

TOBIAS R. ANDRISSEK

Vergeltung als Strafzweck

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*
13

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 13



Tobias R. Andrissek

Vergeltung als Strafzweck

Empirisch-soziologische Begründung und
kriminalpolitische Folgerungen

Mohr Siebeck

Tobias R. Andrissek, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg; Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk Nürnberg; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht an der Universität Regensburg; seit 2016 Notarassessor, derzeit in Regensburg.

Die Abhandlung wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

e-ISBN PDF 978-3-16-155326-4

ISBN 978-3-16-155325-7

ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von epline in Neuffen gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Geleitwort

In der deutschen Diskussion um den Strafzweck, also in dem Streit um die richtige Straftheorie, hat die Vergeltungsidee die Rolle eines *Enfant terrible*. Die meisten lehnen sie als Strafzweck ab, und soweit man sie als einen solchen anerkennt, geschieht dies in beträchtlicher rechtsphilosophischer Flughöhe und mit Formulierungen, die mindestens so viele Fragen aufwerfen, wie sie beantworten sollen. Dem steht der Befund gegenüber, dass die Menschen unübersehbare und ubiquitäre Vergeltungsbedürfnisse haben und dass sowohl unser Gesetz als auch unsere Justiz diesen Bedürfnissen Rechnung tragen – oft ausdrücklich, darüber hinaus inzident. Daher liegt es nahe, diese Bedürfnisse und ihre geordnete und maßvolle Befriedigung für einen legitimen Strafzweck zu halten. Über solche Evidenzen und Lebenserfahrungen hinaus gibt es zu den Vergeltungsbedürfnissen der Menschen erfahrungswissenschaftliche (empirische) Erkenntnisse. Sie stammen aus der kriminologischen Schwereforschung, die auch in Deutschland betrieben wird, zu einem mindestens ebenso interessanten Teil indes von US-amerikanischen Verhaltenspsychologen und dem ebenfalls US-amerikanischen Strafrechtslehrer Paul H. *Robinson*. Die vorliegende Dissertation Tobias *Andrissaks* unternimmt den ersten deutschsprachigen Versuch, gestützt auf diese Forschungsergebnisse in einer Monografie die geordnete Befriedigung gesellschaftlicher Vergeltungsbedürfnisse als Strafzweck zu legitimieren. Und weil ich den Versuch für weitestgehend sehr geglückt halte, nehme ich dankbar die Gelegenheit wahr, der Dissertation ein Geleitwort zu schreiben und jene Punkte zu unterstreichen, die mir für die straftheoretische Diskussion in Deutschland besonders berücksichtigungswert erscheinen.

Der erste dieser Punkte ist die begriffliche Einsicht, dass man statt von Vergeltungsbedürfnissen auch von *Gerechtigkeitsintuitionen* der Menschen sprechen kann – wie dies schon *Robinson* tut: *Intuitions of Justice and the Utility of Desert* ist der Titel seines 2013 erschienenen straftheoretischen Hauptwerks („Gerechtigkeitsintuitionen und der Nutzen der Vergeltung“). Auch das *Gerechtigkeitsgefühl* der Menschen ist ein Begriff, der ihre Vergeltungsbedürfnisse umfasst. Und beide Begriffe, die Gerechtigkeitsintuitionen wie das Gerechtigkeitsgefühl, ermöglichen es vielleicht eher als das Wort „Vergeltung“, das Gehör der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft zu finden. Dies zumal dann, wenn ein Plädoyer für die Berücksichtigung solcher Intuitionen und Gefühle auch darauf hinweist, dass durch sie keineswegs das Tor für möglichst harte und populistische

