

# Warum nicht Blumen statt Mauern?

## Zu den Straftheorien

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sören Lichtenthäler, Wiesbaden\*

### I. Einleitung

Eine der ersten Fragen, mit denen man bei Besuch einer Vorlesung oder bei der Lektüre eines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts konfrontiert wird, lautet: Aus welchem Grund, zu welchem Zweck, mit welchem Recht darf der Staat strafen? Die Antworten, die hierauf gegeben und die Begründungsansätze, die dafür jeweils ins Feld geführt wurden, firmieren unter dem Label „Straftheorien“.

Ersichtlich übersteigt die Frage nach dem „Warum“ von Strafe das jeweils geltende Recht, geht es bei ihr doch nicht darum, was der Staat sagt, weshalb er strafen dürfe, sondern weshalb er es in Wahrheit darf. Sie ist daher nicht juristisch-dogmatischer, sondern praktisch-philosophischer Natur.<sup>1</sup> In ihr bündeln sich die grundlegenden Themen der neuzeitlichen politischen Theorie wie das Problem der Rechtfertigung staatlicher Herrschaft generell, das Verhältnis von Einzelnen und Staat bzw. Allgemeinheit, die Bedeutung des Begriffs „Freiheit“, schließlich: die Frage des Menschenbildes.<sup>2</sup> Wie bei jeder praktisch-philosophischen Fragestellung liegt der Sinn, sich mit ihr zu befassen, vor allem darin, ein reflektiertes Verhältnis zu unseren Handlungen, Handlungsweisen und Institutionen zu gewinnen. Denn nur wenn wir unsere Praxen nicht einfach als gegeben hinnehmen, sondern auf ihre Gründe hin prüfen und sie entsprechend beurteilen, können wir sie für uns transparent machen und durch diese Aufklärung ein mündiges Verhältnis zu ihnen gewinnen. Daher sollte man sich – zumal als Studierende\*r der Rechts-wissenschaft(en) – nicht mit dem Argument begnügen, dass Straftäter deshalb in den Knast gesteckt werden dürften, weil das gesetzlich nun einmal so vorgesehen ist.

Trotz ihres nicht genuin juristischen Charakters ist die Frage nach dem Sinn von Strafe allerdings auch für die Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts von Bedeutung. Offensichtlich ist das, wenn man auf die *Rechtsfolgen* der Straftat, namentlich auf den Vorgang der Strafzumessung blickt. Zwar findet sich in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ein Katalog strafzumessungsrechtlich relevanter Umstände. Abgesehen davon jedoch, dass dieser nicht abschließend ist, bedürfen die dort genannten Merkmale der Auslegung; und wie man sie auslegt, wird – ob bewusst oder unbewusst – mit davon bestimmt, was man für den Grund staatlichen Strafens hält. Aber auch bei den Fragen, die sich im Rahmen der *Voraussetzungen* strafbaren Verhaltens stellen – sei es im Rahmen der Zurechnungslehre im Allgemeinen Teil oder bei der Interpretation der Straftatbestände des Besonderen Teils –, lässt sich feststellen, dass die in diesem Rahmen vertretenen Auffassungen mitunter durch spezifische straftheoretische Vor-

annahmen beeinflusst werden.<sup>3</sup> Beispielhaft: Die für die („teleologische“) Auslegung der Versuchs- und Rücktrittsvorschriften (§§ 22, 23, 24 StGB) entscheidenden Fragen, warum schon der Versuch einer Straftat bestraft wird und warum diese Strafbarkeit wieder entfällt, wenn der Täter von seinem Versuch zurücktritt, lassen sich nur beantworten, wenn vorab geklärt wurde, warum überhaupt gestraft wird.<sup>4</sup> Nur wenn man solche, meist impliziten straftheoretischen Prämissen innerhalb strafrechtlicher Meinungsstreitigkeiten zu erkennen vermag, ist es möglich, die auf ihnen fußenden Argumente einzuordnen und zu gewichten. Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass man sich mit den Straftheorien auseinandergesetzt hat.

Hierzu möchte die vorliegende Einführung anregen und dabei insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass, anders als man z.T. den Eindruck gewinnen könnte, der Diskurs mit der Lehre von der positiven Generalprävention keinesfalls sein argumentatives Ende erreicht hat.

### II. Zum Begriff der Strafe

Zunächst ist jedoch zu klären, was durch die Straftheorien denn überhaupt begründet oder gerechtfertigt werden soll: Was also ist „Strafe“ im Rechtssinne?

Grob gesagt versteht man darunter eine mit einem Tadel oder einem Unwerturteil verbundene, zwangsweise Freiheitsbeschränkung – sei es durch Entzug der Bewegungsfreiheit, sei es durch Entzug materieller Freiheit (Geld) –, die einer Person als Reaktion auf eine ihr missbilligend zuzurechnende Normverletzung in einem staatlichen Verfahren auferlegt wird.<sup>5</sup>

Als Reaktion auf die Verletzung einer rechtlichen Regel ist ihr Blick wesentlich auf die Vergangenheit gerichtet, d.h. retrospektiv orientiert. Dies, und dass mit ihr Missbilligung zum Ausdruck gebracht wird, unterscheidet Strafe grundlegend von solchen Freiheitsbeschränkungen, die der Staat jemandem auferlegt, um von ihm oder seinem Verhalten ausgehende Gefahren abzuwehren (wie etwa in Form einer zwangsweisen Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt als Maßregel der Besserung und Sicherung oder der Ingewahrsamnahme nach den Polizeigesetzen der Länder). Strafe *re-agiert*, ist also immer erst am Platze, wenn ein Rechtsbruch bereits erfolgt ist – ihn zu verhindern, ist demgegenüber Aufgabe des Polizei- und Ordnungsrechts.

Anders als die zivilrechtlichen Reaktionen auf ein begangenes Delikt ist Strafe aber auch nicht darauf gerichtet, ir-

\* Der Verf. ist derzeit Rechtsreferendar am LG Wiesbaden und Wiss. Mitarbeiter bei Knierim & Kollegen, Mainz.

<sup>1</sup> Näher *Zürcher*, Legitimation von Strafe, 2014, S. 5 ff., 9 ff., 17 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Kaiser*, Widerspruch und harte Behandlung, 1999, S. 189; *Bock*, JuS 1994, 89 (89).

<sup>3</sup> Vgl. hierzu: *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 29 ff., 35 ff.

<sup>4</sup> Zu diesen Zusammenhängen grundlegend: *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; aus jüngster Zeit: *Wachter*, Das Unrecht der versuchten Tat, 2015.

<sup>5</sup> Vgl. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 37; *Lesch*, JA 1994, 510 (511 f.); *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 14 ff.

gendeinen monetären Schaden auszugleichen, den ein Einzelner infolge einer Unrechtstat erlitten hat: Sie erschöpft sich in einer zielgerichteten Freiheitsbeschränkung, ohne dass diese zu einem Freiheitsgewinn des Geschädigten führen müsste; die Geldstrafe kommt nicht dem Opfer zugute und kann dem Täter im Gegenteil sogar die Mittel nehmen, den materiellen Schaden zu begleichen.<sup>6</sup>

Diese Charakteristika der Rechtsstrafe machen erklärlich, warum es überhaupt einen so alten wie unerbittlichen Streit um die Begründung einer Praxis geben kann, die wir doch in unserem alltäglichen Handeln und Denken wie eine zweite Natur als völlig selbstverständlich voraussetzen. Denn auf einen Rechtsbruch, also auf ein erstes „Übel“, mit dem zielgerichteten Entzug von Freiheit – d.h. zumindest dem Anschein nach mit einem weiteren „Übel“ – zu reagieren, ohne dass dadurch das erste „Übel“ ungeschehen gemacht oder wenigstens ein etwaiger materieller Schaden ausgeglichen würde, ist zumindest für eine an der individuellen Freiheit orientierte Rechtsordnung ein „Ärgernis“.<sup>7</sup>

