁶⁸¹

Neben der Frage der Wirksamkeit besitzen bloße Abschreckungstheorien die bereits angesprochene Problematik, auf die Retributivisten zu allen Zeiten hingewiesen haben: Eine Strafe, die den Täter nicht als moralisch handelnden Akteur anspricht, stellt nicht viel mehr dar als eine Raubtierdressur.⁶⁸² Das staatliche Drohgebaren gleicht dabei dem eines »bewaffneten Räubers«. ⁶⁸³ Bei der negativen Generalprävention stellt sich diese Problematik unter allen Präventionstheorien noch auf besondere Weise: Nicht nur verfolgt sie das bloße Ziel der Abschreckung, sie verliert gar – im Gegensatz zur Spezialprävention – den Täter gänzlich aus den Augen, indem sie den Fokus ausschließlich auf die Allgemeinheit richtet und den Bestraften zur Verfolgung von gesamtgesellschaftlichen Interessen missbraucht. Der einzelne Täter erscheint bei dieser Betrachtungsweise nebensächlich.

⁶⁷⁷ Vgl. hierzu REUBAND, S. 20; KUNZ (2011), § 25 N 17.

⁶⁷⁸ Als Beispiele lassen sich Delikte, wie Eifersuchtsmorde, Sexualstraftaten und im Affekt verübte Verbrechen aufführen, bei denen rationale Entscheide keine (oder allenfalls nur eine sehr untergeordnete) Rolle spielen.

⁶⁷⁹ Vgl. anstelle vieler SEELMANN (2012), S. 25 f.

⁶⁸⁰ Vgl. hierzu KUNZ (2011), § 25 N 14, der darauf hinweist, dass im Bereich der Alltagskriminalität (bspw. Ordnungswidrigkeiten) das moralische Fundament der Rechtsnorm eher gering sei und an dieser Stelle vermehrt ökonomisch kalkulierend vorgegangen werde. Ähnliches lasse sich auch von Umwelt- und Wirtschaftsdelikten und der Drogenkriminalität behaupten.

⁶⁸¹ Vgl. hierzu RIKLIN (2011), S. 10, der in diesem Zusammenhang von einem unausrottbaren Irrglauben spricht.

⁶⁸² Vgl. hierzu auch BAURMANN, S. 2; siehe zur Problematik der Instrumentalisierung von Tätern zwecks Prävention insb. bei der kantischen Straflehre vorn, B/I./2.4, ferner zu diesem Einwand auch bei der expressiven Straftheorie vorn, B/II./6.

⁶⁸³ HOFFMANN, S. 159 m.w.N.

2.2 Positive Generalprävention

Die positive Generalprävention – stellenweise auch »Integrationsprävention« genannt – lässt sich nicht mit wenigen Worten umschreiben.⁶⁸⁴ Sie tritt in der Literatur in unterschiedlichen Formen in Erscheinung und es herrschen kontroverse Vorstellungen über ihre Funktionsweise.⁶⁸⁵ Allgemein besteht das Ziel der positiven Generalprävention darin, die *Normkonformität der Bürger* zu stärken. Dadurch wird versucht, ethisch-moralischen Bedenken gegenüber einer bloßen Abschreckungstheorie entgegenzutreten; der Gesellschaft soll nicht bloß eine abschreckende, sondern eine möglichst angemessene Strafe vorgeführt werden.⁶⁸⁶

Zum einen soll eine Steigerung der Normkonformität dadurch erreicht werden, dass durch die Strafe »erzieherische Signale« an die Gesellschaft gerichtet werden.⁶⁸⁷ Die Präventionswirkung hat bei der Persönlichkeit der Bürger einzutreten, indem ihr Charakter positiv beeinflusst wird.⁶⁸⁸ Die Bestrafung ist ein moralischer Appell an das Verantwortungsbewusstsein der Bürger, sich künftig rechtstreu zu verhalten.⁶⁸⁹ Die Gesellschaftsmitglieder sollen durch persönliche Einsicht und innere Motivation – und nicht durch Furcht – zu einem rechtskonformen Leben animiert werden. Dazu gehöre bspw. auch, dass den Bürgern das allgemeine Schuldprinzip und andere etablierte Grundsätze des Strafrechts vor Augen geführt werden.⁶⁹⁰

Zum andern wird der Kriminalstrafe die Wirkung zugeschrieben, die durch die Straftat entstandenen Wunden im Rechtsbewusstsein der Gesellschaft zu heilen.⁶⁹¹ Durch die Bestrafung des Täters kann der

⁶⁸⁴ Vgl. HOFFMANN, S. 163.

⁶⁸⁵ Vgl. SCHUMANN, S. 1; DUBBER, S. 488 f., der aus diesem Grunde gar von *Theorien* der positiven Generalprävention spricht; für eine Darstellung ihrer unterschiedlichen Varianten ferner SCHUMANN, S. 1 ff.

⁶⁸⁶ Auf die Frage nach der Zulässigkeit einer moralisierenden Strafe und einer sittlich-moralischen Erziehung als Staatsaufgabe ist auf das bereits Gesagte zu verweisen. Siehe hierzu vorn, A/II./2.4.1.3.

⁶⁸⁷ Vgl. PERALTA, S. 506, welcher in diesem Zusammenhang den Begriff der »Erziehungsprävention« verwendet.

⁶⁸⁸ Vgl. zu den Wirkungsmechanismen BAURMANN, S. 1; KERSTING (2008), S. 33; VON HIRSCH (2005), S. 63; HOFFMANN, S. 163.

⁶⁸⁹ VON HIRSCH (2005), S. 66.

⁶⁹⁰ Vgl. exemplarisch VON HIRSCH (2005), S. 63.

⁶⁹¹ Vgl. LAMPE, S. 10.

Staat beweisen, dass er die Kriminalität im Griff hat und in der Lage ist, den sozialen Frieden zu garantieren.⁶⁹²

Das Modell der positiven Generalprävention erweist sich als diskussionsbedürftig. Die Annahme, dass Strafen geeignet seien, die Rechtsstreue der Bürger zu verstärken, erscheint nicht unproblematisch.⁶⁹³

Einerseits ist die Tatsache, dass Straftaten überhaupt verfolgt werden, sicherlich eine zentrale Voraussetzung für das Vertrauen der Menschen in die Justiz. Bis zu einem gewissen Maße mag es zutreffen, dass die öffentliche Missbilligung von Verbrechen dazu führen kann, dass eine bestimmte Problematik, wie bspw. häusliche Gewalt, Tierquälerei etc. vermehrt ins allgemeine Bewusstsein der Bevölkerung tritt und eine Sensibilisierung stattfindet.

Andererseits führt gerade die permanente mediale Konfrontation mit Delikten dazu, dass das Gefühl in weiten Kreisen der Bevölkerung entsteht, das Justizsystem sei mit den angeblich stets zunehmenden Verbrechen heillos überfordert. Die Vorstellung einer ausufernden Kriminalität ist dem Glauben an das Rechtssystem und der damit verbundenen Rechtsstreue eher abträglich.⁶⁹⁴ Die Tatsache allein, dass Verbrechen und Urteile medial thematisiert werden, bewirkt noch keine automatische Stärkung der bürgerlichen Normkonformität.

Ebenso ist es nicht gesichert, dass die Vermittlung der etablierten strafrechtlichen Prinzipien beim Durchschnittsbürger zu mehr Rechtskonformität führt: Zahlreiche fundamentale Maximen, wie das Schuldprinzip, die für Juristen eine Selbstverständlichkeit sind, führen in weiten Bevölkerungskreisen oft zu Verwirrung und Unverständnis.⁶⁹⁵ Wird – besonders bei schweren Verbrechen – bspw. die Strafe wegen verminderter Schuldfähigkeit reduziert, entsteht bei manchen Bürgern der Eindruck, dass sich der Täter aus formaljuristischen Gründen seiner »gerechten Strafe« entziehen konnte. Dass ein schuldunfähiger Geisteskranker bei einem Schwerverbrechen gar straflos bleibt, ist für nicht wenige Menschen nur schwer fassbar. Allerdings beruht dieses Unverständnis wohl wesentlich auf der Unkenntnis des dualistischen Sanktionensystems.

⁶⁹² Vgl. SEELMANN (2012), S. 26.

⁶⁹³ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 64.

⁶⁹⁴ Siehe zu dieser Problematik auch hinten, D/I./1.1.1.

⁶⁹⁵ Vgl. VON HIRSCH (2005), S. 64.

Der Wirkungsmechanismus der vorliegenden Konzeption wirft unter dem Strich einige Fragen auf, was sich bereits an ihren Begriffen zeigt, die keineswegs klarer sind als diejenigen der absoluten Straftheorien.⁶⁹⁶ Aus diesem Grunde entzieht sich der Ansatz in der Praxis auch einer empirischen Überprüfung. Eine »vertrauensbildende Wirkung« des Strafrechts lässt sich wissenschaftlich kaum nachweisen. Die Behauptung, dass die Kriminalstrafe die Rechtsreue der Bürger zu stärken imstande sei, ist praktisch nicht zu widerlegen. Zu komplex sind solche Phänomene, als dass man einzelne Faktoren, wie die Wirkung der Strafe, daraus isolieren könnte. Die Konzeption gründet demgemäß nicht in wissenschaftlichen Untersuchungen, sondern eher in der allgemeinen Lebenserfahrung.⁶⁹⁷ Gerade aber bei einem Strafmodell, das sich als reine Zweckstrafe versteht, erweist sich eine nicht nachweisbare Effektivität als fatal.⁶⁹⁸

Ferner muss gefragt werden, ob nicht auch die positive Generalprävention geeignet ist, überproportionale Strafbedürfnisse zu bedienen. Werden – im Sinne einer Konzession an die Rechtsgenossen – härtere Strafen etabliert und gleichzeitig empirische Erkenntnisse der Sanktionsforschung verkannt, kann die positive Generalprävention zu einem »Einfallstor der Vergeltung«⁶⁹⁹ (hier verstanden als simple Rachegeleüste) werden. Die Gefahr ist darin zu sehen, dass weniger der Sinn für tatproportionale Vergeltung, sondern vielmehr übermäßige Strafvorstellungen genährt werden. Die Bedenken scheinen deshalb nicht unberechtigt, da es sich schließlich auch hier um eine reine Präventionslehre handelt, die sich nicht selbst zu beschränken vermag und wesensgemäß zu Maßlosigkeit neigt.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Qualität einer Strafe nicht von der Frage allein abhängig gemacht werden kann, welche Auswirkungen sie auf die »gekränkte Volksseele« hat.⁷⁰⁰ Diese Argumentation mündete denn auch unweigerlich in einen Zirkelschluss: Strafe ist

⁶⁹⁶ Beispielhaft sind die von LAMPE, S. 10 ff. verwendeten Begriffe, wie »Kränkung«, »heilende Wirkung«, »Wunden« etc. zu nennen, die keineswegs weniger metaphysisch sind, als die Begriffe der Vergeltungsstrafe.

⁶⁹⁷ Vgl. MEIER, S. 29; DUBBER, S. 491 ff.

⁶⁹⁸ Vgl. hierzu auch SCHUMANN, S. 2.

⁶⁹⁹ HOFFMANN, S. 194.

⁷⁰⁰ Vgl. in Bezug auf die Probleme der empirischen Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention eingehend SCHUMANN, S. 14 ff.; ferner auch BAURMANN, S. 2 ff.

nach dem Modell der positiven Generalprävention dann legitim, wenn sie positive Auswirkungen auf das allgemeine Bewusstsein der Bevölkerung hat und diese Wirkung soll ihr dann zuzuschreiben sein, wenn die Strafe legitim ist.⁷⁰¹ Obwohl die Absicht, das Rechtsbewusstsein zu stärken, sicherlich vernünftig erscheint, bleibt zweifelhaft, ob dieses Ziel mit Hilfe des Strafrechts verwirklicht werden kann.

Positiv ist an dieser Konzeption zu beurteilen, dass sie die Erkenntnis vermittelt, dass das Recht nicht bloß zur Wahrung einer abstrakten, von gesellschaftlichen Bedürfnissen losgelösten Gerechtigkeitsvorstellung dient, sondern der Staat darauf hinwirken sollte, dass sich eine möglichst große Zahl von Bürgern mit ihrer Rechtsordnung identifiziert und das Recht dadurch seine Verwurzelung in einer breit abgestützten Ethik und Moral findet. Der Grundgedanke, dass durch die Kriminalstrafe die Bürger zur Achtung der Rechtsordnung aufgefordert werden sollen, ist ein kaum abzulehnender Aspekt staatlicher Strafe.⁷⁰²

3. Spezialprävention

Bei der Spezialprävention liegt der Fokus nicht auf der Allgemeinheit, sondern auf dem einzelnen Täter. Dieser soll durch die Strafe davon abgehalten werden, erneut straffällig zu werden.

Die Individualprävention wird einerseits in der Form der Abschreckung und Sicherung als *negative*, andererseits im Rahmen des Resozialisierungsgedankens als *positive* Spezialprävention bezeichnet.⁷⁰³

Weil das Konzept der Spezialprävention beim individuellen Straftäter und nicht bei der Gesellschaft ansetzt, thematisiert es in seiner Reinform lediglich die *Rückfallprävention*. Diese Tatsache führt zu folgender Problematik: Als präventives Mittel dient demnach nur die verhängte Sanktion und nicht bereits ihre Androhung durch die strafrechtliche Gesetzesnorm. Das Strafrecht gelangt immer erst nachhinkend zum Einsatz, wenn eine Straftat bereits verübt wurde. Die Erstdelinquenz wird vom Modell der Spezialprävention prinzipiell nicht erfasst.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ Vgl. LAMPE, S. 11.

⁷⁰² Vgl. PERALTA, S. 513.

⁷⁰³ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 12.

⁷⁰⁴ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 16.

Eine Rückfallprävention setzt voraus, dass eine *Prognose* darüber erstellt wird, ob der Straftäter erneut rückfällig sein wird.⁷⁰⁵ Mag bei einem Wiederholungstäter das Vorleben eine gewisse Basis für eine solche Voraussage darstellen, ist bei Ersttätern eine verlässliche Aussage über das künftige Verhalten so gut wie ausgeschlossen. Zu vielfältig erscheinen die Gründe, welche menschliches Verhalten beeinflussen. So herrscht in der heutigen Sanktionsforschung nicht einmal Einigkeit über die Frage, ob eine Strafe im Lichte der Rückfallprävention überhaupt notwendig ist.⁷⁰⁶ Diese Frage stellte sich bereits von Liszt:

»Warum nicht lieber statt der Strafe Verbesserung der Schul- und Polizeianstalten? Gewiss! Wenn eine zur Höhe der Vollkommenheit entwickelte Sanitätspolizei alle Krankheiten verhindern würde, dann brauchten wir die Ärzte nicht. Aber dieses goldene Zeitalter ist noch nicht angebrochen. Und bis dahin wird die beste Schule und gediegenste Polizei das Verbrechen nicht im Stande sein.«⁷⁰⁷

Selbst wenn man die Notwendigkeit der Kriminalstrafe bejaht, ist im Einzelfall kaum abzuschätzen, welche Wirkung die verhängte Strafe auf das weitere Verhalten des Täters haben wird.

Wer Strafe mit ihrer spezialpräventiven Notwendigkeit legitimiert, gerät schließlich in jenen Fällen in Erklärungsnot, bei denen unter Umständen zwar ein schweres Verbrechen begangen wurde, jedoch keine Gefahr der erneuten Straffälligkeit besteht. Als anschauliches Beispiel lassen sich die Schreckenstaten des Nationalsozialismus aufführen.⁷⁰⁸ Es erscheint so gut wie ausgeschlossen, das überlebende Nationalsozialisten der Gefahr unterliegen, erneut solche Taten zu begehen, da einerseits das System, das diese planmäßigen Verbrechen ermöglichte, nicht mehr existiert und andererseits es sich typischerweise um Täter in hohem Alter handelt, was ihre Gefährlichkeit zusätzlich vermindert. Gleichwohl war – und dem wird manch einer nachfühlen können – vonseiten der Siegermächte das Bedürfnis vorhanden, die Übeltäter ihrer gerechten Strafe zuzuführen. Nach rein spezialpräventiver Auffassung gäbe es aber in dieser Situation nichts mehr zu verhindern.

⁷⁰⁵ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 17.

⁷⁰⁶ Vgl. zur Problematik der Rückfallprognose STRATENWERTH (2011), § 2 N 17 ff.; KUNZ (2011), § 11 N 32 f.

⁷⁰⁷ VON LISZT, S. 52.

⁷⁰⁸ Vgl. FRISTER (2011), Kap. 2 N 15.

Sie ist, wie alle präventiven Strafkonzeptionen, zukunftsorientiert und verfolgt nicht das Ziel, eine begangene Tat zu vergelten – so schrecklich sie auch gewesen sein mag. Die konsequente Folge daraus wäre, dass diese Täter straflos bleiben müssten, was für die meisten Menschen schlicht nicht hinnehmbar wäre.⁷⁰⁹ Die Barbareien des Nationalsozialismus haben ein derart großes Entsetzen ausgelöst, dass für den Großteil der Bürger eine moralische Pflicht besteht, auf diese Taten zu reagieren; diese widersprechen auf krasseste Weise den Gerechtigkeitsüberzeugungen der großen Bevölkerungsmehrheit. Eine solche Aufarbeitung der Vergangenheit kann indessen nur eine vergeltende Kriminalstrafe bieten.

Dementgegen – und dies ist als äußerst positiv zu bewerten – hatte das spezialpräventive Anliegen einen großen Einfluss auf die Strafrechtsentwicklung in Europa: Die Unterscheidung von Strafen und Maßnahmen, die besondere Behandlung von Jugendlichen und die Gewährung des bedingten Strafvollzugs sind nur einige der heilsamen Auswirkungen, die der Gedanke der Spezialprävention auf unser geltendes Sanktionensystem verübt hat.⁷¹⁰ Die Idee der differenzierten Behandlung von strafrechtlichen Problemen, wie sie von Liszt postulierte, erweist sich in dieser Hinsicht als überaus segensreich.

3.1 Positive Spezialprävention

In der Literatur wird unter dem Begriff »positive Spezialprävention« v.a. die *Resozialisierung* von Straftätern verstanden. Hierbei besteht das Ziel, den Täter zu bessern und wieder in die Gesellschaft einzugliedern.⁷¹¹ Es wird nicht die Absicht verfolgt, den Täter umfassend zu läutern, sondern die Strafe soll dahin gehend auf ihn einwirken, dass er sich künftig rechtskonform verhalten wird.⁷¹² Im weiteren Sinn verweist der Begriff indessen nicht nur auf den durch die Strafe erzeugten Resozialisierungseffekt, sondern auf die Gesamtheit der Bemü-

⁷⁰⁹ Vgl. zur Straflosigkeit aus spezialpräventiven Gesichtspunkten auch STRATENWERTH (2011), § 2 N 18.

⁷¹⁰ Vgl. MEIER, S. 25 f.

⁷¹¹ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 16; ROXIN (2006), § 3 N 15, der im Resozialisierungsgedanken einen Ausdruck der Sozialstaatlichkeit erblickt; ferner zur Geschichte des Resozialisierungsgedankens bei der Kriminalstrafe auch Resozialisierung-CORNEL, S. 30 ff.

⁷¹² Vgl. hierzu KUNZ (2011), § 26 N 1; HENRICI, S. 50; siehe zum rechtlichen Schuldgedanken auch vorn, A/II./2.4.1.1.

hungen, die dem Täter zu einem rechtstreuen Leben verhelfen sollen, wie bspw. Bewährungshilfen, strafrechtliche Weisungen oder ein bedingter Strafvollzug.⁷¹³

Der noch vor einigen Jahrzehnten vorherrschende Optimismus bzgl. der Resozialisierung ist heute verschwunden. Nicht selten wird darauf hingewiesen, dass eine Wiedereingliederung von Straftätern nur mit bescheidenem Erfolg verwirklicht werden kann. Auch wenn die Konzeption verbreitet für theoretisch richtig erachtet wird, so ist, was ihr praktischer Erfolg anbelangt, eine »resignierende Ermüdung« festzustellen.⁷¹⁴ Diese Hilflosigkeit kommt im berühmten Schlagwort »nothing works« zum Ausdruck.⁷¹⁵

Der Einwand des fehlenden Resozialisierungserfolges ist ein ernst zu nehmendes Problem. Die positive Spezialprävention wäre den Nachweis der präventiven Wirksamkeit schuldig, denn es genügt bei einer Präventionstheorie nicht, dass die Konzeption zwar theoretisch für angemessen erachtet wird, in der Praxis aber erfolglos bleibt.⁷¹⁶ Relativierend muss bemerkt werden, dass sich ein Resozialisierungserfolg empirisch nur schwer nachweisen lässt.⁷¹⁷ Daher wird man sich wohl damit abfinden müssen, dass sich präventive Straftheorien insgesamt auf Plausibilitätsniveau bewegen.

Die Gründe der Erfolglosigkeit von Resozialisierungsmaßnahmen mögen darin liegen, dass diese in der Praxis kaum ausdifferenzierte Strategien darstellen, die bei den individuellen Bedürfnissen des Täters ansetzen.⁷¹⁸ Das Sanktionensystem sieht abstrakt ein paar wenige Strafarten und Maßnahmen vor und es ist unter Umständen nicht möglich, eine passende Sanktion zu verhängen, die für den Täter unter spezialpräventiven Gesichtspunkten erforderlich wäre.⁷¹⁹ Der Richter ist aufgrund des Legalitätsprinzips an das vom Strafrecht zur Verfügung gestellte Instrumentarium gebunden, was seine Kreativität einschränkt. Für einen Täter, der bspw. an sozialen Defiziten und fehlenden Bezugs-

⁷¹³ Vgl. hierzu MEIER, S. 25.

⁷¹⁴ Vgl. zum Bedeutungsverlust des Resozialisierungsgedankens KUNZ (2011), § 26 N 18, mit dem Hinweis auf die (besonders in den USA und Großbritannien) zunehmende Tendenz zum sichernden Strafvollzug; ferner ROXIN (2006), § 3 N 20 m. w. N.

⁷¹⁵ Vgl. hierzu auch den viel beachteten Aufsatz von MARTINSON.

⁷¹⁶ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 20.

⁷¹⁷ Vgl. zu den methodischen Mängeln MEIER, S. 39 ff.

⁷¹⁸ Vgl. STRATENWERTH (2011), § 2 N 16.

⁷¹⁹ Vgl. MEIER, S. 31.

personen leidet, sieht das Sanktionensystem kaum Möglichkeiten vor, diesen wirksam zu resozialisieren. Strafen erscheinen in einem solchen Falle komplett verfehlt, da sie die eigentlichen Ursachen der Devianz nicht zu beheben vermögen. Besonders freiheitsentziehende Sanktionen besitzen oftmals gerade eine desozialisierende Wirkung und führen nicht zur gewünschten Reintegration.⁷²⁰ Werden Delinquenten längere Zeit aus ihrem familiären und beruflichen Umfeld isoliert und soziale Bindungen gekappt, erweist sich dies – insbesondere für junge Täter – in vielen Fällen als schädlich.⁷²¹ Ebenso erscheint zweifelhaft, ob mit den im Maßnahmenrecht vorgesehenen therapeutischen Maßnahmen nach Art. 56 ff. StGB diesen Defiziten wirksam entgegengetreten werden kann. Es sollte daher geprüft werden, ob Sanktionen allgemein genügend täterspezifisch sind. Dadurch, dass man den einzelnen Deliktsarten (und damit auch den einzelnen Tätern) besser gerecht würde, ließen sich wohl bessere Erfolge erzielen.⁷²² Selbst wenn eine Besserung nicht bei allen Tätern erfolgt, so erscheint es aber dennoch wichtig, diesen Gedanken in einem Strafwesen zu berücksichtigen, da zumindest ein in diese Richtung gehender *Versuch* unternommen werden sollte und Strafe – wenn sie schon nicht resozialisierend wirkt – den Täter wenigsten nicht noch weiter entsozialisieren sollte.⁷²³

Auch das Resozialisierungsmodell liefert keine brauchbaren Lösungen zur Strafbegrenzung. Da nicht zum Vornherein klar ist, wann der Besserungserfolg eintritt, müsste die Sanktion so lange durchgeführt werden, bis der Täter sich effektiv gebessert hat. Dadurch wird unter Umständen die Tat- und Schuldproportionalität der Sanktion vernachlässigt.⁷²⁴ Nach dem reinen Besserungsgedanken müsste sich die Justiz sogar mit Menschen beschäftigen, die bisher noch nicht straffällig geworden sind, bei denen aber davon auszugehen ist, dass sie künftig

⁷²⁰ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 125 f.

⁷²¹ Vgl. hierzu auch KUNZ (2011), § 26 N 14, mit dem Hinweis, dass gar eine strafrechtliche Verurteilung von jugendlichen Straftätern überhaupt in Bezug auf die Rückfallgefährdung negative Auswirkungen zu haben scheint, da hierdurch eine »kriminelle Karriere« geradezu in die Wege geleitet wird. Zudem kann die Bestrafung zu einer Desozialisierung (Verlust des Arbeitsplatzes und des sozialen Umfeldes) und einer Störung der Selbstwahrnehmung von jugendlichen Delinquenten führen.

⁷²² Vgl. MEIER, S. 32.

⁷²³ Vgl. FRISTER (2011), Kap. 2 N 19.

⁷²⁴ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 16.

delinquieren werden.⁷²⁵ Diese Vorstellung erscheint aus vergeltungstheoretischer Sicht wahrlich ein Graus, bei der das Gebot der Tatproportionalität an oberster Stelle steht und eine Sanktion ohne ein vorangehendes Unrecht nicht denkbar ist.

Gerade bei der positiven Spezialprävention ist außerdem an die grundlegende retributivistische Sorge über eine Instrumentalisierung von Tätern zu erinnern: Eine angeordnete Besserung von erwachsenen Menschen erscheint nicht problemlos und es ist (neben den Erfolgsaussichten) fraglich, ob dieses Ziel mit der Menschenwürde zu vereinbaren ist. Sinnvollerweise kann eine Resozialisierung nur in jenen Fällen erreicht werden, in denen eine »Beziehung der Kooperation« mit dem Straftäter aufgebaut wird. Eine »Zwangsresozialisierung« erscheint nicht nur fruchtlos, sondern wäre auch deshalb abzulehnen, da sie im Widerspruch zur Rechtsstaatlichkeit steht.⁷²⁶ Selbst eine Besserung, die lediglich auf die Stärkung der Rechtsreue abzielt, darf keinesfalls den unantastbaren Persönlichkeitskern eines Täters verletzen.⁷²⁷

3.2 Negative Spezialprävention

3.2.1 Abschreckung

Die negative Spezialprävention hat einerseits die *Abschreckung* von einzelnen Straffälligen zum Ziel. In der Hoffnung auf eine präventive Wirkung besteht die Absicht, dem Täter durch eine unangenehme Sanktion einen Denkkzettel zu verpassen.⁷²⁸

Gegen die Abschreckung von Straffälligen können zahlreiche allgemeine Einwände gegen die Individualprävention erhoben werden, welche an dieser Stelle nicht erneut diskutiert werden sollen. Insbesondere stellt sich auch hier die Problematik der begrenzten Wirksamkeit der Strafe.⁷²⁹ Besonders beim Abschreckungsgedanken ist ferner erneut auf das hegelsche Argument der Tierdressur hinzuweisen.⁷³⁰

⁷²⁵ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 16.

⁷²⁶ ROXIN (2006), § 3 N 39.

⁷²⁷ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 17.

⁷²⁸ Vgl. MEIER, S. 24 f.

⁷²⁹ Vgl. SCHEFFLER (1995), S. 379; STRATENWERTH (1995), S. 10; FRISCHKNECHT, S. 125 f.

⁷³⁰ Siehe zu diesem Argument vorn, B/I./3.4.

3.2.2 Sicherung

Andererseits wird zur negativen Spezialprävention die *Neutralisation* (Unschädlichmachung) von Straffälligen gezählt.⁷³¹ Darunter versteht man das Wegsperrern von Tätern, die man als gefährlich bzw. nicht re-sozialisierbar erachtet.

Seit jeher wurden in der Geschichte unliebsame Personen aus der Gesellschaft verbannt. Im Strafrecht propagierte insbesondere Franz von Liszt diese Art der Prävention für Gewohnheitsverbrecher, die er als »unverbesserlich« betrachtete.⁷³² Im heutigen Sanktionensystem finden die strafrechtliche Maßnahme der Verwahrung und die lebenslange Freiheitsstrafe ihre ideengeschichtliche Begründung in dieser Variante der Spezialprävention.⁷³³

Wenn die Neutralisation von Tätern auf den ersten Blick auch als probates (insb. stets wirksames) Mittel erscheint – und diesen vermeintlichen Liebreiz teilt sie mit allen Präventionsanliegen – so entpuppt sie sich bald als zweischneidiges Schwert: Die Kosten der Unschädlichmachung sind als äußerst hoch zu veranschlagen.⁷³⁴ Gemeint sind damit nicht nur finanzielle Kosten, wie sie durch einen ggf. jahrzehntelangen Straf- oder Maßnahmenvollzug entstehen, sondern der Preis, den eine Gesellschaft entrichten muss, in der das Wegsperrern unliebsamer Personen das Mittel der Wahl zur Verhütung von Verbrechen darstellt. Demgemäß darf dieses Strafanliegen nie zu einer vollständigen Exklusion aus der Gemeinschaft führen. Denn gerade dadurch, dass auch im Vollzug die Würde und Persönlichkeit von Tätern respektiert wird, beweist eine Gesellschaft ihre moralische Güte und Menschlichkeit.⁷³⁵

Selbst eine maßnahmenrechtliche Verwahrung von Unzurechnungsfähigen, die nicht durch einen moralischen Tadel normativ ansprechbar sind, erweist sich aufgrund dieser Betrachtungsweise nicht einfach als

⁷³¹ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 164.

⁷³² Siehe hierzu vorn, C/I./2.1.

⁷³³ Vgl. MEIER, S. 26.

⁷³⁴ Vgl. FALCON Y TELLA/FALCON Y TELLA, S. 164; ALBRECHT (1995), S. 22, mit dem Hinweis, dass in den USA jährlich so viele neue Gefängnisplätze geschaffen werden müssen, wie der deutsche Strafvollzug gesamthaft zur Verfügung hat.

⁷³⁵ Vgl. NOLL, S. 26.

»unproblematisch«. ⁷³⁶ Freilich sind solche Täter nicht moralisch zu tadeln, sondern trotz ihrer gefährlichen Eigenschaften als menschliche Wesen mit einer angeborenen und unveräußerlichen Würde zu behandeln. Auch Straftäter mit pathologischen Defiziten sind nicht wie gefährliche Tiere einzusperren – gleichsam einem Hund, den man in einen Zwinger steckt –, sondern verdienen es aufgrund ihres Menschseins, Teil der Gemeinschaft zu bleiben, wenn dies mit einem (vernünftigen!) Schutzgedanken irgendwie zu vereinbaren ist. Auch in diesen Fällen ist das Sicherheitspostulat nicht als absolut zu betrachten, sondern gegenüber der Menschenwürde abzuwägen.

IV. Vereinigungstheorien

1. Über die Notwendigkeit einer Vereinigungstheorie

Ein grundlegendes Problem der dargelegten Straftheorien ist darin zu sehen, dass ein einzelner Ansatz – und dazu gehört freilich auch der Vergeltungsgedanke – dem komplexen Phänomen Strafe kaum gerecht wird und lediglich einen bestimmten Teilaspekt beschreibt. Wenn sie auch alle eine gewisse Berechtigung besitzen, wird ersichtlich, dass jedes Modell isoliert betrachtet unvollständig erscheint und keine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Legitimation von Strafe liefert. ⁷³⁷ Sogleich tauchen Konstellationen auf, in denen die spezifischen Erklärungsansätze versagen. Demgemäß sind sie auch nur als *Ansätze* zu verstehen, die bloß *einen* Aspekt des vielfältigen Strafphänomens beleuchten. Alleine die Tatsache, dass der Streit über Sinn und Zweck der Strafe seit Jahrtausenden besteht, verdeutlicht, dass ein einzelnes Strafmotiv nicht vollständig zu befriedigen vermag.