sche Strafen geöffnet würde und keineswegs Resozialisierung und Prävention als Ziele staatlichen Handelns zu verabschieden wären – und diese Hinweise enthält die Dissertation von Tobias *Andrissek*. Sie macht deutlich, dass die Definition eines Strafzwecks – ganz egal, wie sie lautet – nie den Anspruch erhebt, abschließend vorzuschreiben, wie der Staat auf Straftaten zu reagieren und was er gegen sie zu unternehmen habe. Eine Straftheorie ist keine Theorie zur Begründung und Begrenzung alles kriminalitätsbezogenen staatlichen Handelns. Vielmehr hat sie allein das sehr beschränkte Ziel, in jenen Fällen, in denen eine Kriminalstrafe verhängt wird, zu sagen, warum das geschieht. In anderen Fällen mag es zwar ebenfalls sein, dass eine Straftheorie, hier die Vergeltungsidee, für eine Strafe spräche. Aber Straftheorien sind nie allein auf der Welt, sie sind nie der einzige Leitstern staatlichen Handelns. Sie formulieren stets nur eines von vielen legitimen Zielen dieses Handelns, und wo sie mit anderen solcher Ziele in einen Zielkonflikt geraten – und das tun sie *immer* –, hat ein Gemeinwesen abzuwägen, welches Anliegen ihm das wichtigere ist. Und es ist nicht gesagt, dass dies stets jenes Ziel sein müsste, das die Kriminalstrafen haben. Daher sind zum Beispiel Regelungen zur Bewährung kein Widerspruch zu einer retributiven Straftheorie. Denn sie stellen nicht den Strafzweck in Frage, sondern halten es lediglich für wichtiger als diesen Zweck – bei den Taten, für die sie gelten –, eine Entsozialisierung des Täters durch den Strafvollzug zu vermeiden. Das macht die vorliegende Dissertation noch einmal deutlich. Und sie zeigt, dass selbstverständlich auch eine retributive Straftheorie das Ultima-ratio-Prinzip zu beachten hat. Exemplarisch sei auf die Forderung *Andrisseks* hingewiesen, Freiheitsstrafen als Sanktionen soweit als möglich zurückzudrängen. Außerdem stellt er dabei das Ultima-ratio-Prinzip endlich vom Kopf auf die Füße, indem er sich zumindest für den Kernbereich des Strafrechts nicht dem präventiven Tagtraum hingibt, die Strafe wäre ein – wenn auch nur äußerstes – Mittel, um künftige artgleiche Delikte zu verhindern (Bestrafung des Diebstahls, um Diebstähle zu verhindern). Sondern er betrachtet sie lediglich als ein Mittel, besonders starke, empirisch nachhaltig ermittelte Gerechtigkeitswünsche zu befriedigen.

Zugleich führt *Andrisseks* Dissertation vor, dass eine empirisch-soziologische Vergeltungstheorie erstens in der Lage ist, punitiven Gelüsten des Gesetzgebers Einhalt zu gebieten, und dass sie dies zweitens den herkömmlichen Präventionstheorien voraus hat. Denn eine solche Vergeltungslehre sagt nicht nur, warum der Staat auf eine Straftat – unter bestimmten Bedingungen – mit einer Strafe reagieren darf. Sie sagt auch, wie man ermitteln sollte, *was* unter Strafe gestellt werden darf: nur solches Verhalten, das in der Rechtsgemeinschaft jene starken, empirisch nachhaltig ermittelten Gerechtigkeitsbedürfnisse auslöst. Ob dies zum Beispiel der Besitz eines Joints tut oder der sogenannte Geschwisterinzest unter Erwachsenen oder die verantwortungsvolle Hilfe beim Suizid durch einen Verein wie *Dignitas* – das darf man bezweifeln, und es gibt zahlreiche weitere Beispiele. Demgegenüber zeigt *Andrisseks* Arbeit, dass die Präventionstheorien

jener Strafrechtsexpansion Vorschub leisten, die wir seit Jahren erleben und die durch die Europäisierung des Strafrechts weiter angeheizt wird. Denn wer meint, durch die Bestrafung eines Diebstahls könne man Diebstähle verhindern, der hält das Strafrecht für ein Instrument, um die Welt zu verbessern, der glaubt, mit dem Strafrecht potentiell jedes erwünschte Verhalten erzwingen zu können. Und dann wird das Strafrecht zu einem stets probaten und im Zweifel auch legitimen Mittel der Verhaltenssteuerung – ist ja alles für einen guten Zweck! Und man dürfe doch von den Rechtsgenossen erwarten, dass sie sich an die Regeln halten, wozu gibt es die schließlich.