### III. Zur Unterscheidung von „absoluten“ und „relativen“ Straftheorien

Dieser Praxis einen Sinn zu geben, ist das Ziel der Straftheorien, die traditionellerweise in „relative“ und „absolute“ unterschieden werden. Unter ersteren werden solche Ansätze verstanden, die Strafe nur dann für legitim halten, wenn sie ein bestimmtes zukünftiges Ziel bezogen ist (relatus); unter letzteren solche, die meinen, Strafe sei losgelöst (absolutus) von jeglichen konkreten Zwecksetzungen, also eine Art Selbstzweck: rein vergangenheitsbezogen, Vergeltung um der Vergeltung willen.<sup>8</sup> Diese Aufteilung ist indes zweifelhaft, weil in diesem Sinne „absolute“ Straftheorien überhaupt nicht (mehr) vertreten werden und in einem Rechtsstaat auch nicht vertretbar wären: Denn ein Grundrechtseingriff, zumal ein so erheblicher wie die Strafe, bedarf der Begründung und eine solche muss sich in einer säkularen Gesellschaftsordnung immer auf menschlich-diesseitige Zwecke und Praxen beziehen, um legitimiert werden zu können.<sup>9</sup>

Gemeint ist mit der Differenzierung in der Sache daher meist auch etwas anderes: Der Zweck, auf den sich die „relativen“ Straftheorien beziehen, ist nämlich nicht irgendeiner, sondern der, zukünftige Straftaten zu verhindern. Strafe soll hiernach also aufgrund ihrer präventiven Wirkungen legitimiert werden. Besser sollten sie daher schlicht „präventive“ Straftheorien genannt werden.

Als „absolut“ werden dann meist in bloßer Abgrenzung dazu all jene Straftheorien bezeichnet, die in Kritik *dieser* Zweckbestimmung den Blick vom in der Zukunft liegenden

präventiven Nutzen wieder zurück auf die begangene Straftat selbst lenken und in ihr oder in dem, was sie bedeutet, nicht nur den Anlass für Strafe sehen, sondern den sie legitimierenden Grund verorten. Sie sollen daher als „retributive“ (vergeltungstheoretische) Straftheorien bezeichnet werden.<sup>10</sup>

### IV. Präventionstheorien

Präventionstheorien lassen sich zunächst danach unterscheiden, ob Strafe das Ziel der Verbrechensverhütung durch Einwirkung auf den einzelnen Straftäter (Spezialprävention) oder durch Einwirkung auf die Allgemeinheit herbeiführen soll (Generalprävention).

#### 1. Spezialprävention

Der in Deutschland wirkmächtigste Vertreter einer konsequent spezialpräventiven Theorie war *Franz von Liszt* (1851–1919), der seine Auffassung in seiner als „Marburger Programm“ bekannt gewordenen Antrittsvorlesung dargelegt hat.<sup>11</sup> Hiernach soll das Kriminalrecht zukünftige Straftaten vor allem dadurch verhindern helfen, dass die konkret zu verhängende Strafe so ausgestaltet wird, dass sie individuell dem je vorliegenden „Verbrechertypus“ angemessen ist. *Von Liszt* unterscheidet derer drei: (1) den nicht besserungsbedürftigen „Gelegenheitsverbrecher“, den die Strafe primär in Form eines „Denkzettels“ abschrecken, (2) den besserungsbedürftigen und besserungsfähigen Tätern, den sie individuell bessern, und schließlich (3) den nicht besserungsfähigen „Gewohnheitsverbrecher“, den sie schlicht unschädlich machen soll.<sup>12</sup>

Das grundlegende Problem eines solchen Ansatzes besteht darin, dass er den Menschen nicht als ein selbstbestimmtes und deshalb für sein Handeln verantwortliches Wesen adressiert, sondern, überspitzt gesagt, vor allem für einen wandelnden Gefahrenherd hält, der in irgendeiner Form „neutralisiert“ werden muss.<sup>13</sup> Damit leugnet der Ansatz jedoch letztlich das Fundament gerade jener Institution, deren Legitimation er leisten soll: Denn, wie einleitend gezeigt, verstehen wir Rechtsstrafe als eine tadelnde Reaktion auf einen begangenen Rechtsbruch, was bereits – soll der Tadel irgendeinen Sinn haben – voraussetzt, dass wir den Bestraften für seine Tat verantwortlich machen (können).<sup>14</sup> Einer konsequent spezialpräventiven Theorie geht es hingegen nicht um die Tat und Verantwortlichkeit (Schuld), sondern ausschließlich um den Täter und seine Gefährlichkeit. Das Verbrechen ist nur ein Anlass, auf den Täter entsprechend etwaiger zukünftig zu erwartender Taten einzuwirken,<sup>15</sup> was auch bedeutet, dass selbst für schwerste Delikte, wie etwa Mord, so denn kein Bedarf für eine Besserung des Täters besteht, lediglich ein „Denkzettel“ genügen müsste, während selbst Bagatell-

<sup>6</sup> Nur *Pawlik* (Fn. 5), S. 89 m.N.

<sup>7</sup> *Pawlik* (Fn. 3), S. 26.

<sup>8</sup> Vgl. nur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 3 Rn. 9 ff.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 2 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 39, 1 (46); 72, 105 (114); *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 17 ff.; *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, 2019, S. 68; siehe auch *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 14; *ders.* (Fn. 5), S. 43.

<sup>10</sup> *Pawlik* (Fn. 5), S. 19; siehe auch *Rösinger* (Fn. 9), S. 68 ff.

<sup>11</sup> *Liszt*, ZStW 3 (1883), 1–47.

<sup>12</sup> *Liszt*, a.a.O., 1 (33 ff.).

<sup>13</sup> *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (796); *Köhler* (Fn. 5), S. 41, 45 f.

<sup>14</sup> Nur *Pawlik* (Fn. 5), S. 31 f.; *Frisch*, GA 2019, 537 (550).

<sup>15</sup> *Köhler* (Fn. 5), S. 41 f.; *Pawlik* (Fn. 5), S. 32.

kriminalität, wenn keine Aussicht auf Besserung besteht, lebenslange freiheitsentziehende Maßnahmen erforderlich machen könnte.<sup>16</sup> Kurzum: Spezialpräventive Theorien vermögen unsere Praxis des Strafens überhaupt nicht zu legitimieren, sondern laufen auf deren Abschaffung und Ersetzung durch ein ausschließlich an der Gefährlichkeit des Täters orientiertes Maßregelrecht hinaus – als *Straf*-theorien werden sie deshalb auch nicht mehr vertreten.<sup>17</sup>

## 2. Generalprävention

Generalpräventiven Straftheorien zufolge soll Strafe Kriminalität dadurch eindämmen, dass sie auf die Allgemeinheit einwirkt, und zwar indem sie den deliktsgeneigten Teil der Bevölkerung vor der Begehung von Straftaten abschreckt (negative Generalprävention) oder den rechtstreuen Teil in seiner Rechtstreue bestärkt (positive Generalprävention).

### a) Negative Generalprävention

#### aa) Feuerbachs Lehre vom psychologischen Zwang

Die Lehre von der negativen Generalprävention ist in der deutschen Diskussion untrennbar mit dem Namen *Anselm von Feuerbach* (1775–1833) und seiner Theorie vom „psychologischen Zwang“ verknüpft.<sup>18</sup> Der Staat hat ihm zufolge die Aufgabe, einen Zustand allgemeiner und gleicher Freiheit zu gewährleisten. Ein Mittel hierzu ist der „physische Zwang“, d.h. die Verhinderung von Freiheits- bzw. Rechtsverletzungen durch körperliche Hindernisse. Alle möglichen Rechtsverletzungen physisch unterbinden zu wollen, erforderte jedoch eine Allmacht und Allgegenwart des Staates, die sowohl seine „Kräfte“ als auch seine „Rechte“ überstiege.<sup>19</sup> Neben des „physischen“ müsse der Staat sich deshalb auch des „psychologischen Zwangs“ bedienen, indem er der in der Sinnlichkeit wurzelnden „Lust“, fremde Rechte zu verletzen, durch die Androhung von Strafe ein überwiegendes Gegenmotiv entgegensetzt.<sup>20</sup> Die Strafandrohung selbst ist nach *Feuerbach* also ein notwendiges Mittel zum Schutz von Recht und Freiheit.