Der Grund für dieses Dilemma liegt wohl darin, dass sich soziale Phänomene nicht monokausal erklären lassen. Dies führte zu einer

⁷³⁶ Vgl. hierzu indessen KUNZ (2004), S. 249, der das Wegsperren von Unzurechnungsfähigen (anders als bei Zurechnungsfähigen) als problemlos ansieht.

⁷³⁷ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 115; WOOD, S. 301 f.

grogen Vereinfachung der sozialen Wirklichkeit.⁷³⁸ Aus diesem Grunde entstanden Ansätze, die unterschiedliche Antworten auf die Frage nach der Rechtfertigung der Kriminalstrafe liefern:

»[...] der Pendelschlag zwischen Vergeltung und Prävention droht zu einem akademischen Ritual zu erstarren. In dieser Situation bietet eine dritte Theoriengruppe, die sog. Vereinigungstheorien, eine vielleicht noch unverbrauchte Möglichkeit.«⁷³⁹

Durch die Erkenntnis, dass die komplexe soziale Erscheinung Strafe nicht auf einen simplen Mechanismus, wie »Spezialprävention«, reduziert werden kann, gelangt man notwendigerweise zu einem Modell, das – im Sinne einer *Vereinigungstheorie* – verschiedenartige Motive berücksichtigt.⁷⁴⁰ Mischtheorien verfolgen den Ansatz, Straftheorien miteinander in Verbindung zu bringen und auf diese Weise die Unzulänglichkeiten der einzelnen Ansätze zu kompensieren.⁷⁴¹

Gegen Vereinigungstheorien wird der Einwand vorgebracht, sie seien das Eingeständnis dafür, dass man keine klare Antwort auf die Frage nach der Legitimation von Strafe besitze; es fehle solchen Ansätzen gewissermaßen am »theoretischen Fundament«. Mischtheorien seien Ausdruck einer Standpunktlosigkeit.⁷⁴²

Diesem Einwand ist dezidiert entgegenzutreten: Die Reduktion der Strafe auf ein einziges Motiv führt zu einem holzschnittartigen Weltbild. Es handelt sich hierbei um ein komplexes und facettenreiches Gebilde. Strafe besitzt unmittelbare und mittelbare Folgen, die auch unerwünscht sein können, da es nicht möglich ist, ihre gesamten Konsequenzen vorauszusehen. Es bedürfte einer gewaltigen (m.E. nicht zu er-

⁷³⁸ Vgl. zu dieser Problematik auch KUNZ (2011), § 2 N 1 ff., spez. N 6, welcher darauf hinweist, dass bei komplexen sozialen Phänomenen ohnehin nur ein *verstehender* Ansatz (im Sinne der qualitativen Sozialforschung) angebracht erscheint, da sich diese nicht wie naturwissenschaftliche Objekte observieren lassen; ebenso zur kriminellen Wirklichkeit KUNZ (2008), S. 54 f.; ferner STRATENWERTH (1995), S. 21, mit dem Hinweis, dass sich Strafe nicht auf einen einzigen Zusammenhang von Ursache und Wirkung reduzieren lässt.

⁷³⁹ KORIATH, S. 625.

⁷⁴⁰ Vgl. hierzu auch ROXIN (2001), S. 703.

⁷⁴¹ Vgl. SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, S. 6; für eine Darstellung und Kategorisierung von Vereinigungstheorien in der US-amerikanischen Strafrechtsphilosophie ausführlich WOOD.

⁷⁴² Vgl. hierzu ROXIN (2006), § 3 N 35.

bringenden) Abstraktionsleistung, einen einzigen Strafzweck zu finden.⁷⁴³ Eine »klare« Antwort ist folglich bei dieser Frage gar nicht erwünscht.

H. L. A. Hart sieht denn auch in der bloßen Tatsache, dass verschiedene Ansätze zur Rechtfertigung und Erklärung von Strafe existieren – selbst wenn diese ggf. zu verschiedenen Ergebnissen führen – kein Dilemma. Er bemerkt, dass Prinzipienkollisionen auch in anderen Rechtsgebieten – exemplarisch nennt er die Rechtsinstitute Vertrag und Eigentum – auftreten und es sich hierbei um ein Problem handelt, womit die Rechtswissenschaft seit jeher konfrontiert ist.⁷⁴⁴

2. Arten von Vereinigungstheorien

Eine Vereinigung der einzelnen Straftheorien ist auf verschiedene Weisen denkbar. Einerseits existieren Theorien, welche die relativen Theorien (Spezial- und Generalprävention) zu verbinden versuchen. In diesem Zusammenhang hat sich in der Dogmatik der Begriff »präventive Vereinigungstheorie« etabliert.⁷⁴⁵ Andererseits werden Versuche unternommen, absolute- und relative Straftheorien miteinander zu verknüpfen. Dieses Modell lässt sich als »vergeltende Vereinigungstheorie« bezeichnen.⁷⁴⁶

Zusätzlich existieren verschiedene Auffassungen darüber, was eigentlich mit »Vereinigung« gemeint ist: Denkbar wäre, dass die einzelnen Strafauffassungen (z. B. Prävention und Vergeltung) im Sinne einer »additiven Vereinigungstheorie« gleichwertig nebeneinander gestellt werden, wobei – nach pragmatischer Manier – situativ die eine oder andere Strafauffassung vorgezogen wird.⁷⁴⁷ Nach einer anderen Konzeption werden die einzelnen Gesichtspunkte nicht bloß summiert, sondern in einer Synthese zu vereinen versucht. Eine solche »dialektische Vereinigungstheorie« strebt die wechselseitige Beschränkung

⁷⁴³ Vgl. STRATENWERTH (1995), S. 20, der einen solchen einheitlichen Strafzweck (mit einiger Zurückhaltung) in der Bewältigung des Konfliktes erblickt, der durch den Normbruch entsteht.

⁷⁴⁴ Vgl. HART, S. 3 f.; ferner auch KORIATH, S. 631; für eine eingehende Kritik an seiner Vereinigungstheorie LIPPKE (2006), S. 280 ff.

⁷⁴⁵ ROXIN (2006), § 3 N 36.

⁷⁴⁶ ROXIN (2006), § 3 N 33.

⁷⁴⁷ ROXIN (2006), § 3 N 35.

der einzelnen Gesichtspunkte an und versteht die einzelnen Strafzwecke in gegenseitiger Abhängigkeit.⁷⁴⁸

2.1 Präventive Vereinigungstheorie

Die präventive Vereinigungstheorie, die den Vergeltungsgedanken zur Legitimation von Strafe ablehnt und diese ausschließlich anhand ihrer präventiven Konsequenzen rechtfertigt, erfreut sich in der heutigen Strafrechtsdogmatik großer Beliebtheit.⁷⁴⁹ Strafe rechtfertigt sich nach dieser Sichtweise durch die Verfolgung verfassungslegitimer Zwecke, die sich konkret zu manifestieren haben. Sie ist nicht auf die Verwirklichung einer abstrakten Gerechtigkeitsidee ausgerichtet, sondern hat erkennbare soziale Ziele zu verfolgen. Die Kriminalstrafe dient nach diesem Modell der Verbrechensverhütung und damit dem Rechtsgüterschutz.⁷⁵⁰

Der Ansatz, der general- und spezialpräventive Gesichtspunkte zu verbinden versucht, erweist sich als methodisch minder anspruchsvoll. Bei dieser Vereinigungstheorie werden absolute Strafmotive ausgeblendet und es wird auf die Frage geantwortet, welche Mittel zur Erreichung des Präventionsziels eingesetzt werden sollten. Demgemäß sind spezial- und generalpräventive Motive gleichermaßen zu berücksichtigen, da beide den Zweck der Verbrechensverhütung verfolgen.⁷⁵¹ Durch diese Verbindung wird eine Kompensation der beschriebenen Mängel von einzelnen Ansätzen beabsichtigt. Liefert die Spezialprävention bspw. keine Antwort auf die Frage nach der Bestrafung von Tätern ohne Rückfallgefahr, lässt sich in einem solchen Fall die Bestrafung aus generalpräventiven Überlegungen heraus rechtfertigen.

⁷⁴⁸ ROXIN (1973), S. 28.

⁷⁴⁹ Vgl. hierzu ROXIN (2006), § 3 N 37, der als wohl bedeutendster Vertreter diese Strafauffassung angesehen werden kann, mit Hinweisen auf weitere zustimmende Lehrmeinungen; MEIER, S. 33; ferner auch ROXIN (2006), § 3 N 37, mit der Bemerkung, dass die Strafe ausschließlich präventiver Natur sein könne, da auch die generell-abstrakte Strafnorm nur durch den Rechtsgüterschutz legitimiert werde. Nach vorliegender Auffassung ist indessen jegliche Strafe wesensgemäß eine vergeltende und damit verdienstbasierte Reaktion. Dies gilt freilich auch für das abstrakte Institut der Kriminalstrafe und nicht bloß für die verhängte Strafe im Einzelfall.

⁷⁵⁰ Vgl. MEIER, S. 33 f.; ROXIN (1973), S. 27; für eine knappe Darstellung der Rechtsgutlehre auch SWOBODA.

⁷⁵¹ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 37 f.

2.2 Vergeltende Vereinigungstheorie

Des Weiteren existiert der Versuch, zusätzlich die Ansätze der absoluten Straftheorien (insb. den Vergeltungsgedanken) in einer Vereinigungstheorie zu verschmelzen. Dieser Versuch erweist sich insofern als anspruchsvoller, da eine solche vergeltende Vereinigungstheorie sich überhaupt erst eingehend mit der Frage auseinandersetzen muss, ob Strafe lediglich eine utilitaristische Angelegenheit darstellt oder zusätzlich eine deontologische Perspektive aufweist. Es ist allerdings fraglich, ob dies nicht auch Verfechter einer präventiven Vereinigungstheorie tun müssten, um überhaupt erst den Vergeltungsgedanken bei der Strafe verneinen zu können. Oftmals verhält es sich aber so, dass ihre Anhänger diesen kategorisch ablehnen, ohne sich überhaupt erst um eine angemessene Begründung für ihre Haltung zu bemühen. Man begnügt sich bspw. mit der Aussage, dass dieser nicht mehr zeitgemäss sei.⁷⁵² Derjenige, welcher aber eine deontologische Strafethik vertritt, ist demgegenüber geradezu verpflichtet, eine Begründung zu liefern, die seine Strafauffassung untermauert. Er muss insbesondere eingehend darlegen, weshalb die Strafe stets eine vergeltende Antwort auf verübtes Unrecht sein soll.

Die Verbindung von Prävention und Vergeltung stellt auch nach vorliegender Auffassung eine hochinteressante Möglichkeit dar, die unterschiedlichen strafrechtlichen Traditionen miteinander zu verbinden. Mehr noch: Wie mir scheint, ist dies vielmehr der einzige Weg, die Kriminalstrafe – und letztlich jede Form von Strafe – angemessen zu beschreiben. Vergeltung und Prävention schliessen sich nicht aus, sondern ergänzen sich auf sinnvolle Weise.⁷⁵³ Die Mitberücksichtigung des Vergeltungsgedankens ermöglicht insbesondere die Integration von fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien in das Strafrecht, wie den Proportionalitäts- und Verdienstgedanken. Das vorliegende Bekenntnis zu einer Vereinigungstheorie stellt folglich nicht ein bloßes Harmoniebedürfnis dar, sondern wird im Bewusstsein getroffen, dass eine rein präventiv begründete Strafe – was noch ausführlicher dargelegt werden soll – nicht zu befriedigen vermag. Präventive Ziele

⁷⁵² Vgl. anstelle vieler SEELMANN (1995), S. 11.

⁷⁵³ Vgl. hierzu auch LIPPKE (2006), S. 273.

sollten lediglich innerhalb der Schranken der Tat- und Schuldproportionalität berücksichtigt werden.⁷⁵⁴

»Prävention eignet sich im Rücken stetiger und gleichmäßiger gerechter Tatvergeltung, sie ist deren langfristige Folge, sie ist Hoffnung der Strafjustiz, nicht deren unmittelbares Produkt.«⁷⁵⁵

Das Schweizerische Bundesgericht folgt in seiner (spärlichen) Rechtsprechung zum Vergeltungsgedanken ebenfalls einer vergeltenden Vereinigungstheorie:

»Die Strafzwecke sind gegeneinander abzuwägen und in eine Rangfolge zu bringen, wobei dem Anliegen der Spezialprävention grundsätzlich ein Vorrang zukommt. Zum einen dient das Strafrecht in erster Linie nicht der »Vergeltung«, sondern der Verbrechensverhütung [...].«⁷⁵⁶

Neben dem Präventionsgedanken, der demgemäß an erster Stelle steht, anerkennt das Bundesgericht auch den Vergeltungsgedanken zur Legitimation der Kriminalstrafe. Es legt indessen nur äußerst zaghaft dar, was es mit »Vergeltung« meint. Immerhin spricht es im selben Entscheid von einem »gerechten Schuldausgleich«.⁷⁵⁷

In einem neueren Urteil wird das Bundesgericht bereits konkreter und bekennt sich ausdrücklich zur Tat- und Schuldproportionalität des Vergeltungsgedankens:

»Der Strafzweck des Schuldausgleichs (das Vergeltungsprinzip) besagt denn auch nur, dass die Strafe der Größe der Schuld entsprechen soll, was eine drastische Bestrafung des Täters bei geringem Verschulden verbietet [...] Über diese begrenzende Funktion hinaus kommt ihm keine weitere Bedeutung zu, nicht bei der Strafzumessung und erst recht nicht beim Vollzug [...].«⁷⁵⁸

Damit nennt das höchste Gericht zwei wesentliche Grundprinzipien der Vergeltungsstrafe, verkennt aber, dass der Retributivismus noch

⁷⁵⁴ Vgl. hierzu HASSEMER (2006a), S. 272 f.

⁷⁵⁵ HASSEMER (2006a), S. 272.

⁷⁵⁶ BGE 129 IV 161 [164] E. 4.2; diesen Textbaustein verwendet das Bundesgericht (z.T. in leicht veränderter Form) seit Jahren (vgl. auch BGE 124 IV 246 [248] E. 2b; 120 IV 1 [4] E. 2b; 119 IV 125 [126] E. 3.b). Interessant erscheint hierbei die Feststellung, dass seit BGE 129 IV 161 der Terminus »Vergeltung« in Anführungszeichen verwendet wird. Ob dies lediglich eine Laune des Gerichtsschreibers darstellt oder ob dahinter eine tiefere Bedeutung steckt, bleibt letztlich Spekulation.

⁷⁵⁷ BGE 129 IV 161 [163] E. 4.2.

⁷⁵⁸ BGE 134 IV 1 [13] E. 5.4.3.

weiterreichende Konsequenzen – insb. für den Strafvollzug – besitzt.⁷⁵⁹ Ebenso erscheint gerade bei der Strafzumessung die Frage nach dem gerechten Verdienst für ein verübtes Unrecht (»just desert«) zentral.

Auf ähnliche Weise bekennt sich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht zur Vergeltungsidee im Strafrecht. Es verdeutlicht, dass die Kriminalstrafe nicht gänzlich vom Präventionsgedanken geprägt sei:

»Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt [...] Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen.«⁷⁶⁰

Weder die Rechtsprechung noch das Gesetz verbieten nach dem Gesagten die Berücksichtigung des Vergeltungsgedankens. Im Gegenteil: Vergeltung wird ausdrücklich als Legitimationsgrund der Kriminalstrafe – wenn auch zum Teil in bloß untergeordneter Weise – anerkannt.

2.3 Additiv oder dialektisch?

Bei einer Mischtheorie stellt sich die Frage nach dem Verhältnis ihrer Elemente zueinander. Soll bspw. bei der präventiven Vereinigungstheorie die Spezial- oder die Generalprävention im Vordergrund stehen? Was ist, wenn zwischen diesen ein Konflikt entsteht? Darf in einem solchen Falle ein Aspekt in den Hintergrund gedrängt werden oder gar gänzlich unberücksichtigt bleiben?

Die *additive* Vereinigungstheorie betrachtet die einzelnen Elemente als gleichwertig, denn es wird angenommen, dass das Gesetz weder eine bestimmte Straftheorie ausdrücklich gebietet, noch eine andere prinzipiell ausschließt. Strafzwecktheorien sollen nicht apodiktisch verstanden werden, sondern es muss ihnen eine möglichst große Einzelfallgerechtigkeit gegenüberstehen.⁷⁶¹ Je nach konkreter Situation wird demgemäß ein Element vorgezogen oder es kann gar gänzlich unberücksichtigt bleiben.

⁷⁵⁹ Siehe zum Verbot von martialischen Strafen eingehend vorn, B/II./5.2.

⁷⁶⁰ BVerfG, 2 BvR 1895/05 vom 27.12.2006, Absatz-Nr. 23 m.w.N.; ferner auch BVerfG, 2 BvR 834/02 vom 10.2.2004, Absatz-Nr. 87: »Der Begriff des Strafrechts wird jedoch weiter verstanden. Unter ihn lassen sich über repressive, vergeltende Sanktionen hinaus all diejenigen Regelungen fassen, durch die strafwürdiges Verhalten in seinen Voraussetzungen gekennzeichnet und mit staatlicher Sanktion bedroht wird«; vgl. hierzu auch ausführlich VOLK.

⁷⁶¹ CALLIESS (1989), S. 1339.

Gegen diese pragmatische Auffassung einer Vereinigungstheorie wird eingewendet, dass diese in letzter Konsequenz beliebig und nichtssagend sei.⁷⁶²

Auch wenn es zutrifft, dass sich Gesetz und Rechtsprechung nicht zu einer spezifischen Straftheorie bekennen, ist dieser Kritik beizupflichten: Eine solche »Theorie« würde eine beinahe beliebige Ausgestaltung des Strafrechts ermöglichen. Diese Auffassung liefert gerade keine Antwort darauf, welche Komponente in einem konkreten Anwendungsfall im Vordergrund stehen soll.⁷⁶³

Einen Ausweg aus dieser Misere verspricht eine – insb. durch Roxin geprägte – *dialektische* Vereinigungstheorie. Im Bewusstsein, dass eine additive Theorie letztendlich in eine Beliebigkeit mündet, besteht bei dieser Auffassung die Absicht, mit den einzelnen Elementen ein »System gegenseitiger Begrenzung und Beschränkung« zu schaffen.⁷⁶⁴ Ziel ist es, die einzelnen Straftheorien in einer *Synthese* miteinander zu verschmelzen. Auch das Bundesgericht vertritt – zumindest im Ansatz – eine solche Vereinigungstheorie:

»[...] die Strafzwecke [...] bilden vielmehr ein komplexes Verhältnis wechselseitiger Ergänzung [...].«⁷⁶⁵

Roxin postuliert eine unterschiedliche Gewichtung der präventiven Ziele nach den Etappen des Strafverfahrens: Er nimmt an, dass die bloße Strafandrohung zunächst rein generalpräventiv wirkt. Bei der Verurteilung sollen anschließend spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte berücksichtigt werden, beim daran anknüpfenden Strafvollzug hingegen hauptsächlich die Spezialprävention.⁷⁶⁶ Die dialektische Vereinigungstheorie nach Roxin schließt allerdings den Vergeltungsgedanken nicht mit ein. Dieser wird von Roxin prinzipiell abgelehnt:

»Der Ausgangspunkt jeder heute vertretbaren Straftheorie muss in der Einsicht liegen, dass der Zweck der Strafe nur präventiver Art sein kann.«⁷⁶⁷

⁷⁶² Vgl. hierzu ROXIN (2006), § 3 N 35; CALLIESS (1989), S. 1339.

⁷⁶³ Vgl. SCHEFFLER (1995), S. 385.

⁷⁶⁴ ROXIN (2006), § 3 N 36.

⁷⁶⁵ BGE 134 IV 1 [12] E. 5.4.1.

⁷⁶⁶ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 42, der ferner darauf hinweist, dass auch im Strafvollzug generalpräventive Bedürfnisse nicht gänzlich außer Acht gelassen werden sollten.

⁷⁶⁷ ROXIN (2006), § 3 N 37; ferner in § 3 N 44: »Dagegen kann die Vergeltung in einer recht verstandenen Vereinigungstheorie auch als ein neben der Prävention zu berück-

Ein anderer Ansatz würde hingegen darin bestehen, ebenfalls den Vergeltungsgedanken in eine Mischtheorie dialektisch zu integrieren. Ein solcher vertritt bspw. H. L. A. Hart: Bei der Erklärung von komplexen Rechtsinstituten, wie der Kriminalstrafe, müsse stets zwischen unterschiedlichen Problemen differenziert werden. Es dürfe nicht auf eine einzige Frage, wie »Was ist der Sinn der Kriminalstrafe?« abgestellt werden. Daneben existieren seiner Auffassung nach weitere Problemkreise, wie »Wer darf bestraft werden?« oder bspw. auch die Frage nach dem zu verhängenden Strafmaß.⁷⁶⁸

»What is needed is the realization that different principles (each of which may in a sense be called a ›justification‹) are relevant at different points in any morally acceptable account of punishment.«⁷⁶⁹

Wer sich mit dem Phänomen Strafe auseinandersetzen will, müsse dies differenziert tun. Die Reduktion der Problematik auf eine allgemeine Legitimationsfrage (»general justifying aim«) sei unzureichend, da – selbst wenn sich diese durch einen einheitlichen Strafzweck, wie »Vergeltung« oder »Prävention« beantworten ließe – kaum etwas darüber ausgesagt sei, wer auf welche Weise bestraft werden soll. Zur Beantwortung dieser Einzelfragen seien demnach auch unterschiedliche Antworten nötig.⁷⁷⁰

Im Sinne einer vergeltenden Vereinigungstheorie postuliert Hart folgende Stellung des Vergeltungsgedankens: Die Institution der Kriminalstrafe wird bei ihm aus präventiven Gründen legitimiert. Das Vergeltungsprinzip spielt bei der Frage »Wozu existiert die Kriminalstrafe?« zunächst noch keine Rolle. Vergeltung kommt in seinem Modell erst bei der Frage »Wer darf bestraft werden?« zum Zug. An dieser Stelle antwortet das Vergeltungsprinzip (was der Präventionsgedanke nicht tut): »*Nur wer ein strafrechtliches Unrecht begangen hat*«. Auch das Maß der individuellen Strafe richtet sich nach retributiven Kriterien – insb. nach der Schwere der Tatschuld.⁷⁷¹ Das restriktive Vergeltungsprinzip mahne, dass alleine der Täter gegenüber der Gesellschaft eine Schuld besitze. Damit sei der Forderung nach einer Bestrafung von Un-

sichtiger Strafzweck nicht in Betracht kommen.«

⁷⁶⁸ Vgl. hierzu auch DUBBER, S. 487.

⁷⁶⁹ HART, S. 3; ferner auch S. 4: »[...] we are confronted by a complex institution presenting different inter-related features calling for separate explanation [...]«.

⁷⁷⁰ Vgl. HART, S. 3; WOOD, S. 304 f.

⁷⁷¹ Vgl. hierzu auch WEIGEND, S. 200.

schuldigen, bloß Verdächtigen oder auch der Verhängung von Kollektivstrafen, eine klare Absage erteilt.⁷⁷² Hart nimmt folglich nicht eine Vermischung der einzelnen Strafziele vor, sondern postuliert deren Anwendung – im Sinne einer »split-level« Vereinigungstheorie – auf verschiedenen Stufen der Kriminalstrafe, was zu einer größeren Klarheit und damit zu einer systematisch besseren Lösung führen soll.⁷⁷³

Gegen die Annahme, dass das Institut der Kriminalstrafe ausschließlich aus präventiven Überlegungen heraus legitimierbar sei, wird eingewendet, dass hierbei nicht begründet werde, weshalb auf der Ebene der Legitimation von Strafnormen Vergeltung keine Rolle spielen soll, sondern erst bei der konkreten Rechtsanwendung.⁷⁷⁴

Dieser Einwand erscheint allerdings zutreffend: Auch nach vorliegender Auffassung ist der Vergeltungsgedanke bereits ein grundlegender Bestandteil der allgemeinen Strafidee und macht gerade ihr Wesen aus. Der Präventionsgedanke vermag die fundamentale Notion der Strafe – insb. den Gedanken der Reziprozität – nicht zu beschreiben.⁷⁷⁵

⁷⁷² Vgl. KORIATH, S. 632.

⁷⁷³ Vgl. WOLF (1992b), S. 207; zur Einordnung der Theorien von Rawls und Hart auch WOOD, S. 305; siehe ferner zur split-level-Theorie nach Rawls vorn, B/II./2.2.

⁷⁷⁴ Vgl. zu diesem Einwand WOOD, S. 305 f.

⁷⁷⁵ Siehe zum Wesen der Strafe auch vorn, A/I./2.2.1, wo dargelegt wird, dass diese stets die Reaktion auf ein vergangenes Ereignis darstellt und ihr daher der Vergeltungsgedanke inhärent ist.

D. Der Vergeltungsgedanke als Ursache zunehmender Punitivität?

I. Neue Punitivität in der Gesellschaft

Der Umgang mit Strafe und die Stärke des Verlangens nach ihr stellen bedeutende Merkmale einer Gemeinschaft dar und können dazu dienen, unterschiedliche Gesellschaftsformen zu charakterisieren.⁷⁷⁶ Damit ist zugleich gesagt, dass das Strafverlangen in grundsätzlicher Hinsicht orts- und zeitabhängig ist.⁷⁷⁷

Unter der Bezeichnung *Punitivität* (ferner auch »punitive turn« oder »penal populism«) wird in der Wissenschaft ein gesamtgesellschaftliches Strafbedürfnis beschrieben, das sich durch eine feindselige Haltung gegenüber Delinquenten und in der Forderung nach scharfen strafrechtlichen Sanktionen äußert.⁷⁷⁸ Hassemer bemerkt zu dieser Problematik eindrücklich:

»Seit ich meine strafende Umwelt mit wachen Augen beobachten kann, habe ich nie so viel selbstverständliche Strafbereitschaft, ja Straffreude wahrgenommen wie heute. Nicht die Strafe verlangt in unseren Tagen Nachdenken und Rechtfertigung, sondern die Frage nach ihr und Kritik an ihr.«⁷⁷⁹

Was mögen die Hintergründe dieser neuen Lust auf Strafe sein und welchen Einfluss hat die besagte Entwicklung auf das Strafrecht? In diesem Kapitel soll aufgezeigt werden, dass nicht etwa der maßvolle Vergeltungsgedanke als Grund für die wachsende Strafbereitschaft anzunehmen ist, sondern dass stärker werdende Strafbedürfnisse in

⁷⁷⁶ Vgl. KILLIAS/KUHN/AEBI, N 806.

⁷⁷⁷ Vgl. KILLIAS/KUHN/AEBI, N 848 ff.

⁷⁷⁸ Vgl. hierzu KUNZ (2011), § 30 N 15; für einen kritischen Standpunkt gegenüber der Annahme einer zunehmenden Punitivität auch ausführlich MARUNA/KING; KUHN/VILLETTAZ/WILLI-JAYET/WILLI.

⁷⁷⁹ HASSEMER (2000), S. 16.

einer zunehmenden *Furcht vor Kriminalität* gründen oder auf *archaische Rachebedürfnisse* zurückzuführen sind. Außerdem gilt es zu verdeutlichen, dass der prinzipiell maßlose *Präventionsgedanke* dazu prädestiniert ist, die Ängste der Bevölkerung zu bedienen und ins Strafrecht zu transferieren. Die ungezügelte Präventionsidee entpuppt sich demgemäß als ein Einfallstor punitiver Bedürfnisse.

Die nachfolgenden Ausführungen werden im Bewusstsein getroffen, dass empirische Aussagen über soziale Phänomene stets mit Vorsicht zu genießen sind und dass sich diffuse Erscheinungen, wie Angst und Unsicherheitsgefühle – trotz aller methodischen Bemühungen der empirischen Sozialforschung – nicht wie naturwissenschaftliche Studienobjekte messen lassen.⁷⁸⁰ Dies verbietet indessen nicht eine Auseinandersetzung mit den gesellschaftlichen Hintergründen von Strafe: Die nachfolgenden Erörterungen dienen nicht der simplen Beschreibung von Ursache- und Wirkungszusammenhängen⁷⁸¹, sondern es soll eine grundlegende Problematik des heutigen Strafrechts vertieft werden, die in der heutigen Debatte eine hohe Brisanz aufweist und zudem die vorliegend wichtige Frage nach den praktischen Auswirkungen des Vergeltungsgedankens beinhaltet.

1. Ihre Hintergründe

1.1 Kultur der Angst

Eine weitverbreitete Angst und Unsicherheit in der Bevölkerung kann als einer der zentralen Gründe für stärker werdende Strafbedürfnisse angenommen werden.⁷⁸² Von Interesse sind weniger gesellschaftliche

⁷⁸⁰ Vgl. zu den Erhebungsmethoden von sozialen Phänomenen KILLIAS/KUHN/AEBI, N 123 ff., spez. N 127, mit dem Hinweis, dass eine direkte Observation in der kriminologischen Forschung in den wenigsten Fällen möglich erscheint; bzgl. der Messbarkeit von Kriminalität ferner KUNZ (2011), § 2 N 1 ff.; zur wissenschaftlichen Erhebung der Kriminalitätsfurcht und Punitivität ausführlich KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008a), KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008b); CARLSMITH/DARLEY/ROBINSON, S. 287 ff.; spez. in Bezug auf den Glauben an die Abschreckungswirkung von harten Strafen auch REUBAND.

⁷⁸¹ Vgl. hierzu RIEDO, S. 22, der darauf hinweist, dass es bereits in allgemeiner Hinsicht einen Fehlschluss darstellen würde, von statistisch signifikanten Zusammenhängen auf eine ursächliche Verknüpfung zu schließen; ferner zum Verhältnis von Korrelation und Kausalität auch KILLIAS/KUHN/AEBI, N 134 ff.

⁷⁸² Vgl. KURY/LICHTBLAU/NEUMALER/OBERGFELL-FUCHS, S. 4; ferner zu weiteren Faktoren für punitive Einstellungen, wie die fehlende Wissensbasis über das Justizsystem

Unsicherheitsfaktoren, wie Arbeitslosigkeit, Umweltzerstörung, wirtschaftliche und politische Instabilität etc., sondern die wachsende *Kriminalitätsfurcht*.⁷⁸³ Die als bedrohlich empfundene Kriminalitätsentwicklung spielt seit einigen Jahren im gesellschaftlichen Diskurs und in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung eine große Rolle.⁷⁸⁴ Nachfolgend werden die wichtigsten Hintergründe dieser allgemeinen Verbrechensfurcht aufgegriffen.

1.1.1 Massenmedien

Als ein bedeutender Faktor in Bezug auf das Sicherheitsgefühl lässt sich die mediale Darstellung von Kriminalität identifizieren. Der Einfluss der Medien auf die subjektive Wahrnehmung von Kriminalität ist als außerordentlich groß zu bezeichnen. Das Bild von Kriminalität wird in westlichen Industriestaaten zum größten Teil durch Massenmedien determiniert.⁷⁸⁵ Dies gilt in besonderer Weise für schwere Formen der Kriminalität, insb. Gewalt- und Sexualdelikte. Die wenigsten Menschen erfahren solche Straftaten am eigenen Leibe oder in ihrem näheren Umfeld. Die aus dieser Unkenntnis resultierende Folge ist, dass die medialen Informationen oftmals unreflektiert übernommen werden, sofern dem Medium grundsätzlich Vertrauen entgegengebracht wird.⁷⁸⁶ Massenmedien kreieren nicht nur ein bestimmtes Bild von Kriminalität, sondern beeinflussen mittelbar auch das Verhalten und die Erwartungen der Bürger.⁷⁸⁷

Durch die permanente mediale Konfrontation mit schweren Delikten entsteht bei vielen Bürgern die Furcht, bald selbst das nächste Opfer zu werden. So vergeht kaum ein Tag, an dem nicht irgendein Schwerstverbrechen medial ausgeschlachtet wird. Im Hinblick auf den

und das begangene Delikt, auch KANIA, S. 36 ff.