Demgegenüber weist eine empirisch gestützte und soziologisch orientierte Vergeltungstheorie, wie *Andrissek* sie entwirft, dem Strafrecht eine bescheidenerere Aufgabe zu: Es hat nur noch jene Mindestzustimmung der Bürger zu ihrem Staat zu sichern, die für ein geordnetes und friedliches Miteinander erforderlich ist. Das gibt dann auch, es sei erneut betont, der *Ultima-ratio*-Regel eine andere Richtung. Denn das Strafrecht ist jetzt nur noch erforderlich, wenn das Gerechtigkeitsgefühl der Bürger sonst in einem für sie nicht mehr hinnehmbaren Maße beleidigt würde. Nicht die maximalen Bestrafungswünsche geben das Ziel vor, sondern die Mindestbedürfnisse. Und die lassen sich empirisch jedenfalls besser, und das heißt rationaler ermitteln als jene Prävention, die sich die herrschenden Straftheorien auf die Fahnen schreiben – ohne je ernsthaft zu fordern, man möge einmal rechtstatsächlich prüfen, ob und wann die Präventionsziele überhaupt erreicht würden. An einer solchen Forderung kommt man aber unter der Herrschaft des Grundgesetzes gar nicht vorbei. Zwar billigt es dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu hinsichtlich der Wirkungen seiner Gesetze. Doch irgendwann hat er den Nachweis zu erbringen, dass seine Einschätzungen im wesentlichen richtig sind. Und dies am dringendsten dort, wo es um so tiefe Eingriffe in Freiheit und Eigentum geht, wie sie das Strafrecht erlaubt.

Verdienstvoll ist *Andrisseks* Arbeit schließlich auch deshalb, weil sie nicht versucht, die Vergeltungsbedürfnisse der Menschen metaphysisch zu adeln. Das gilt erstens für den Ursprung dieser Bedürfnisse, den *Andrissek* nicht in einer überpositiven Erleuchtung des einzelnen sucht, sondern in unserer evolutionsbiologischen Geschichte. Und zweitens weist *Andrissek* auch auf jene empirischen Befunde hin, die zeigen, dass sich die meisten von einer Befriedigung ihrer Vergeltungsbedürfnisse zu viel erhoffen, und zwar einen Seelenfrieden, der in der Regel ausbleibt. Es ist sogar so, dass es Menschen nach erlittenem Unrecht schneller besser geht, wenn sie wissen, dass es keine Vergeltung geben wird, und sie so gezwungen sind, ihre Gedanken auf neue positive Ziele zu richten, statt sie weiter um das Unrecht und seinen Verursacher kreisen zu lassen. Inneren Frieden findet nur, wer seine Vergeltungswünsche überwindet. Aber das kann nur gelingen, wenn er sie zunächst einmal als vorhanden anerkennt. Dies gilt nicht nur für den einzelnen, sondern auch für die Gesellschaft – und ihre Strafrechtswissenschaft.

Jedes Kind braucht einen Namen, und wenn das Kind eine Straftat ist, sollte der Name in besonderem Maße das haben, was man im Markenrecht Unterscheidungskraft nennt. Tobias *Andrissek* schlägt vor, die empirisch-soziologische Theorie, die er skizziert, *retributive Generalprävention* zu taufen. Das halte ich für eine glückliche Wahl. Der Begriff der Generalprävention ist insofern am Platze, als es um Wirkungen der Strafe in der Allgemeinheit geht. Doch ist nicht die Abschreckung der Bürger das Ziel, also keine negative Generalprävention, und anders als bei der positiven Generalprävention geht es auch nicht darum, das Vertrauen der Bürger in die Geltung der verletzten Verhaltensnorm zu stützen – das ist höchstens ein positiver Nebeneffekt. Bildlich gesprochen: Nach einem Diebstahl will man den Rechtsgenossen nicht versichern, dass es tatsächlich verboten ist zu stehlen. Sondern die Strafe soll verhindern, dass die Rechtsgenossen dem untätigen Staat die Solidarität aufkündigen. Zugespitzt: Nach einem Diebstahl gilt es nicht, weitere Diebstähle zu verhindern, sondern zu verhindern, dass bei der Polizei und beim Dieb die Fensterscheiben eingeworfen werden.