Bereits insoweit drängt sich freilich der Einwand auf, dass die Vorstellung von einem den voraussichtlichen Nutzen seiner Tat mit dem ihn drohenden Nachteilen vergleichenden Täter in weiten Bereichen der Kriminalität, namentlich wenn es um schwere Gewaltverbrechen geht, überaus zweifelhaft sein dürfte, und sich Entsprechendes von der abschreckenden

Wirkung der Strafe sagen lässt.<sup>21</sup> Zudem dürfte sich die Höhe der jeweils angedrohten Strafe dann konsequenterweise ausschließlich nach dem jeweiligen Abschreckungsbedürfnis richten. Sie wäre also nicht nach dem Ausmaß der Schuld zu bemessen, sondern so, dass sie den mit einer solchen Tat einhergehenden Nutzen überwiegt. Relativ geringfügige Delikte müssten demnach mit schwersten Strafen bedroht werden, wenn nur so der Nutzen, der aus ihnen gezogen wird (typischerweise) überwogen werden könnte. Andersherum sind schwerste Verbrechen nicht per se diejenigen, die einen besonders großen Nutzen bringen, weshalb es hier gegebenenfalls schon bei recht geringen Strafandrohungen bewenden könnte.<sup>22</sup>

Neben diesen auf der Ebene der Strafandrohung liegenden Problemen stellt sich für die Lehre von der negativen Generalprävention vor allem die Frage, wie sie dem einzelnen Delinquenten gegenüber die Verhängung der Strafe legitimieren kann. Denn wie deliktsgeneigt seine Mitbürger sind oder wie empfänglich für Abschreckung liegt außerhalb seines Verantwortungsbereichs. Der Ansatz, ihm ein „Übel“ zuzufügen, nur weil andere sich möglicherweise ein schlechtes Beispiel an ihm nehmen könnten, sieht sich dem durchgreifenden Vorwurf ausgesetzt, ihn zu einem bloßen Mittel zur Abschreckung anderer herabzuwürdigen, ihn zu instrumentalisieren (Instrumentalisierungseinwand).<sup>23</sup>

*Feuerbach* versuchte daher (zunächst), die Verhängung der Strafe dem Delinquenten gegenüber dadurch als legitim auszuweisen, dass er behauptete, in dessen Tat liege eine Art konkludente „Einwilligung“ in seine Bestrafung. Denn da in dem an alle adressierten Strafgesetz festgesetzt wurde, dass auf die Begehung einer Straftat mit Notwendigkeit Strafe folge, müsse derjenige, der die Straftat wolle, zwangsläufig auch die Strafe wollen, so dass diese ihm kein Unrecht tun könne.<sup>24</sup> Weil die Annahme einer solchen „Einwilligung“ in tatsächlicher Hinsicht jedoch auf eine bloße Fiktion hinausläuft,<sup>25</sup> gab *Feuerbach* sie letztlich auf und sah die Legitimation der Strafverhängung später schlicht darin, dass der Täter, dem die Strafandrohung bekannt war, ja gewusst habe, worauf er sich einlässt, und er sich daher auch die Strafe gefallen lassen müsse.<sup>26</sup>

<sup>16</sup> Vgl. nur: *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/45; *Lesch*, JA 1994, 590 (593 f.); *Köhler* (Fn. 5), S. 41.

<sup>17</sup> *Hoerster*, ARSP 58 (1972), 555 (559); *Lesch*, JA 1994, 590 (594); *Rösinger* (Fn. 9), S. 79 f.; *Pawlik* (Fn. 5), S. 33 f.; *Frisch*, GA 2019, 185 (186): „tote“ Straftheorie.

<sup>18</sup> In jüngerer Zeit hat sich v.a. *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, um eine Rehabilitation der Theorie *Feuerbachs* bemüht.

<sup>19</sup> *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Theil, 1799, S. 40.

<sup>20</sup> *Feuerbach* (Fn. 19), S. 40 ff., 44 ff.; *ders.*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, §§ 13 ff. (S. 13 ff.).

<sup>21</sup> Nur: *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 35; siehe zum Stand der empirischen Forschung die zahlreichen Nachweise bei *Greco* (Fn. 18), 363 f.

<sup>22</sup> Vgl. nur *Jakobs* (Fn. 16), 1/30; *Kindhäuser*, GA 1989, 493 (498); *Lesch*, JA 1994, 510 (517); *Pawlik* (Fn. 3), S. 71 m.w.N.; *Frisch*, GA 2019, 537 (544); *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 20.

<sup>23</sup> Klassisch *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), in: Kants Werke. Akademie Textausgabe, Bd. 6, 1968, S. 331; ebenso: *Feuerbach* selbst (Fn. 19), S. 48.

<sup>24</sup> Näher *Feuerbach* (Fn. 19), S. 52 ff.

<sup>25</sup> So bereits *Klein*, Archiv des Criminalrechts, Bd. 1 Stück 4 (1799), 168 ff.

<sup>26</sup> *Feuerbach* (Fn. 20), § 21 (S. 18 f.); hierzu: *Greco* (Fn. 18), S. 47, 484 ff. m.w.N.; den Ansatz aufgreifend: *Pérez-Barberá*, GA 2014, 504 (520 ff.).

Dies allein reicht zur Begründung der Strafverhängung jedoch offensichtlich nicht aus: Das schiere Wissen, dass mir unter bestimmten Bedingungen ein Übel zugefügt wird, macht dieses schließlich nicht schon zu einem gerechtfertigten. Nur, weil ich jemandem vorher ankündige, ihn aufgrund der Deliktgeneigtheit seiner Mitbürger wegen irgendeiner Bagatelle mit drakonischen Strafen zu überziehen, ihn also bloß als ein Mittel zur Abschreckung anderer zu behandeln,<sup>27</sup> macht das das Angekündigte ja nicht weniger illegitim.<sup>28</sup>

#### bb) Strafe im klugen Eigeninteresse (Hoerster)

Der Rechtsphilosoph *Norbert Hoerster* hat versucht, den Instrumentalisierungseinwand durch den Nachweis zu entkräften, dass die Strafe auch im Eigeninteresse des Täters liege und sie für ihn daher zustimmungsfähig sei. Sowohl die Strafandrohung als auch die Strafverhängung dienen ihm zufolge dazu, durch Abschreckung der Allgemeinheit zukünftige Straftaten zu verhindern. Weil dies letztlich allen – auch dem Täter selbst – zum Vorteil gereiche und es jedem freistehe, durch legales Verhalten die mit ihr verbundenen Nachteile, die Strafe, zu vermeiden, könne der Praxis des Strafens insgesamt ebenfalls jeder – wiederum einschließlich des Täters – zustimmen.<sup>29</sup>

Ob daraus folgt, dass der Täter auch seiner eigenen Bestrafung letztlich schon aus schier egoistischen Motiven zustimmen müsste, ist indes zweifelhaft: Im Interesse eines Egoisten dürfte es doch vielmehr liegen, dass lediglich alle anderen bestraft würden, er selbst aber seiner Strafe entgehen könnte. Zudem könnte und würde er damit rechnen, dass die meisten seiner Mitbürger Straftaten nicht deshalb unterlassen, weil ihnen anderenfalls Strafe drohte, sondern aus – unter egoistischen Gesichtspunkten – irrationalen Gründen wie etwa (sozialisierten) Wertvorstellungen. Die Institution des Strafrechts wäre daher unter Nützlichkeitsgesichtspunkten für ihn nicht per se von Vorteil. Lässt sich die Strafe somit nicht stets als im klugen Eigeninteresse des von ihr Betroffenen liegend ausweisen, wird sie ihm auf dieser Grundlage letztlich doch nur zu dem ihm fremden Nutzen aller anderen auferlegt, er mithin instrumentalisiert.<sup>30</sup>