⁷⁸³ Vgl. hierzu auch OBERHOLZER, S. 47, der in der personifizierten Verkörperung des Verbrechens (dem Straftäter) den Sinn erblickt, die Risiken und Probleme der modernen Industriegesellschaft, wie Globalisierung, Umweltzerstörung, Existenzängste etc. fassbar zu machen und zu bewältigen.

⁷⁸⁴ Vgl. KURY/LICHTBLAU/NEUMALER/OBERGFELL-FUCHS, S. 4; ferner KILLIAS/KUHN/ AE-BI, N 928, die darauf hinweisen, dass das Thema Kriminalität, selbst wenn keine individuelle Betroffenheit vorliegt, zu den bedeutendsten gesellschaftlichen Problemen geworden sei.

⁷⁸⁵ Vgl. hierzu auch KANIA, S. 20 m.w.N., welche bemerkt, dass das Kriminalitätsbild bis zu 95% durch Massenmedien bestimmt sei; ferner WÜRTEMBERGER, S. 212; einer solchen Korrelation kritisch gegenüberstehend MAZZUCHELLI, S. 1340 f.

⁷⁸⁶ Vgl. KANIA, S. 20.

⁷⁸⁷ Vgl. KANIA, S. 20.

bestehenden Konkurrenzkampf in der Medienlandschaft nehmen sich Zeitung und Fernsehen gerne solcher Sensationen an. Es wird der Eindruck vermittelt, dass die Kriminalität regelrecht aus dem Ruder laufe und die aktuelle Situation kaum mehr in den Griff zu bekommen sei.⁷⁸⁸ Durch diese Abläufe schwindet die subjektive Sicherheit in der Bevölkerung stetig, was zu einer regelrechten »Angstkultur« führt.⁷⁸⁹

Im Zeitalter vor den Massenmedien beschränkte sich die Verbreitung von Informationen über Kriminalität – die hauptsächlich mündlich überliefert wurden – im Wesentlichen auf den Ereignisort. Als im 19. Jahrhundert überregionale Zeitungen sich stark verbreiteten, änderte sich der Informationsaustausch in der Gesellschaft schlagartig. Weite Kreise der Bevölkerung konnten nun spektakuläre Ereignisse, wie Verbrechen und Katastrophen, gleichzeitig mitverfolgen. Mit nur wenigen Stunden Verzögerung bestand die Möglichkeit, fast unbegrenzt an Sensationellem aller Art teilzuhaben. Durch die Entwicklung neuer Medien, wie Rundfunk, Fernsehen und Internet, wurde dieser Mechanismus noch verstärkt und es bildete sich eine regelrechte Informationsflut. Neben sachlichen Berichterstattungen wuchs dabei gleichzeitig die Gefahr von Fehlinformationen und bewusster Manipulation.⁷⁹⁰

Problematisch erscheint dieser Einfluss aufgrund der Tatsache, dass die Darstellung von Kriminalität in den Medien kaum die realen Verhältnisse widerspiegelt.⁷⁹¹ Aus diesem Grund hat die Kriminologie den Begriff »Medienkriminalität« entwickelt, der darauf hinweist, dass

»[...] die mediale Kriminalitätsdarstellung über ihre bloß darstellende Komponente hinaus eine schöpferische Komponente aufweist [...]«⁷⁹²

Die mediale Berichterstattung ist insbesondere als *selektiv* zu bezeichnen: Einzelne, besonders grauenvolle und gewalttätige Vorkommnisse werden medial unter die Lupe genommen und hierdurch ein einseitiges Bild der allgemeinen Bedrohungslage gezeichnet.⁷⁹³ Der Fokus der Kriminalitätsdarstellung liegt deutlich auf bestimmten Deliktskatego-

⁷⁸⁸ Vgl. RIKLIN (2011), S. 9.

⁷⁸⁹ KUNZ (2011), § 30 N 7 ff.; ferner zur Kriminalitätsfurcht auch MAZZUCHELLI, S. 1340 ff.

⁷⁹⁰ Vgl. zu dieser Entwicklung KANIA, S. 19 ff.

⁷⁹¹ Vgl. KUNZ (2007a), S. 655; KANIA, S. 21.

⁷⁹² KUNZ (2007a), S. 655.

⁷⁹³ Vgl. OSTENDORF, S. 170; KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008b), S. 281.

rien, wie Gewalt- und Sexualstraftaten.⁷⁹⁴ »Sex and crime« gehören zu den wichtigsten Mitteln, um Einschaltquoten zu erhöhen und Auflagen zu steigern.⁷⁹⁵ Die Faszination, die von extrem deviantem Verhalten ausgeht, erscheint um einiges größer, als das Interesse an der banalen Alltagskriminalität.⁷⁹⁶ Auf die Diskussion von weit verbreiteten Straftaten, wie Straßenverkehrsdelikte, einfache Diebstähle etc., die den bedeutendsten Teil des Kriminalitätsvolumens ausmachen, wird weitgehend verzichtet.⁷⁹⁷ Steuerklärungen werden »beschönigt«, öffentliche Verkehrsmittel unbefugt benutzt, Versicherungsleistungen erschlichen; in solchen Bereichen, in denen der »mündige Bürger« das Strafrecht sehr pragmatisch handhabt, wird geradezu bagatellisiert und nur allzu gerne auf die vermeintlich absurde Prioritätensetzung bei den strafenden Autoritäten verwiesen.⁷⁹⁸ Strafen werden hier als schikanös und ungerecht angesehen, weil andere ja schließlich dasselbe tun. Typischerweise empfinden gerade hyperpunitive Personen die Ahndung von »geringfügigen« Delikten, die in großer Zahl begangen werden und die Mehrheit der Bürger betreffen, als eine skandalöse Unterdrückung des kleinen Mannes durch die herrschende Klasse. Um es auf den Punkt zu bringen: Das Maß der Strenge wird sehr verschieden angewendet. Große Härte wird v.a. dort gefordert, wo *andere* betroffen sind.

Als Täter werden in der medialen Berichterstattung hauptsächlich Personen aus sozialen *Randgruppen* (»Ausländer«, »Pädophile«, »verrückte Raser«, »Chaoten« etc.) identifiziert. Der Straftäter wird nicht selten als das personifizierte Böse dargestellt, das sich in aller Deutlichkeit vom guten Durchschnittsbürger mit der sauberen Weste unterscheiden soll. Wer nach harter Bestrafung ruft und die Andersartigkeit dieser Täter unterstreicht, zeigt vor aller Öffentlichkeit, dass er zur anderen Kategorie – zur Kategorie der »Gerechten« – gehört.⁷⁹⁹

⁷⁹⁴ Vgl. KURY/BRANDENSTEIN, S. 26 f., die darauf hinweisen, dass gerade bei Sexualdelikten der Großteil der verübten Straftaten sich im »Bagatellbereich« befinden. In Anbetracht dieser Tatsache vermittelt die selektive Darstellung von schweren Sexualverbrechen in den Medien (z. B. Gruppenvergewaltigungen) ein stark einseitiges Bild der Sachlage. Insbesondere wird der Eindruck vermittelt, dass solche Delikte zahlenmäßig immer bedeutsamer würden.

⁷⁹⁵ Vgl. OSTENDORF, S. 174.

⁷⁹⁶ Vgl. KURY/BRANDENSTEIN, S. 37.

⁷⁹⁷ Vgl. FREHSEE, S. 400 ff.

⁷⁹⁸ Vgl. hierzu FREHSEE, S. 391 f.; WÜRTEMBERGER, S. 205.

⁷⁹⁹ Vgl. STRENG (1987), S. 171.

Indem das Böse ein Gesicht erhält, kann sich der Durchschnittsbürger in seiner angeblichen Normalität sicher fühlen. Die zelebrierte Ausgrenzung besitzt in diesem Sinne eine »sozialhygienische Funktion«. ⁸⁰⁰ Das Böse muss fassbar gemacht und anschließend symbolisch »ausgetrieben« werden. ⁸⁰¹

Diese Andersartigen, in den Augen zahlreicher Medienkonsumenten kaum mehr als menschliche Wesen zu betrachtenden Subjekte, dienen gerne als *Sündenböcke* zur Verarbeitung von Aggressionen, die sich in der breiten Gesellschaft manifestieren. Diese werden durch die kollektive Bestrafungshandlung auf den Straftäter projiziert. ⁸⁰² Archaische Rachebedürfnisse können auf rechtmäßige Art und Weise ausgelebt werden, indem sich Bürger mit den strafenden Instanzen identifizieren. Die Bestrafung des Täters dient als Entschädigung für den geleisteten Gewaltverzicht und die Anerkennung des staatlichen Gewaltmonopols. ⁸⁰³ Würden die Autoritäten den Übeltäter nicht seiner »gerechten Strafe« zuführen, ließe dies ihre eigene Selbstdisziplinierung und die Anstrengung, ein rechtskonformes Leben zu führen, als nutzlos erscheinen. ⁸⁰⁴ Gleichzeitig können durch den Bestrafungsvorgang Ängste abgebaut werden, indem das Zusammengehörigkeitsgefühl innerhalb der Gruppe gestärkt wird. ⁸⁰⁵ Die Strafe hebt unter dem Strich – ähnlich der hegelschen »Negation der Negation« – die sozialpsychologischen Folgen der Normverletzung auf. ⁸⁰⁶

Bei der medialen Berichterstattung besteht des Weiteren das Problem der fehlenden Sachlichkeit und unnötigen *Emotionalisierung und Dramatisierung* von Kriminalität. Die gefühlsbetonte Darstellung von Verbrechen besitzt dabei einen erheblichen Einfluss auf ihre subjektive Wahrnehmung. Kriminalität wird nach Kunz

»[...] mit einem individuell verschieden zusammengesetzten emotionalen Mix aus faszinierender Abscheu, moralischer Entrüstung,

⁸⁰⁰ FREHSEE, S. 393.

⁸⁰¹ OSTENDORF, S. 170.

⁸⁰² Vgl. zum Straftäter als Sündenbock TRECHSEL, S. 419; STRENG (1987), S. 169 ff.; HAFFKE, S. 39.

⁸⁰³ Vgl. STRENG (1987), S. 171.

⁸⁰⁴ Vgl. STRENG (1987), S. 168 f.

⁸⁰⁵ Vgl. STRENG (1987), S. 171.

⁸⁰⁶ Vgl. STRENG (1987), S. 172 ff.

Abgrenzung, Opfermitgefühl und Punitivitätsverlangen verstanden [...]».«⁸⁰⁷

Aus sachlichen Tatsachenberichten werden auf diese Weise unterhaltensame Stories, die dem Konsumenten »Nervenkitzel« und Abenteuer bieten.⁸⁰⁸ Es muss publiziert werden, was sich verkaufen lässt und daher werden die oftmals nur sehr knappen textlichen Berichterstattungen gerne mit überdimensionalen farbigen Bildern ergänzt, welche die Eindrücklichkeit des Geschehens unterstreichen sollen. Daneben existieren weitere Möglichkeiten der medialen Aufbereitung, wie

»[...] die Vereinfachung, Dramatisierung, Verallgemeinerung der schlimmsten Fälle, Verkürzungen, unzureichende Differenzierung, kritiklose Hantierung mit vielschichtigen Daten bis hin zu Manipulationen und Erfindungen.«⁸⁰⁹

Keineswegs darf die Darstellung zu komplex sein, um nicht eine Überforderung des Durchschnittskonsumenten zu bewirken und um zu vermeiden, dass die Leserschaft mit nüchternen Fakten gelangweilt wird.⁸¹⁰

Mediale Berichterstattungen werden gerne mit simplen Lösungsvorschlägen und Erfolgsrezepten ergänzt, wie die generelle Verschärfung der Sanktionen als Allheilmittel und die Aufrüstung des Justiz- und Polizeiparates. Auch moralisierende Botschaften dürfen hierbei nicht fehlen, die das schwarz-weiße Weltbild zahlreicher Konsumenten noch zusätzlich zementieren.⁸¹¹

Die Hintergründe der Tat und ihre möglichen Ursachen werden hingegen nur höchst selten thematisiert. Die in den Medien präsentierten Täter erscheinen als Menschen ohne Geschichte und ohne Zukunft.⁸¹² Die Bedeutung der Sozialkontrolle bei der Entstehung von Kri-

⁸⁰⁷ KUNZ (2007a), S. 657.

⁸⁰⁸ KUNZ (2007a), S. 659.

⁸⁰⁹ FREHSEE, S. 411; vgl. ferner auch KREUZER, S. 390 ff.

⁸¹⁰ Vgl. KUNZ (2007a), S. 658.

⁸¹¹ Vgl. hierzu die im Ansatz wohl berechnete, aber nach vorliegender Auffassung zu weit gehende und leicht missverständliche Meinung von FREHSEE, S. 414, dass qualitativ anspruchsvolle Medien ohnehin nur von Leuten gelesen werden, die es am wenigsten nötig haben; ferner zur Frage nach dem Nutzen einer Mitwirkung von kriminologischen Experten in Massenmedien ausführlich KREUZER; ferner RIKLIN (2011), S. 10, der die mangelnde Präsenz der Wissenschaft in den Medien bemängelt und trefflich vor »falschen Propheten« warnt, welche die Felder Strafe und Kriminalität bewirtschaften.

⁸¹² Vgl. FREHSEE, S. 401.

minalität wird verkannt und stattdessen wird der Fokus auf repressive Maßnahmen gelegt.

1.1.2 Ist die zunehmende Verbrechensfurcht gerechtfertigt?

Gerade in der Schweiz lässt sich die stark wachsende Furcht vor Kriminalität nicht mit der Entwicklung der registrierten Kriminalität erklären. Die polizeiliche Kriminalstatistik zeigt – wenn man denn annimmt, dass Statistiken geeignet sind, die Wirklichkeit abzubilden – seit den 90er Jahren eher eine *rückläufige* Kriminalitätsentwicklung.⁸¹³ Auf jeden Fall kann festgehalten werden, dass die Angst vor einer »ausufernden Kriminalität« sachlich unbegründet erscheint.⁸¹⁴

Was aber noch viel bedeutsamer ist als der Streit über einzelne Statistiken: Es darf bei allen Aussagen über die »effektive« Kriminalitätsentwicklung nicht außer Acht gelassen werden, dass Kriminalstatistiken nicht das Phänomen Kriminalität (reale Handlungen) registrieren, sondern *justizielle Vorgänge* widerspiegeln.⁸¹⁵ Bei Kriminalität haben wir es in grundsätzlicher Hinsicht nicht mit einer Erscheinung zu tun, die man – gleichsam einem naturwissenschaftlichen Studienobjekt – beobachten und messen könnte. Kriminalität ist als ein *soziales Phänomen* zu verstehen, das nur interpretativ erschlossen werden kann.⁸¹⁶ Unsere eigenen Vorstellungen und Erwartungen beeinflussen das, was wir als »reale Kriminalität« bezeichnen, maßgeblich.⁸¹⁷ Im Rahmen eines sogenannten »Filterungsprozesses« spielen bei der statistischen Registrierung von Kriminalität zahlreiche Faktoren, wie das Anzeigeverhalten der Bürger, die Effizienz der Strafverfolgungsbehörden etc. mit, die dazu führen, dass daraus keine Schlussfolgerungen auf irgendeine real existierende Kriminalität gezogen werden könnte.⁸¹⁸ Selbst die vorsichtige Aussage, dass Kriminalstatistiken zumindest geeignet seien, *Hinwei-*

⁸¹³ Vgl. OBERHOLZER, S. 47, der in Bezug auf die tatsächliche Bedrohungssituation von einer »ausgesprochen stabilen Lage« spricht und auf einen Rückgang der angezeigten Straftaten von ehemals 360000 zu Beginn der 90er Jahre, auf 288000 im Jahre 2008 hinweist; ebenso MAZZUCHELLI, S. 1342; für die jüngsten statistischen Ergebnisse, die hingegen einen kurzfristigen Anstieg der verzeigten Delikte wiedergeben, auch PKS (2011).

⁸¹⁴ Vgl. MAZZUCHELLI, S. 1342.

⁸¹⁵ Vgl. RIEDO, S. 21 f.

⁸¹⁶ Vgl. zum interpretativen Paradigma KUNZ (2008), S. 77 ff.

⁸¹⁷ Vgl. hierzu KUNZ (2007a), S. 663 ff.; ferner FREHSEE, S. 398, welcher aufgrund dieser Erkenntnis auch in dem durch die Massenmedien vermittelten Kriminalitätsbild eine eigene Wirklichkeit erblickt.

⁸¹⁸ Vgl. RIEDO, S. 21 f.

se auf die effektive Kriminalitätsentwicklung zu geben, entpuppt sich als reine Spekulation: Die »wirkliche Kriminalität« als Faktum existiert nicht! Sie kann auch nicht definiert werden als die Summe der Handlungen, die eine Verletzung des Strafrechts darstellen, denn *wann* eine solche Regelverletzung vorliegt, lässt sich lediglich in einem hochkomplexen Prozess der Zuschreibung feststellen, den Juristen als Subsumtion bezeichnen; der Wert oder Unwert einer Handlung ist keine natürliche Gegebenheit. Bereits die Feststellung des relevanten Sachverhalts erfolgt in einem »Aushandlungsprozess« über Definitionen.⁸¹⁹

Wenn Kriminalstatistiken auch nicht geeignet sind, die effektive Bedrohungslage abzubilden, so sind sie immerhin ein Zeichen dafür, was die Bürger besonders beunruhigt. In diesem Sinne sollten sie mahnen, dass mit den Ängsten der Bevölkerung nicht unnötigerweise gespielt wird, sondern vielmehr Maßnahmen zur Förderung des Vertrauens in den Staat getätigt werden.⁸²⁰

1.1.3 Die Profiteure der Politik

Auch die gegenwärtige politische Debatte ist geprägt von der Angst einer überbordenden und an Intensität zunehmenden Kriminalität.⁸²¹ Die Politik kann im Sinne eines »Kommunikationsdreiecks« als weiterer bedeutender Akteur neben Medien und Öffentlichkeit angesehen werden.⁸²²

Zahlreiche Stimmen fordern in der heutigen Politdebatte ein härteres Durchgreifen im Strafwesen und erhoffen sich dadurch mediale Aufmerksamkeit. Selbst Kräfte mit einem liberalen Selbstverständnis teilen die Forderung nach schärferen Sanktionen und sind willig, sich auf diese Weise den Sorgen der Bürger anzunehmen. Sie verstärken die bereits vorhandenen Ängste und proklamieren einen immer größeren Handlungsbedarf der Politik. Es wird nicht mit griffigen Lösungsvorschlägen gespart, um das Ruder noch rechtzeitig herumzureißen und eine Abkehr von der bisherigen »Kuschelpolitik« zu vollziehen.⁸²³

⁸¹⁹ Vgl. hierzu FREHSEE, S. 397; ferner zur Illusion der Wertfreiheit des Rechts auch FRISCHKNECHT, S. 14 ff.

⁸²⁰ Vgl. hierzu auch FREHSEE, S. 376.

⁸²¹ Vgl. MONA (2002), S. 24.

⁸²² FREHSEE, S. 367.

⁸²³ Vgl. ALBRECHT (2009), S. 1121, der am Beispiel der Verwahrung von einem hohen »Erwartungsdruck« an die Justiz spricht.

Der allgemeine Tenor lautet im Sinne einer Nulltoleranz-Politik: Mehr Strafen, härtere Strafen, längere Strafen. Die Politik hat die Gunst der Stunde erkannt und greift die vorhandenen Ängste zu ihrem Vorteil auf. Die Bekämpfung von Kriminalität erweist sich – gerade im Vorfeld von Wahlen – als ein dankbares Profilierungsthema.⁸²⁴ Das Aufwerfen der Sicherheitsfrage stellt eine exzellente Möglichkeit dar, um vorzugeben, die Interessen des kleinen Mannes zu vertreten.⁸²⁵ Wer ein kompromissloses Vorgehen gegenüber Bösewichte aller Art an den Tag legt, zeigt, dass er eine saubere Weste besitzt. Er stellt sich damit auf die Seite der Schutzbedürftigen und handelt selbstlos für das Wohl der Gesellschaft. Das Thema Kriminalität mutiert zu einem politischen »Verkaufsprodukt«.⁸²⁶

Nicht nur die angeblich überbordende Kriminalität, sondern bereits das wachsende Unsicherheitsgefühl in der Bevölkerung dient als Rechtfertigung, noch härter durchzugreifen. Strafrechtspolitik stellt in diesem Sinne eine Konzession an das Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft dar.⁸²⁷ Es handelt sich bei dieser Argumentation um einen regelrechten Teufelskreis, der zu immer größerer Unsicherheit und einem leichtfertigeren Umgang mit Strafe führt.

Das Mitreiten der Politik auf der Kriminalitätswelle erscheint deshalb besorgniserregend, da ihr eine erhöhte Verantwortung zukommt. Dadurch, dass auch öffentliche Personen, denen die Wähler ihr Vertrauen geschenkt haben, unentwegt die Sicherheitsfrage thematisieren, wird das Sicherheitsgefühl in der breiten Bevölkerung schleichend zerstört. Daneben verleihen Politiker dem medialen Gedröhne nach härteren Strafen – und dies stellt wohl das größte Problem dar – Verbindlichkeit: Durch Politik und Gesetzgeber werden allgemeine Schlagworte plötzlich zu einer realen Gefahr für die freiheitliche Gesellschaft. Aus populistischen Ideen kann ein neues Gesetz entstehen, dessen Konsequenzen zu wenig bedacht sind.⁸²⁸

⁸²⁴ Vgl. RIEDO, S. 27; KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008a), S. 53.

⁸²⁵ Vgl. KANIA, S. 27.

⁸²⁶ OSTENDORF, S. 170; ferner KUNZ (2008), S. 95 ff.

⁸²⁷ Vgl. MAZZUCHELLI, S. 1340.

⁸²⁸ Vgl. FREHSEE, S. 416 f.; gerade bei der Initiative zur lebenslangen Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter (Verwahrungsinitiative) stellen sich große Probleme bei der praktischen Umsetzung. Siehe hierzu hinten, D/I./2.2.2.

1.2 Archaische Rachebedürfnisse

Bei der Thematik der zunehmenden Punitivität taucht erneut die Frage auf, ob es sich beim Phänomen Strafe ausschließlich um einen rationalen Akt handelt. Anders gewendet: Geht es bei Strafe *ausschließlich* um Prävention und tatproportionale Vergeltung? Erklären der Präventionsgedanke (im Sinne rationaler, vorausschauender Vorkehrungen) und der Vergeltungsgedanke (als rationaler, tatproportionaler Ausgleich) abschließend das Phänomen Strafe?⁸²⁹

Es hält sich hartnäckig die Vermutung, dass etliche Straftaten, wie bspw. schwere Gewalt- und Sexualdelikte, in der breiten Bevölkerung archaische *Rachebedürfnisse* wecken.⁸³⁰ Diese überproportionalen Strafbedürfnisse werden gerade in Boulevardmedien auch unverhohlen ausgedrückt: Aus einem Sexualstraftäter wird auf diese Weise ein »Inzestmonster«, das man seiner »gerechten Strafe« zuführen soll. Vielfach wird der Wunsch spürbar, mit möglichst großer Härte auf ein verübtes Unrecht zu reagieren – dies noch vor allen vorsorglichen Maßnahmen zur Prävention von neuen Straftaten und im Gegensatz zum prinzipiell maßvollen Vergeltungsgedanken. Besonders nach schweren Delikten, die unerklärbar erscheinen und Fassungslosigkeit bewirken, ist bei vielen Menschen das simple Bedürfnis vorhanden, den Täter leiden zu sehen.⁸³¹

Die Erörterung der psychologischen Hintergründe dieser Rachemotive würde den Rahmen und die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit sprengen.⁸³² Bzgl. der Wesensmerkmale des Rachedankens kann ferner auf das bereits Gesagte am Anfang der Untersuchung verwiesen werden.⁸³³ Wichtig erscheint für die vorliegende Thematik zunächst die Unterscheidung zwischen Rache, Prävention und Vergeltung und ferner die Feststellung, dass das Strafrecht oftmals mit überpropor-

⁸²⁹ Prävention und Vergeltung verfügen beide als Gemeinsamkeit über einen rationalen Charakter.

⁸³⁰ Vgl. TRECHSEL, S. 419, der hierbei nicht nur von einer Vermutung, sondern von einer Tatsache ausgeht, die »weitgehend anerkannt« sei.

⁸³¹ Vgl. hierzu auch FINCKENAUER, S. 92 ff., der die Auffassung vertritt, dass die Todesstrafe in den USA am ehesten über archaische Rachebedürfnisse erklärbar erscheint und dass ein recht verstandener Vergeltungsgedanke gerade nicht zu einer größeren Punitivität führen muss.

⁸³² Vgl. zu dieser Problematik ausführlich, indessen leider die Unterscheidung zwischen Rache und Vergeltung nicht konsequent treffend, TRECHSEL; STRENG (1987).

⁸³³ Siehe zu dieser zentralen Unterscheidung vorn, A/I./3.3.

tionalen Strafbedürfnissen aus der breiten Bevölkerung konfrontiert ist – worauf diese auch immer zurückzuführen sind. Neben rationalen Überlegungen wirken auf die Kriminalstrafe auch irrationale, von starken Emotionen beeinflusste Forderungen ein, die weder durch den Präventions- noch den Vergeltungsgedanken erklärbar sind und insofern eine dritte Kategorie bilden.⁸³⁴

2. Die Verheerungen des maßlosen Präventionsgedankens

2.1 Präventiver Aktionismus

Voranehend wurde ein stärker werdendes Strafbedürfnis in der Gesellschaft beschrieben, das wesentlich in einer allgemeinen Furcht vor Verbrechen gründet. Diese neue Straflust widerspiegelt sich indes nicht nur in der allgemeinen Volksmeinung, sondern prägt zunehmend auch die Strafrechtsentwicklung. Etliche Beispiele deuten darauf hin, dass der Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden die Zeichen der Zeit erkannt haben und das Strafbedürfnis der Bevölkerung aufnehmen. Der strafrechtliche Zeitgeist hat sich in jüngerer Zeit deutlich verändert.⁸³⁵

Dahinter verbirgt sich folgender Mechanismus: Der Staat soll durch tatkräftige Maßnahmen der verbreiteten Kriminalitätsfurcht entgegenwirken und das Gefühl der Sicherheit wiederherstellen.⁸³⁶ Gestraft wird nicht zuletzt in der Hoffnung, die als unhaltbar und beängstigend empfundenen Zustände zu verändern oder zumindest um Gewissheit zu erlangen, das Möglichste getan zu haben. Angst und Unsicherheit bewirken in diesem Sinne einen *Aktionismus*, der das Furcht einflößende Problem der Kriminalität bekämpfen soll. Dieser Ablauf führt im Ergebnis zu einer maßlosen strafrechtlichen Regulierung; Haffke spricht an dieser Stelle trefflich von einem »Sog [der] präventiven Sicherheitslogik«. ⁸³⁷ Der maßlose Präventionsgedanke ist geradezu prädestiniert,

⁸³⁴ Vgl. HAUPTMANN, S. 40, der an dieser Stelle von »archaischen Mechanismen« spricht, welche die Pönalisierung mitbeeinflussen.

⁸³⁵ Vgl. OBERHOLZER, S. 46.

⁸³⁶ Vgl. KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008a), S. 60; so wird bspw. aufgrund der Furcht vor sich frei bewegenden »Kinderschändern« die Forderung nach einem restriktiven Umgang mit Vollzugsöffnungen erhoben.

⁸³⁷ HAFFKE, S. 41.

die Ängste der Bevölkerung zu bedienen und damit die Punitivität des Strafrechts zu steigern.

»Die Angstkultur und Diskreditierung des Expertentums sind die Triebkräfte einer neuen Präventionsbewegung, welche Kriminalprävention als gesamtgesellschaftliche Querschnittsaufgabe versteht.«⁸³⁸

2.2 Beispielhafte Zeichen der Präventionslust

2.2.1 Kritik am »laschen« Sanktionensystem

2.2.1.1 Geltendes Recht

Der seit 1. Januar 2007 geltende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches ist das Ergebnis eines rund 25 Jahre dauernden Gesetzgebungsprozesses und beinhaltet eine komplette Neuordnung des Sanktionensystems.⁸³⁹ Neben dem Anliegen des Gesetzgebers, die »Sanktionsarmut« zu überwinden⁸⁴⁰ und den rechtsanwendenden Behörden im Bereich der leichteren Kriminalität ein differenziertes Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, waren insbesondere die Zurückdrängung von kurzen unbedingten Freiheitsstrafen – die stattdessen durch Geld- und Arbeitsstrafen ersetzt werden sollen – und die Ausweitung des bedingten Strafvollzugs zentrale Aspekte der damaligen Totalrevision.⁸⁴¹ Auf diese letzten beiden Bereiche sollen sich die nachfolgenden Ausführungen beschränken.

Die seit Anbeginn geäußerte harsche Kritik am neuen Strafrecht ist bis heute nicht verstummt. Dieses sei – so wird moniert – viel zu milde ausgefallen und namhafte Praktiker titulierten gar die gesamte Sanktionenreform als »Krempel«.⁸⁴² Das unablässige Drängen auf eine bestmögliche präventive Wirksamkeit des Strafrechts hat sich kürzlich im Vorschlag des Bundesrates zu einer erneuten Revision des Allgemei-

⁸³⁸ KUNZ (2011), § 31 N 10, der zudem darauf hinweist, dass der Präventionsgedanke nicht bloß zu einer Expansion des Strafrechts führt, sondern bereits bei den allgemeinen Lebensbedingungen der Bürger anzusetzen versucht.

⁸³⁹ Vgl. hierzu KUNZ (2001), S. 454; BRÄGGER (2006), S. 21.

⁸⁴⁰ KUNZ (2001), S. 445.

⁸⁴¹ Vgl. zum Anliegen der Totalrevision BOTSCHAFT (2005), S. 4700 f.; BACHMANN/STENGEL, S. 21.

⁸⁴² Vgl. hierzu HEINE, S. 1, m.w.N.; zur Kritik am bestehenden Strafrecht auch DOLGE, S. 59 f.; OMLIN, S. 300; BRÄGGER (2006), S. 21.

nes Teils niedergeschlagen, wonach – wissenschaftlichen Bedenken zum Trotz – bedingte Geldstrafen abgeschafft und kurze unbedingte Freiheitsstrafen wieder eingeführt werden sollen.

2.2.1.2 Abschaffung bedingter Geldstrafen

Die Hauptkritik am geltenden Sanktionenrecht betrifft zweifellos die Möglichkeit des bedingten Vollzugs von Geldstrafen. Nach Art. 42 Abs. 1 StGB sind Geldstrafen in der Regel bedingt zu verhängen, sofern beim Täter keine ungünstige Legalprognose besteht. Ferner können gem. Art. 43 StGB Strafen auch teilbedingt vollzogen werden.