Neben ihrem straftheoretischen Ertrag zeichnet sich die vorliegende Dissertation nicht nur am Rande dadurch aus, dass sie einen wichtigen Beitrag zum deutsch-amerikanischen Strafrechtsdialog leistet. Und dabei geht sie mit Blick auf Soziologie und Psychologie so interdisziplinär vor, wie man es von der Rechtswissenschaft immer wieder mit gutem Grund verlangt und doch nur selten erlebt. Tobias *Andrissek* meinen Glückwunsch zu seiner Leistung! Seiner Arbeit wünsche ich zahlreiche Leser – und denen, die jetzt schon lesen, eine informative und anregende Lektüre.

Regensburg im Mai 2017

Tonio Walter

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Ausrichtung und Anlass der Untersuchung	1
II. Praktische Auswirkungen der Strafzweckbestimmung	2
III. Der empirisch-soziologische Ansatz	4
B. Erster Hauptteil: Legitimation von Strafe	7
I. Das Vergeltungsbedürfnis als Wurzel der Strafe	7
1. Wichtige Begriffe und Ausgangspunkt	7
a) Was bedeutet „Strafe“?	7
b) Strafintuition und Straftheorien	8
c) Ausgangspunkt: Beschreibung statt Rechtfertigung	10
d) Strafbedürfnis, Rachebedürfnis, Vergeltungsbedürfnis	11
2. Empirische Erkenntnisse zum Vergeltungsbedürfnis	14
a) Evolutionsbiologische Ansätze	15
b) „Altruistische Bestrafung“	20
c) Ist die Strafneigung angeboren oder erlernt?	24
d) Die moralische Proportionalität als subjektiver Maßstab	30
e) Neurologische Grenzen moralischer Vorstellungen und mögliche Folgerungen für das Strafrecht	33
3. Zwischenergebnis: Das Vergeltungsbedürfnis beruht auf menschlichen Gerechtigkeitsintuitionen	35
II. Gerechtigkeitsintuitionen und Staat	37
1. Die Anfänge der staatlichen Strafe	38
2. Legitimationskrise und metaphysische Ansätze	40
a) <i>Kant</i> : Eine absolute Straftheorie	41
b) <i>Hegel</i> : Die Relativierung der Gerechtigkeit	43
3. Der Niedergang der alten Vergeltungstheorien	45
4. Der Zustand der klassischen Präventionstheorien	47
a) Die negative Generalprävention	47
b) Die Spezialprävention	50
c) Allgemeine Kritik	52
d) Vereinigungstheorien	54