#### b) Positive Generalprävention

Anders als die soeben skizzierte Lehre setzen die verschiedenen unter dem Label „positive Generalprävention“ zusammengefassten Begründungsansätze nicht darauf, die Allgemeinheit durch Abschreckung von der Begehung von Straf-

taten abzuhalten, als vielmehr darauf, sie durch Strafe in ihrer grundsätzlichen Akzeptanz der geltenden Ge- und Verbote zu bestärken.<sup>31</sup> Nach einer empirisch-sozialpsychologischen Variante dieser Lehre soll Strafe m.a.W. nachhaltig bewusstenbildend wirken und die in einer freiheitlichen Rechtsordnung zwar nicht erzwingbare, aber von ihr vorauszusetzende Überzeugung von der Richtigkeit ihrer Regeln bestärken, statt durch das Inaussichtstellen von Nachteilen den Einzelnen (ihrer Natur stets unbeständige) Klugheitsgründe zu geben, von Straftaten abzusehen.<sup>32</sup> Um diese Wirkungen zu erreichen, darf das Strafrecht allerdings nicht den „Gerechtigkeitswertungen der Mitbürger“<sup>33</sup> zuwiderlaufen, da anderenfalls die Akzeptanz des Rechtssystems insgesamt, die „Normtreue“, Schaden nehmen könnte: Wenn und weil die Gesellschaft also den Sinn von Strafe nicht allein in der Abwehr zukünftiger Straftaten, sondern (wenigstens auch) in der Vergeltung der begangenen Tat erblickt und deshalb daran festhält, dass sie sich ihrer Höhe nach an der Schwere von Unrecht und Schuld und nicht an der präventiven Wirksamkeit zu orientieren hat, muss die Strafrechtsordnung demnach aus präventiven Gründen selbst vergeltend ausgestaltet sein.<sup>34</sup> Auf diese Weise scheint es zu gelingen, das präventiv-zweckrationale Anliegen der Verhinderung zukünftiger Verbrechen in Einklang zu bringen mit der herrschenden Gerechtigkeitsvorstellung, dass Strafe wesentlich auf ein bereits begangenes Verbrechen bezogen ist und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen muss.

Diese auf den ersten Blick elegante Lösung entpuppt sich bei näherem Hinsehen jedoch als überaus problematisch. Die Theorie der positiven Generalprävention mutet den Rechtsanwendenden zu, sich die Gerechtigkeitsvorstellungen der Allgemeinheit zu eigen zu machen, nicht weil diese wirklich gerecht oder vernünftig, inhaltlich richtig, wären (das sind sie vom Standpunkt dieser Theorie nämlich nicht), sondern einzig und allein, um die präventive Wirksamkeit der Strafe bzw. den allgemeinen Rechtsfrieden nicht zu gefährden.<sup>35</sup> Dieser Zusammenhang darf aber nicht offen ausgesprochen werden. Denn ein Urteil, dessen Begründung nicht einmal versuchte, die in ihm ausgesprochene Strafe als gerecht und schuldangemessen auszuweisen und sie stattdessen lapidar mit der Notwendigkeit begründete, dass „die Bürger gefälligst wieder einmal die Normen einübten“<sup>36</sup>, wäre der Identifikation mit der Rechtsordnung wohl ebenso abträglich wie

<sup>27</sup> Deutlich: *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (798).

<sup>28</sup> *Hegel*, in: *Moldenhauer/Michel* (Hrsg.), *Werke*, Bd. 7, 1986, S. 190 (§ 99 Zusatz); zuvor schon: *Grolman*, Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, 1799, S. 9 ff., 14 ff.; *Pawlik* (Fn. 3), S. 70; *Hörnle* (Fn. 9), S. 52 f.

<sup>29</sup> *Hoerster*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 28 (1974), 368 (374 ff.); *ders.*, *Muss Strafe sein?*, 2012, S. 81 ff., 89 ff.

<sup>30</sup> Näher *Pawlik* (Fn. 5), S. 24 ff.; *Abraham*, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, 2018, S. 52 ff.; *Sachs*, *Moral, Tadel, Buße*, 2015, S. 191 ff.

<sup>31</sup> Aus der neueren Literatur nur: *Hassemer*, *Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1998, S. 29 ff.; *ders.*, ZIS 2006, 266 (273); *Jakobs* (Fn. 16), 1/4 ff.; *Streng*, ZStW 92 (1980), 663 (676 ff.); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (357 ff.); *Frister* (Fn. 8), Kap. 2 Rn. 20 ff. Zu den verschiedenen Spielarten dieser Theorie: *Hassemer* (a.a.O.); *Pawlik* (Fn. 5), S. 36 ff.

<sup>32</sup> Vgl. schon *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 3 ff.

<sup>33</sup> *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl. 2012, Rn. 17.

<sup>34</sup> Nur *Frister* (Fn. 8), Kap. 2 Rn. 27.

<sup>35</sup> *Pawlik* (Fn. 5), S. 41.

<sup>36</sup> *Bock*, ZStW 103 (1991), 636 (651).

eine unangemessen hohe Strafe.<sup>37</sup> Ihre wahren Absichten müssen die Rechtsanwendenden daher verheimlichen und der Bevölkerung vorspiegeln, sie teilten deren (unter präventionstheoretischen Gesichtspunkten) unvernünftige, weil etwa aus Vergeltungsbedürfnissen sich speisenden, Vorstellungen: Sie müssen „ein System öffentlicher Unwahrheit“ propagieren und sich damit ein höheres Bewusstsein als die übrigen Mitbürger anmaßen.<sup>38</sup>

Mit Blick auf den einzelnen Täter ist der Grundansatz der positiven Generalprävention außerdem demselben Instrumentalisierungseinwand ausgesetzt wie die Lehre von der negativen Generalprävention: Denn auch hiernach wird er ja nicht wegen seiner Tat, sondern wegen der empirischen Vergeltungsbedürfnisse seiner Mitbürger und d.h. wiederum aufgrund von Umständen bestraft, die außerhalb seines Verantwortungsbereichs liegen.<sup>39</sup>

## V. Vereinigungslehren

Aufgrund der aufgezeigten Probleme der präventionstheoretischen Ansätze haben sich im Laufe der Zeit diverse vermittelnde Lehren herausgebildet, die versuchen, die unterschiedlichen Strafzwecke so miteinander zu verbinden, dass die Schwächen der einzelnen Ansätze durch die mit diesen kombinierten anderen Ansätze aufgehoben werden.<sup>40</sup>

### 1. Vergeltende Vereinigungstheorie

In der Rechtsprechung herrscht eine „vergeltende Vereinigungstheorie“ vor: Ihr zufolge soll Strafe sowohl Schuld vergelten („gerechter Schuldausgleich“) als auch den Zwecken der Spezial- und Generalprävention dienen.<sup>41</sup> Praktisch wirkt sich das so aus, dass bei der Strafzumessung auch präventionstheoretische Argumente die Strafhöhe mitbestimmen dürfen, dies allerdings nur in dem Rahmen zulässt ist, den der Zweck des gerechten Schuldausgleichs vorgibt – aus präventiven Gründen darf der „Spielraum“ der tat- und schuldangemessenen Strafe also weder unter- noch überschritten werden (sog. Spielraumtheorie).<sup>42</sup>

So pragmatisch dieser Kompromiss auch sein mag, so unbefriedigend ist er. Denn letztlich werden die Strafzwecke nicht vereinigt, d.h. auf ein gemeinsames Prinzip zurückgeführt, sondern lediglich „addiert“. Ihre Gegensätzlichkeit bleibt bestehen, ohne dass diese Vereinigungstheorie instan-

de wäre, in dem Fall, in dem die unterschiedlichen Ziele in einen Konflikt geraten („Antinomie der Strafzwecke“), aus sich heraus anzugeben, welcher Zweckbestimmung der Vorzug gebühren soll.<sup>43</sup>