Sogleich wurden Stimmen laut, die in dieser Regelung – möglicherweise im bedingten Vollzug von Sanktionen überhaupt – keine genügende Schärfe erblickten und die Befürchtung äußerten, die präventive Wirkung des neuen Strafrechts sei nicht ausreichend gewährleistet.⁸⁴³ Bereits während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens ist das Ansinnen – sowohl bei politischen Gegnern von liberalen Strafrechtsreformen, als auch bei kantonalen Strafverfolgungsbehörden und Gerichten – auf starke Kritik gestoßen.⁸⁴⁴ Ohne die praktischen Auswirkungen der neuen Gesetzgebung abwarten zu wollen, wurden schließlich kurz nach Inkrafttreten der Revision zahlreiche parlamentarische Vorstöße zur Überarbeitung des »laschen« Strafrechts eingereicht.⁸⁴⁵ Eine Motion, die gar die komplette Abschaffung der Geldstrafe verlangte, wurde nur äußerst knapp verworfen.⁸⁴⁶ Diese wurde an einer im Juni 2009 durchgeführten »außerordentlichen Session zur Verschärfung des Strafrechts und zur Kriminalität« vom Parlament behandelt.⁸⁴⁷

Bei der erhobenen Kritik an der bedingten Geldstrafe wird insbesondere verkannt, dass diese in der Praxis großmehrheitlich zusammen mit einer unbedingten Buße ausgesprochen werden (Verbindungsstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB). Im Ergebnis bewirken solche Sanktionen eher eine Verschärfung der Strafe im Vergleich zu den früher bedingt aus-

⁸⁴³ Vgl. OMLIN, S. 300.

⁸⁴⁴ Vgl. HEINE, S. 1; RIKLIN (2011), S. 9.

⁸⁴⁵ Vgl. DOLGE, S. 59 f. m.w.N.; zu den parlamentarischen Vorstößen auch BOTSCHAFT (2012), S. 4728 f.

⁸⁴⁶ Vgl. hierzu die Motion Geissbühler Andrea Martina (09.3223), Abschaffung der Geldstrafen, die vom Nationalrat mit lediglich 91 zu 90 Stimmen verworfen wurde.

⁸⁴⁷ Vgl. DOLGE, S. 59 ff. m.w.N.

gesprochenen Freiheitsstrafen.⁸⁴⁸ Zudem entpuppt sich die mangelnde Sanktionsschärfe (Abschreckungswirkung) von bedingten Strafen als simple Behauptung: Laut Erkenntnissen der empirischen Sanktionsforschung wird bei dieser Annahme übersehen, dass Straftäter – anstatt einer schweren Strafe – viel eher das Risiko fürchten, bei ihrer Tat entdeckt zu werden (Entdeckungsrisiko). Die Entdeckungsfurcht spielt wiederum nur bei jenen Delikten eine Rolle, bei denen mehr oder minder kalkulierend vorgegangen wird. Bei zahlreichen Straftaten gehen Täter indessen kaum rational handelnd vor und lassen ihr Verhalten entsprechend nicht durch die Sanktionsdrohung beeinflussen. Längst nicht bei allen Delikten findet im Vorfeld eine Abwägung zwischen Kosten und Nutzen der Straftat statt, die Befürworter des Abschreckungsgedankens voraussetzen. Ein berechnendes Vorgehen wäre wohl am ehesten noch bspw. bei Umwelt- oder Wirtschaftsdelikten anzunehmen.⁸⁴⁹ Aus diesen Gründen ist aus kriminologischer Sicht keine geringere Abschreckungswirkung der bedingten Geldstrafe anzunehmen.⁸⁵⁰ Die Angelegenheit erweist sich eher als eine »Glaubensfrage«.⁸⁵¹

Der Bundesrat hat das Anliegen der Kritiker aufgenommen und durch seinen kürzlich vorgelegten Revisionsentwurf den Weg zur baldigen Abschaffung der bedingten Geldstrafe geebnet.⁸⁵² Geldstrafen sollen künftig nur noch unbedingt und lediglich bis zu 180 Tagessätzen – statt wie bis anhin 360 Tagessätzen – ausgesprochen werden können. Ferner soll der minimale Tagessatz auf 10 Franken festgelegt werden.⁸⁵³

Interessant erscheinen die vom Bundesrat angeführten Gründe, die seiner Ansicht nach eine erneute Revision unumgänglich machen. Neben solchen, die vorliegend nicht weiter von Interesse sind – wie bspw. die finanziell belastenden Auswirkungen einer Geldstrafe auf das (familiäre) Umfeld des Täters oder Opferschutzüberlegungen⁸⁵⁴ – stimmen folgende Argumente äußerst nachdenklich:

⁸⁴⁸ Vgl. zu dieser Problematik auch DOLGE, S. 81 f.; zu den bundesgerichtlichen Vorgängen bzgl. der Verbindungsstrafen auch HEINE, S. 15 ff.

⁸⁴⁹ Vgl. MAZZUCHELLI, S. 1337; KUNZ (2011), § 25 N 14.

⁸⁵⁰ Vgl. DOLGE, S. 79 f.

⁸⁵¹ DOLGE, S. 80.

⁸⁵² Vgl. hierzu BOTSCHAFT (2012).

⁸⁵³ Vgl. Art. 34 Abs. 1 und 2 des Entwurfs zum StGB; ferner BOTSCHAFT (2012), S. 4742 f.

⁸⁵⁴ Vgl. hierzu BOTSCHAFT (2012), S. 4735 f.

Zunächst greift der Bundesrat den Kanon auf, dass wirkliche Strafen auch »eindringlich« und »ernsthaft« sein müssen, wenn sie zur präventiven Abschreckung taugen sollen.⁸⁵⁵ Dies sei die Überzeugung der breiten Bevölkerung, der es Rechnung zu tragen gelte:

»Diese Sanktion wurde und wird breit kritisiert, weil sie nicht der Vorstellung der Bestrafung entspricht [...] diese [die Bevölkerung] muss an die Wirkung einer Strafe glauben.«⁸⁵⁶

Immerhin widmet sich ein Abschnitt der bundesrätlichen Botschaft der Wirksamkeitsprüfung der bisherigen Regelung. Der Bundesrat weist darin auf den Zwischenbericht des Bundesamtes für Justiz vom 23. Dezember 2010, der auf sein Begehren zur Überprüfung der präventiven Wirksamkeit des neuen Strafrechts erstellt worden war. Dieser besagt indessen:

»Demzufolge lassen sich daraus [aus den vorhandenen Urteilsstatistiken] auch keine besonderen Auswirkungen der AT-StGB-Revision auf die Kriminalitätsentwicklung der Erwachsenen und damit auf die Spezial- und Generalprävention ableiten [...] (sic!)«.⁸⁵⁷

Dieser durch das Bundesamt für Statistik im Folgejahr bestätigte Befund⁸⁵⁸ wird vom Bundesrat schließlich mit dem Argument beiseitegeschoben, es handle sich hierbei erst um einen vorläufigen »Trend«.⁸⁵⁹

Selbst wenn man hierbei lediglich von einem Trend sprechen möchte, so gilt festzuhalten, dass aufgrund der aktuellen wissenschaftlichen Faktenlage – und auf diese müsste sich der Bundesrat eigentlich stützen – offensichtlich keine Notwendigkeit zur erneuten Revision der bisherigen Regelung besteht.

Freimütig – wenn auch mit gewissem Bedauern – gesteht der Bundesrat sodann ein, dass sein Vorhaben letztlich eine Konzession an das Strafverlangen der Kritiker sei und man sich aus diesem Grund über wissenschaftliche Erkenntnisse habe hinwegsetzen müssen:

⁸⁵⁵ Vgl. hierzu eingehend BOTSCHAFT (2012), S. 4727 ff. m.w.N.

⁸⁵⁶ BOTSCHAFT (2012), S. 4732.

⁸⁵⁷ Evaluation der Wirksamkeit des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht [zit. nach BOTSCHAFT (2012), S. 4730].

⁸⁵⁸ Vgl. hierzu BERICHT Bundesamt für Statistik, insb. S. 10: »[...] ergeben keine statistisch signifikanten Unterschiede, die darauf schließen lassen, dass das neue Sanktionenrecht die präventive Wirkung der strafrechtlichen Sanktionen verringert. Die Einführung von Geldstrafen und die Abschaffung von kurzen Freiheitsstrafen scheint kurzfristig keine nennenswerten Auswirkungen auf die Rückfallraten zu haben.«

⁸⁵⁹ Vgl. zur Wirksamkeitsprüfung BOTSCHAFT (2012), S. 4729 f.

»Mit Blick auf den Zeitpunkt der erneuten Revision erhob sich die Frage, ob mit einer erneuten Revision bis zum Vorliegen von Erkenntnissen über die Wirksamkeit der letzten Revision zugewartet werden sollte. [...] Nach Ansicht des Bundesrates ist der politische Druck für rasche Änderungen [...] jedoch zu groß, als dass sich ein Zuwarten rechtfertigen ließe.«⁸⁶⁰

Diese Argumentation erscheint wahrlich erschreckend. Es ist höchst bedauerlich, dass die Regierung stattdessen keine größeren Anstrengungen unternommen hat, dem verbreiteten Irrglauben an die Abschreckungswirkung von harten Strafen entgegenzutreten und durch entsprechende Aufklärung das in der Tat wichtige Vertrauen der Bevölkerung in das Justizsystem zu stärken.

2.2.1.3 Wiedereinführung kurzer Freiheitsstrafen

Im geltenden Recht werden nach Art. 40 Abs. 1 StGB Freiheitsstrafen grundsätzlich für mindestens 6 Monate verhängt. Kürzere Freiheitsstrafen können gem. Art. 41 Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise ausgesprochen werden, sofern die Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann.

Hinter dem Anliegen, kurze unbedingte Freiheitsstrafen zurückzudrängen, verbirgt sich die Erkenntnis, dass diese Sanktionsform in vielen Fällen eine desozialisierende Wirkung besitzt, da sie einerseits zu einem Kontakt des Täters mit dem »Gefängnismilieu« führt und andererseits auch nach erfolgtem Strafvollzug mit einer gesellschaftlichen Stigmatisierung verbunden ist. Ein Gefängnisaufenthalt erweist sich außerdem für soziale Beziehungen als große Belastung und führt nicht selten zum Verlust der Arbeitsstelle. Dementgegen können besonders Geldstrafen als wirkungsvolle und sozialverträglichere Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen angesehen werden.⁸⁶¹ Gerade im Bereich der Massendelikte belegen Untersuchungen die weitgehende Austauschbarkeit der Sanktionen unter dem Gesichtspunkt der Legalbewahrung.⁸⁶² Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet denn auch, dass bei äquivalenten Sanktionen diejenige gewählt wird,

⁸⁶⁰ BOTSCHAFT (2012), S. 4731 f.

⁸⁶¹ Vgl. KUNZ (2001), S. 455.

⁸⁶² Vgl. BOTSCHAFT (1998), S. 2040 f. m.w.N.; BOTSCHAFT (2005), S. 4700 f.

welche den Betroffenen am wenigsten hart belastet und nicht mehr als erforderlich in seine Freiheitsosphäre eingreift.⁸⁶³ Nicht zuletzt sind kurze Freiheitsstrafen mit »enormen Kosten« verbunden⁸⁶⁴, wodurch wiederum finanzielle Mittel an anderen Stellen, insbesondere bei der Bekämpfung der eigentlichen kriminogenen Ursachen – bspw. durch Jugendhilfe und Sozialarbeit – fehlen.⁸⁶⁵ Auf internationaler Ebene haben all diese Bedenken zu einer nahezu einhelligen Ablehnung dieser Sanktionsart geführt.⁸⁶⁶

Dennoch wurde und wird gegen die im geltenden Recht bestehende Zurückhaltung gegenüber der kurzen Freiheitsstrafe gebetsmühlenartig vorgebracht, dass auch im Bereich der geringfügigen Kriminalität scharfe Sanktionen verhängt werden müssten, wenn das Strafrecht seine abschreckende Wirkung nicht verlieren soll.⁸⁶⁷ Auf diese Weise argumentiert denn auch der Bundesrat und nennt zur Begründung seines Revisionsentwurfs an erster Stelle:

»Kurze Freiheitsstrafen vermögen gewisse Täter besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten als Geldstrafen.«⁸⁶⁸

Damit begegnen wir erneut dem maßlosen Präventionsgedanken, der zur Rechtfertigung von Verschärfungen des Strafrechts vorgebracht wird. Die apodiktisch anmutende Aussage des Bundesrates bzgl. der Überlegenheit der kurzen Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe wird schließlich noch mit dem kaum repräsentativen Beispiel belegt, dass eine »sehr wohlhabende Person« sich durch Geldstrafen nicht abschrecken lasse und in solchen Fällen erst die Freiheitsstrafe eine spürbare Sanktion darstelle.⁸⁶⁹

⁸⁶³ Vgl. hierzu DOLGE, S. 78; KUNZ (2001), S. 454 f.; ferner auch BGE 134 IV 97 [101 f.] E. 4.2.2 m.w.N.

⁸⁶⁴ BOTSCHAFT (1998), S. 2038.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu auch OSTENDORF, S. 178; ferner RIKLIN (2011), S. 10, der einen deutlichen Widerspruch darin erblickt, dass gerade jene politischen Kreise besonders gerne nach langen Freiheitsstrafen und einer Ausdehnung des Justizapparates rufen, die nicht bereit wären, dem Staat mehr Mittel zur Verfügung zu stellen und seine personellen Ressourcen auf ein Minimum reduzieren möchten.

⁸⁶⁶ Vgl. BOTSCHAFT (1998), S. 2038 f.

⁸⁶⁷ Vgl. zur ausführlichen Kritik an kurzen Freiheitsstrafen aus spezial- und generalpräventiver Sicht und entsprechenden Gegenargumenten des Bundesrates BOTSCHAFT (1998), S. 2032 ff., spez. S. 2040 ff. m.w.N.

⁸⁶⁸ BOTSCHAFT (2012), S. 4735.

⁸⁶⁹ Vgl. BOTSCHAFT (2012), S. 4735.

Die dem Parlament vorgeschlagene Regelung sieht neu eine Stärkung der Freiheitsstrafe vor. Diese soll u.a. bereits ab drei Tagen möglich sein und dadurch die Geldstrafe in ihrem Anwendungsbereich massiv zurückdrängen.⁸⁷⁰

2.2.2 Lebenslange Sicherungsverwahrung

Nicht nur Bundesrat und Parlament sind in strafrechtlichen Belangen aktiv geworden, auch Bürger haben in den letzten Jahren direkt im Rahmen von Volksinitiativen zur Verschärfung des Strafrechts beigetragen. Als weiteres Beispiel für die strafrechtliche Präventionslust lässt sich die Initiative zur »lebenslangen Verwahrung für nicht therapierbare Sexual- und Gewaltstraftäter« nennen, die vom Stimmvolk am 8. Februar 2004 angenommen wurde und zur Schaffung von Art. 123a BV geführt hat.⁸⁷¹ Der zügellose Präventionsgedanke hat hier – in der Form der altbekannten Sicherungsidee – eine weitere seltsame Blüte getrieben.

Im Vorfeld wurde ein emotionaler Abstimmungskampf geführt, der deutlich machte, dass die Initiative eher einen symbolischen Gehalt aufweist, als dass sie eine sachliche Auseinandersetzung mit einer kriminologischen Problematik darstellen würde. Ersichtlich wurden die weitverbreiteten Ängste in der Bevölkerung und der Wunsch nach wirkungsvollem Schutz vor dieser Tätergruppe. *Angst* – die Vorstellung, dass hinter jeder Ecke ein tatgeneigter Gewalt- und Sexualtäter lauert – hat wohl maßgeblich zum Erfolg dieses Begehrens beigetragen.

Auf die Nachteile dieser Lösung, für die sich das Volk entschieden hat, wurde vielfach hingewiesen.⁸⁷² Insbesondere wurde mahndend aufgezeigt, dass die Forderung nach einer *tatsächlich* lebenslangen Verwahrung (ohne Überprüfungs- und Entlassungsoption)⁸⁷³ nicht nur völkerrechtswidrig sei, sondern ebenso gegen unsere verfassungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, verstoßen würde.⁸⁷⁴

⁸⁷⁰ Vgl. Art. 40 Abs. 1 des Entwurfs zum StGB; ferner BOTSCHAFT (2012), S. 4744.

⁸⁷¹ Vgl. BBl 2000, S. 3336 ff.; zu dieser Initiative als Ausdruck einer neuen Punitivität auch KUNZ (2011), § 20 N 53; BRÄGGER (2011), S. 57.

⁸⁷² Vgl. hierzu ausführlich KUNZ/STRATENWERTH.

⁸⁷³ Vgl. CR CP I- QUELOZ/BROSSARD, Art. 64c N 1.

⁸⁷⁴ Vgl. KUNZ (2007b), S. 97; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 64c N 1.

Diese rechtsstaatlichen Grundsätze wurden hingegen von Befürwortern des Begehrens als lästige Beschränkung des Volkswillens angesehen; die Gesellschaft verlange nach bestmöglichem Schutz vor extrem gefährlichen Tätern – ungeachtet der Vereinbarkeit mit übergeordneten Rechtsprinzipien. Aus diesem Grunde wurde versucht, bereits eine regelmäßige Überprüfung der Sanktion zu verhindern, um das Risiko von Fehleinschätzungen über die Gefährlichkeit und Therapierbarkeit des Täters auszuschließen. Es wurde vorgebracht, dass das Schutzinteresse der Bevölkerung höher als Individualinteressen gewichtet werden müsse und daher auch eine mögliche Internierung von zu Unrecht als gefährlich eingeschätzten Tätern – sog. »false positives« – hinzunehmen sei.⁸⁷⁵

Bei diesem bedenklichen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit wird übersehen, dass auch eine Demokratie Strukturen und institutionelle Schranken braucht, um dem Volke die Kundgabe seiner Meinung erst zu ermöglichen. Rechtsstaat und Demokratie dürfen – auch wenn zwischen ihnen Zielkonflikte entstehen können – nicht als Gegensätze aufgefasst werden.⁸⁷⁶

Selbst nach langem Ringen und dem Versuch, Volkswille und Rechtsstaatlichkeit wenn irgendwie möglich in Einklang zu bringen, wurde keine juristisch befriedigende Lösung zur Umsetzung der Initiative gefunden. Die Tatsache, dass bei einer lebenslänglichen Verwahrung gemäß dem nun geltenden Art. 64c Abs. 1 StGB keine richterliche Überprüfungsmöglichkeit des Freiheitsentzuges besteht, sondern lediglich eine kantonale Vollzugsbehörde die Kompetenz besitzt, dem Täter ein Therapieangebot zu unterbreiten, ist mit Art. 5 Abs. 4 EMRK als unvereinbar anzusehen.⁸⁷⁷ Selbst wenn ein Täter die praktisch unüberwindbaren Hürden⁸⁷⁸ dahin gehend gemeistert hätte, dass ihm aufgrund »neuer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse«⁸⁷⁹ ein Therapieangebot

⁸⁷⁵ Vgl. hierzu KUNZ/STRATENWERTH, S. 17; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 64c N 1; zur Problematik der sog. »false positives« KUNZ (2004), S. 236 f.

⁸⁷⁶ Vgl. MONA (2002), S. 25.

⁸⁷⁷ Vgl. KUNZ (2007b), S. 99.

⁸⁷⁸ Vgl. hierzu auch STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 64c N 2, die darauf hinweisen, dass der nach Art. 64c Abs. 1 StGB verlangte Nachweis der Heilungsaussichten nicht zu erbringen sei.

⁸⁷⁹ Vgl. zum Erfordernis der »neuen naturwissenschaftlichen Erkenntnisse« und der hierzu eingesetzten Eidgenössischen Fachkommission eingehend CR CP I- QUELOZ/ BROSSARD, Art. 64c N 6 ff.; ferner STRATENWERTH/ WOHLERS, Art. 64c N 2.

eröffnet würde und er sich dieser erfolgreich unterzogen hätte, soll er im Rahmen einer stationären therapeutischen Maßnahme nach Art. 59-61 StGB weiterhin interniert bleiben.⁸⁸⁰ Dies kann in der Tat als »rechtsstaatlich völlig unannehmbar« bezeichnet werden.⁸⁸¹ Mit welcher großzügigkeit die Regelung der bedingten Entlassung nach Art. 64c Abs. 4 StGB – insb. der Passus »aus einem andern Grund« – von der Rechtsprechung interpretiert werden wird, bleibt mit Spannung abzuwarten.⁸⁸²

Die Sicherungsverwahrung, deren Bedeutung vor noch nicht allzu langer Zeit als abnehmend angesehen wurde, erlebt in diesen Tagen eine Renaissance. Im Zeitraum zwischen 1992 und 2006 stieg die Anzahl der Verwahrten in der Schweiz um das Zweieinhalbfache an.⁸⁸³ Im Vergleich zum Nachbarland Deutschland befinden sich – bezogen auf die Einwohnerzahl – hierzulande rund fünf Mal mehr Leute in der Verwahrung.⁸⁸⁴ Mit dieser zunehmenden Tendenz lebt gleichzeitig die Vorstellung des »gefährlichen Gewohnheitsverbrechers« wieder auf, den es aus der Gemeinschaft zu entfernen gilt.⁸⁸⁵ Dies geht mit einem allgemeinen Trend zur »Übersicherung« von Tätern im schweizerischen Straf- und Massnahmenvollzug einher, der durch einzelne gravierende Rückfalldelikte gefördert wurde. Besonders bei Gewalt- und Sexualstraftätern wird die Sanktion vielfach automatisch in geschlossenen Anstalten vollzogen und es ist ein zunehmend restriktiver Umgang mit Vollzugslockerungen festzustellen.⁸⁸⁶

Das zeitlich unbeschränkte Wegsperrn von Tätern ist dabei die logische Konsequenz eines unstillbaren Hungers nach Schutz vor Verbrechen.⁸⁸⁷ So verlangt bspw. Merle, mit dem Hinweis auf das Bedürfnis der Gesellschaft nach Sicherheit, dass selbst »[...] alle Freiheitsstrafen auf unbestimmte Zeit ausgesetzt werden sollten.«⁸⁸⁸ Diese höchst

⁸⁸⁰ Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 64c N 2; CR CP I- QUELOZ/BROSSARD, Art. 64c N 15.

⁸⁸¹ STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 64c N 2.

⁸⁸² Vgl. hierzu CR CP I- QUELOZ/BROSSARD, Art. 64c N 19 f.; STRATENWERTH/ WOHLERS, Art. 64c N 3.

⁸⁸³ Vgl. hierzu MEDIENMITTEILUNG BFS.

⁸⁸⁴ Vgl. hierzu KUNZ/STRATENWERTH, S. 8.

⁸⁸⁵ Vgl. hierzu SANDER, S. 189, spez. zum immer unbeschwerteren Umgang mit der Sicherungsverwahrung in Deutschland S. 195 ff.

⁸⁸⁶ Vgl. BRÄGGER (2008), S. 405 f.

⁸⁸⁷ Vgl. hierzu auch die am 16. März 2012 eingereichte parlamentarische Initiative (12.422) »Lebenslängliche Freiheitsstrafe mit Ausschluss bedingter Entlassung«.

⁸⁸⁸ MERLE (2010), S. 21, ferner S. 22: »Die Freiheitsstrafe sollte m.E. nicht nur bei manchen, sondern bei allen Verbrechen unbefristet sein.«

fragwürdige Forderung wird dadurch zu legitimieren versucht, dass im Ergebnis das Resozialisierungsziel, das neben der Unschädlichmachung mitberücksichtigt werden müsse, eine Beschränkung der prinzipiell unbeschränkten Sanktionsdauer bewirken soll.

Die Tat- und Schuldproportionalität würde bei diesem Ansinnen, das letztlich zu einer Auflösung des dualistischen Sanktionensystems führte⁸⁸⁹, auf krasseste Weise mit Füßen getreten. »Strafe« ließe sich eine solche Sanktion jedenfalls nicht mehr nennen.

2.2.3 Prävention von Risiken

Das moderne Strafrecht wandelt sich schleichend von einem Instrument zur Repression von konkreten Rechtsgutverletzungen zu einem System der umfassenden Risikovorsorge.⁸⁹⁰ Es ist kaum mehr, wie es die Tatvergeltung gebieten würde, eine Rechtsverletzungslehre, sondern transformiert sich etappenweise zu einem System der Gefahrenabwehr, des Risikomanagements und schließlich zu einem Mittel der beliebigen Sozialkontrolle.⁸⁹¹ Diese Tendenzen und die damit einhergehende expansive Entwicklung von Strafe und staatlicher Regulierungstätigkeit im weiteren Sinne werden in der Literatur unter dem Begriff *Risikostrafrecht* diskutiert.⁸⁹² Die Problematik betrifft dabei nicht ausschließlich die Kriminalstrafe mit ihrem klassischen Sanktionsrepertoire, sondern geht über diese hinaus.⁸⁹³ Für die vorliegende Analyse erscheint diese umfassende Entwicklung deshalb interessant, da klargemacht werden soll, dass der maßlose Präventionsgedanke nicht etwa bei den herkömmlichen Sanktionen des Strafrechts halt machen würde und dort »bloß« zu einer größeren Punitivität und einem leichtsinnigen Umgang mit Strafe führt, sondern in seinen Konsequenzen weit aus gravierender ist.⁸⁹⁴ Prittwitz bemerkt zum Risikostrafrecht trefflich:

⁸⁸⁹ Das von Carl Stoos begründete und in zahlreichen Rechtsordnungen verwirklichte dualistische System, welches zwischen Strafen und Maßnahmen unterscheidet, zeichnet sich dadurch aus, dass die Strafe durch das Maß der Schuld begrenzt wird und nicht schrankenlos Sicherheitsbedürfnisse befrieden soll. Vgl. hierzu auch KUNZ (2004), S. 236 ff.

⁸⁹⁰ Vgl. SANDER, S. 257; HAFFKE, S. 37; ähnlich KUNZ (2011), § 31 N 4.

⁸⁹¹ Vgl. MÜLLER, S. 140; SANDER, S. 257.

⁸⁹² Vgl. zu diesem Begriff anstelle vieler PRITTWITZ (2005), S. 140, welcher darauf hinweist, dass es sich hierbei um einen kontroversen Begriff handelt und Vorstellungen über die Wesensmerkmale des Risikostrafrechts divergieren.

⁸⁹³ Vgl. KUNZ (2011), § 31 N 34.

⁸⁹⁴ Vgl. hierzu auch MÜLLER, S. 140.

»Damit kann man [...] ein Strafrecht charakterisieren, das sich konsequent als Strafrecht der Prävention versteht und sich deswegen verpflichtet glaubt, [...] die Rolle als Großsteuerungsmittel zu akzeptieren.«⁸⁹⁵

Der zentrale Perspektivenwechsel – und hier sei an die eingangs thematisierte Dichotomie »retrospektiv/prospektiv« erinnert – stellt nach dem Gesagten zunächst der Wandel von der Repression und Reaktion hin zur Vorsorge (Prävention) dar.

Dies markiert indessen nur den Ausgangspunkt der Entwicklung: Bei diesem neuen Verständnis der Kriminalstrafe ist es notwendig, sich nicht nur den Abschied von der Tatvergeltung und der verdienten Strafe vor Augen zu führen, sondern zu verstehen, dass sich ebenso der von der Vergeltungsidee entfesselte Präventionsgedanke gewandelt hat. Das heutige Präventionsstrafrecht interessiert sich längst nicht mehr nur für die Abwendung von unmittelbar drohenden Verletzungen von Rechtsgütern – strafrechtliche Gefahren im klassischen Sinne –, sondern bereits auch für die Verhinderung von bloßen *Risiken*, die allenfalls eine Rechtsgutverletzung bewirken könnten.⁸⁹⁶ Prävention befasst sich zunehmend auch mit bloß *möglichen* und vielfach höchst unwahrscheinlichen Gefahren, wie bspw. terroristische Bedrohungen.⁸⁹⁷ Neben dem erstgenannten Wandel – von der Repression zur Prävention – lässt sich daher ebenso eine Veränderung von der Gefahrenvorsorge zur Risikovorsorge feststellen.⁸⁹⁸ Das heutige Strafrecht wird unter dem Strich nicht mehr von den Themen Schuld und tatgerechte Vergeltung, sondern von der Sicherheits- und Risikodebatte bestimmt.⁸⁹⁹

Die Hoffnungen, die man in die präventiven Möglichkeiten kriminalrechtlicher Interventionen setzt, sind heute größer denn je. Diese werden als wohlfeiles Mittel zum Schutz vor unterschiedlichsten gesellschaftlichen Gefahren und Risiken betrachtet. Die konkreten Auswirkungen dieser umfassenden Entwicklung wurden vielfältig beschrieben und können an dieser Stelle nur gestreift werden.⁹⁰⁰ Denn im

⁸⁹⁵ PRITTWITZ (1993), S. 261.

⁸⁹⁶ Vgl. ALBRECHT (1995), S. 18.

⁸⁹⁷ Vgl. SANDER, S. 269; ferner zur Terrorismusbekämpfung ausführlich MÜLLER.

⁸⁹⁸ Vgl. SANDER, S. 257.

⁸⁹⁹ Vgl. MÜLLER, S. 140.

⁹⁰⁰ Vgl. für eine besonders ausführliche Darstellung des Risikostrafrechts PRITTWITZ (1993), S. 49 ff.

Rahmen der vorliegenden rechtsphilosophischen Auseinandersetzung wird weniger die ausführliche Diskussion von strafrechtlichen Einzelproblemen, sondern vielmehr die Beleuchtung der grundlegendsten Mechanismen des Sanktionensystems beabsichtigt.

Einerseits wird insb. durch die vermehrte Schaffung von *abstrakten Gefährdungsdelikten* eine strafrechtliche *Vorverlagerung* – von der konkreten Gefahr zum abstrakten Risiko – vorgenommen.⁹⁰¹ Hierbei ist für die Strafbarkeit keine Verletzung oder konkrete Gefährdung eines Rechtsgutes mehr Voraussetzung, sondern ein bestimmtes Verhalten wird vom Gesetzgeber als unwiderlegbar risikoreich angesehen.⁹⁰² Es ist hierbei unerheblich, ob die Tätigkeit im konkreten Fall tatsächlich gefährlich ist.⁹⁰³

Neben dieser Vorfeldkriminalisierung werden andererseits immer neue Rechtsgüter, wie bspw. die »Umwelt« oder die »Volksgesundheit« kreierte. Vom Schutz elementarer Rechtsgüter, wie Leben, Gesundheit, Eigentum und Vermögen, ist der Staat längst abgewichen.⁹⁰⁴ Diese »Degeneration des Rechtsgutsbegriffs« und die damit einhergehende expansive Entwicklung des Strafrechts erscheinen aus liberaler Sicht bedauerlich.⁹⁰⁵

Nicht zuletzt zeigt sich die strafrechtliche Präventionslust bei der Verschärfung von bestehenden Strafrahmen und der stetigen Absenkung der Hürden für einen strafrechtlichen Vorwurf.⁹⁰⁶

»Wo individuelle Zurechnung nicht möglich, aber erwünscht ist, wird sie entweder vom Gesetzgeber für überflüssig erklärt, von der Rechtsprechung fingiert, oder von Teilen der Strafrechtswissenschaft erleichtert.«⁹⁰⁷

⁹⁰¹ Vgl. SANDER, S. 259; MÜLLER, S. 140 f.

⁹⁰² Aus diesem Grund werden diese Straftaten stellenweise auch »Risikodelikte« genannt.

⁹⁰³ Vgl. zu diesem Begriff und der Charakteristik von abstrakten Gefährdungsdelikten WANG, S. 145 ff.; für das schweizerische Recht auch TRECHSEL/NOLL, S. 79; ferner RIKLIN (2007), § 9 N 15, mit dem beispielhaften Verweis auf die abstrakten Gefährdungsdelikte in Art. 260bis (Strafbare Vorbereitungshandlungen), 260ter (Kriminelle Organisation), 260quinquies (Finanzierung des Terrorismus), 305bis (Geldwäscherei) und 305ter (Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht) StGB.

⁹⁰⁴ Vgl. ALBRECHT (1995), S. 18; OBERHOLZER, S. 46, der von einer »inflationären Tendenz« zur Schaffung neuer Straftatbestände spricht; ferner PRITTWITZ (1993), S. 245.