5. Abolitionismus und außerstrafrechtliche Instrumente	55
6. Exkurs: Die Entwicklung in den USA	57
a) „Nothing works“ und „Just deserts“	57
b) Der Krieg gegen das Verbrechen	59
7. Zwischenergebnis: Zwecklose Gerechtigkeit und ungerechte Prävention sind zur Legitimation von Strafe nicht geeignet	61
<i>III. Einordnung des empirisch-soziologischen Ansatzes</i> <i>in die Diskussion</i>	61
1. Verwandte Konzepte	61
a) Vorab: Was ist eigentlich positive Generalprävention?	62
b) <i>Haffke</i> und <i>Streng</i> : „Tiefenprävention“	64
c) <i>Jakobs</i> : Strafe als Kommunikation	69
d) <i>Baurmann</i> : Anforderungen an eine empirische Variante der positiven Generalprävention	73
e) <i>Robinson</i> : „Empirical deserts“	75
2. Systematische Einordnung	81
a) Eine subjektive Vergeltungstheorie?	81
b) Expressiv oder präventiv?	83
3. Zwischenergebnis: Vergeltung ist ein Mittel zum Zweck	87
<i>IV. Einzelfragen der Legitimation</i>	87
1. Zum naturalistischen Fehlschluss	88
2. Die tatsächlichen Wirkungen der Strafe	90
a) Warum sich Menschen an Strafgesetze halten	91
b) Kooperationseffekte	94
c) Lerneffekte?	96
d) Das Problem der schwankenden Punitivität	101
e) Lösung: Gesellschaftlicher Kompromiss sowie Trennung von Mikro- und Makroebene	106
f) Das Problem der Kommunikation bei Gesetzen und Urteilen	110
3. Die Trennung von legitimen und illegitimen Bedürfnissen	113
a) Braucht man einen objektiven Wertungsfilter?	113
b) Gerechtigkeitsintuitionen als Ausgangspunkt der kriminalpolitischen Abwägung	116
4. Die Legitimation gegenüber dem Täter	119
a) Das Schuldprinzip	121
b) Willensfreiheit?	130
c) Verhältnismäßigkeitsprinzip, Fairness, Gesellschaftsvertrag	138
5. Die Latenzproblematik	142
6. Ausblick: Rechtsfrieden oder Vernunft?	144
a) Der Drahtseilakt jeder Strafrechtsreform	144
b) Die psychologischen Folgen der Vergeltung	147
<i>V. Ergebnis des ersten Hauptteils</i>	148

C. Zweiter Hauptteil: Kriminalpolitische Folgerungen.....	151
I. <i>Allgemeine Umsetzungsschranken</i>	151
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	151
2. Mögliche Konflikte zwischen Intuitionen und Verfassung	153
a) Das Gesetzlichkeitsprinzip	153
b) Beweisverwertungsverbote	154
c) Die beschränkte Öffentlichkeit des Verfahrens	155
d) „Deals“ im Strafprozess	156
e) Sonstige Schranken	156
II. <i>Die Höhe der Strafe</i>	157
1. Strafbares Verhalten und Strafraumen	157
a) Welches Verhalten soll bestraft werden?	157
b) Einschränkungen durch die Rechtsgutslehre?	161
c) Die Stellung der Ordnungswidrigkeiten	163
d) Die unangemessene Gestaltung der Strafraumen im geltenden Recht	165
2. Die Ermittlung von Gerechtigkeitsintuitionen in der Praxis	171
a) Schwereuntersuchungen nach <i>Sellin</i> und <i>Wolfgang</i>	171
b) Die Studien von <i>Robinson</i> und <i>Darley</i>	175
c) Die nötige Übereinstimmungsquote und der absolute Endpunkt der Strafskala	181
3. Fragen der technischen Umsetzung	183
a) Alle Macht dem Gesetzgeber?	183
b) Regelbeispiele als untauglicher Kompromiss zwischen Gerechtigkeit und Bestimmtheit	186
c) Probleme bei der richterlichen Auslegung und Strafzumessung	192
d) Relative Gerechtigkeit und „Sentencing guidelines“	197
e) Präventive Aspekte in der Strafzumessung?	202
4. Die Behandlung von Vorstrafen	205
a) Baseballregeln für Rückfalltäter?	205
b) Die allgemeine Relevanz von Vorstrafen	207
III. <i>Die Art der Strafe</i>	212
1. Der Strafvollzug	212
2. Die Strafaussetzung zur Bewährung	216
a) Die Bewährungsstrafe als eigenständige Sanktion	216
b) Verbot und zwingende Anordnung der Freiheitsstrafe	218
3. Alternative Sanktionen	221
a) Die gemeinnützige Arbeit	224
b) Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich	227
c) Weitere Sanktionsarten	231
IV. <i>Sonstige Folgerungen</i>	234

<i>V. Ergebnis des zweiten Hauptteils</i>	235
D. Thesen in Kurzform	237
Schrifttum	239
Sachverzeichnis	253

A. Einführung

I. Ausrichtung und Anlass der Untersuchung

Schon wieder eine Arbeit über Strafzwecke? Wenn man die Berge von Schriften zu diesem Thema betrachtet, möchte man meinen: Hier wurde schon alles gesagt – und zwar mehrfach. Der Streit um den Sinn und Zweck der Strafe dauert seit Jahrhunderten an,¹ auch weil er die ewigen Fragen nach dem Wesen des Menschen, der Gesellschaft und des Staates berührt.² Diese gewaltige Dimension hat mich besonders motiviert. Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Autoren³ geht es mir aber nicht vorrangig um eine philosophische Aufarbeitung.