### 2. Roxins präventive Vereinigungstheorie

Roxins präventive Vereinigungstheorie verwirft den Aspekt des gerechten Schuldausgleichs demgegenüber völlig und versucht, Strafe stattdessen ausschließlich mit den beiden Zielen der Spezial- und der Generalprävention zu legitimieren. Für die Begründung von Strafe spielt Schuld demnach keine Rolle. Die ihr in diesem Konzept zugewiesene Funktion erschöpft sich vielmehr einzig und allein darin, die Strafe nach oben hin zu begrenzen: Die schuldangemessene Strafe mag also aus präventiven Überlegungen (Resozialisierung etwa) unter-, nicht aber überschritten werden.<sup>44</sup>

Doch auch diese Vereinigungstheorie vermag die (potentielle) Gegenläufigkeit der verschiedenen Strafzwecke nicht aufzuheben. Wenn die durch die Tat verwirklichte Schuld nicht den Grund für die Verhängung von Strafe bildet, fragt es sich, weshalb sie dann trotzdem die äußere Grenze der Strafe markieren soll. Aus dem Blickwinkel der in diesem Konzept für die Begründung von Strafe allein als maßgeblich angeführten Präventionstheorien ist eine solche Limitierung der Strafe unzweckmäßig und deshalb irrational. Warum sollte es auf die Grenze des Schuldangemessenen ankommen, wenn eine das Schuldmaß übersteigende Dauer des Freiheitsentzugs in einem Fall aus spezial- oder generalpräventiven Gründen notwendig ist, um künftige Straftaten zu verhindern?<sup>45</sup> Nichts anderes gilt für das „Freiheitsinteresse des Verurteilten“<sup>46</sup>, das Roxin als Grenze anführt.<sup>47</sup> Auch dieses steht in keinerlei Zusammenhang zum gewählten Begründungsansatz und wirkt wie aufgepfropft, um die eigentlich aus ihm zu ziehende Konsequenzen zu vermeiden.

Abgesehen davon ist auch ein Konflikt zwischen den präventiven Zielsetzungen denkbar. Roxin schlägt für diesen Fall vor, dass ein „generalpräventives Minimum“ auch aus spezialpräventiven Gründen nicht unterschritten werden dürfe.<sup>48</sup> Warum jedoch in diesem Fall eine von der Warte der Spezialprävention aus sinnlose Strafe ausgeurteilt werden darf, spezialpräventive Belange dann also völlig zurücktreten müssen, bleibt unerfindlich.

## VI. Die Renaissance retributiver Straftheorien

Nicht zuletzt wegen dieser Einwände gegen präventionstheoretische Modelle kann seit einiger Zeit auch international von

<sup>37</sup> Näher: Bock, ZStW 103 (1991), 636 (649 ff.); ders., JuS 1994, 89 (97 f.); Pawlik (Fn. 5), S. 40 ff. m.w.N.

<sup>38</sup> E.A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (803); Pawlik (Fn. 5), S. 42; siehe auch Puppe, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 469 (480).

<sup>39</sup> E.A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (802 f.); Köhler (Fn. 5), S. 46 f.; Lesch, JA 1994, 510 (518 f.); Frisch, GA 2019, 185 (188 f.).

<sup>40</sup> Eine Übersicht findet sich bei: Koriath, Jura 1995, 625 ff.

<sup>41</sup> Nur BGHSt 7, 214, (216); BGHSt 24, 40 (42); aus der Literatur Rengier (Fn. 8), § 3 Rn. 21 ff.; Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 3 Rn. 53 ff.

<sup>42</sup> BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266 f.); 29, 319 (320).

<sup>43</sup> Vgl. Roxin, JuS 1966, 375 (387); Callies, NJW 1989, 1338 (1339); Köhler (Fn. 5), S. 44; Lesch, JA 1994, 590 (595); Frister (Fn. 8), Kap. 2 Rn. 20.

<sup>44</sup> Roxin, JuS 1966, 375 (381 ff., 387); ders./Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 37 ff.

<sup>45</sup> Lesch, JA 1994, 590 (595 f.); Puppe (Fn. 38), S. 469 (480 f.); Pawlik (Fn. 3), S. 85 f. Fn. 448.

<sup>46</sup> Roxin/Greco (Fn. 44), § 3 Rn. 51.

<sup>47</sup> Griffel, ZStW 98 (1986), 28 (32).

<sup>48</sup> Roxin/Greco (Fn. 44), § 3 Rn. 41.

einer Renaissance retributiver Straftheorien die Rede sein.<sup>49</sup> Als solche werden hier, wie oben bereits erwähnt, all jene Ansätze eingeordnet, die den Sinn von Strafe nicht in der Prävention zukünftiger Verbrechen, sondern in der Reaktion auf das begangene erblicken.

Die in Deutschland historisch sicherlich prominentesten und wirkmächtigsten Vertreter eines solchen Ansatzes waren *Kant* (1724–1804) und *Hegel* (1770–1831). Beide eint die Kritik präventionstheoretischer Strafbegründungen. Im Vergleich zu der Straftheorie *Hegels* bleibt diejenige *Kants* jedoch fragmentarisch und fügt sich zudem nicht in jeder Hinsicht bruchlos in die Grundgedanken seiner kritischen Rechtslehre ein.<sup>50</sup> Möglicherweise liegt auch darin ein Grund, weshalb es vor allem der Ansatz *Hegels* war, der im weiteren Verlauf des 19. Jahrhundert mit den Strafrechtlern *Hälschner*, *Köstlin*, *Luden* u.a. eine Gruppe namhafter Anhänger fand, die sich darum bemühten, ihn für die Grundlegung des Strafrechts fruchtbar zu machen.<sup>51</sup>

Im aktuellen straftheoretischen Diskurs finden sich ebenfalls wieder zunehmend Stimmen, die an *Hegel* anknüpfen,<sup>52</sup> wobei „anknüpfen“ meist weniger die exegetisch genaue Rekonstruktion seiner Gedanken meint als vielmehr den Versuch, sie als eine Art Inspirationsquelle für unser Nachdenken über Strafe heranzuziehen, ohne sich dabei auf sein Gesamtsystem, in das sie eingebettet ist, oder seine z.T. problematischen Argumentationsfiguren zu verpflichten.<sup>53</sup>

### 1. Totgesagte leben länger: Hegel und die expressive Dimension von Verbrechen und Strafe

#### a) Das Verbrechen als Verletzung des „Rechts als Rechts“

Eine in diesem Sinn nach wie vor aktuelle Grundeinsicht der Straftheorie *Hegels* besteht darin, dass Verbrechen und Strafe von vornherein nicht verstanden werden können, wenn man sie nur als zwei aufeinander folgende Verletzungen, als eine Sequenz zweier „Übel“ betrachtet. Denn „[...] ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist“<sup>54</sup>, wird sich nicht als ein vernünftiges Anliegen auswei-

sen lassen. *Hegel* lenkt den Blick deshalb darauf, welchen Bedeutungsgehalt Straftat und Strafe haben, was in ihnen zum Ausdruck kommt.<sup>55</sup>

Das Spezifikum kriminellen Unrechts besteht ihm zufolge darin, dass hierdurch nicht nur ein bestimmtes Recht einer einzelnen anderen Person (ein „besonderer Wille“), sondern zugleich das „Recht als Recht“ (der „allgemeine Wille“) verletzt wird.<sup>56</sup> Während z.B. die Wegnahme einer fremden Sache in der irrigen Annahme, es sei die eigene, lediglich das Eigentumsrecht einer einzigen anderen Person verletzt, bedeutet ein Diebstahl, also die Wegnahme einer fremden Sache in Kenntnis der Eigentumslage und in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, die Missachtung der Eigentumsordnung insgesamt. In den Worten *Kants*: „Wer da stiehlt, macht aller Anderer Eigentum unsicher [...]“<sup>57</sup>.