⁹⁰⁵ MÜLLER, S. 142 m.w.N.

⁹⁰⁶ Vgl. PRITTWITZ (2005), S. 135 f.

⁹⁰⁷ PRITTWITZ (1993), S. 368.

Neben der bereits diskutierten Tendenz bei der Sicherungsverwahrung, welche die Gesellschaft vor gefährlichen Tätern schützen soll, lässt sich als weiteres Anschauungsbeispiel die Überwachung der Finanzströme zwecks Prävention von terroristischen Aktivitäten aufführen: Jedermann ist hier zu einem Risiko und einem potenziellen Feind der Gesellschaft geworden.⁹⁰⁸ Die dahinter stehende misstrauische Grundhaltung gegenüber den Bürgern bzw. »Abkehr von der Redlichkeitsvermutung« ist charakteristisch für einen vorsorgenden Polizeistaat, der bestrebt ist, an allen Ecken und Enden Risiken auszuschalten.⁹⁰⁹

Bei der Erfüllung seiner Präventionstätigkeit stellt für den Staat das Sammeln von Daten allgemein eine Notwendigkeit dar, um »gefährliche« Entwicklungen möglichst frühzeitig zu erkennen und entsprechende Maßnahmen einleiten zu können.⁹¹⁰ Eine Vorverlagerung der Strafbarkeit verlangt schließlich auch nach einer Vorverlagerung von polizeilichen Ermittlungsbefugnissen.⁹¹¹ Vorbeugende Überwachung, die heute in unterschiedlichsten Gebieten eingesetzt wird,⁹¹² zielt darauf ab, mögliche Bedrohungen bereits im Keim erkennen und ersticken zu können.

Nicht nur terroristische Bedrohungen, Umweltzerstörung oder organisierte Kriminalität rücken in den Fokus der frühzeitigen Prävention,⁹¹³ selbst süchtige Raucher und dem Computerspiel verfallene Jugendliche⁹¹⁴ stellen vermeintliche Risiken für die Gesellschaft dar, denen sich der Staat über die Mittel der strafrechtlichen Regulierung annehmen soll.⁹¹⁵ Der Präventionsgedanke ist wahrlich übermächtig geworden:

»[...] prevention becomes considerably detached from its reference to legally defined injustice and is employed to avoid undesired situations of every type.«⁹¹⁶

⁹⁰⁸ Vgl. SANDER, S. 207 f.

⁹⁰⁹ SANDER, S. 261.

⁹¹⁰ Vgl. GRIMM, S. 19.

⁹¹¹ Vgl. MÜLLER, S. 141.

⁹¹² Vgl. KUNZ (2011), § 31 N 12, mit den Hinweisen auf Videoüberwachung von öffentlichen Räumen, Standortbestimmung von Mobiltelefonen, Registrierung von Motorfahrzeugkennzeichen, Überwachung des Internetverkehrs etc.

⁹¹³ Vgl. hierzu PRITTWITZ (2005), S. 144.

⁹¹⁴ Hierbei lässt sich das geforderte Verkaufsverbot von gewalttätigen Computerspielen nennen. Entsprechende Motionen (Norbert Hochreutener [07.3870], Verbot von elektronischen Killerspielen; Evi Allemann [09.3422], Verbot von Killerspielen) wurden vom Parlament bereits angenommen und an den Bundesrat überwiesen.

⁹¹⁵ Vgl. OBERHOLZER, S. 47.

⁹¹⁶ GRIMM, S. 13.

Besonders besorgniserregend erscheinen diese Tendenzen deshalb, da offenbar Verhaltensmuster nicht nur pönalisiert werden, *weil* sie als gesellschaftlich inadäquat angesehen werden (und insofern der Schutzgedanke noch berechtigt wäre), sondern *damit* sie – im Sinne einer tief greifenden Sozialkontrolle – von der Gesellschaft abgelehnt werden. Beispielhaft können das Umwelt- und Drogenstrafrecht oder der gesetzliche Umgang mit dem Tabakkonsum (»Rauchverbote«) genannt werden.⁹¹⁷ Prävention hat an diesen Stellen klar paternalistische Züge angenommen und es ist allerdings fraglich, wie solche Entwicklungen mit einem freiheitlichen Staatsverständnis zu vereinbaren sind.

Neben der vorliegend besonders interessierenden Frage, welche Aufgaben wir dem Strafrecht anvertrauen wollen, stellt sich ferner das Problem der *Effektivität* strafrechtlicher Problemlösung. Ob staatliche Regulation tatsächlich zum erhofften Erfolg führt und geeignet ist, eine solch weitgehende Sozialkontrolle zu bewirken, ist keineswegs gesichert.⁹¹⁸

Um der massiven finanziellen Mehrbelastung und dem drohenden Kollaps der Justiz entgegenzuwirken, werden zahlreiche Maßnahmen zur *Entlastung des Justizapparates* ergriffen.⁹¹⁹ Das Strafrecht kann die neuen Aufgaben schließlich nur dann bewältigen, wenn es möglichst effizient arbeitet. Aus diesem Grunde werden zunehmend prozessuale Regelungen gelockert und es besteht eine Tendenz zur Einführung von Schnellgerichten, Beschneidung von Parteirechten und Verkleinerung von Spruchkörpern.⁹²⁰ Im Bereich der Alltagskriminalität bekommt ein Großteil der Straffälligen überhaupt keinen Richter mehr zu Gesicht.⁹²¹ In einem Risikostrafrecht, bei dem der Präventionsgedanke an oberster Stelle steht, gelten rechtsstaatliche Prinzipien und Institute bald einmal als teuer und ineffizient.

Da die finanziellen Mittel der Strafverfolgung limitiert sind und Effizienzsteigerungen kaum ausreichen, um die neuen Herausforderun-

⁹¹⁷ Vgl. PRITTWITZ (2005), S. 136; beim Drogenstrafrecht ist insb. die Kriminalisierung des Cannabiskonsums zu nennen, der aber von weiten Kreisen der Bevölkerung akzeptiert wird.

⁹¹⁸ Vgl. zu dieser Frage auch PRITTWITZ (2005), S. 151 ff.; FOLKA, S. 126 f.

⁹¹⁹ Vgl. hierzu auch KUNZ (2011), § 31 N 25.

⁹²⁰ Vgl. OBERHOLZER, S. 49.

⁹²¹ Vgl. hierzu OBERHOLZER, S. 48, der am Beispiel von St. Gallen darauf hinweist, dass Polizei und Staatsanwaltschaft diesen Bereich der Kriminalität zunehmend selbstständig behandeln und immer mehr auf eine Anklage vor Gericht verzichtet wird.

gen zu bewältigen, wird das Strafrecht schließlich immer mehr auf seinen *symbolischen Gehalt* reduziert. Für das Zulässige und Verbotene werden *Zeichen* gesetzt, die dazu dienen sollen, durch demonstrierte Tatkraft das Vertrauen in den Staat zu fördern und Unsicherheitsgefühle abzubauen.⁹²²

Bei dieser zunehmenden Pönalisierung wird übersehen, dass ein Mehr an staatlicher Regulation stets mit einer Einschränkung von Freiheit und Lebensqualität verbunden ist. Werden der Sicherheitsgedanke und die Präventionsidee »mystifiziert« und unrealistische Erwartungen an die Möglichkeiten des Strafrechts gestellt, so erweist sich die Forderung nach stets größerer Sicherheit als maßlos und unerfüllbar.⁹²³

2.3 Die übermächtige Präventionsidee – eine Zwischenbilanz

Vorangehend wurde gezeigt, dass hinter dem expandierenden Strafrecht ein fundamentaler Wandel im Verständnis der Kriminalstrafe auszumachen ist: die Abkehr von der verdienstbasierten Strafe und gleichzeitige Verherrlichung des Präventionsgedankens. Das moderne Präventionsstrafrecht erweist sich einerseits als höchst anfällig für Unsicherheitsgefühle in der Gesellschaft und bewirkt – im Sinne eines regelrechten Teufelskreises – gar noch ihre Verstärkung.⁹²⁴ Andererseits wurde auf die Gefahren eines regelrechten Präventionswahns hingewiesen, insbesondere dessen Bedrohungspotenzial für die grundlegenden Freiheitsrechte und rechtsstaatlichen Garantien. Mit der Bezeichnung »Risikostrafrecht« wird deutlich, dass sich Prävention für weit mehr als bloß für die Verhinderung von unmittelbaren Rechtsverletzungen interessiert. Ein ungebremster Präventionsgedanke transformiert das Strafrecht zu einem umfassenden Gefahrenabwehrrecht und bewirkt, dass selbst weit entfernte Risiken in den Fokus der Kriminalstrafe rücken. Prävention strebt in diesem Sinne eine »[...] flä-

⁹²² Vgl. MAIHOLD, S. 100; ferner KUNZ (2011), § 31 N 35 ff.; ALBRECHT (1989), S. 57; zum Zusammenhang zwischen präventivem und symbolischem Strafrecht auch PRITTWITZ (1993), S. 239 f.

⁹²³ ALBRECHT (2009), S. 1117; KUNZ (2011), § 30 N 9; ALBRECHT (2007), S. 9 f.; HAFFKE, S. 37.

⁹²⁴ Vgl. hierzu auch KUNZ (2011), § 32 N 12, der das Streben nach immer mehr Sicherheit und Schutz mit einem »Waschzwang« – einem unstillbaren Bedürfnis nach Sauberkeit – vergleicht.

chendeckende Intervention gesellschaftlicher Missstände an«. ⁹²⁵ Diese Ausdehnung des Strafrechts führt im Ergebnis dazu, dass die Grenzen zwischen ihm und anderen extralegalen Kontrollsystemen zunehmend verwischen und vielfach Unklarheit herrscht, ob man sich überhaupt noch im Bereich des Strafrechts befindet. ⁹²⁶ Die schädlichen Auswirkungen des zügellosen Präventionsgedankens stellen, worauf nachfolgend gesondert eingegangen werden soll, insbesondere auch den klassischen Schuldgedanken in Frage. ⁹²⁷

Das Gesagte zeigt auf eindrückliche Weise die Schattenseiten des übermächtigen Präventionsgedankens, der sich hinter dem expandierenden Strafrecht verbirgt. ⁹²⁸ Ein Strafrecht, das ausschließlich der Prävention huldigt, unterliegt zwangsläufig der besagten Entwicklung. Da Prävention begriffsnotwendig ansetzen muss, *bevor* ein Delikt verübt wurde, muss konsequenterweise bereits weit im Vorfeld der Straftat eingegriffen werden, um unerwünschte kriminogene Faktoren aller Art zu beseitigen; eine wirksame Prävention müsste bereits bei der Gesinnung und der allgemeinen Lebensweise der Bürger ansetzen. ⁹²⁹ Ein Präventionsstrafrecht ist wesensgemäß nicht reaktiv, sondern muss *proaktiv* – im Sinne frühzeitiger Vorkehrungen – Risiken aller Art beseitigen. ⁹³⁰ Durch ein solches Verständnis besteht die Gefahr, dass das Strafrecht letztlich zu einem ordnungspolitischen Instrument verkommt. Hierbei wäre es gar dienlich, den von Franz von Liszt in anderem Zusammenhang verwendeten Begriff des »Krebsschadens« zu bemühen, der sich durch die Gesellschaft frisst. Prävention nimmt an dieser Stelle wahrlich unkontrollierbare Züge an. Als treffliche Zusammenfassung dieser Problematik bemerkt auch Müller:

»Die Verschärfung der Strafrahen, die Einführung abstrakter Gefährungsdelikte, der Ausbau der Sicherungsverwahrung und die Erweiterung von strafprozessualen Eingriffsbefugnissen sind deutliche Anzeichen dafür, dass sich das Strafrecht nicht an der Tatver-

⁹²⁵ MÜLLER, S. 142.

⁹²⁶ Vgl. hierzu FREHSEE, S. 353.

⁹²⁷ Vgl. KÜPPER, S. 152, der in diesem Zusammenhang von einer »akuten Krise« des Schuldprinzips spricht; siehe zu dieser Problematik auch hinten, E./II.

⁹²⁸ Vgl. hierzu auch FIOLKA, S. 127.

⁹²⁹ Vgl. hierzu FREHSEE, S. 361; GRIMM, S. 14; MÜLLER, S. 23.

⁹³⁰ Vgl. DAASE, S. 148.

geltung orientiert, sondern fortschreitend zur Herstellung von Sicherheit instrumentalisiert wird.«⁹³¹

In dieser Hinsicht wäre es wünschenswert, sich wieder vermehrt auf die traditionelle Bedeutung der Kriminalstrafe zurückzubedenken: ein als »Ultima Ratio« verstandener, auf ein gesetzlich definiertes Unrecht folgender, verdienstbasierter Tadel, um den Auswüchsen der heutigen Präventionsdiktatur entgegenzusteuern.⁹³² Dieses klassische, sich am Proportionalitäts- und Verdienstgedanken orientierende Strafverständnis kommt jedoch nur bei der vergeltenden Kriminalstrafe genügend zum Ausdruck und ist neben der vermeintlichen Herrlichkeit der Präventionsidee und staatlicher Problemlösungskapazitäten zunehmend am verblasen.⁹³³

II. Die Rolle der Vergeltung

An dieser Stelle soll der Frage nachgegangen werden, was der Vergeltungsgedanke bei diesen Tendenzen für eine Rolle spielt. Wäre dieser in der Lage, etwas Nützliches zu den systembedingten Mängeln der Präventionsstrafe beizutragen?

Anders als stellenweise behauptet, ist es gerade *nicht* die Vergeltungsidee, die in der Praxis zu einer Ausdehnung von Strafen und einer größeren Punitivität führt.⁹³⁴ Besonders die – sehr zurecht – viel kritisierte Entwicklung des US-amerikanischen Strafrechts, die gerne dazu verwendet wird, den Vergeltungsgedanken zu diskreditieren, ist

⁹³¹ MÜLLER, S. 142 f.

⁹³² Vgl. für eine kritische Betrachtung einer Rückbesinnung auf den »legitimen Kern« des Strafrechts FIOLKA, S. 133 f.

⁹³³ Vgl. HASSEMER (2006), S. 269; ferner auch VEST (2007), S. 257: »Seine tiefste Bedeutung dürfte der Strafzweck der Vergeltung somit im Rahmen der Beurteilung der Tat schwere erhalten [...]«.

⁹³⁴ Vgl. KUNZ (2011), § 28 N 1 ff., der u.a. die »vergeltende Tatproportionalität« und die Strafkonzepktion »just desert« als Ursachen der zunehmenden Punitivität in der US-amerikanischen Strafpraxis identifiziert. Richtigerweise weist er jedoch darauf hin, dass auch die Idee der Verhinderung von Straftaten (Prävention) an der besagten Entwicklung beteiligt sei und nicht zuletzt archaische Rachemotive sich hinter diesen fragwürdigen Gesetzen verbergen; ferner KAISER, S. 137, der als Grund für die harte Kriminalpolitik und dem damit verbundenen Anstieg der Gefängnispopulation fälschlicherweise eine Erstarkung des Retributivismus und einen Abschied vom Rehabilitierungsgedanken annimmt.

nach vorliegender Meinung darauf zurückzuführen, dass der Präventionsgedanke verherrlicht und über zentrale rechtsstaatliche Prinzipien gestellt wird.⁹³⁵

Die angesprochene Tendenz zur Sicherung von Straftätern (incapacitation) verkörpert dabei den Präventionsgedanken in seiner anschaulichsten und reinsten Form. Durch exorbitante Freiheitsstrafen sollen unliebsame Individuen möglichst für immer aus der Gesellschaft verbannt werden – nach dem Motto »auf Nummer sicher gehen«.⁹³⁶ Dabei handelt es sich um ein altbekanntes Phänomen; es ist an dieser Stelle an die europäische Strafrechtsentwicklung Ende des 19. Jahrhunderts zu erinnern: Unter der Bezeichnung »moderne Schule« entstanden menschenverachtende Strafideen, die zeigen, dass der ungezügelte Präventionsgedanke ein enormes Gefahrenpotenzial in sich birgt.⁹³⁷ So bemerkte auch schon J. G. Fichte zur präventiven Notwendigkeit der Todesstrafe bei Unverbesserlichen und Mördern:

»Der Verbrecher ist dann ein schädliches Thier, das niedergeschossen, ein ausreißender Strom, der gedämmt wird, kurz, eine Naturgewalt, die durch Naturgewalt vom Staat abgetrieben wird. Sein Tod ist gar nicht Strafe, sondern nur Sicherungsmittel.«⁹³⁸

Aufgrund dieser Sichtweise ist anzunehmen, dass die amerikanische Strafpraxis kein Opfer von »Vergeltungsbedürfnissen« geworden ist, sondern – wie auch viele europäische Staaten – vielmehr einem präventionsgetriebenen Aktionismus erlegen ist, der der verunsicherten Bevölkerung tatkräftiges Handeln demonstrieren soll.⁹³⁹ Jene Autoren, die im angloamerikanischen Raum auf strafphilosophischer Ebene die retributive Strafe vertreten, verfolgen typischerweise gerade das Anliegen der *Strafbegrenzung* und zeichnen sich durch einen ho-

⁹³⁵ Siehe zur amerikanischen Strafpraxis und ihrem strafphilosophischen Hintergrund bereits vorn, B/II./1.2.

⁹³⁶ KUNZ (2011), § 27 N 1; vgl. hierzu auch DUBBER, S. 486, der »incapacitation« als die seit den 60er Jahren dominierende Strafauffassung in den USA versteht, welche Hand in Hand mit dem sog. »war on crime« gehe. Besonders anschaulich werde dieser Kampf durch den geläufigen Begriff für verwarungsbedürftige Sexualstraftäter »sexually violent predators« (sexuell gewaltsame Raubtiere); ferner BRÄGGER (2011), S. 57, mit dem Hinweis, dass auch hierzulande – bedingt durch den starken politischen und medialen Druck – sich zunehmend der Grundsatz »in dubio contra libertatem« einbürgert habe, wenn es um die Frage nach einer Vollzugslockerung oder Entlassung geht.

⁹³⁷ Siehe hierzu auch die Ausführungen zur »modernen Schule« vorn, C/I./2.

⁹³⁸ FICHTE, S. 123 f.

⁹³⁹ Vgl. KUNZ (2011), § 30 N 8, der von einer »symbolisch-kommunikativen Politik« spricht.

hen moralischen Standard aus. In der Strafpraxis haben diese Autoren aber offenbar zu wenig Gehör erlangt. Wie nötig wäre in Anbetracht der herrschenden Tendenzen das Bekenntnis zu einer tatproportionalen und verdienstbasierten Strafe. Die antiamerikanistisch gefärbte Strafrechtskritik, die sich hierzulande in den letzten Jahrzehnten als besonders dankbarer Standpunkt erwiesen hat, sollte sich zudem gegenwärtigen, dass ebenso *unser* Risikostrafrecht zunehmend entartet und dieselbe Entwicklung sich auch in hiesigen Breiten angebahnt hat.⁹⁴⁰ Nur wenn man daraus Konsequenzen für das eigene Strafrecht zöge, wäre ein solcher Fingerzeig zu rechtfertigen.

Vergeltung besitzt nach dem vorliegenden Verständnis vielmehr eine straflimitierende Funktion, indem sie daran erinnert, dass die Kriminalstrafe schon in grundlegendster Hinsicht stets die Antwort auf ein verübtes Delikt darstellt und nicht ein Mittel zur umfassenden Steuerung der Gesellschaft.⁹⁴¹ Ein recht verstandener Vergeltungsgedanke verbietet (und dies kann nicht genug wiederholt werden) kategorisch die Pönalisierung von Unschuldigen oder bloß Verdächtigen und mahnt dort zur Zurückhaltung, wo immer neue politische Ideen und der Drang zur Problemlösung die Grundsätze der Tatproportionalität und den gerechten Verdienst in Frage stellen.

⁹⁴⁰ Vgl. hierzu VON HIRSCH (2010), S. 373; KUNZ (2011), § 28 N 9, der in diesem Zusammenhang insb. auf die Sicherungsverwahrung verweist. Ferner auch § 31 N 4: »Während man in der Moderne Kriminalität zumeist retrospektiv und individuell betrachtete, überwiegt in der Spätmoderne eine prospektive und aggregierte Betrachtung, die Risiken kalkuliert und Präventionsmaßnahmen entwickelt.« Deutlicher könnte man die Abkehr von einem tat- und schuldproportionalen Vergeltungsstrafrecht nicht beschreiben; ebenso KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008b), S. 277, welche bemerken, dass die besagte Entwicklung, die in den USA ihren Ursprung hat, seit einigen Jahren zu einem internationalen Trend geworden sei.

⁹⁴¹ Vgl. zur strafbegrenzenden Wirkung des retributiven Strafverständnisses auch ausführlich LIPPKE (2009).

E. Genügli­che Strafbegrenzung durch das Schuldprinzip – auch ohne Vergeltung?

I. Über das Schuldprinzip

1. Der Schuldgedanke als restriktives Prinzip

Über die Bedeutung und Stellung der Schuld im Strafrecht und ihre Beziehung zu den Strafzwecken herrscht eine unüberschaubare Fülle an Literatur.⁹⁴² Vorliegend ist indessen nicht die Präsentation der zahlreichen Schuldtheorien das Ziel, sondern die Frage zu klären, ob der Vergeltungsgedanke zu den wesentlichen Problemen im heutigen Diskurs über Schuld und Strafe einen sinnvollen Beitrag leisten könnte.

Nach dem bisher Gesagten wird in der heutigen Strafrechtslehre die Kriminalstrafe überwiegend (wenn nicht sogar ausschließlich) aus präventiven Überlegungen heraus legitimiert, wobei die Funktion der Schuld in der *Begrenzung der nützlichen Strafzwecke* liegt.⁹⁴³ Der Grundgedanke lautet: Die Strafe darf, selbst wenn sie präventiv sinnvoll wäre, das Maß der Schuld nicht übersteigen.⁹⁴⁴

Hinter diesem herkömmlichen Schuldverständnis steht das Erkenntnis zur Menschenwürde und die Verknüpfung des Rechts mit grundlegenden Prinzipien der Moral und Gerechtigkeit, die unser gemeinschaftliches Zusammenleben bestimmen.⁹⁴⁵ Es handelt sich um eine Anschauung, welche die Kriminalstrafe nicht als ein beliebig aus-

⁹⁴² Vgl. zum strafrechtlichen Schuldprinzip beispielhaft ROXIN (2006), § 19 N 1 ff.; SEELMANN (2012), S. 74 ff.; SCHEFFLER (1985), S. 36 ff.; TRECHSEL/NOLL, S. 144 ff.; RIKLIN (2007), § 15 N 1 ff.; für ausführliche rechtstheoretische Auseinandersetzungen mit Schuld und strafrechtlicher Verantwortlichkeit FRISTER (1988); ROXIN (1974); ROXIN (1979).

⁹⁴³ Vgl. zur Funktion des klassischen Schuldprinzips auch ALBRECHT (2011), S. 25; HAFKE, S. 43; FRISCHKNECHT, S. 196; RIKLIN (2001), § 5 N 45.

⁹⁴⁴ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 59; ferner zur unterschiedlichen Bedeutung der Schuld bei der Strafzumessung auch SCHÜNEMANN, S. 156 ff.

⁹⁴⁵ Vgl. TRECHSEL/NOLL, S. 21.

gestaltbares, nützliches Instrument zur Sozialkontrolle versteht, sondern fordert, dass die schärfste Form der Staatsgewalt stets höheren Prinzipien verpflichtet sein soll. Strafe hat nicht bloß praktisch zu sein, sondern muss insbesondere gegenüber dem betroffenen Straftäter gerechtfertigt sein.⁹⁴⁶ Das Schuldprinzip ist daher Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit und soll eine *Entmenschlichung* des Rechts verhindern.⁹⁴⁷ Insbesondere verbirgt sich dahinter der Gedanke, dass die maßlose Präventionsidee durch die Schuld des Täters zurückgebunden werden muss, damit sie nicht entartet.⁹⁴⁸

An dieses klassische Verständnis des strafrechtlichen Schuldprinzips, bei dem wir nun verweilen wollen, knüpft folgende Kritik am Vergeltungsgedanken an: Vielfach wird eingewendet, dass die Vorzüge der Vergeltungsidee (insb. ihre strafbegrenzende Funktion) gut und recht seien, eine Beschränkung der Kriminalstrafe aber auch über das Schuldprinzip – oder über den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – garantiert werden könne. Diese Prinzipien bewirkten eine genügende Begrenzung des an sich maßlosen Präventionsgedankens, wodurch der Vergeltungsgedanke überflüssig werde.⁹⁴⁹

Es soll im weiteren Verlauf gezeigt werden, dass die schuldproportionale Strafe nicht aus der Präventionsidee herleitbar ist, sondern nur unter Berücksichtigung des Vergeltungsgedankens erklärbar erscheint.

2. Willensfreiheit?

Das klassische Schuldprinzip, das allen retributiven Straftheorien zugrunde liegt, basiert auf dem Gedanken der Willensfreiheit. Die Idee von freien, autonom handelnden Subjekten wurde – wie zu Beginn dargelegt – besonders von Vertretern der klassischen Vergeltungslehren hervorgehoben, stellt aber auch nach dem heute (noch) gängigen Verständnis die Vorbedingung für jeden strafrechtlichen Vorwurf dar.⁹⁵⁰

Die fundamentale Diskussion, ob Täter tatsächlich über einen freien Willen verfügen oder unser Handeln durch andere Faktoren determi-

⁹⁴⁶ Vgl. PRITZWITZ (1993), S. 199.

⁹⁴⁷ Vgl. RIKLIN (2007), § 5 N 45.

⁹⁴⁸ Vgl. STRATENWERTH (1977), S. 8 f.

⁹⁴⁹ Vgl. hierzu anstelle vieler ROXIN (2006), § 3 N 37 ff.

⁹⁵⁰ Vgl. beispielhaft TRECHSEL/NOLL, S. 148; RIKLIN (2007), § 15 N 13.

niert ist, füllt ganze Bände.⁹⁵¹ In jüngerer Zeit wurde die Auseinandersetzung über Willensfreiheit besonders durch neue naturwissenschaftliche Erkenntnisse der Hirnforschung erneut entfacht. Im Rahmen dieser Studien wird u.a. die radikale Auffassung vertreten, dass menschliche Handlungen, Wünsche und Intentionen ausschließlich von physiologischen Prozessen des Gehirns – insb. dem limbischen System – bestimmt werden. Durch diese Annahme müsste, so die verbreitete Befürchtung, die herkömmliche Vorstellung von Willensfreiheit, auf die auch das Schuldstrafrecht und die Vergeltungslehren aufbauen, vollständig preisgegeben werden.⁹⁵²

Bei der Diskussion über Willensfreiheit soll vorliegend der Hinweis genügen, dass die wohl befriedigendste Antwort auf die Frage nach der Entscheidungsfreiheit des Täters darin gesehen werden kann, dass der strafrechtliche Schuldgrundsatz als ein *normatives Postulat* des Gesetzgebers zu verstehen ist und deshalb auch keiner empirischen Überprüfung bedarf.⁹⁵³ Schuld ist dahin gehend zu begreifen, dass der Staat seine Bürger als freie und verantwortungsvolle Subjekte betrachtet und die Frage nach ihrer tatsächlichen Freiheit – schon weil diese kaum objektiv entschieden werden könnte – beiseiteschiebt.⁹⁵⁴ Ebenso wird darauf hingewiesen, dass die Funktion des klassischen, auf diesem Freiheitspostulat aufbauenden Schuldprinzips, in der *Strafbegrenzung* – und damit im Schutz der Freiheitsrechte – zu erblicken ist und man sich aus diesem Grunde ein a priori vorausgesetztes Freiheitsprinzip leisten kann.⁹⁵⁵

Neben dieser Lösung, dass Schuld als eine unverzichtbare Fiktion zu verstehen ist und empirische Experimente hierbei schlicht nicht interessieren, sollte man zudem Folgendes bedenken: Wenn es sich tatsächlich so verhielte, dass Menschen über keinen freien Willen verfü-

⁹⁵¹ Vgl. zur Problematik der Willensfreiheit ausführlich HERZBERG; KEIM; MERKEL.

⁹⁵² Vgl. hierzu zur neuen Hirnforschung und den strafrechtlichen Konsequenzen exemplarisch KUNZ (2011), § 9 N 17 ff.; KÜNG, S. 304 f.; ferner ausführlich PAUEN/ROT; SINGER; KRIELE.

⁹⁵³ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 161, der in diesem Zusammenhang von einer »staatsnotwendigen Fiktion« spricht; ferner ALBRECHT (2011), S. 25 f.; gegenüber einer solchen Fiktion kritisch, ausführlich GRIFFEL.

⁹⁵⁴ Vgl. hierzu auch STRATENWERTH (2011), § 8 N 26, mit dem Hinweis, dass lediglich die »Vorbedingungen« dieser Freiheit (im Sinne der einzelnen Schuld Voraussetzungen) dem Strafrecht zugänglich sind. Ganz allgemein könne strafrechtliche Schuld bloß *negativ* festgestellt werden, indem Schuld *ausschließende* Gründe festgestellt werden.

⁹⁵⁵ Vgl. ROXIN (2006), § 3 N 55.

gen, dann wäre die Infragestellung des Schuldgedankens im Strafrecht noch das kleinste Problem für die Menschheit. In diesem Fall wäre *nichts* mehr beim Alten und das ganze menschliche Zusammenleben würde in seinen Grundfesten erschüttert: So könnten bspw. keine Verträge mehr geschlossen werden und auch keine zwischenmenschlichen Beziehungen mehr eingegangen werden, da wir nicht mehr von autonom handelnden, vernunftbegabten Mitmenschen ausgehen könnten. Nicht nur Täter würden dann über keine Willensfreiheit mehr verfügen, sondern auch die Vertreter der »anderen Seite«, wie Polizisten, Richter, und Staatsanwälte.⁹⁵⁶ Die Folgen eines solchen Verständnisses sind kaum absehbar und unsere bestehende Gemeinschaft würde wohl gänzlich in Frage gestellt. Aus diesem Grunde können das klassische Schuldstrafrecht und die Vergeltungslehren diesen »bahnbrechenden Ideen« mit Gelassenheit begegnen. Schönemann bezeichnet solche deterministischen Angriffe auf den Schuldgedanken völlig zu Recht als ein »realitätsfremdes Gedankenspiel«, das – konsequent zu Ende gedacht – eine Auflösung der gesamten abendländischen Kultur zur Folge hätte.⁹⁵⁷ Die radikale Kritik am herkömmlichen Konzept der strafrechtlichen Verantwortlichkeit verkennt, dass auch der klassische Schuldgedanke nicht ein sinnloses metaphysisches Konstrukt darstellt, sondern letztlich auf den Gegebenheiten und Erfahrungen des alltäglichen Lebens beruht.⁹⁵⁸

II. Der Angriff der Prävention auf das klassische Schuldverständnis

1. Legitimationsproblematik des Schuldprinzips

Wenn wir, wie Kritiker des Vergeltungsgedankens behaupten, annehmen würden, dass sich das Strafrecht ausschließlich aus präventiven Überlegungen heraus legitimieren lässt und der Vergeltungsgedanke nicht mehr zur Begründung der Kriminalstrafe dient, wie ließe sich

⁹⁵⁶ Vgl. TRECHSEL/NOLL, S. 148.

⁹⁵⁷ SCHÜNEMANN, S. 163 ff.