Diese Arbeit nähert sich der Legitimation von Strafe nämlich zunächst rein empirisch (erfahrungswissenschaftlich), das heißt sie beschäftigt sich mit messbaren Verhältnissen der Welt und zieht daraus theoretische Schlussfolgerungen. Im Fokus stehen Studien aus der Evolutionsbiologie, der Psychologie, der Verhaltensforschung und der Hirnforschung, die neue Impulse für unser Verständnis der Strafe liefern. In diesem interdisziplinären Bereich, „durchsetzt und gesteuert von Kompetenz- und Innovationsängsten, von Destruktions- und Entwertungslust, von Omnipotenzansprüchen und Profilierungssucht“⁴, möchte ich den Leser um eine gewisse Offenheit bitten.

Bei der Untersuchung ist mir recht schnell klar geworden, dass man trotz aller Empirie um eine Beschäftigung mit rein philosophischen Modellen nicht herumkommt. Das liegt zum einen daran, dass die Verbindung zur bisherigen Diskussion nicht fehlen darf – und diese eben oft nicht empirisch geführt wird. Zum anderen tauchen auch beim hier analysierten Begründungsansatz die klassischen normativen Rechtfertigungsprobleme auf, sobald man die rein be-

¹ Dazu *Schmidhäuser*, Einführung, S. 55; eine kurze Zusammenfassung bieten *Beulke/Satzger*, W/B/S, Rn. 21 ff. und *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 2a ff.; vgl. zu den Anfängen in der griechischen und römischen Philosophie *Günther*, Idee, S. 96 ff., 131 ff.; für das aktuelle Jahrhundert auch die Nachweise bei *T. Walter*, GS Michael Walter, S. 831 (832 Fn. 3).

² Vgl. zum Einfluss des Welt- und Menschenbildes *Bock*, JuS 1994, 89 (ebd.); zum Zusammenhang zwischen Strafzweckbestimmung und Staatsverständnis *Müller-Dietz*, FS Jeschke, S. 813 (f.).

³ Soweit zur sprachlichen Vereinfachung in dieser Arbeit nur die männliche Form verwendet wird, sind immer Personen jeglichen Geschlechts gemeint.

⁴ *Haffke*, Tiefenpsychologie, S. 12; vgl. hierzu auch *Hamann*, Jurisprudenz, S. 16 ff.

schreibenden Erfahrungswissenschaften verlässt und danach fragt, ob der Staat strafen *darf*.

Zum Thema: Meine Dissertation beschäftigt sich damit, ob im Menschen ein empirisch nachweisbares Vergeltungsbedürfnis angelegt ist und ob die Notwendigkeit seiner Befriedigung für sich allein rechtfertigen kann, dass der Staat das scharfe Schwert des Strafrechts einsetzt. Den hier untersuchten Ansatz hat *Tonio Walter* erstmals 2011 in der ZEIT skizziert.⁵ Das Echo auf diese Veröffentlichung ist erwartungsgemäß geteilter Natur gewesen, wobei sich vor allem die kritischen Stimmen Gehör verschafft haben.⁶ Eine eingehende Untersuchung ist mir aus zwei Gründen nötig erschienen: Erstens ist eine solche bis dato nicht erfolgt, zweitens gibt es im anglo-amerikanischen Raum ähnliche Theorien, die hierzulande noch nicht hinreichend berücksichtigt worden sind.