Es liegt freilich der Einwand auf der Hand, dass die Annahme, ein Delinquent mittlerer Art und Güte wolle mit seiner Tat etwas so Grundstürzendes wie die Rechtsordnung allgemein infrage stellen, abwegig ist und darauf hinausliefe, jeden ordinären Kriminellen zu einem Revolutionär, jeden schnöden Dieb zu einem Kommunisten zu adeln.<sup>58</sup> Indes: Sobald wir jemanden für befähigt halten, sein Handeln an normativen Gründen auszurichten, ihm m.a.W. Willensfreiheit zuschreiben,<sup>59</sup> halten wir ihn unter bestimmten Voraussetzungen auch für dazu verpflichtet, uns die Gründe für seine Handlungen zu nennen, und insofern birgt jede Handlung objektiv über den einzelnen Akt hinausgehende, allgemeine normative Implikationen.<sup>60</sup> Wer stiehlt etwa, muss nach der (Unrechts-)Maxime handeln, wie es ihm beliebt, auf den Güterbestand anderer zugreifen zu dürfen.<sup>61</sup> In den Worten *Hegels*: „Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist [...]“<sup>62</sup>

Wichtig für das Verständnis seiner Straftheorie ist, dass *Hegel* unter dem Recht, das der Verbrecher als solches verletzt, nicht irgendeine beliebige autoritativ festgesetzte Normenordnung versteht, sondern es als das „Reich der verwirklichten Freiheit“ begreift.<sup>63</sup> Recht soll demnach, ganz grob gesagt, einen institutionellen Rahmen schaffen, der es ermög-

<sup>49</sup> *Schünemann*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 327; *Pawlik* (Fn. 3), S. 82 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 44), § 3 Rn. 6b.

<sup>50</sup> Vgl. *Zaczyk*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 207 (215 f.); *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 51; *Wohlers/Went*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 173 (174).

<sup>51</sup> Hierzu eingehend: *Ramb*, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005.

<sup>52</sup> Anfangend bereits in den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts: *Meyer*, in: Kubiciel/Pawlik/Seelmann, Hegels Erben?, 2017, S. 213 (241); *Kleszczewski*, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 19 („gegenwärtige Renaissance“).

<sup>53</sup> Deutlich: *Pawlik*, in: Kubiciel/Pawlik/Seelmann (Fn. 52), S. 247 (253).

<sup>54</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 187 (§ 99 Anm.) – *Hervorhebung* hier wie im Weiteren im Original.

<sup>55</sup> Vgl. *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 56 ff.

<sup>56</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 181 f., 187 f. (§ 95, § 99)

<sup>57</sup> *Kant* (Fn. 23), S. 333.

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Wach*, GS 25 (1873), 432 (452 f.); *Flechtheim*, Hegels Straftheorie, 2. Aufl. 1975, S. 102.

<sup>59</sup> Vgl. *Kindhäuser*, GA 1989, 493 (500 f.); *Pawlik* (Fn. 50), S. 11 – jeweils m.N.

<sup>60</sup> *Pawlik* (Fn. 50), S. 9 ff., 12 f., 32 ff.; siehe auch *Puppe* (Fn. 38), S. 469 (473 f.).

<sup>61</sup> *Pawlik* (Fn. 50), S. 32.

<sup>62</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 190 (§ 100) – *Hervorhebung* im Original.

<sup>63</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 46 (§ 4). Zum Begriff des Rechts bei *Hegel* näher je m.w.N.: *Seelmann*, JuS 1979, 687 (688 f.); *Kleszczewski* (Fn. 51), S. 26 ff.; *Kaiser* (Fn. 2), S. 95 ff.; *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 227 ff.; *Vieweg*, Das Denken der Freiheit, 2012, S. 40 ff., 97 ff.

<sup>64</sup> *Pawlik* (Fn. 5), S. 82 ff.; *ders.* (Fn. 3), S. 90 ff., 99 ff.

licht, dass gleichermaßen jeder Einzelne seiner Freiheit in der Außenwelt ein Dasein geben und sie dergestalt allererst verwirklichen kann. Nur in der Äußerlichkeit, in den Handlungsräumen, im Leib und den Gegenständen des Einzelnen erlangt seine Freiheit Wirklichkeit, kann aber in diesen Manifestationen auch verletzt werden. Entgegen einem immer noch verbreiteten Vorurteil<sup>64</sup> ist *Hegels* Rechtsphilosophie keine illiberal-autoritäre Staatsvergottung: „Sein“ Staat gründet auf der Freiheit und ist Bedingung der Möglichkeit ihrer allgemein-gleichmäßigen Realisierung.

Vor diesem Hintergrund deutet *Pawlik* die Formel vom Verbrechen als Verletzung des „Rechts als Rechts“ in seiner Verbrechenstheorie wie folgt:<sup>65</sup> Ein auf der Freiheit der Einzelnen fußendes Gemeinwesen kann um seiner Freiheitlichkeit willen nur dann Bestand haben, wenn es voraussetzt, dass seine Bürger (im Großen und Ganzen) bereits von selbst die Freiheit ihrer Mitbürger achten und sich rechtstreu verhalten.<sup>66</sup> Müssten sie dazu nämlich erst durch Zwang und Überwachung angehalten werden, könnte es in letzter Konsequenz überhaupt keine individuellen Freiheitssphären mehr geben: „Man müsste sich gemeinschaftlich in KZ-Zustände bringen [...]“<sup>67</sup> – Freiheitssicherung schлüge um in totale Unfreiheit. Als Bürger ist jeder Einzelne daher nicht nur Begünstigter der Rechtsordnung, der in den Genuss eines gesicherten Freiheitsraums kommt, sondern auch ihr „Mitträger“, der die Pflicht hat, sich legal zu verhalten. Dass das Recht „als Recht“ verletzt wird, heißt demnach, dass das Unrecht, auch wenn es sich unmittelbar nur gegen einen einzelnen anderen Mitbürger richtet, zugleich als Missachtung dieser Mitwirkungs- oder „Loyalitätspflicht“ zu deuten.<sup>68</sup>

Durch seine Straftat behauptet der Delinquent, „[...] es sei möglich, die Vorteile einer Idee des ‚Friedens durch Recht‘ verpflichteten Ordnung zu genießen, ohne sich die Selbstdisziplin aufzuerlegen, deren es zur verlässlichen Erfüllung der Loyalitätspflicht bedarf.“<sup>69</sup> Eine solche (Unrechts-)Maxime ist selbstverständlich nicht verallgemeinerbar und müsste zum Untergang aller rechtlicher Freiheit – einschließlich der des Täters – führen.<sup>70</sup> Sie hat keine Geltung und kann keine allgemeine Geltung haben: Sie ist, wie Hegel es ausdrückt, „in sich nichtig“.<sup>71</sup>

#### b) Strafe als Wiederherstellung des Rechts

Gleichwohl steht die Unrechtsmaxime im Raum: Der Täter hat die Welt ihr entsprechend partiell verändert und die damit

verbundene Verletzung seiner Mitwirkungspflicht, die Verletzung des Rechts „als Rechts“, kann durch die zivilrechtlichen Reaktionen auf die Tat wie bspw. Schadensersatz oder Schmerzensgeld nicht hinreichend kompensiert werden.<sup>72</sup> Zur Wiederherstellung des Rechts bedarf die im Verbrechen liegende Negation des Rechts, so die berühmte Wendung *Hegels*, ihrerseits der Negation und diese „Negation der Negation“ ist die Strafe.<sup>73</sup> Strafe verkörpert, so könnte man diesen Gedanken mit *Jakobs* deuten, eine notwendige „Gegenrede“ zur „Rede“ des Täters: Durch sie antwortet die Rechtsgemeinschaft, dass trotz seines Angriffs nach wie vor allein ihr „Weltentwurf“ maßgeblich ist und nicht der seine – sie „manifestiert“ die „Nichtigkeit“ des verbrecherischen Willens.<sup>74</sup>