⁹⁵⁸ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 166 f.

dann die Existenz des Schuldprinzips in einem solchen präventiven System rechtfertigen?⁹⁵⁹ Der Grund dieser Frage ist das Dilemma, dass eine rein präventive Strafauffassung sich nicht zwingend des Schuldgedankens bedienen muss und auch ohne diesen auskommen könnte.⁹⁶⁰ Aus präventiver Sicht erscheint nicht einmal die Existenz der Kriminalstrafe überhaupt notwendig, wenn sich der besagte Zweck auch durch andere Mittel erreichen lässt. In einem Sanktionensystem, das sich ausschließlich der Prävention verschrieben hat, stellt der Schuldgedanke vielmehr ein »Fremdkörper« dar.⁹⁶¹ Es taucht die Frage auf, wie sich seine Existenz im Kontext der reinen Prävention überhaupt begründen lässt: Weshalb sollte der Staat schuldangemessen bestrafen, wenn wir lediglich auf präventive Nützlichkeiten zur Strafbegründung abstellen? Weil die Verfassung in Art. 5 Abs. 2 BV nun mal nach Verhältnismäßigkeit verlangt? Hindert uns der Schuldgedanke – so ließe sich ketzerisch fragen – nicht daran, griffige Maßnahmen zur Prävention und Problemlösung zu ergreifen? Stellt das Schuldprinzip nicht eher ein Klotz am Bein der Justiz dar?

Prävention und Schuld beinhalten entgegengesetzte Forderungen: Die maßlose Präventionsidee interessiert sich lediglich für die Verhinderung von neuen Straftaten durch die Mittel des Strafrechts und bewirkt damit automatisch seine Expansion.⁹⁶² Art und Maß der Strafe sind – nach dem Motto »koste es, was es wolle« – irrelevant, solange die Strafe präventiv nützlich ist. Der klassische Schuldgedanke mahnt hingegen im Sinne eines Korrektivs, dass präventive Ziele nur dann zulässig sind, wenn sie das Maß der individuellen Verantwortlichkeit nicht übersteigen, und stellt die Bremse dar, die dem maßlosen Präventionsgedanken nicht innewohnt.⁹⁶³

Selbst wenn man an dieser Stelle einwenden würde, dass Schuld und Prävention zwar gegensätzliche Interessen verfolgen, jedoch in einem *gewollten* Spannungsverhältnis stehen und gerade dadurch erst

⁹⁵⁹ Vgl. hierzu anstelle vieler ROXIN (2006), § 3 N 37: »[...] dass der Zweck der Strafe nur präventiver Art sein kann«.

⁹⁶⁰ Ob ein solches System allerdings noch als »Strafsystem« bezeichnet werden sollte, wäre freilich eine andere Frage. RIKLIN (2007), § 5 N 43, bemerkt daher zu Recht, dass ein »extremer Präventionsstandpunkt« letztlich dazu führen würde, dass nur noch Maßnahmen und keine Strafen mehr verhängt würden.

⁹⁶¹ SCHÜNEMANN, S. 159.

⁹⁶² Vgl. hierzu auch MÜLLER, S. 23 f.

⁹⁶³ Vgl. hierzu auch HASSEMER (2006), S. 270.

eine Begrenzung der Strafe möglich wird, so müsste gleichwohl aufgezeigt werden, wie sich die Existenz des Schuldgedankens im Kontext der reinen Prävention rechtfertigen lässt. Der Schuldgedanke muss sich aus dem grundlegenden Verständnis von Strafe ergeben, wenn er wirksam gegen utilitaristische Angriffe geschützt sein soll. Eine solche Verankerung des Schuldgedankens innerhalb des Strafrechts ist nötig, denn entweder wird das Schuldprinzip gegenüber der ehemaligen Vergeltungsstrafe neuartig begründet oder es müsste konsequenterweise preisgegeben werden.⁹⁶⁴

2. Funktionalisierte Schuld

Verfechter einer reinen Präventionslehre, die den Schuldgedanken gerne als Alternative zum Vergeltungsgedanken preisen, beginnen zunehmend das herkömmliche Schuldprinzip zu zerstören und berauben sich dadurch ihrer eigenen Argumente (strafbegrenzende Funktion der Schuld und daraus resultierende Überflüssigkeit des Vergeltungsgedankens). Die Abschaffung des klassischen Schuldstrafrechts erscheint in Anbetracht dieser Entwicklung »nur noch eine Frage der Zeit.«⁹⁶⁵

Gemeint sind insbesondere jene Bestrebungen, die versuchen, den Schuldgedanken zu *funktionalisieren*. Schuld und nützliche Strafzwecke sollen einander nicht mehr im herkömmlichen Sinne gegenübergestellt werden, sondern die Schuld soll aus *präventiven* Überlegungen heraus bestimmt werden. Es wurden in diese Richtung zahlreiche Vorschläge unternommen, die sich in ihrer Radikalität unterscheiden. Ihnen ist indessen gemein, dass der klassische Schuldgedanke (und damit das herkömmliche Schuldstrafrecht überhaupt) aufgeweicht und seine Grenzen zunehmend verwischt werden.⁹⁶⁶ Von Interesse sind weniger die einzelnen Schuldtheorien, sondern die grundsätzliche Problematik, dass das traditionelle Schuldverständnis zunehmend seine ursprüngliche Begrenzungsfunktion verliert.

⁹⁶⁴ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 159 f.

⁹⁶⁵ STRATENWERTH (1977), S. 7; zu dieser Entwicklung auch MAIHOLD, S. 100.

⁹⁶⁶ Vgl. hierzu auch KÜPPER, S. 158, der darauf hinweist, dass eine kriminalpolitische, präventionsorientierte Schuldauffassung nicht nur zu maßlosen Strafen führen, sondern vielmehr eine »Auflösung der gesamten Strafrechtssystematik« bewirken würde.

Jakobs, als einer der prononciertesten Vertreter des funktionalen Schuldgedankens, versteht unter Schuld lediglich ein »Defizit an Rechtstreue«. ⁹⁶⁷ Schuld wird bei ihm anhand von Kriterien der (positiven) Generalprävention bestimmt. Es handelt sich um einen systemtheoretischen Ansatz, der davon ausgeht, dass alle Bürger die Einhaltung der rechtlichen Normen erwarten. Durch Straftaten wird die Geltung dieser Normen infrage gestellt und das Vertrauen in die Rechtsmacht erschüttert. Die Strafe dient – und hier sind Parallelen zu Hegel ersichtlich ⁹⁶⁸ – dem Widerspruch und der damit verbundenen Restitution der verletzten Norm auf Kosten des Straftäters. ⁹⁶⁹ Der Strafe wird folglich eine Stabilisierungsfunktion zugesprochen. ⁹⁷⁰ Bei dieser Vorstellung von Schuldhaftigkeit geht es nicht mehr im traditionellen Sinne um die Fähigkeit zur alternativen Handlung, sondern um die Frage, ob die begangene Tat einen Mangel an Rechtstreue ausdrückt. ⁹⁷¹ Der Schuldgedanke erweist sich unter dem Strich als ein »Derivat der Generalprävention.« ⁹⁷² Er wird über generalpräventive Zwecke begründet und bemessen. ⁹⁷³ Schuld ist die Verantwortlichkeit des Straftäters für die Erschütterung des Vertrauens in die Rechtsmacht. ⁹⁷⁴

Diese Deutung des Schuldgedankens ist auf starke Kritik gestoßen und es wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass durch diese Interpretation der Schuldbegriff wertlos würde und seine restriktive Funktion verlöre. ⁹⁷⁵ Ebenso würde der individuelle Täter weitgehend unwichtig und der Fokus auf die Allgemeinheit verlagert. Denn in einem generalpräventiven Modell erscheint der einzelne Mensch nebensächlich. ⁹⁷⁶

Jakobs stellt zunächst richtigerweise fest, dass Schuld nicht »zweckfrei« – man könnte auch sagen »sinnlos« – sei: »Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt.« ⁹⁷⁷ Ein Schuldverständnis, das losgelöst von jeg-

⁹⁶⁷ JAKOBS (1993), S. 35.

⁹⁶⁸ Vgl. hierzu auch JAKOBS (1993), S. 27, der die Strafe ausdrücklich als hegelsche Negation des deliktischen Weltentwurfs verstanden haben möchte.

⁹⁶⁹ Vgl. JAKOBS (1976), S. 10.

⁹⁷⁰ Vgl. HOFFMANN, S. 176.

⁹⁷¹ Vgl. hierzu KÜPPER, S. 155; JAKOBS (1993), S. 34.

⁹⁷² JAKOBS (1976), S. 32.

⁹⁷³ Vgl. HOFFMANN, S. 177.

⁹⁷⁴ Vgl. KÜPPER, S. 156.

⁹⁷⁵ Vgl. hierzu KÜPPER, S. 157; KUNZ (1986), S. 825; STRATENWERTH (1977), S. 31.

⁹⁷⁶ Vgl. HOFFMANN, S. 179.

⁹⁷⁷ JAKOBS (1976), S. 14.

licher Rechtfertigung Gültigkeit beanspruchen würde, gehörte wahrlich in den Bereich der Religion.⁹⁷⁸

Diese vermeintliche Zweckfreiheit ist indessen auch nicht das Problem des klassischen Schulpostulats: Auch für das klassische Schuldverständnis existieren gute Gründe; nicht ohne Grund unterstellen wir dem Täter einen freien Willen und die Fähigkeit zur autonomen Entscheidung. Dies ist ein fundamentaler Gedanke unseres Menschenbildes, der sich zur Genüge bewährt hat. Unsere gesamte Gesellschaft basiert auf dem Gedanken, dass freie und verantwortungsbewusste Subjekte interagieren. Es geht daher nicht um die Frage, ob das Schuldprinzip zweckfrei sei, sondern darum, welche Kriterien (Gründe) für dessen Ausgestaltung herbeigezogen werden sollen. Dass es *andere* Kategorien von Gründen sein müssen, als die der präventiven Nützlichkeit, ist nur logisch, wenn das Schuldprinzip zur Begrenzung der Präventionsstrafe tauglich sein soll. Eine Begrenzung der Prävention durch Prävention ist nach vorliegender Meinung ein Ding der Unmöglichkeit. Das Problem ist folglich, dass Jakobs diese Gründe fälschlicherweise in der präventiven Nützlichkeit – und nicht bspw. in allgemeinen Gerechtigkeitsprinzipien oder bestimmten Sachzusammenhängen – erblickt:

»[...] auch wenn Strafrecht der Prävention wegen betrieben wird, muss Schuld im großen und ganzen der Prävention entsprechen, oder sie konterkariert die Prävention bis zur Effektlosigkeit, und die ineffektive Strafe ist sicher nicht mehr indiziert.«⁹⁷⁹

An dieser Stelle ließe sich einwenden, dass die gänzlich ineffektive Strafe, die Jakobs fürchtet, zudem als solche überhaupt nicht denkbar erscheint: Etliche Formen der Kriminalstrafe, wie z. B. die Todesstrafe oder der sichernde Freiheitsentzug, erweisen sich *stets* als wirkungsvoll, wenn sie auch freilich nicht immer als legitim zu betrachten sind.

Sehr zu Recht wird gegen den funktionalen Schuldbegriff weiter eingewendet, dass dasjenige, was unter generalpräventiven Gesichtspunkten als nötig erscheint, noch lange keine effektive (im klassischen Sinn verstandene) Schuld darstellt, sondern eine bloße Zuschreibung – ein Etikett.⁹⁸⁰

⁹⁷⁸ Vgl. KUNZ (1986), S. 830.

⁹⁷⁹ JAKOBS (1976), S. 6.

⁹⁸⁰ Vgl. STRATENWERTH (1977), S. 30 f.; HAUPTMANN, S. 81.

Schuld ist nach dem anerkannten normativen Verständnis zwar stets eine Zuschreibung; Subjekte sind nie per se schuldig.⁹⁸¹ Demgemäß ist auch der herkömmliche Schuldbegriff prinzipiell wandelbar und von der gesellschaftlichen Anschauung abhängig. Die besagte Zuschreibung muss aber beim Schuldgedanken aufgrund *anderer* Gesichtspunkte als jener der Prävention erfolgen. Es darf gerade nicht auf präventive Kriterien abgestellt werden, wenn man die Schuld als Mittel zur Strafbegrenzung verstehen will. Ansonsten würde Schuld schlicht zu dem verkommen, was nach dem aktuellen präventiven Kalkül gerade gewünscht wird; ein solches Vorgehen wäre mit der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren. Am Ende würde vom Strafrecht nichts weiter übrig bleiben als der reine Präventionsgedanke. Strafrechtliche »Schuld« wäre dann lediglich noch ein schönes Etikett ohne ihren ursprünglichen Sinn und Gehalt. Ein solches Strafmodell würde unweigerlich in eine Aporie münden.⁹⁸² Eine Leugnung der Grenze zwischen Prävention und Schuld verneinte ebenso die Grenze zwischen Strafrecht und Kriminalpolitik.⁹⁸³

Abzulehnen ist zudem jenes Argument des funktionalen Schuldbegriffs, welches besagt, dass auch ein vom Präventionsgedanken her bestimmtes Schuldprinzip sich um eine Begründung der Strafe kümmern müsse und dadurch seine strafbegrenzende Funktion im Ergebnis dennoch gewährleistet sei.⁹⁸⁴

Diese Auffassung verkennt, dass es für *alles* Gründe gibt. Auch für die schrecklichsten Justizverbrechen lassen sich Gründe – zu denken ist etwa an ein »Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre«⁹⁸⁵ (man beachte den Terminus »Schutz«) – finden. Motive, die jeweils nicht nur vorgeschoben, sondern allesamt mit größter Überzeugung dargelegt wurden, um diese Taten zu rechtfertigen. Selbst Folter und Todesstrafe lassen sich argumentativ (insb. mit Argumenten der präventiven Nützlichkeit!) legitimieren. Nur handelt es sich dabei gerade nicht um Strafziele, die wir als triftig und legitim er-

⁹⁸¹ Vgl. TRECHSEL/NOLL, S. 145 ff.

⁹⁸² Vgl. KUNZ (1986), S. 830.

⁹⁸³ Vgl. PRITZWITZ (1993), S. 236.

⁹⁸⁴ Vgl. FRISCHKNECHT, S. 197, der in einer Begründung automatisch eine Begrenzung der Strafe erblickt.

⁹⁸⁵ Vgl. Reichsgesetzblatt (RGBl) I 1935, S. 1146 f.

achten. Die bloße Angabe von Gründen stellt daher noch keine genügende Legitimation dar; die Frage nach der Qualität und Angemessenheit einer Begründung steht auf einem andern Blatt geschrieben.

Das Grundproblem beim präventiv gedeuteten Schuldverständnis bleibt bestehen: Der Präventionsgedanke vermag sich nicht selbst zu begrenzen; es müssen ihm Schranken gesetzt werden, die sich gerade nicht aus der Präventionsidee ergeben, sondern auf grundlegenden Gerechtigkeitsprinzipien basieren.⁹⁸⁶ Es geht schließlich nicht darum, *irgendwelche* Gründe zu finden, sondern die Bestrafung soll insb. gegenüber dem betroffenen Täter legitimiert sein.

3. Die Geister, die wir riefen

Die Annäherung des Schuldgedankens an die Prävention ist nach vorliegender Meinung die logische Konsequenz eines verherrlichten und in eine absolute Position erhobenen Präventionsgedankens: Eine Strafe, die ausschließlich der Prävention dienen soll, kann auch nur aus Präventionsüberlegungen heraus inhaltlich bestimmt werden.⁹⁸⁷ Die Krise des Schuldprinzips nimmt ihren Anfang in der Ablehnung des vergeltenden Schuldausgleichs zur Strafbegründung und der schrittweisen Etablierung eines Strafkonzpts, das vollständig auf soziale Nützlichkeit abstellt.⁹⁸⁸ Hassemer bemerkt hierzu trefflich:

»Das Konzept der Prävention hat das Strafrecht funktionalisiert und aus ihm ein Instrument gemacht, einen gefügigen Diener.«⁹⁸⁹

Von Relevanz ist die Problematik der maßlosen Prävention nicht nur bei der Kriminalstrafe, sondern ebenso im Maßnahmenrecht, bei dem die limitierende Funktion des Schuldprinzips gänzlich fehlt. Es bleibt hier lediglich der Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Begrenzung der Sanktion übrig.⁹⁹⁰ Auch hier stellen sich dieselben me-

⁹⁸⁶ Vgl. hierzu auch KUNZ (1986), S. 828, der eine rein utilitaristische Strafbegründung ablehnt und eine Ergänzung durch »non-utilitaristische Maßstäbe« fordert. Dem ist vollständig beizupflichten. Es bleibt bei dieser Auffassung, die auf die Integration von Gerechtigkeitsüberzeugungen in das Strafrecht abzielt, die ketzerische Frage indessen unbeantwortet, weshalb eine präventiv legitimierte Strafe auch noch schuldangemessen, tatproportional und gerecht sein soll.

⁹⁸⁷ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 188.

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu auch KUNZ (1986), S. 824.

⁹⁸⁹ HASSEMER (2006b), S. 132.

⁹⁹⁰ Vgl. z. B. Art. 56 Abs. 2 StGB.

thodischen Probleme: Weshalb sollte eine präventiv wirkungsvolle Maßnahme verhältnismäßig sein?⁹⁹¹ Wenn wir bspw. bei der Verwahrung den bloßen Sicherungsgedanken verfolgen, so wäre doch auch das Einsperren von Unschuldigen, von denen wir aber annehmen, dass sie künftig Probleme verursachen könnten, eine denkbare Möglichkeit. Wozu braucht es aus präventiver Sicht eine Anlasstat?

Das schlichte Bemühen, die verfassungsrechtlichen Garantien zu berücksichtigen, erscheint als Lösung unbehilflich.⁹⁹² Das Problem würde hierdurch lediglich auf eine andere Ebene verlagert.⁹⁹³ Es würde sich nämlich sogleich die Frage stellen, weshalb dies so in der Verfassung stehen soll. Die Hinterfragung von verfassungsmäßigen Prinzipien ist alles andere als bloß eine philosophische Spielerei: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist heute mehr denn je solchen Angriffen ausgesetzt. In einem Gefahren abwehrenden Strafrecht, das zunehmend von diffusen Ängsten beeinflusst wird und an das vermehrt hohe Sicherheits-erwartungen gestellt werden, sind rechtsstaatliche Prinzipien, die mit heiliger Ehrfurcht beachtet werden sollen, unpopulär geworden.⁹⁹⁴ Die bedrohliche Entwicklung des Präventionsstrafrechts beweist, dass das Schuldprinzip und mit ihm auch andere rechtsstaatliche Grundsätze in Gefahr sind. In einem reinen Präventionssystem stehen diese Prinzipien auf tönernen Füßen. Der Weg, den das moderne Strafrecht eingeschlagen hat, erscheint besorgniserregend; die aktuelle Entwicklung macht deutlich, dass der Präventionsgedanke nur allzu schnell übermächtig wird und seine »Verheerungen« so leicht nicht einzudämmen sind. Die »Geister, die wir gerufen haben« werden sich nicht ohne weiteres wieder vertreiben lassen.⁹⁹⁵

Interessanterweise – und darin ist doch ein deutlicher Widerspruch zu erblicken – beklagen aber auch jene Autoren die Tatsache, dass sich

⁹⁹¹ Vgl. hierzu auch ALBRECHT (2007), S. 7, mit dem Hinweis, dass das Gebot der Tatproportionalität von Maßnahmen sich nicht aus präventiven Überlegungen (insb. dem öffentlichen Sicherheitsbedürfnis) ergibt. Aus diesem Gesichtspunkt erscheint die Anlasstat unbedeutend.

⁹⁹² Vgl. HASSEMER (2006b), S. 143.

⁹⁹³ Vgl. hierzu bspw. CALLIESS (2001), S. 115, mit dem Hinweis, dass das Schuldprinzip aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet sei; ferner ROXIN (2001), S. 703, welcher die schuldangemessene Strafe als Bestandteil einer die Menschenrechte achtenden Demokratie versteht.

⁹⁹⁴ Vgl. hierzu ALBRECHT (1995), S. 15, der eine Beschränkung der Präventionsidee im Rechtsstaatsprinzip erblickt.

⁹⁹⁵ HASSEMER (2006b), S. 131.

das moderne Strafrecht zunehmend zu einem System der Gefahrenabwehr entwickelt, welche die Legitimation der Strafe ausschließlich in der Präventionsidee behaupten.⁹⁹⁶

Weder der Präventionsgedanke noch das klassische Schuldverständnis sollten nach vorliegender Auffassung infrage gestellt werden. Wenn man die maßlose Präventionsidee allerdings wirksam im Zaun halten möchte, sind auf der anderen Seite gut verankerte Prinzipien nötig, die nicht zu einer Magd der Nützlichkeit verkommen dürfen und daher keineswegs über den Präventionsgedanken bestimmt werden sollten.⁹⁹⁷ Wenn der Schuldgedanke eine eigenständige Bedeutung haben und bei der Begrenzung von Präventionsbedürfnissen ein taugliches Mittel darstellen soll, darf er keinesfalls aus nützlichen Zwecken abgeleitet werden.⁹⁹⁸ Es geht letztlich um die Frage, inwieweit das Strafrecht präventionsorientiert sein darf.⁹⁹⁹ Die Menschenwürde kann nur dann wirksam geschützt werden, wenn diese Prinzipien jenseits von utilitaristischen Erwägungen heilige Geltung beanspruchen.¹⁰⁰⁰

III. Der Beitrag des Vergeltungsgedankens

Ein Schuldstrafrecht erscheint nur dann plausibel und fundiert, wenn zwischen Schuld und Strafe ein *logischer und notwendiger Zusammenhang* besteht. Die schuldproportionale Strafe kann nur glaubwürdig sein, wo Schuld und Strafe zwingend etwas miteinander zu tun haben. Diesen Konnex zwischen der verdienstbasierten Strafe und dem verüb-

⁹⁹⁶ Vgl. hierzu anstelle vieler ROXIN (1973), S. 14, der als Verfechter der reinen Präventionsidee erstaunlicherweise bemerkt: »Auf diese Weise wäre die gesamte Rechtsordnung durchzuprüfen mit dem Ziel, das Strafrecht nur für den Schutz bedeutender Rechtsgüter und die Sicherung existenznotwendiger Leistungsaufgaben dort einzusetzen, wo weniger eingreifende Mittel zur ihrer Gewährleistung nicht ausreichen [...] Wenn wir aber bei der anstehenden Strafrechtsreform diese Mühe nicht auf uns nehmen, haben wir eine der dringendsten rechtsstaatlichen Forderungen an das Strafrecht versäumt.«

⁹⁹⁷ Vgl. hierzu auch KUNZ (1986), S. 829, der richtigerweise eine präventionsunabhängige Bestimmbarkeit der Schuld fordert und darauf hinweist, dass eine präventive Deutung der Schuld im Ergebnis wertlos sei. In diesem Sinne solle die Schuld (neben der Prävention) einen eigenständigen Strafgrund darstellen. Die logische Konsequenz, die Forderung nach einer vergeltenden Kriminalstrafe, bei der Schuld und Strafe eine untrennbare Einheit darstellen, wird an dieser Stelle jedoch nicht gezogen.

⁹⁹⁸ Vgl. STRATENWERTH (1977), S. 31.

⁹⁹⁹ Vgl. PRITTWITZ (1993), S. 243.

¹⁰⁰⁰ Vgl. hierzu auch PERALTA, S. 516.

ten Unrecht kann aber nur die Vergeltungsstrafe hinreichend darlegen.¹⁰⁰¹ Zwischen Schuld und strafrechtlicher Vergeltung besteht eine notwendige Verbindung und ohne Rekurs auf den Vergeltungsgedanken lässt sich die der Strafe zugeschriebene Funktion des Schuldtausgleichs nicht widerspruchsfrei erklären.¹⁰⁰² Prävention interessiert sich nicht für die Wiederherstellung dieses empirisch nicht fassbaren Gleichgewichts; im präventiven Kontext erscheint es überflüssig, von einer Schuld ausgleichenden Wirkung der Strafe zu sprechen. Bei der vergeltenden Kriminalstrafe ist das Primat der Schuld eine Selbstverständlichkeit, in einem Präventionsstrafrecht bedarf das Schuldprinzip hingegen einer eigenständigen Rechtfertigung.¹⁰⁰³ In einer rein präventiven Strafkonzeption, die Schuld ausgleichende Vergeltung verneint, schwingt das Schuldprinzip (und damit einhergehend auch der Gerechtigkeitsgedanke) neben der Präventionsidee stets mit, ohne dass ersichtlich wird, wie sich diese Prinzipien im Kontext der Prävention rechtfertigen lassen.¹⁰⁰⁴ Schon die endlosen Diskussionen über das Schuldprinzip machen deutlich, dass seine Stellung im Strafrecht mehr schlecht als recht verankert ist. Das Schuldprinzip erscheint als ein Relikt aus den Tagen der Vergeltungsstrafe, das in einem Präventionsstrafrecht nach einer neuen Rechtfertigung sucht.¹⁰⁰⁵ Die Tatsache, dass man den Sinn der Kriminalstrafe ausschließlich in der Prävention erblickt, sich dann aber hinterher dennoch um eine schuldangemessene, tatproportionale und gerechte Strafe bemühen muss, erscheint äußerst unbefriedigend. Diese Prinzipien stellen das Fundament und die grundlegende Notion der Kriminalstrafe dar und kein bloßes »Obiter Dictum« (neben der Präventionsidee).

Der Vergeltungsgedanke wäre nach vorliegender Meinung geeignet, eine Rückbesinnung auf die ursprüngliche Bedeutung der Strafe zu bewirken: Die Kriminalstrafe sollte wieder verstanden werden als tat- und schuldproportionale, verdienstbasierte Reaktion auf ein verübtes Unrecht. Das ursprüngliche, als »Rechtsverletzungslehre« begriffene Strafrecht, das auf den aufklärerischen Freiheitslehren der großen Denker

¹⁰⁰¹ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 189.

¹⁰⁰² Vgl. HOFFMANN, S. 138; ferner NIGGLI/MAEDER, S. 446, die Schuld als ein »Vergeltungsmoment« der Strafe verstehen und darauf hinweisen, dass selbst Vertreter einer rein präventiven Straflehre auf dieses Element nicht verzichten können.

¹⁰⁰³ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 159.

¹⁰⁰⁴ Vgl. hierzu auch VON HIRSCH (2005), S. 79.

¹⁰⁰⁵ Vgl. SCHÜNEMANN, S. 159.

beruht, ist heutzutage von der Idee der präventiven Nützlichkeit weitgehend instrumentalisiert worden.¹⁰⁰⁶ Seine ehemalige Aufgabe, die Friedenssicherung und Schaffung von grundlegenden Rahmenbedingungen, in denen sich eine Gesellschaft frei entfalten kann, ist verloren gegangen.¹⁰⁰⁷ Das gewandelte Verständnis der Kriminalstrafe vermag die Berücksichtigung des Schuldgedankens nicht plausibel zu erklären. Zwischen Prävention und Schuld besteht kein notwendiger Zusammenhang. Auch andere deontologische Prinzipien passen nicht zu einer reinen Nützlichkeitslehre. In diesem Sinne bemerkt auch Hassemer:

»Außerordentlich entmutigend wirkt der Umstand, dass das Strafrecht bei seinem Übergang in ein Gefahrenabwehrrecht eine Eingriffsschranke einbüßt, die ihm als vergeltendem Strafrecht gleichsam naturwüchsig mitgegeben war: die limitierende Funktion des Schuldprinzips. Ein auf Vergeltung gebautes Strafrecht, das sich als angemessene Antwort auf das Verbrechen begreift, muss sich um die Verhältnismäßigkeit dieser Antwort, seines Eingriffs also, theoretisch nicht kümmern. Gerechte Vergeltung ist verhältnismäßig, oder sie ist gar nicht.«¹⁰⁰⁸

Nach diesem Verständnis kommt der retributivistischen Strafauffassung, auch wenn sie in ihrer Reinform richtigerweise abgelehnt und durch Präventionsüberlegungen ergänzt wird, eine »paradigmatische Bedeutung« zu.¹⁰⁰⁹ Der Vergeltungsgedanke kann als »Angelpunkt« der herkömmlichen Schuldlehre aufgefasst werden, die in jüngster Zeit immer mehr zur Disposition steht.¹⁰¹⁰ Die Idee der vergeltenden Strafe darf – selbst wenn sie unspektakulär »nur« als Forderung nach einem tatproportionalen, verdienstorientierten Ausgleich eines verübten Deliktes verstanden wird – schon daher nicht als wertlos bezeichnet werden.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁶ SANDER, S. 6.

¹⁰⁰⁷ Vgl. ALBRECHT (1989), S. 47 ff., ferner GRIMM, S. 15 ff., die den Wandel vom liberalen Verfassungsstaat zum sozialen Wohlfahrtsstaat als zentrale Ursache für den Bedeutungsgewinn des strafrechtlichen Präventionsgedankens annehmen.

¹⁰⁰⁸ HASSEMER (2006b), S. 140.

¹⁰⁰⁹ Vgl. SCHEFFLER (1985), S. 43; ferner FRISCHKNECHT, S. 122 f., der den Vorzug einer vergeltenden Vereinigungstheorie in ihrer strafbegrenzenden Wirkung erblickt und hierbei (auf Hassemer verweisend) von der »Weisheit absoluter Strafbegründung« spricht.

¹⁰¹⁰ STRATENWERTH (1977), S. 29.

¹⁰¹¹ Vgl. hierzu auch ROXIN (2006), § 3 N 51, der das Schuldprinzip immerhin als das zentrale Element der Vergeltungslehre erachtet; ferner KUNZ (1986), S. 826, der im Gebot der Respektierung der Täterpersönlichkeit eine »unverzichtbare Errungenschaft des Vergeltungskonzepts« sieht.

Wird das Schuldprinzip im klassischen Sinne verstanden und nicht aus dem Präventionsgedanken hergeleitet, so könnte es in einer vergeltenden Strafkonzepktion seine Basis finden. In einem Strafrecht, das in erster Linie auf Schuld ausgleichende Vergeltung des verübten Delikts abzielt, erscheint das Schuldprinzip nicht mehr systemfremd. Umso nötiger wäre es aber, den Gehalt des Vergeltungsgedankens in ein Strafrecht zu integrieren, welches das herkömmliche Schuldverständnis preisgibt und ausschließlich präventiv deutet. In diesem Fall wären die Postulate der Vergeltung eine unbedingte Notwendigkeit zur Beschränkung der maßlosen Präventionsidee. Ein solches Schuldverständnis wird nach vorliegender Auffassung indessen dezidiert abgelehnt.

Erst dadurch, dass die Prinzipien der Schuld, des gerechten Verdienstes und der Tatproportionalität, die im retributivistischen Kontext von größter Wichtigkeit sind, für überflüssig¹⁰¹² – oder im günstigeren Fall als selbstverständlich – betrachtet wurden, konnte der Präventionismus in den letzten Jahrzehnten seinen gewaltigen Siegeszug feiern. Eingeläutet wurde diese Entwicklung mit dem gefeierten »Abschied von Kant und Hegel«.¹⁰¹³ Dieser Ausspruch wurde in Deutschland gar zum Leitmotiv des 1966 fertiggestellten Alternativentwurfs und damit der umfassenden Strafrechtsreform zu Beginn der 70er Jahre. Strafen und Maßnahmen haben nach § 2 Abs. 1 AE ausschließlich zum Ziel, Rechtsgüter zu schützen und eine Wiedereingliederung von Straftätern zu ermöglichen.¹⁰¹⁴ Das Strafrecht sollte nunmehr der reinen Prävention dienen und es bestand die Absicht, alle »moralisierenden Tendenzen« auszuschalten. Neben legitimen Reformbestrebungen, wie die Entkriminalisierung des Ehebruchs, der Homosexualität, der Kuppelei und anderer Sittlichkeitsdelikte, die das Strafrecht an die veränderten gesellschaftlichen Anschauungen anpassen sollten, wurden indessen auch grundlegende Gerechtigkeitsprinzipien mitbeerdigt.¹⁰¹⁵ Die Früchte dieser Revolution stehen heute zur Ernte bereit.

¹⁰¹² Vgl. hierzu SCHÜNEMANN, S. 135.