II. Praktische Auswirkungen der Strafzweckbestimmung

Zumindest in groben Zügen soll im Vorfeld die Frage behandelt werden, warum es überhaupt für die *Praxis* eine Rolle spielt, welcher Strafzweck nun der richtige ist. Handelt es sich dabei nicht bloß um ein akademisches Gedanken-spiel? Nach einer klassischen Auffassung kommen Auswirkungen auf den drei Ebenen Gesetzgebung, Strafzumessung und Strafvollzug in Betracht:⁷

Der *Gesetzgeber* muss sich überlegen, welche Strafrahmen und welche Ausfüllungskriterien er dem Richter zur Verfügung stellt.⁸ Gestaltet er das Strafrecht etwa rein spezialpräventiv, muss er bei den Einzeltatbeständen vollständig auf Strafrahmen verzichten. Dadurch lässt er dem Richter möglichst freie Hand zur Bestimmung derjenigen Sanktion, die am besten zur Abschreckung, Besserung oder Unschädlichmachung des Täters geeignet ist. Will er nur die Abschreckung der Allgemeinheit, sollte er dagegen die Strafrahmen nach Häufigkeit und Entdeckungswahrscheinlichkeit der Delikte abstufen.⁹ Für diese beiden Strafzwecke sind also Deliktsschwere und Schuld des Täters

⁵ *T. Walter*, DIE ZEIT 51/2011, 15; der Artikel verweist auch auf die ausführlichere Behandlung des Ansatzes bei *dems.*, ZIS 2011, 636 (ff.); hinzuweisen ist daneben auf seine jüngst erschienene knappe Darstellung „Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips“.

⁶ Genannt seien nur die Beiträge von *Leicht*, DIE ZEIT 52/2011, 11 und von *Engel*, DIE ZEIT 1/2012, 13 sowie die Online-Kommentare zu *T. Walters* Artikel, zu finden unter <http://www.zeit.de/2011/51/Strafjustiz> (zuletzt abgerufen am 16.02.2017).

⁷ So etwa bereits v. *Liszt*, Zweckgedanke, S. 3; vgl. daneben *Pawlik*, Person, S. 13.

⁸ Dazu ausführlich unter B II 4 und unter C II 1 d.

⁹ Zum Ganzen *Dreher*, FS Bruns, S. 141 (146); siehe zur negativen Generalprävention auch *Hoerster*, Strafe, S. 99 f.; *Jakobs*, Strafrecht AT², 1/30; *Kalous*, Generalprävention, S. 66 f.; *Reichert*, Intersubjektivität, S. 52; *Robinson*, Intuitions, S. 100; *dems.*, Principles, S. 8, 12; zur Spezialprävention *Maiwald*, FS Gallas, S. 137 (142); *Reichert*, Intersubjektivität, S. 122.

keine (allein) maßgebenden Faktoren.¹⁰ Der Strafzweck beeinflusst auch die Art und Ausgestaltung von Strafen.¹¹ Konzentriert man sich beispielsweise auf die Unschädlichmachung von Tätern für die Zukunft, kann man dieses Ziel durch Geldstrafen meist nicht erreichen.¹² Zudem entscheiden die Strafzwecke auf der Gesetzgebungsebene bei genauer Betrachtung auch über die Relevanz von Entschuldigungsgründen, mildernden Umständen und tatbestandlichen Erfolgen. All diese Aspekte können aus einer rein präventiven Sicht nämlich unbedeutend sein, etwa wenn ein bloß versuchter Mord den Täter nicht weniger gefährlich erscheinen lässt als ein erfolgreicher.¹³

Ferner wird die *Zumessung* der konkreten Strafe durch den Richter davon beeinflusst, worin er die Funktion dieser Strafe sieht. Soweit ihn das Gesetz nicht abschließend an einen Strafzweck bindet, verbleiben ihm Spielräume. Ist es also zum Beispiel nicht verboten, eine Strafe aus Gründen der Abschreckung zu erhöhen, kann der Richter bei einem in letzter Zeit häufiger vorkommenden Delikt an „seinem“ Täter ein Exempel statuieren.¹⁴

Auch für Entscheidungen innerhalb des *Strafvollzugs* – etwa über Hafturlaub und Lockerungen – können nach einem Teil der Rechtsprechung die Strafzwecke relevant werden, insbesondere beim Vollzug wegen schwerer Delikte und bei Vollzugsmaßnahmen mit Außenwirkung. In der Literatur wird das allerdings bestritten.¹⁵