Erforderlich und sinnvoll ist der „Widerspruch“ durch Strafe selbstverständlich nur, wenn man der Straftat einen entsprechenden Bedeutungsgehalt beimisst, was, wie oben bereits angeklungen, voraussetzt, dass der Täter überhaupt imstande ist, sein Handeln an rechtsrichtigen Gründen auszurichten und seine Mitwirkungspflicht von sich aus zu erfüllen (Willensfreiheit; Schuldfähigkeit).<sup>75</sup> Umgekehrt zeigt sich darin, dass sein Handeln nicht als bloßes Naturgeschehen, sondern als normativ bedeutsames „Statement“ interpretiert wird, dass er nicht als ein Quell potentieller Gefahren, sondern als ein „moral agent“ ernstgenommen wird: Der Verbrecher wird „[...] als Vernünftiges geehrt.“<sup>76</sup>

#### 2. Warum nicht Blumen statt Mauern?

Diese kommunikative Dimension von Strafe bildet auch den Ausgangspunkt der in den letzten Jahrzehnten zunächst vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis entwickelten und dann zunehmend auch in Deutschland rezipierten „expressiven Straftheorien“.<sup>77</sup>

Das eigentlich Skandalöse an der Strafe, nämlich der handfeste Strafzwang in Form von Freiheitsentzug, ist damit freilich nicht geklärt. Denn wenn Strafe wesentlich als Kommunikationsmedium gerechtfertigt sein soll, weshalb sollte es dann nicht bei der Kommunikation, bei der öffentlichen Missbilligung der Tat bewenden? Was legitimiert die darüberhinausgehende Zufügung von Schmerz?<sup>78</sup> Um den US-amerikanischen Philosophen *Thomas Scanlon* zu zitieren: „Insofar

<sup>64</sup> Exemplarisch *Kiesewetter*, Von Hegel zu Hitler, 2. Aufl. 1995.

<sup>65</sup> *Pawlik* (Fn. 5), S. 82 ff.; *ders.* (Fn. 3), S. 90 ff., 99 ff.

<sup>66</sup> Siehe auch *E.A. Wolff*, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, S. 137 (209 f.).

<sup>67</sup> *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (818).

<sup>68</sup> *Pawlik* (Fn. 5), S. 82 ff.; *ders.* (Fn. 3), S. 106 f.

<sup>69</sup> *Pawlik* (Fn. 5), S. 90.

<sup>70</sup> Siehe auch *Köhler* (Fn. 9), S. 54 ff.

<sup>71</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 185 f. (§ 97). Zur „Nichtigkeit“ des Verbrechens nur: *Seelmann*, JuS 1979, 687 (689); *Kleszczewski* (Fn. 52), S. 73 ff.; *Kaiser* (Fn. 2), S. 120 ff.; *Ramb* (Fn. 51), S. 53 f.

<sup>72</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 186 f. (§§ 98 f.); *Köhler* (Fn. 9), S. 56.

<sup>73</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 186 (§ 97 Zusatz).

<sup>74</sup> *Jakobs* (Fn. 16), 1/9 ff.; *ders.*, ZStW 107 (1995), 843 (847 ff.); *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 111 ff.; *Pawlik* (Fn. 55), S. 56 ff.; siehe auch *Freund/Rostalski* (Fn. 22), § 1 Rn. 24 ff., 37 ff.

<sup>75</sup> Vgl. *Kindhäuser*, GA 1989, 493 (501); *Pawlik* (Fn. 5), S. 85 ff.; *ders.* (Fn. 3).

<sup>76</sup> *Hegel* (Fn. 28), S. 191 (§ 100 Anm.) – *Hervorhebung* im Original.

<sup>77</sup> Zu diesen nur: *Kaiser* (Fn. 2), S. 167 ff.; *Hörnle* (Fn. 9), S. 31 ff.; *Zürcher* (Fn. 1), S. 127 ff.

<sup>78</sup> Vgl. zu *Hegel* schon: *Luden*, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts, Bd. 1, 1847, S. 41; siehe ferner *Kaiser* (Fn. 2), S. 167 ff.; *Pawlik* (Fn. 5), S. 65 ff.; *Zürcher* (Fn. 1), S. 153 ff.

as expression is our aim, we could just as well ‚say it with flowers‘ [...].<sup>79</sup> Warum nicht Blumen statt Mauern also?

Hegel begreift den Strafwang als die „reelle Darstellung“<sup>80</sup> der Nichtigkeit des Verbrechens. Der Strafwang gegen den Täter, der Entzug seiner Freiheit, „vollendet“ hiernach gewissermaßen die Freiheitszerstörung, die er selbst ins Werk gesetzt hat; seine Unrechtsmaxime wird auf ihn selbst angewandt und so ihre Unvereinbarkeit seiner mit einem Zustand allgemeiner und gleicher Freiheit manifestiert.<sup>81</sup>

Köhler deutet dies in seiner Straftheorie so: Durch seine Tat erweitert der Täter seine Freiheit auf Kosten der Freiheit anderer und maßt sich gegenüber der Allgemeinheit eine ungleich-privilegierte Freiheitssphäre an. Im Entzug von Freiheit, der ihm durch die Strafe auferlegt wird, wird die Ungleichheit, die der Täter durch seine Tat im Verhältnis zur Gemeinschaft gesetzt hat, gewissermaßen gegen ihn selbst gekehrt – er in die Konsequenzen seiner Unrechtsmaxime miteinbezogen.<sup>82</sup> Auf diese Weise soll, „wenn auch auf zunächst minderm Niveau“<sup>83</sup>, die durch die Tat gestörte Rechtsgleichheit wiederhergestellt werden.

Der Gedanke von der Freiheit als gemeinsamem Nenner von Verbrechen und Strafe<sup>84</sup> findet auch in der Straftheorie Pawliks seinen Widerhall.<sup>85</sup> Strafe versteht Pawlik als eine Art „Sekundärpflicht“ (Schadensersatzpflicht), die dem Delinquenten auferlegt wird, nachdem dieser seine vorrangige Pflicht zur Mitwirkung am Projekt allgemeiner und gleicher Freiheit (s.o.) durch sein Unrechthandeln verletzt hat und ihr in ihrer ursprünglichen Form ja insoweit auch nicht mehr nachkommen kann (die Tat lässt sich ja nicht ungeschehen machen). Ohne die Erfüllung jener „Loyalitätspflicht“ ist, wie oben schon dargestellt, rechtlich garantierte Freiheit aber nicht zu haben. Strafe bestätigt diesen Zusammenhang, und zwar „konsequenterweise“ durch den Entzug von Freiheit (in Form von Bewegungsfreiheit oder Geld).<sup>86</sup> Sie zeigt, „[...] daß jemand, der den bestehenden Zustand realer Freiheitlichkeit angreift, sich dadurch selbst um einen Teil seiner Freiheit bringt.“<sup>87</sup>

Freilich lässt sich daraus nicht ableiten, zwischen dem, was mit Strafe zum Ausdruck gebracht wird – Zurückweisung der in der Straftat liegenden Geltungsanmaßung – und der Form, in der es zum Ausdruck gebracht wird – etwa durch die zeitweise Aufhebung der Bewegungsfreiheit –

bestünde irgendeine Art notwendige Verbindung. Der Bedeutungsgehalt von Strafe muss nicht zwingend und immer durch die uns bekannten Formen des Zwangs symbolisiert werden. Es muss allerdings gewährleistet sein, dass er „sozial überzeugend“ und d.h. der Bedeutung des Verbrechens jeweils angemessen – verständlich – kommuniziert wird.<sup>88</sup> Die damit in Bezug genommenen Konventionen stehen zwar nicht für alle Zeiten unabänderlich fest. Willkürlich ändern lassen sie sich indes auch nicht: Wir können uns nicht von heute auf morgen dazu entschließen, unsere Missbilligung statt durch Mauern fortan durch Blumen zu artikulieren – so wenig es möglich ist, nach Belieben unsere Sprache zu ändern.<sup>89</sup> Da der Täter selbst seine Unrechtsmaxime nicht nur verbal, sondern tatsächlich handelnd, als geltend behauptet hat, erscheint es immerhin plausibel, dass eine Restitution des dadurch angegriffenen Rechts ebenfalls mehr erfordert als eine bloß verbale Reaktion.<sup>90</sup>