¹⁰¹³ Vgl. hierzu den viel beachteten Aufsatz »Abschied von Kant und Hegel« von KLUG aus dem Jahre 1968; ferner – als Replik gegen diesen Aufsatz angedacht – auch HRUSCHKA.

¹⁰¹⁴ Vgl. hierzu HAFKE, S. 45; HOFFMANN, S. 139 m.w.N.

¹⁰¹⁵ Vgl. zur inhaltlichen Abgrenzung des Alternativentwurfs vom Entwurf 1962 auch ROXIN (2006), § 4 N 17 ff.

F. Verzicht auf jegliche Vergeltung?

I. Was uns der Vergeltungsgedanke bringt

Nach vorliegender Auffassung existieren sinnvolle Vergeltungskonzeptionen, die auch im heutigen Strafrecht ihre Berechtigung besitzen. Viel wichtiger als eine spezifische Vergeltungskonzeption erscheint indessen die grundlegende Bedeutung des strafrechtlichen Vergeltungsgedankens. Sein Kerngehalt, um es nochmals in Erinnerung zu rufen, beinhaltet:

- Den Gedanken der **Reziprozität** (notwendige Verknüpfung zwischen Strafe und Untat)
- Die Forderung nach einem gerechten **Ausgleich** des begangenen Unrechts (Gleichheitsgedanke)
- Den **Proportionalitätsgedanken** (Verhältnismäßigkeit zwischen Strafe und Verbrechen)
- Die Forderung nach einer **verdienstbasierten Strafe** (»just desert«)

Der Vergeltungsgedanke verdeutlicht zunächst, dass jede Strafe wesensgemäß eine Antwort auf ein Unrecht darstellt (*Reziprozität*). So ist auch die Kriminalstrafe stets Antwort auf ein verübtes Delikt und kein bloßes Mittel zur Gefahrenabwehr und Sozialkontrolle. Das Strafrecht hat nach diesem Verständnis weit mehr zu sein als ein ordnungspolitisches Instrument.

Die Forderung nach einem *Ausgleich* ist der wohl zentralste Gedanke der Vergeltung. Bei der Kriminalstrafe fällt darunter insbesondere der Ausgleich der Tatschuld. Hierbei ist auf den traditionellen Schuldbegriff – auf die Frage nach alternativen Handlungsmöglichkeiten – abzustellen. Bei strafrechtlicher Schuld handelt es sich nicht um einen moralisierenden Sühnegedanken, sondern um einen rechtlichen Schuldvorwurf (Tadel). Das Ausgleichsprinzip kann ferner als Vergangenheitsbewältigung

(Wiederherstellung der Balance zwischen Täter und Gesellschaft), Negation des Verbrechen, Ausgleich von unrechtmäßigen Vorteilen, ge- deutet werden und findet zudem Anwendung beim Täter-Opfer-Aus- gleich. Ob es sinnvoll erscheint, über den Schuldausgleich hinaus solche Bilder in einem modernen Strafrecht zu berücksichtigen, soll an dieser Stelle offenbleiben.¹⁰¹⁶ Nicht zuletzt kann der Gleichheitsgedanke, der allen retributivistischen Konzeptionen innewohnt, als grundlegendes Element einer Gerechtigkeitsidee angesehen werden.

Von großer Bedeutung erscheint des Weiteren der Grundsatz der *Proportionalität*. Die retributive Strafe verlangt nach Verhältnismäßig- keit zwischen Verbrechen und Strafe und besitzt einen *strafbegren- zenden Charakter*.¹⁰¹⁷ Selbst bei ihrem radikalsten Verständnis («Auge um Auge») ist Strafe nicht ein willkürlicher, hassgetriebener Gewaltakt, sondern auch hier steht das Verhältnis zum verübten Delikt im Vorder- grund: Eine Tötlichkeit wird lediglich durch eine andere Tötlichkeit er- widert und soll nicht bspw. durch eine Körperverletzung, den Tod oder gar eine Kollektivstrafe geahndet werden. Die tat- und schuldpropor- tionale Strafe ergibt sich nicht aus dem Präventionsgedanken, sondern wird erst vor dem Hintergrund der Vergeltungsidee hinreichend erklär- bar.¹⁰¹⁸ Wenn mit Vergeltung also Proportionalität zwischen Tat und Stra- fe gemeint ist, so hat diese – und das würde wohl kaum jemand in Ab- rede stellen – vollumfänglich ihre Berechtigung im heutigen Strafrecht.

Dieser restriktive Gehalt des Vergeltungsgedankens kann wirk- sam dazu beitragen, dem *Präventionswahn* des heutigen Strafrechts entgegenzuwirken: Indem anerkannt würde, dass Strafe in erster Li- nie tatproportionale Vergeltung für ein verübtes Unrecht zu sein hat, könnte den zahlreichen systembedingten Problemen der präventiven Kriminalstrafe entgegengewirkt werden. Der an sich maßlose Präven- tionsgedanke muss gerade in Zeiten, in denen das klassische Schuld- verständnis zunehmend zur Disposition steht, durch einen gut fundier- ten Gegenpol in seine Schranken gewiesen werden.

Die *klassischen Vergeltungslehren* müssen differenziert betrach- tet werden. Der Retributivismus der großen aufklärerischen Denker,

¹⁰¹⁶ Vgl. zu dieser Frage STRATENWERTH (1995), S. 19 f., der diese Frage bejaht.

¹⁰¹⁷ BASTELBERGER, S. 50; MEIER, S. 20 f.

¹⁰¹⁸ Vgl. hierzu in ähnlicher Weise HASSEMER (2006a), S. 272.

wie Kant, Hegel und Grotius, enthalten zahlreiche Postulate, die auch für ein modernes Strafrecht von Bedeutung sind. Der Grundgedanke dieser Philosophien ist die Freiheit des Menschen. Erst diese ermöglicht Verantwortlichkeit und damit verbunden Schuld und Strafe. Die strafrechtliche Vorwerfbarkeit gründet in einer Moral, die Menschen als freie und verantwortliche Individuen bezeichnet, die in der Lage sind, ihre Handlungen zu beeinflussen. Das Strafrecht pönalisiert keine Hunde, Kleinkinder und Geisteskranken, sondern nur diejenigen, welche wir als vernunftbegabte Subjekte betrachten.¹⁰¹⁹ Die Bestrafung führt dem Täter vor Augen, dass er dieser besonderen Kategorie angehört und sich bspw. klar und deutlich von einer bloßen Sache unterscheidet.¹⁰²⁰ Ein humaner Strafvollzug setzt voraus, dass man den Fehlbaren auch nach Verübung seiner Straftat als verantwortungsvolles Individuum anspricht und ihn nicht zu einem Spielball fremder Interessen werden lässt. Daher ist der Retributivismus durchaus geeignet, die *Würde des Menschen* zu schützen. Bei der vergeltenden Strafe sind Schuld, Strafe und gerechter Verdienst untrennbar miteinander verknüpft. Zahlreiche weitere Elemente der klassischen Vergeltungslehren, wie das Verständnis des Rechts als gegenseitige Anerkennung oder die Idee des Vernunftrechts, erscheinen ebenso von großem Wert und geistiger Tiefe.

In besonderer Weise beziehen sich die Vertreter des klassischen Retributivismus auf den *Gerechtigkeitsgedanken*, der für sie von großer Wichtigkeit war. Darin ist wohl der größte Verdienst dieser Strafauffassungen zu erblicken und schon von daher dürfen wir diese Lehren nicht einfach begraben. Wem nichts daran liegt, dass der Staat gegenüber dem Fehlbaren um eine gerechte und verdiente Strafe eifrig bemüht ist, wird dieses Argument nicht überzeugen. Es mag auch die nicht berühren, welche darüber unbekümmert sind, dass unser ehemals liberales Strafverständnis zunehmend verloren geht. Jene, die über die Entwicklung der Kriminalstrafe aber besorgt sind, wird besonders die-

¹⁰¹⁹ Vgl. hierzu auch DUUS-OTTERSTRÖM, S. 32, mit dem Hinweis, dass noch vor wenigen Jahrhunderten nicht selten Tiere und leblose Objekte für »ihre« Untaten bestraft wurden; ferner auch MAIHOLD, S. 101, der in Bezug auf die mittelalterliche Strafpraxis zudem Strafen an Kindern, Geisteskranken, Bildnissen, Toten und die Verhängung von Kollektivstrafen beschreibt.

¹⁰²⁰ Vgl. DUUS-OTTERSTRÖM, S. 35 f.

ser mahnende Gedanke der Vergeltungslehren ansprechen: Das Recht darf – und dies hat die oftmals dunkle Vergangenheit gelehrt – nicht als Mittel der beliebigen Sozialkontrolle verstanden werden, sondern muss stets auch höhere Prinzipien zum Ausdruck bringen.¹⁰²¹

Der Vergeltungsgedanke kann außerdem als Ausdruck eines allgemeinen Gerechtigkeitsempfindens unserer Gemeinschaft angesehen werden. Er dient dazu, das Vergangene zu bewältigen und grundlegende Prinzipien des sozialen Zusammenlebens zu verwirklichen. Eine rein präventive Kriminalstrafe kann diese Vergangenheitsbewältigung begriffsnotwendig nicht bieten. Gleichzeitig kann die vergeltende Kriminalstrafe als Surrogat für archaische Rachebedürfnisse dienen, die sich in der breiten Bevölkerung manifestieren. Vergeltung zielt auf einen gerechten Ausgleich zwischen Straftat und Strafe ab und führt nicht zu einer gefühlsbetonten, überproportionalen Reaktion. Es wird künftig eine große Herausforderung des Strafrechts sein, einerseits – im Sinne der Rechtsstaatlichkeit – nicht vollständig von der öffentlichen Meinung instrumentalisiert zu werden, andererseits das Gehör gegenüber Stimmen aus dem Volke, für welches das Recht letztlich existiert, nicht vollständig zu verschließen.¹⁰²²

»Die Geschichte des Strafrechts kann nicht verstanden werden, das geltende Recht nicht gewürdigt, die Richtung seiner Weiterbildung nicht bestimmt werden, wenn die *Triebfedern aller Entwicklung des Strafrechts verborgen bleiben*.«¹⁰²³

II. Worauf wir verzichten können

Nicht zu befürworten ist der stellenweise erhobene *Absolutheitsanspruch* des Retributivismus. Dieser ist abzulehnen, da nach vorliegender Ansicht nur eine Verbindung von Prävention und Vergeltung das Phä-

¹⁰²¹ Vgl. MONA (2007), S. 27; NYDEGGER, S. 50.

¹⁰²² Vgl. hierzu WALTER, S. 636, mit der Bemerkung, dass unter der Berücksichtigung der faktischen menschlichen Bedürfnisse keine schrankenlose Befriedigung zu verstehen ist; ferner auch MAZZUCHELLI, S. 1344, mit dem Hinweis, dass die strafrechtliche Debatte schließlich nicht nur Fragen der Effizienz, sondern die Auseinandersetzung mit grundlegenden Prinzipien unserer rechtsstaatlichen Gemeinschaft beinhaltet.

¹⁰²³ VON LISZT, S. 4; zustimmend WALTER, S. 636.

nomen Strafe angemessen zu beschreiben vermag. Dass in einem modernen Strafrecht der Vergeltungsgedanke alleine keine ausreichende Rechtfertigung darstellt, wird nicht angezweifelt; ein vollkommen abstraktes, von sozialen Nützlichkeitsüberlegungen losgelöstes Strafrecht, erschiene in der Tat »unerträglich«. ¹⁰²⁴ Kritik am Vergeltungsgedanken ist daher völlig berechtigt, wenn sie darauf hinweist, dass dieser nicht die »ganze Wahrheit« darstellt. ¹⁰²⁵ Damit werden gleichzeitig all diejenigen Einwände entkräftet, die sich gegen die reine Vergeltungsstrafe richten. Ein solcher Ausschließlichkeitsanspruch ist wohl die Hauptquelle, aus der Kritiker des Retributivismus schöpfen können. Der Vergeltungsgedanke muss mit seinen fundamentalen Prinzipien auf dialektische Art und Weise in eine präventionsorientierte Strafkonzepktion integriert werden. Mehr noch: Die Vergeltungsidee stellt gewissermaßen den »Urgedanken« und die grundlegende Notion der Strafe dar. ¹⁰²⁶

Außerdem sind gewisse spezifische Vergeltungsauffassungen aus heutiger Sicht abzulehnen. So hat bspw. das von Kant vertretene Talionsprinzip, das so weit wie möglich auf den Taterfolg abstellt, in einem modernen Strafrecht keine Berechtigung. Strafe soll nicht starr und mechanisch, sondern vielmehr als angemessene Reaktion auf das begangene Unrecht erfolgen, das in seiner Gesamtheit gewürdigt werden muss. Das Strafrecht ist gerade kein simples Erfolgsstrafrecht, sondern Sanktionen sind als ein *wertmäßiger* Ausgleich zu verstehen. Ein mechanisches Verständnis von Vergeltung und Tatproportionalität hätte ebenso zur Konsequenz, dass der Täter die Strafe vorschreiben könnte und in der Lage wäre, alle ihre moralischen Schranken zu sprengen. ¹⁰²⁷

III. Fazit

Die zentrale Frage, ob Vergeltung ihre Legitimität im Strafrecht verloren hat, ist unmissverständlich zu verneinen. Der Vergeltungsgedanke

¹⁰²⁴ HASSEMER (2006a), S. 268; vgl. ferner KÖHLER (1986), S. 10; FREUND, § 1 N 4.

¹⁰²⁵ STRATENWERTH (1995), S. 19 f.

¹⁰²⁶ Vgl. hierzu auch TURNER/SCHLEE, S. 13, die Vergeltung als ein »Grundmuster menschlichen Handelns« qualifizieren.

¹⁰²⁷ Vgl. WOLF (1992a), S. 47.

darf keinesfalls kategorisch abgelehnt werden; dieser ist als Grundidee jeglicher Strafe anzusehen und muss gegenüber präventiven Strafzwecken das Primat besitzen. Hierbei handelt es sich nicht um eine revolutionäre These, sondern vielmehr um eine dringend notwendige *Rückbesinnung* auf Altbewährtes.

Es besteht indessen nicht die Absicht des Autors, ein Bekenntnis zu einer bestimmten Vergeltungskonzeption abzulegen. Das Ziel der Arbeit ist gerade darin zu sehen, den Vergeltungsgedanken von einer spezifischen Vergeltungsvorstellung, die möglicherweise zu Recht als unangebracht kritisiert wird, zu lösen. Die Vorzüge und Nachteile der einzelnen Vergeltungskonzeptionen wurden aufgezeigt und sollen an dieser Stelle nicht wiederholt werden. Vielmehr soll klargemacht werden, dass die grundlegenden Elemente des Vergeltungsgedankens (unabhängig von seiner spezifischen Ausgestaltung und Begründung) im Strafrecht ihren festen Platz besitzen. Es gilt zu verdeutlichen, dass der Vergeltungsgedanke nicht unbesehen abgelehnt werden darf.

An dieser Stelle ist ein letzter Einwand gegen diese These aufzugreifen: Jene, die den Vergeltungsgedanken im Strafrecht strikt ablehnen,¹⁰²⁸ tun dies v.a. aus der Überzeugung heraus, dass die vorliegend aufgezeigten und von der überwiegenden Mehrheit wohl als positiv zu beurteilenden Aspekte des Vergeltungsgedankens auch *ohne* Vergeltung – über das Schuldprinzip, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit etc. – eingefordert werden können.¹⁰²⁹ Auf die erheblichen Zweifel, ob rechtsstaatliche Grundsätze in einem rein präventiv verstandenen Strafrecht dies zu leisten vermögen, soll nicht erneut eingegangen werden. Vielmehr interessiert, weshalb der Gehalt des Vergeltungsprinzips zwar allgemein befürwortet wird, dieser jedoch nicht mit dem Begriff »Vergeltung« in Verbindung gebracht werden soll. Hierbei befinden wir uns wieder bei der eingangs postulierten Forderung nach einer Begriffsklärung. Hat man diese erst einmal vollzogen und sich über den Inhalt des Vergeltungsgedankens aus heutiger Sicht geeinigt, besteht

¹⁰²⁸ Siehe hierzu besonders den Standpunkt von Roxin vorn, C/IV./2.3.

¹⁰²⁹ Vgl. hierzu auch MURPHY (1987), S. 532, der bemerkt: »No doubt almost everyone would agree, although for different reasons, that any acceptable theory of punishment must make an important place for the values of justice, personal desert, respect for persons, and individual responsibility- it must, in short, make an important place for retributive values.«

kein Anlass mehr, dieselben Forderungen unter neuem Namen und in schönerer Verpackung – so z. B. als »positive Generalprävention« – zu präsentieren. Die ablehnende Haltung gründet folglich in einer überwiegend negativen Konnotation des Vergeltungsbegriffs und in einem undifferenzierten Verständnis desselben. Notwendig ist in der Strafrechtstheorie daher eine klärende Reinigung des Begriffs, d. h. insbesondere seine Befreiung von den Schlacken der Religion, der Moralisierung oder einer spezifischen Erscheinungsform. Gefordert sind eine Loslösung von überkommenen Vergeltungsvorstellungen und die Anerkennung des Reziprozitäts-, Ausgleichs-, Proportionalitäts- und Verdienstgedankens. Diese Grundprinzipien bilden das Wesen des Vergeltungsgedankens – nicht mehr und nicht weniger.

Das »apodiktische Urteil« Roxins, das sich gegen *jegliche* Vergeltung richtet und damit auch den Kerngehalt der Vergeltungsidee negiert, kann nach dem Gesagten als »voreilig« bezeichnet werden.¹⁰³⁰ Es soll an dieser Stelle noch bemerkt sein, dass selbst Roxin, einer der eifrigsten Verfechter der präventionsorientierten Strafe, letztlich wohl von seiner Forderung nach einer rein präventiven Rechtfertigung abgewichen ist. In einem Bericht über eine Tagung der Frankfurter Schule bemerkt er:

»Andererseits können rein präventive Zwecke die Strafe auch nicht rechtfertigen. Denn da die Strafe einen persönlichen Vorwurf gegen den Täter enthält [...] kann sie diesem gegenüber nicht mit ihrer präventiven Notwendigkeit alleine gerechtfertigt werden, sondern muss von ihm auch als verdient verstanden werden können. [...] eine so verstandene Vereinigungstheorie ist die einzig plausible Möglichkeit, das Recht zu strafen überhaupt zu erklären.«¹⁰³¹

Der Vergeltungsgedanke besitzt einen Gehalt, der auch aus einem modernen Verständnis der Strafe nicht wegzudenken ist. So anerkennt denn auch Calliess, der Vergeltung grundsätzlich skeptisch gegenüberstehend:

¹⁰³⁰ STRATENWERTH (1995), S. 8.

¹⁰³¹ ROXIN (2005), S. 178; in fast identischer Formulierung ist diese Aussage auch in seinem Lehrbuch wiederzufinden und steht damit im Widerspruch zu seiner dort erhobenen Forderung nach einer rein präventiven Strafbegründung. Vgl. hierzu ROXIN (2006), § 3 N 61.

»Natürlich gehören Tat und Strafe zusammen, und natürlich ist die strafrechtliche Sanktion eine vergeltende Antwort auf die Tat. Grundsätzlich können alle Arten von Sanktionen [...] als Vergeltung verstanden werden.«¹⁰³²

Zu Recht spricht er von einem »sozialen Mechanismus«, der bereits aufgrund der Tatsache anzunehmen ist, dass sich der Mensch erst in den Reaktionen anderer Gesellschaftsmitglieder konstituiert.¹⁰³³ Allerdings verneint auch Calliess letztlich den Vergeltungsgedanken, da dieser kein genaues Maß für die Strafe liefern könne und deshalb unbrauchbar sei.¹⁰³⁴

Ist das vermeintliche Schreckensgespenst einmal entmystifiziert und wird erkannt, dass es sich hierbei um kein »heißes Eisen« handelt, lässt sich der Vergeltungsgedanke in ein präventionsorientiertes Strafsystem integrieren. Nicht zuletzt entspricht seine Berücksichtigung auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche diesen ausdrücklich als legitimen Strafzweck anerkennt.

Im Wissen, dass der Streit über Sinn und Zweck der Kriminalstrafe weiter geführt werden wird und dass auch der vorliegende Beitrag daran nichts zu ändern vermag, möchte ich die Untersuchung mit folgendem Zitat von Günter Stratenwerth abschließen. Es verdeutlicht, dass bei aller menschlichen Unvollkommenheit zumindest *das Bemühen* um eine verdienstbasierte und gerechtigkeitsorientierte Strafe ein unablässig zu verfolgendes Ziel der Strafrechtstheorie bleiben muss:

»Sinn und Zweck der Strafe ist, mit anderen Worten, kein Geschäft, das abgeschlossen wäre, wenn wir nur endlich die »richtige« Antwort gefunden hätten, sondern eine jener Aufgaben, für die es eine definitive Lösung niemals geben kann.«¹⁰³⁵

¹⁰³² Vgl. CALLIESS (2001), S. 111.

¹⁰³³ CALLIESS (2001), S. 111.

¹⁰³⁴ Siehe zu dieser Problematik vorn, A/II./2.2, wo aufgezeigt wurde, dass eine allgemeine Regel dies nie zu leisten vermag; vgl. ferner CALLIESS (2001), S. 115, der auch allen anderen Straftheorien (bspw. der Generalprävention) die Fähigkeit abspricht, eine genau bestimmte Strafe zu bestimmen und hierzu lediglich das Schuldprinzip für geeignet erachtet; ferner STRATENWERTH (2011), § 2 N 30, der hingegen bemerkt, dass auch das Schuldprinzip dies nicht zu leisten imstande sei.

¹⁰³⁵ STRATENWERTH (1995), S. 22; ferner auch zur Problematik der endlosen Debatte über die Strafzwecktheorien PREISER, S. 7.

Literatur- und Materialverzeichnis¹

Materialien

BERICHT Bundesamt für Statistik, Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall. Erste Analysen der Rückfallentwicklung seit Inkraftsetzung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Jahre 2007, Neuenburg 2011, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=4545>. [zit. BERICHT Bundesamt für Statistik]

BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. [zit. BOTSCHAFT (1998)]

BOTSCHAFT zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 vom 29. Juni 2005, BBl 2005, S. 4689 ff. [zit. BOTSCHAFT (2005)]

BOTSCHAFT zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012, S. 4721 ff. [zit. BOTSCHAFT (2012)]

MEDIENMITTEILUNG des Bundesam-

¹ Sofern beim jeweiligen Werk kein besonderer Zitierhinweis gesetzt wurde, werden die Quellen mit dem Nachnamen des Autors sowie der Fundstelle zitiert.

tes für Statistik BFS vom 1. November 2007, abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/05/key/vollzug_von_sanktionen/verwahrungen.html. [zit. MEDIENMITTEILUNG BFS]

POLIZEILICHE KRIMINALSTATISTIK (PKS), Jahresbericht 2011, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik, Neuenburg 2012, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=4719> [zit. PKS (2011)]

Literatur

ACHENBACH, HANS: Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin New York 1984, S. 135-152.

ALBRECHT, HANS-JÖRG: Strafe und Prävention. Eine Herausforderung für Rechtswissenschaft und Justiz, DISKURS (1995), S. 15-22. [zit. ALBRECHT (1995)]

ALBRECHT, PETER-ALEXIS: Prevention as a Problematic Objective in the Criminal Justice System, in: Peter-Alexis Albrecht/Otto Backes (Hrsg.), Crime Prevention and Intervention. Legal and Ethical Problems, Berlin 1989, S. 47-73. [zit. ALBRECHT (1989)]

ALBRECHT, PETER-ALEXIS: Securitized Societies. The Rule of Law: History of a Free Fall, Berlin 2011. [zit. ALBRECHT (2011)]

- ALBRECHT, PETER: Die Verwahrung nach Art. 64 StGB. Wirklich nur »ultima ratio«?, AJP (2009), S. 1116-1122. [zit. ALBRECHT (2009)]
- ALBRECHT, PETER: Zur Bedeutung der Anlasstat für die Legitimation freiheitsentziehender strafrechtlicher Maßnahmen, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 3-16. [zit. ALBRECHT (2007)]
- AMSTUTZ, MARC / NIGGLI, MARCEL-ALEXANDER: Recht und Wittgenstein I, Wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift zum 65. Geburtstag von Peter Gauch, Zürich 2004, S. 3-21. [zit. AMSTUTZ/NIGGLI (2004)]
- AMSTUTZ, MARC / NIGGLI, MARCEL-ALEXANDER: Recht und Wittgenstein III, Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 9-36. [zit. AMSTUTZ/NIGGLI (2005)]
- ARISTOTELES: Nikomachische Ethik, Stuttgart 1983.
- ARNESON, RICHARD J.: Desert and Equality, in: Nils Holtug/Kasper Lippert-Rasmussen (Hrsg.), Egalitarianism: New Essays on the Nature and Value of Equality, Oxford 2007, S. 262-294.
- ASHWORTH, ANDREW: Kriterien für die Proportionalität der Strafe, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg 2003, S. 83-99.
- BACHMANN, ROLAND / STENGEL, CORNELIA: Strafzumessung nach dem neuen AT StGB, Jusletter 31. März 2008.
- BACON, FRANCIS: »On revenge« (1625), in: Indo-European Publishing (Hrsg.), Bacon's Essays, Los Angeles 2010, S. 6-7.
- BASTELBERGER, MARCUS: Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat, Frankfurt a.M. 2006. Zugleich: Diss., Frankfurt a. M. 2005.
- BAURMANN, MICHAEL: Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), Positive Generalprävention: Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Heidelberg 1998, S. 1-16.
- BEDAU, HUGO ADAM: Retribution and the Theory of Punishment, The Journal of Philosophy (1978), Bd. 75, Nr. 11, S. 601-620.
- BINDING, KARL: Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907.
- BINZ, ELISABETH: Gesetzesbindung. Aus der Perspektive der Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, Basel 2008. Zugleich: Diss., Freiburg (Schweiz) 2008.
- BOHNERT, CORNELIA: Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, Pfaffenweiler 1992. Zugleich: Diss., Freiburg i. Brsg. 1992.
- BRÄGGER, BENJAMIN: Der neue Allgemeine Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches – ein Danaergeschenk oder doch eher eine Büchse der Pandora?, SZK (2006), Heft 2, S. 20-25. [zit. BRÄGGER (2006)]
- BRÄGGER, BENJAMIN: Die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Straf- und Maßnahmenvollzug: Das Neue scheint nicht gut, und das Gute ist nicht wirklich neu!, ZStrR (2008), S. 391-410. [zit. BRÄGGER (2008)]
- BRÄGGER, BENJAMIN: Die Sichtweise eines Strafvollzugskaders: Straf-

- vollzug im Spannungsfeld zwischen Vergeltung, Sühne und Resozialisierung, in: Franz Riklin/Bettina Mez (Hrsg.), Strafe muss sein ... Wie viel Strafe braucht ein Mensch?, Bern 2011, S. 53-59. [zit. BRÄGGER (2011)]
- BRUDNER, ALAN: Punishment and Freedom. A Liberal Theory of Penal Justice, Oxford 2009.
- CALLIESS, ROLF-PETER: Die Strafzwecke und ihre Funktion, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 99-118. [zit. CALLIESS (2001)]
- CALLIESS, ROLF-PETER: Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz – Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat? NJW (1989), S. 1338-1343. [zit. CALLIESS (1989)]
- CALLIESS, ROLF-PETER: Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion, Texte zur politischen Theorie und Praxis, Frankfurt a. M. 1974. [zit. CALLIESS (1974)]
- CARLSMITH, KEVIN M. / DARLEY, JOHN / ROBINSON, PAUL H.: Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment, Journal of Personality and Social Psychology (2002), Bd. 83, Nr. 2, S. 284-299.
- COING, HELMUT: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin New York 1993.
- CORNEL, HEINZ et al. (Hrsg.): Resozialisierung, Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2009. [zit. Resozialisierung-AUTOR].
- COTTINGHAM, JOHN: Varieties of Retribution, The Philosophical Quarterly (1979), Bd. 29, Nr. 116, S. 238-246.
- CRISP, OLIVER D.: Divine Retribution: A Defence, Sophia (2003), Bd. 42, Nr. 2, S. 35-52.
- CURLEY, E. M.: Did Leibniz State »Leibniz' Law«?, The philosophical Review (1971), Bd. 80, Nr. 4, S. 497-501.
- DAASE, CHRISTOPHER: Der Wandel der Sicherheitskultur – Ursachen und Folgen des erweiterten Sicherheitsbegriffs, in: Peter Zoche et al. (Hrsg.), Zivile Sicherheit. Gesellschaftliche Dimensionen gegenwärtiger Sicherheitspolitiken, Bielefeld 2011, S. 139-161.
- DAVIS, MICHAEL: Criminal Desert and Unfair Advantage: What's the Connection?, Law and Philosophy (1993), Bd. 12, Nr. 2, S. 133-156. [zit. DAVIS (1993)]
- DAVIS, MICHAEL: Harm and Retribution, Philosophy & Public Affairs (1986), Bd. 15, Nr. 3, S. 236-266. [zit. DAVIS (1986)]
- DAVIS, MICHAEL: How to Make the Punishment Fit the Crime, Ethics (1983), Bd. 93, Nr. 4, S. 726-752. [zit. DAVIS (1983)]
- DAY, J. P.: Retributive Punishment, Mind, New Series (1978), Bd. 87, Nr. 348, S. 498-516.
- DOLGE, ANNETTE: Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen – Top oder Flop, ZStrR (2010), S. 58-82.
- DOLINKO, DAVID: Mismeasuring »Unfair Advantage«: A Response to Michael Davis, Law and Philosophy (1994), Bd. 13, Nr. 4, S. 493-524.
- DUBBER, MARKUS DIRK: Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht, ZStW (2005), S. 485-518.
- DUFF, R. A.: Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Straf-

- zumessung, Heidelberg 2003, S. 23-47.
- DUUS-OTTERSTRÖM, GÖRAN: Punishment and Personal Responsibility, Diss., Göteborg 2007.
- EBERT, UDO: Talion und Spiegelung im Strafrecht, in: Wilfried Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin New York 1987, S. 399-422.
- ELLSCHIED, GÜNTER: Tatproportionale Strafzumessung und Strafaussetzung zur Bewährung – Bemerkungen zu einem kategorialen Irrweg, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 201-213.
- FALCON Y TELLA, MARIA / FALCON Y TELLA FERNANDO: Punishment And Culture. A Right to Punish? Leiden Boston 2006.
- FALLS, MARGARET M.: Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons, *Law and Philosophy* (1987), Bd. 6, Nr. 1, S. 25-51.
- FARNHAM, DANIEL: A Hegelian Theory of Retribution, *Journal of Social Philosophy* (2008), Bd. 39, Nr. 4, S. 606-624.
- FELDMAN, FRED: Leibniz and »Leibniz' Law«, *The Philosophical Review* (1970), Bd. 79, Nr. 4, S. 510-522.
- FERRARA, PETER J.: Retribution and Restitution: A Synthesis, *The Journal of Libertarian Studies* (1982), Bd. 1, Nr. 2, S. 105-136.
- FICHTE, JOHANN GOTTLIEB: Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, 2. Teil, *Angewandtes Naturrecht*, Jena Leipzig 1797.
- FINCKENAUER, JAMES O.: Public Support for the Death Penalty: Retribution as Just Deserts or Retribution as Revenge, *Justice Quarterly* (1988), Bd. 5, Nr. 1, S. 81- 100.
- FINNIS, JOHN: *Natural law and natural rights*, 2. Aufl., Oxford 2011.
- FIOLKA, GERHARD: Das Rechtsgut: Strafrecht versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafrechtzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), Basel 2006. Zugleich: Diss., Freiburg (Schweiz) 2006.
- FLEINER, THOMAS / BASTA FLEINER LYDIJA: *Allgemeine Staatslehre. Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*, 3. Aufl., Berlin et al. 2004.
- FLETCHER, GEORGE P.: Der Platz des Opfers in einer Vergeltungstheorie: neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, in: Bernd Schünemann/Markus Dirk Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*, Köln et al. 2000, S. 75-84.
- FREHSEE, DETLEV: Der Rechtsstaat verschwindet. Strafrechtliche Kontrolle im gesellschaftlichen Wandel von der Moderne zur Postmoderne, Berlin 2003.
- FREUND, GEORG: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009.
- FRISCH, WOLFGANG: Einleitung – Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg 2003, S. 1-23.
- FRISCHKNECHT, TOM: *Kultureller Rabatt. Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermäßigung bei kultureller Differenz*, Bern et al. 2009. Zugleich: Diss., Bern 2008.
- FRISTER, HELMUT: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München 2011. [zit. FRISTER (2011)]
- FRISTER, HELMUT: *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle*

- Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988. Zugleich: Diss., Bonn 1986 [zit. FRISTER (1988)]
- FROMMEL, MONIKA: Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, Berlin 1987. Zugleich: Habil., München 1986.
- GERLAND, HEINRICH: Die Entstehung der Strafe, Jena 1925.
- GOLLWITZER, MARIO: Eine Analyse von Racheaktionen und rachebezogenen Reaktionen unter gerechtigkeitspsychologischen Aspekten, Diss., Trier 2004.
- GRIFFEL, ANTON: Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, ZStW (1986), S. 28-43.
- GRIMM, DIETER: Constitutional Observations on the Subject of Prevention, in: Peter-Alexis Albrecht/Otto Backes (Hrsg.), *Crime Prevention and Intervention. Legal and Ethical Problems*, Berlin 1989, S. 13-29.
- GRIMM, JACOB / GRIMM, WILHELM: Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1854-1961, Erstaussage online abrufbar unter: <http://urts55.uni-trier.de:8080/ Projekte/DWB>, abgerufen am 2. Februar 2012.
- GROMMES, SABINE: Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung, Diss., Berlin 2006.
- GROTIUS, HUGO: *De iure belli ac pacis liberi tres* (1625), Die Klassiker des Völkerrechts, Bd. 1, Tübingen 1950.
- GÜNTHER, LOUIS: Die Idee der Wiedervergeltung im Strafrecht (1891). Ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung desselben, 2. Abteilung, Aalen 1970.
- HÄFELIN, ULRICH / MÜLLER, GEORG / UHLMANN, FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010.
- HAFFKE, BERNHARD: Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Irmgard Rode et al. (Hrsg.), *Neue Lust auf Strafen*, Münster 2005, S. 35-67.
- HAFT, FRITJOF: Der Schuldiallog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht, Freiburg i. Brsg. München 1978.
- HAIST, MATTHEW: Deterrence in a Sea of »Just Deserts«: Are Utilitarian Goals Achievable in a World of »Limiting Retributivism«?, *The Journal of Criminal Law & Criminology* (2009), Bd. 99, Nr. 3, S. 789-822.
- HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1988.
- HASSEMER, WINFRIED: Sicherheit durch Strafrecht, HRRS (2006), S. 130-143. [zit. HASSEMER (2006b)]
- HASSEMER, WINFRIED: Strafrecht, Prävention, Vergeltung, ZIS (2006), S. 266-273. [zit. HASSEMER (2006a)]
- HASSEMER, WINFRIED: Die neue Lust auf Strafe, Frankfurter Rundschau Nr. 296 vom 20. Dezember 2000. [zit. HASSEMER (2000)]
- HAUPTMANN, WALTER: *Psychologie für Juristen, Kriminologie für Psychologen: Einführung in die Sozialpsychologie des Strafrechts*, 2. Aufl., München et al. 1993.
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH: *Werke, Phänomenologie des Geistes* (1807), Bd. 3, Frankfurt a. M. 1979. [zit. HEGEL (1979a)]
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH: *Werke, Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820), Bd. 7, Frankfurt a. M. 1979. [zit. HEGEL (1979b)]
- HEINE, GÜNTER: Das neue Strafsystem im Spiegel der Rechtsprechung: Blechen oder schwitzen statt sitzen – gegebenenfalls gemischt!, recht (2009), S. 1-26.
- HENRICI, ANDREAS: Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, Diss., Zürich 1960.
- HERBERT, MANFRED: Rechtstheorie als Sprachkritik. Zum Einfluss Wittgensteins auf die Rechtstheorie

- rie, Baden-Baden 1995. Zugleich: Diss., Göttingen 1994.
- HERRIGEL, EUGEN: ZEN - In der Kunst des Bogenschießens, Frankfurt a. M. 2008.
- HERRLICH, BERNHARD: Recht zur Sprache gebracht. Zur Verankerung des Rechts in der normalen Sprache unter besonderer Berücksichtigung der Sprachphilosophie Ludwig Wittgensteins, John L. Austins, H. P. Grice' und John R. Searles, Basel 2010. Zugleich: Diss., Basel 2008.
- HERZBERG, ROLF DIETRICH: Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, Tübingen 2010.
- HOBBES, THOMAS: Leviathan, Zürich Leipzig 1936.
- HOFFMANN, PETER: Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht, Aachen 1995.
- HRUSCHKA, JOACHIM: Die »Verabschiedung« Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen, ZStW (2010), S. 493-503.
- JAKOBS, GÜNTHER: Das Schuldprinzip, Opladen 1993. [zit. JAKOBS (1993)]
- JAKOBS, GÜNTHER: Schuld und Prävention, Tübingen 1976. [zit. JAKOBS (1976)]
- JAKOBS, GÜNTHER: Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn et al. 2004. [zit. JAKOBS (2004)]
- JANKE, MANON: Der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie, Hamburg 2005. Zugleich: Diss., Saarbrücken 2004.
- KAISER, HANNO: Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, Berlin 1999. Zugleich: Diss., Bonn 1998.
- KANIA, HARALD: Kriminalitätsvorstellungen in der Bevölkerung. Eine qualitative Analyse von Alltagsvorstellungen und -theorien über Kriminalität, Diss., Freiburg i. Brsg. 2004.
- KANT, IMMANUEL: Werke in zwölf Bänden, Kritik der reinen Vernunft, Bd. 3, Frankfurt a.M. 1977. [zit. KANT (1977a)]
- KANT, IMMANUEL: Werke in zwölf Bänden, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Bd. 7, Frankfurt a. M. 1977. [zit. KANT (1977d)]
- KANT, IMMANUEL: Werke in zwölf Bänden, Kritik der praktischen Vernunft, Bd. 7, Frankfurt a. M. 1977. [zit. KANT (1977b)]
- KANT, IMMANUEL: Werke in zwölf Bänden, Die Metaphysik der Sitten, Bd. 8, Frankfurt a. M. 1977. [zit. KANT (1977c)]
- KANYAR, ANDRÉ: Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht: Entwicklung eines Modells unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Strafrechts, Basel 2008. Zugleich: Diss., Basel 2007.
- KEIM, JOSEPH: Free will, Cambridge 2011.
- KERSTING, WOLFGANG: Kant über Recht, Paderborn 2004. [zit. KERSTING (2004)]
- KERSTING, WOLFGANG: Zur philosophischen Begründung von Strafe. Historische Skizzen und systematische Probleme, in: Hans-Helmuth Gander et al. (Hrsg.), Bausteine zu einer Ethik des Strafens, Würzburg 2008, S. 3-46. [zit. KERSTING (2008)]
- KILLIAS, MARTIN / KUHN, ANDRÉ / AEBI, MARCELO F.: Grundriss der Kriminologie. Eine europäische Perspektive, 2. Aufl., Bern 2011.
- KILLIAS, MARTIN / KUHN, ANDRÉ / DONGOIS, NATHALIE / AEBI, MARCELO F.: Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009.
- KIRCHENGAST, TYRONE: Proportionality in Sentencing and the Restorative Justice Paradigm: »Just Deserts« for Victims and Defendants Alike?, Crim Law and Philos (2010), Bd. 4, S. 197-213.
- KLESCZEWSKI, DIETHELM: Die Rol-

- le der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1991. Zugleich: Diss., Hamburg 1990.
- KLEY, ANDREAS: Wittgenstein und die moderne juristische Methodik, recht (1996), S. 189-199.
- KLUG, ULRICH: Abschied von Kant und Hegel, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, Frankfurt a. M. 1968, S. 36-41.
- KOCH, ARND: Binding vs. v. Liszt – Klassische und moderne Strafrechtsschule, in: Eric Hilgendorf/Jürgen Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Berlin 2007, S. 127-146. [zit. KOCH (2007)]
- KOCH, HERBERT: Jenseits der Strafe. Überlegungen zur Kriminalitätsbewältigung, Tübingen 1988. [zit. KOCH (1988)]
- KÖHLER, AUGUST: Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung (1909), Aalen 1978. [zit. KÖHLER (1978)]
- KÖHLER, MICHAEL: Der Begriff der Strafe, Heidelberg 1986. [zit. KÖHLER (1986)]
- KORIATH, HEINZ: Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe, JURA (1995), S. 625-635.
- KÖSTLER-LOEWE, ALEXANDER: Strafrecht US-Style: »Three Strikes and You're Out!« Baseball, Rückfall und Kriminalpolitik?, Frankfurt a.M. 2008. Zugleich: Diss., Frankfurt a.M. 2006.
- KREUZER, ARTHUR: Von der Notwendigkeit kriminologischer Mitwirkung in Medien, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 385-400.
- KRIELE, MARTIN: Hirnforschung und Rechtsreform, ZRP (2005), S. 185-188.
- KUHN, ANDRE / VILLETZAZ, PATRICE / WILLI-JAYET, ALINE / WILLI, FLORIAN: Öffentliche Meinung und Strenge der Richter. Vergleich zwischen den von schweizerischen Richtern ausgesprochenen Strafen und den von der Öffentlichkeit gewünschten Sanktionen, SZK (2004), Heft 1, S. 28-32.
- KÜNG, HANS: Hirnforschung im Widerstreit, in: Hans-Helmuth Gander et al. (Hrsg.), Bausteine zu einer Ethik des Strafens, Philosophische, juristische und literaturwissenschaftliche Perspektiven, Würzburg 2008, S. 303-314.
- KUNZ, KARL-LUDWIG / MONA MARTINO: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie: eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 2006.
- KUNZ, KARL-LUDWIG/ STRATEN-WERTH GÜNTER: Zum Bericht der Arbeitsgruppe Verwahrung, ZStrR (2005), S. 2-17.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Die Verwahrung psychisch unauffälliger Straftäter – ein Problem für den Rechtsstaat? Überlegungen zur Legitimität der sichernden Verwahrung, ZStrR (2004), S. 234-250. [zit. KUNZ (2004)]
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Die wissenschaftliche Zugänglichkeit von Kriminalität. Ein Beitrag zur Erkenntnistheorie der Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008. [zit. KUNZ (2008)]
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen als zentrales Anliegen der Sanktionsreform in der Schweiz, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum

70. Geburtstag, München 2001, S. 453-466. [zit. KUNZ (2001)]
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Kriminologie – Eine Grundlegung, 6. Aufl., Bern et al. 2011. [zit. KUNZ (2011)]
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Medien. Medienkriminalität, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 655-665. [zit. KUNZ (2007a)]
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegung zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung, ZStW (1986), S. 823-838. [zit. KUNZ (1986)]
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Zum Problem der gesetzlichen Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter (Art. 123a der Bundesverfassung): eine Quadratur des Kreises, ZStrR (2007), S. 96-100. [zit. KUNZ (2007b)]
- KÜPPER, GEORG: Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin 1990.
- KURY, HELMUT / BRANDENSTEIN, MARTIN: Ausmaß, Entwicklung, Schadensintensität und strafrechtliche Behandlung der Verkehrskriminalität, SZK (2006), Heft 1, S. 25-40.
- KURY, HELMUT / LICHTBLAU, ANDREA / NEUMAIER, ANDRÉ / OBERGFELL-FUCHS, JOACHIM: Kriminalitätsfurcht. Zu den Problemen ihrer Erfassung, SZK (2005), Heft 1, S. 3-19.
- KURY, HELMUT / OBERGFELL-FUCHS, JOACHIM: Measuring the Fear of Crime. How Valid are the Results?, in: Helmut Kury (Hrsg.), Fear of Crime – Punitivity. New Developments in Theory and Research, Bochum 2008, S. 53-84. [zit. KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008a)]
- KURY, HELMUT / OBERGFELL-FUCHS, JOACHIM: Methodological Problems in Measuring Attitudes to Punishment (Punitivity), in: Helmut Kury (Hrsg.), Fear of Crime – Punitivity. New Developments in Theory and Research, Bochum 2008, S. 227-302. [zit. KURY/OBERGFELL-FUCHS (2008b)]
- LAMPE, ERNST-JOACHIM: Strafrechtsphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit, Köln et al. 1999.
- LIPPERT, STEFAN: Recht und Gerechtigkeit bei Thomas von Aquin. Eine rationale Rekonstruktion im Kontext der Summa Theologiae, Marburg 2000.
- LIPPKE, RICHARD L.: Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions, The Southern Journal of Philosophy (2006), Bd. 44, S. 273-295. [zit. LIPPKE (2006)]
- LIPPKE, RICHARD L.: Retributive Parsimony, Res Publica (2009), Bd. 15, S. 377-395. [zit. LIPPKE (2009)]
- MABBOTT, J. D.: Punishment, Mind, New Series (1939), Bd. 48, S. 152-167.
- MAIHOLD, HARALD: »Got is selve recht«: Vom strafenden Gott zur göttlichen Strafe – Straftheologien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, Teil 1, ius.full (2011), S. 98-110.
- MARTINSON, ROBERT: What works? – questions and answers about prison reform, The Public Interest (1974), Bd. 35, S. 22-54.
- MARUNA, SHADD/KING ANNA: Public Opinion and Community Penalties, in: Helmut Kury (Hrsg.), Fear of Crime – Punitivity. New Developments in Theory and Research, Bochum 2008, S. 219-250
- MASTRONARDI, PHILIPPE: Das Recht im Spannungsfeld von Utilitarismus und Deontologie: Einleitende Bemerkungen, in: Philippe Mastrovardi (Hrsg.), Das Recht im Spannungsfeld utilitaristischer und deontologischer Ethik, Stuttgart 2004, S. 7-10.
- MAZZUCHELLI, GORAN: Öffentliches Sicherheitsbedürfnis, Kriminalität und die Funktion der straf-

- rechtlichen Sanktion aus kriminologischer Sicht, *AJP* (2000), S. 1137-1344.
- MCCLOSKEY, H. J.: Utilitarian and Retributive Punishment, *The Journal of Philosophy* (1967), Bd. 64, Nr. 3, S. 91-110.
- MEIER, BERND-DIETER: Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., Berlin Heidelberg 2009.
- MERKEL, REINHARD: Willensfreiheit und rechtliche Schuld: eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, Baden-Baden 2008.
- MERLE, JEAN-CHRISTOPHE: Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus, Berlin 2007. [zit. MERLE (2007)]
- MERLE, JEAN-CHRISTOPHE: Unschädlichmachung und Resozialisierung als primäre Rechtfertigung der Strafe, in: Edeltraud Koller/ Ferdinand Reisinger/ Michael Rosenberger (Hrsg.), *Wegsperrern oder einschließen? Die Praxis der Freiheitsstrafe zwischen Inklusion und Exklusion*, Frankfurt a. M. 2010, S. 15-45. [zit. MERLE (2010)]
- MEYER, FRANK: Gesprengte Ketten? Zur Zukunft des Guidelines Sentencing im amerikanischen Strafzumessungsrecht, in *ZstW* (2006), S. 512-546.
- MILLER, WILLIAM IAN: *Eye for an Eye*, Cambridge 2006.
- MONA, MARTINO: Das Recht auf Immigration. Rechtsphilosophische Begründung eines originären Rechts auf Einwanderung im liberalen Staat, Basel 2007. Zugleich: Diss., Basel 2006. [zit. MONA (2007)]
- MONA, MARTINO: Strafrecht zur politischen Profilierung missbraucht, pläd (2002), S. 24-25. [zit. MONA (2002)]
- MOOS, REINHARD: Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Walter Melenizky/Otto F. Müller (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie*, Festschrift für Franz Pallin, Wien 1989, S. 283-318.
- MORRIS, HERBERT: Persons and Punishment, *The Monist* (1968), Bd. 52, Nr. 4, S. 475-501.
- MOSKOS, PETER: *In Defense of Flogging*, New York 2011.
- MÜLLER, TIM NIKLAUS: Präventive Freiheitsentziehungen als Instrument der Terrorismusbekämpfung, *Freiburg i. Brsg.* 2011. Zugleich: Diss., Freiburg i. Brsg. 2010.
- MUNDLE, C. W. K.: Punishment and Desert, *The Philosophical Quarterly* (1954), Bd. 4, Nr. 16, S. 216-228.
- MURPHY, JEFFRIE G.: Does Kant have a Theory of Punishment?, *Columbia Law Review* (1987), Bd. 87, Nr. 3, S. 509-532. [zit. MURPHY (1987)]
- MURPHY, JEFFRIE G.: Marxism and Retribution, *Philosophy & Public Affairs* (1973), Bd. 2, Nr. 3, S. 217-243. [zit. MURPHY (1973)]
- NAUCKE, WOLFGANG: Feuerbachs Lehre von der gesetzlichen Funktionstüchtigkeit des Strafens, in: Eric Hilgendorf/ Jürgen Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, Berlin 2007, S. 101-127.
- NEUMANN, ULFRID: Alternativen zum Strafrecht, in: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 2005, S. 89-108.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / MAEDER, STEFAN: Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, *AJP* (2011), S. 443-455.
- NIGGLI, MARCEL-ALEXANDER / AMSTUTZ, MARC: Recht und Wittgenstein II, Über Parallelen zur Wittgensteinschen Philosophie in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Pierre Tercier et al.

- (Hrsg.), Gauchs Welt. Festschrift zum 65. Geburtstag von Peter Gauch, Zürich 2004, S. 161-183.
- NOLL, PETER: Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962.
- NOVAK, MARVIN ALEXANDER PHILIPP: Strafe als Vergeltung? Der Beitrag »ethischer« Strafretheorien zur europäischen Strafrechtsphilosophie, Diss., Wien 2009.
- NOZICK, ROBERT: Philosophical Explanations, Oxford 1981.
- NYDEGGER, MICHA: Wenn Polanski nicht Polanski wäre – Gedanken zu Verjährung, Vergeltung und dem Umgang mit Kriminalität, forum-poenale (2010), S. 49-53.
- OBERHOLZER, NIKLAUS: Zwischen »Kopf ab« und »Händchen halten« – von den neueren Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, forum-poenale (2008), S. 46-49.
- OMLIN, ESTHER: Die Geldstrafe – Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?, forum-poenale (2009), S. 300-305.
- OSTENDORF, HERIBERT: Wie viel Strafe braucht die Gesellschaft? Plädoyer für eine soziale Strafrechtspflege, Baden-Baden 2000.
- PAUEN, MICHAEL / ROT, GERHARD: Freiheit, Schuld und Verantwortung: Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, Frankfurt a. M. 2008.
- PERALTA, JOSÉ MILTO: Positive Generalprävention als Achtung der Rechtsordnung. Zugleich eine analytische Unterscheidung möglicher Interpretationen des Begriffs der »positiven Generalprävention«, ZIS (2008), S. 506-517.
- PETERSEN, UWE: Die logische Grundlegung der Dialektik: ein Beitrag zur exakten Begründung der spekulativen Philosophie, 2. Aufl., Tönning 2010.
- PFENNINGER, HEINRICH: Der Begriff der Strafe. Untersucht an der Theorie des Hugo Grotius, Zürich 1877.
- PLACK, ARNO: Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, München 1974.
- POJMAN, LOUIS: Justice As Desert, Queensland University of Technology Law & Justice Journal (2001), Bd. 1, Nr. 1, S. 88-109.
- POSNER, RICHARD: Retribution and Related Concepts of Punishment, The Journal of Legal Studies (1980), Bd. 9, Nr. 1, S. 71-92.
- PREISER, WOLFGANG: Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, in: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 7-38.
- PRITTWITZ, CORNELIUS: Risikogesellschaft und Strafrecht, in: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt a. M. 2005, S. 131-174. [zit. PRITTWITZ (2005)]
- PRITTWITZ, CORNELIUS: Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt a. M. 1993. Zugleich: Habil., Frankfurt a. M. 1991/92 [zit. PRITTWITZ (1993)]
- ROTH, ROBERT / MOREILLON, LAURENT (HRSG.): Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Basel 2009. [zit. CR CP I- AUTOR]
- RAWLS, JOHN: Two Concepts of Rules, The Philosophical Review (1955), Bd. 64, Nr. 1, S. 3-32.
- REHBINDER, MANFRED: Rechtsgefühl als Gemeinschaftsgefühl, in: Raimund Jakob/Manfred Rehbinder (Hrsg.), Beiträge zur Rechtspsychologie, Berlin 1987, S. 183-196.
- REMBOLD, SANDRA: Das Bild des Menschen als Grundlage der Ordnung, Diss., Köln 2006.
- REUBAND, KARL-HEINZ: Der Glaube an die Abschreckungswirkung harter Strafen: wie Frageformulierungen und Antwortalternativen das Meinungsbild der Bevölkerung im Interview beeinflussen, SZK (2005), S. 20-27.

- RICKEN, FRIEDO (HRSG.): Lexikon der Erkenntnistheorie und Metaphysik, München 1984.
- RIEDO, CHRISTOF: Jugendkriminalität und Jugendstrafrecht im Blickfeld von Öffentlichkeit und Politik, SZK (2010), Heft 1, S. 21-27.
- RIKLIN, FRANZ: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre, 3. Aufl., Zürich et al. 2007. [zit. RIKLIN (2007)]
- RIKLIN, FRANZ: Vorwort, in: Franz Riklin/Bettina Mez (Hrsg.), Strafe muss sein ... Wie viel Strafe braucht ein Mensch?, Bern 2011, S. 9-11. [zit. RIKLIN (2011)]
- ROMBACH, HEINRICH: Das Wesen der Strafe, in: Willmann-Institut (Hrsg.), Pädagogik der Strafe, Freiburg i. Brsg. et al. 1967.
- ROXIN, CLAUS: Schlussbericht, in: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt a. M. 2005, S. 175-193. [zit. ROXIN (2005)]
- ROXIN, CLAUS: »Schuld« und »Verantwortlichkeit« als strafrechtliche Systemkategorien, in: Claus Roxin et al. (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Berlin New York 1974, S. 171-197. [zit. ROXIN (1974)]
- ROXIN, CLAUS: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Aufl., München 2006 [zit. ROXIN (2006)]
- ROXIN, CLAUS: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin New York 1973. [zit. ROXIN (1973)]
- ROXIN, CLAUS: Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 701-716. [zit. ROXIN (2001)]
- ROXIN, CLAUS: Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Arthur Kaufmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, S. 279-309. [zit. ROXIN (1979)]
- SANDER, LISA KATHRIN: Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht, Frankfurt a.M. 2007. Zugleich: Diss., Frankfurt a. M. 2007
- SANDKÜHLER, HANS JÖRG (HRSG.): Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1 (A-N), Hamburg 1999.
- SCHEFFLER, UWE: Prolegomena zu einer systematischen Straftheorielehre, in: Sharon B. Byrd/Joaachim Hruschka/Jan C. Joerden (Hrsg.), Berlin 1995, S. 375-400. [zit. SCHEFFLER (1995)]
- SCHEFFLER, UWE: Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts. Die Voraussetzungen der Verwertbarkeit kriminologischer Erkenntnisse im Strafrecht, Frankfurt a. M. et al. 1985. [zit. SCHEFFLER (1985)]
- SCHELER, MAX: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 6. Aufl., Bern München 1980.
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., Göttingen 1971.
- SCHUMANN, KARL F.: Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung, Heidelberg 1989.
- SCHÜNEMANN, BERND: Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin New York 1984, S. 153-196.
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN / HUG, MARKUS / JOSITSCH, DANIEL: Strafrecht II., Strafen und Maßnahmen, 8. Aufl., Zürich et al. 2007.
- SEELMANN, KURT: Anerkennungverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, Freiburg i. Brsg. München 1995. [zit. SEELMANN (1995)]
- SEELMANN, KURT: Gibt es die angemessene Strafe?, in: Franz Riklin/

- Bettina Mez (Hrsg.), Strafe muss sein ... Wie viel Strafe braucht ein Mensch?, Bern 2011, S. 13-19. [zit. SEELMANN (2011)]
- SEELMANN, KURT: Hegel und die Zurechnung von Verantwortung, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundlagen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 857-875. [zit. SEELMANN (2001)].
- SEELMANN, KURT: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012. [zit. SEELMANN (2012)]
- SIMSON, GERHARD: Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, in: Hans-Dieter Schwind (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985, Berlin New York 1985, S. 651-663.
- SINGER, WOLF: Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung, Frankfurt a. M. 2003.
- SMART, J. J. C.: »An Outline of a System of Utilitarian Ethics«, in: J. J. C. Smart/Bernard Williams (Hrsg.), Utilitarianism: For and Against, Cambridge 1973.
- STERBA, JAMES P.: Retributive Justice, Political Theory (1977), Bd. 5, Nr. 3, S. 349-362.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011. [zit. STRATENWERTH (2011)]
- STRATENWERTH, GÜNTER: Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg Karlsruhe 1977. [zit. STRATENWERTH (1977)]
- STRATENWERTH, GÜNTER: Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? Überarbeitete Fassung eines Vortrages gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 19. Oktober 1994, Berlin/New York 1995. [zit. STRATENWERTH (1995)]
- STRATENWERTH, GÜNTER / WOHLERS, WOLFGANG: Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009.
- STRENG, FRANZ: Praktikabilität und Legitimität der »Spielraumtheorie« – Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen, in: Guido Britz et al. (Hrsg.), Grundlagen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 875-904. [zit. STRENG (2001)]
- STRENG, FRANZ: Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, in: Raimund Jakob/Manfred Rehbinder (Hrsg.), Beiträge zur Rechtspsychologie, Berlin 1987, S. 167-181. [zit. STRENG (1987)]
- SWOBODA, SABINE: Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW (2010), S. 24-50.
- TRECHSEL, STEFAN: Das unbewussteste Motiv im Strafrecht. Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik, ZStW (1981), S. 397-424.
- TRECHSEL, STEFAN / NOLL, PETER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich et al. 2004.
- TURNER, BERTRAM / SCHLEE, GÜNTHER: Einleitung: Wirkungskontexte des Vergeltungsprinzips in der Konfliktregelung, in: Günther Schlee/ Bertram Turner (Hrsg.), Vergeltung – eine interdisziplinäre Betrachtung der Rechtfertigung und Regulation von Gewalt, Frankfurt New York 2008, S. 7-48.
- VEST, HANS: Rational Choice – ein völkerstrafrechtlicher Strafzweck?, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 255-271.
- VON HIRSCH, ANDREW / ASHWORTH, ANDREW: Not Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit, Oxford Journal of Legal Studies (1992), Bd. 12, Nr. 1, S. 83-98.
- VON HIRSCH, ANDREW: Begründung und Bestimmung tatproportiona-

- ler Strafen, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg 2003, S. 47-83. [zit. VON HIRSCH (2003)]
- VON HIRSCH, ANDREW: Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 2005, S. 57-88. [zit. VON HIRSCH (2005)]
- VON HIRSCH, ANDREW: Proportionality in the Philosophy of Punishment, *Crime and Justice* (1992), Bd. 1, S. 55-98. [zit. VON HIRSCH (1992)]
- VON HIRSCH, ANDREW: Ein grundrechtliches Verbot exzessiver Strafen? – Versuch einer Begründung, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg et al. 2010, S. 373-383. [zit. VON HIRSCH (2010)]
- VON LISZT, FRANZ: *Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882/83)*, Baden-Baden 2002.
- VORMBAUM, THOMAS: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2011.
- WAHRIG, GERHARD: *Deutsches Wörterbuch*, Berlin et al. 1974.
- WALTER, TONIO: Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, *ZIS* (2011), S. 636-647.
- WALTHER, MANFRED: Utilitaristische Rechtstheorie als Theorie der naturwüchsigen Genese regelgeleiteter und sanktionsbewehrter Kooperation. Ein Versuch, in: Philippe Mastronardi (Hrsg.), *Das Recht im Spannungsfeld utilitaristischer und deontologischer Ethik*, Stuttgart 2004, S. 11-29.
- WANG, HUANG-YU: *Drogenstrafrecht und abstrakte Gefährdungsdelikte*, Bristol Berlin 2010. Zugleich: Diss., Heidelberg 2010.
- WEGERHOFF, TILMAN: *Dialektik: eine Theorie der positionalen Differenz*, Göttingen 2008. Zugleich: Diss., Bonn 2006.
- WEIGEND, THOMAS: Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren? Diskussionsbemerkungen, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg 2003, S. 185-199.
- WILLOWEIT, DIETMAR: Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße. Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit, in: Eric Hilgendorf/Jürgen Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, Berlin 2007, S. 37-58.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Philosophische Untersuchungen [1953]*, Werkausgabe, Bd. 1 *Tractatus logico-philosophicus [u.a.]*, 10. Aufl., Frankfurt a. M. 1995.
- WOLF, JEAN-CLAUDE: John Stuart Mills »Utilitarismus«. Ein kritischer Kommentar, Freiburg i. Brsg. München 1992. [zit. WOLF (1992b)]
- WOLF, JEAN-CLAUDE: *Verhütung oder Vergeltung? Eine Einführung in ethische Straftheorien*, Freiburg i. Brsg. München 1992. [zit. WOLF (1992a)]
- WOLFF, MICHAEL: *Der Begriff des Widerspruchs: eine Studie zur Dialektik Kants und Hegels*, Frankfurt a. M. 2010.
- WOOD, DAVID: *Retribution, Crime Reduction and the Justification of Punishment*, *Oxford Journal of Legal Studies* (2002), Bd. 22, Nr. 2, S. 301-321.
- WÜRTEMBERGER, THOMAS: Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung, in: Raimund Jakob/Manfred Rehbinder (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtspsychologie*, Berlin 1987, S. 197-214.

Der Vergeltungsgedanke ist seit Jahrhunderten Gegenstand des straftheoretischen Disputes über Sinn und Zweck der Kriminalstrafe. Diesem wird kontrastierend der Präventionsgedanke gegenübergestellt, der gegenwärtig größte Popularität genießt und im modernen Sanktionensystem eine übermächtige Position eingenommen hat. Entsprechend wird Vergeltung oftmals zu Unrecht mit Rache oder martialischen Strafexzessen gleichgesetzt und als archaischer Anachronismus verworfen.

Daniel Spycher zeichnet die strafphilosophische Entwicklung der Vergeltungsstrafe von der Frühaufklärung bis in die Gegenwart nach und akzentuiert den ihr inhärenten Gedanken der Strafbegrenzung. Der Autor vertritt die Auffassung, dass ein ungebremsster Präventionsgedanke das Strafrecht zu einem umfassenden Gefahrenabwehrrecht destruiert und letztlich bewirkt, dass selbst weit entfernte Risiken in den Brennpunkt strafrechtlicher Sanktionierung rücken. Die Ausführungen des Autors basieren auf der Überzeugung, dass jede Strafe einer hinreichenden Rechtfertigung gegenüber dem individuellen Täter bedarf und als verdient verstanden sein muss, damit sie nicht zum Unrecht wird. Aufgrund dieser retributivistischen Optik und des damit einhergehenden erhöhten Begründungsbedarfs plädiert der Autor gerade nicht für einen möglichst harten und exzessiven Strafgebrauch, sondern im Gegenteil für strafrechtliche Sparsamkeit.

Der Autor: Jahrgang 1985; Studium der Rechte und Promotion an den Universitäten Fribourg und Bern; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivilrecht der Universität Bern; Absolvent der Bern Graduate School of Criminal Justice (BGCJ); zurzeit Untersuchungsrichter an einer Aufsichtsbehörde des Bundes.

ISBN 978-3-86866-132-3