Wie diese ausfallen muss, um angemessen zu sein, und ob nicht auch schon die mit dem Schuldspruch verbundene Veränderung des Rechtsstatus des Täters (vorbestraft – nicht vorbestraft) ein entsprechendes „Mehr“ gesehen werden kann,<sup>91</sup> hängt maßgeblich davon ab, welche Bedeutung die Gesellschaft seinem Verbrechen beimisst, und dies wiederum davon, in welchem Maß sie sich ihrer Identität und Integrationskraft sicher ist. „Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an“, schreibt Hegel, und weiter: „Ist die Gesellschaft noch an sich wankend, dann müssen durch Strafen Exempel statuiert werden, denn die Strafe ist selbst ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens. In der Gesellschaft aber, die in sich fest ist, ist das Gesetzsein des Verbrechens so schwach, daß hiernach auch die Aufhebung dieses Gesetzseins zu messen sein muß.“<sup>92</sup>

### 3. Integration präventiver Anliegen

Auf diese Weise kommen auch die Anliegen der präventionstheoretischen Straftheorien zu ihrem – allerdings nur relativen – Recht. Das Bedürfnis der Allgemeinheit nach Bekräftigung der Norm oder der Einwirkung auf potentiell Tatgeneigte vermag nach dem Gesagten zwar unmittelbar weder Strafe an sich zu begründen noch ihre konkrete Zumessung zu beeinflussen. Es findet in der Straftheorie Hegels allerdings insofern Berücksichtigung, als ihr zufolge das Ausmaß des

<sup>79</sup> Scanlon, in: McCurrin (Hrsg.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Bd. 8, 1988, S. 151 (214).

<sup>80</sup> Hegel (Fn. 28), S. 179 (§ 93).

<sup>81</sup> Vgl. dazu näher: Kaiser (Fn. 2), S. 122 ff.

<sup>82</sup> Köhler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, S. 37 ff.; ders. (Fn. 9), S. 34 ff.; 50 ff.; ders. (Fn. 5), S. 48 ff. Siehe auch Seelmann, *JuS* 1979, 687 (690).

<sup>83</sup> Köhler (Fn. 5), S. 49.

<sup>84</sup> Kaiser (Fn. 2), S. 128: „tertium comparationis“; siehe auch Abraham (Fn. 30), S. 131.

<sup>85</sup> Pawlik (Fn. 5), S. 75 ff.; ders. (Fn. 3), S. 90 ff. Siehe auch die Darstellung bei: Abraham (Fn. 30), S. 118 ff.

<sup>86</sup> Pawlik (Fn. 5), S. 90 f.

<sup>87</sup> Pawlik (Fn. 3), S. 117 – *Hervorhebung* im Original.

<sup>88</sup> Nur *Kindhäuser*, GA 1989, 493 (503 f.); Pawlik (Fn. 50), S. 54; Zürcher (Fn. 1), S. 153 ff., 166; Zabel, in: Stekeler-Weithofer/Zabel (Hrsg.), *Philosophie der Republik*, 2018, S. 264 (278, 284).

<sup>89</sup> Vgl. Zürcher (Fn. 1), S. 158 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Kleszczewski*, in: Kubiciel/Pawlik/Seelmann (Fn. 52), S. 199 (209); Pawlik (Fn. 50), S. 54 ff. Hörnle (Fn. 9), S. 44 f., verweist noch darauf, dass Freiheits- und Geldstrafen es ermöglichen, die Missbilligung, die durch sie kommuniziert werden soll, dem jeweils verwirkten Unrecht entsprechend zu graduieren (ähnlich: Zürcher [Fn. 1], S. 157; krit.: Frisch, GA 2019, 537 [547]).

<sup>91</sup> Vgl. Köhler (Fn. 9), S. 51.

<sup>92</sup> Hegel (Fn. 28), S. 372 f. (§ 218 Anm. u. Zusatz).

Unrechts und somit das der Strafe auch davon abhängt, wie sicher sich die Gesellschaft ihrer selbst und der Geltungskraft ihres Rechts zu diesem Zeitpunkt ist. Dies bei der Bestimmung der Strafe heranzuziehen, ist deshalb legitim, weil der Täter, auch wenn er nicht allein für sie verantwortlich ist, immer in „eine konkrete Sicherheitslage hineindelinquiert“ und er sich „[...] von diesem die soziale Bedeutung seiner Tat mitprägenden Kontext nicht distanzieren [kann]“<sup>93</sup>. Auch das seitens der Lehre von der Spezialprävention in ihrer positiven Ausformung in den Fokus gerückte Gedanke der Resozialisierung kann und muss in diesem Modell Beachtung finden. Zu einer wirklichen Wiederherstellung des verletzten Rechtsverhältnisses unter Einschluss des Täters als dessen Mitkonstituenten, als „Bürger“, gehören über die zeitweise Rechtsstatusminderung hinaus erforderlichenfalls Angebote, die ihm dabei helfen, wieder „Fuß zu fassen“ und in Zukunft auch in ökonomisch-sozialer Hinsicht Teil an der Gesellschaft zu haben.<sup>94</sup>

#### IV. Kein Ende

Auch 250 Jahre nach seiner Geburt hält die Verbrechens- und Straftheorie *Hegels* also durchaus moderne Einsichten bereit. Festzuhalten ist insbesondere seine neuerdings vor allem seitens der expressiven Straftheorien betonte Erkenntnis, dass Verbrechen und Strafe nicht einfach zwei aufeinanderfolgende Verletzungen („Übel“) darstellen, sondern einen bestimmten Bedeutungsgehalt zum Ausdruck bringen. Strafe ist Kommunikation, und zwar *mit* und nicht wie bei den generalpräventiven Ansätzen *durch* den Straftäter.<sup>95</sup> Sie adressiert ihn als Mitträger der Rechtsordnung, nicht als deren Feind. Die konkrete Ausgestaltung des Kommunikationsmediums, der handfeste Strafwang, steht dabei allerdings nicht ein für alle Mal fest, sondern hängt von den jeweiligen sozialen Verhältnissen ab. In den Worten *Nietzsches*: „Es wäre ein *Machtbewußtsein* der Gesellschaft nicht undenkbar, bei dem sie sich den vornehmsten gönnen dürfte, den es für sie gibt – ihren Schädiger *straflos* zu lassen.“<sup>96</sup>

Der Strafwang wird daher ein „Ärgernis“ bleiben und seine Rechtfertigung ein Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen, an deren Fundament, wie einleitend erwähnt, die grundlegenden Fragen unseres ethischen Selbstverständnisses verhandelt werden. All dies sollte bei der Befassung mit dem Strafrecht nie aus dem Blick geraten; weder bei dessen Anwendung noch bei der hier ausgeklammerten Frage, welche Pflichten eigentlich als derart essentiell für einen Zustand allgemeiner Freiheit angesehen werden können, dass ihre Verletzung mit dem Entzug der (Bewegungs-)Freiheit beantwortet werden darf.

---

<sup>93</sup> Pawlik (Fn. 5), S. 94 Fn. 66. Siehe auch Köhler (Fn. 5), S. 51.

<sup>94</sup> Köhler (Fn. 4), S. 50; Pawlik (Fn. 5), S. 94 f.

<sup>95</sup> Pawlik (Fn. 50), S. 53.

<sup>96</sup> Nietzsche, Zur Genealogie der Moral (1887), in: Schlechta (Hrsg.), Friedrich Nietzsche: Werke in drei Bänden, Bd. 2, 1954, S. 814 (*Hervorhebungen* im Original).