Darüber hinaus ist auch die Verbrechenslehre nach heute verbreiteter Meinung an den Strafzwecken auszurichten – sie soll *funktional* sein.¹⁶ Nach *Claus Roxin* hängt etwa die im Einzelfall festzustellende Schuld („Verantwortlichkeit“) des Täters ab von spezial- und generalpräventiven Erwägungen, sie bestimmt kriminalpolitisch die Sanktionsbedürftigkeit.¹⁷ Auch *Michael Kubiciel* hat jüngst ausgeführt, die Anwendung der strafrechtlichen Tatbestände erfordere immer allgemeine Regeln der Zurechnung, die man der Straftheorie zu entnehmen habe. Damit sei also letztlich die gesamte Auslegung des materiellen

¹⁰ Auch dazu noch ausführlich unter B II 4 und unter B IV 4 a.

¹¹ *Riklin*, AT 1, § 5 Rn. 9; vgl. dazu auch *Laun*, Sanktionen, S. 19.

¹² Vgl. zu den Wechselwirkungen zwischen Strafpraxis und Straftheorie hinsichtlich der Sanktionsarten *Schmidhäuser*, Sinn, S. 34 f.

¹³ *Robinson*, Intuitions, S. 98 ff., 101 ff.; *ders.*, Principles, S. 9, 13 f., 15; vgl. zur Wertungsabhängigkeit von Gefährlichkeitsprognosen daneben *Schmidhäuser*, Sinn, S. 82.

¹⁴ Dazu *T. Walter*, GS Michael Walter, S. 831 (832 f.); vgl. zu den Auswirkungen auf die Strafzumessung auch *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (353 ff.).

¹⁵ Vgl. nur *Arloth*, JA 2008, 561 (562); *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, § 6 Rn. 42; *Laun*, Sanktionen, S. 25; nach BVerfGE 64, 261 (ff.) ist es etwa verfassungsrechtlich zulässig, bei der Entscheidung über Hafturlaub die besondere Schwere der Tatschuld zu beachten.

¹⁶ Siehe etwa *Kubiciel*, Wissenschaft, S. 5 Fn. 30 und *Roxin*, AT 1, § 7 Rn. 26 ff., jeweils mit Nachweisen; vgl. auch *T. Walter*, ZIS 2011, 636 (645 f.).

¹⁷ *Roxin*, AT 1, § 7 Rn. 29; *ders.*, FS Henkel S. 181 f.; siehe zu seiner Deutung des § 33 StGB etwa *dens.*, AT 1, § 22 Rn. 69 und vgl. dazu *Pawlik*, Person, S. 85 sowie dort Fn. 39.

Strafrechts von der Straftheorie geprägt.¹⁸ Inwiefern diese sehr weitgehende Annahme und die übrigen Auswirkungen des Strafzwecks auch für den hier untersuchten Ansatz Bedeutung gewinnen, wird erst im zweiten Hauptteil der Arbeit untersucht. Jedenfalls der Gesetzgeber kommt aber nicht an der Frage vorbei, was er mit der Strafe eigentlich erreichen will.

III. Der empirisch-soziologische Ansatz

Damit der Leser im weiteren Verlauf schon ein vollständiges Bild vom Untersuchungsgegenstand hat, sei der empirisch-soziologische Begründungsansatz vorab in seinen Grundzügen dargestellt:

T. Walter schließt aus den Ergebnissen verhaltenspsychologischer Studien, in fast allen Menschen sei ein Vergeltungsbedürfnis angelegt,¹⁹ das zu einem Wunsch nach Bestrafung führe. Insbesondere habe sich gezeigt, dass nahezu jeder Mensch in der Rolle eines unbeteiligten Richters bei der Zumessung einer Einzelfallstrafe ausschließlich nach Vergeltungsgesichtspunkten vorgehe – und präventive Erwägungen hier nicht relevant würden.²⁰ Ferner argumentiert er, die genannten empirischen Erkenntnisse könnten eine Rechtfertigung für staatliche Kriminalstrafe liefern, da der Staat die Voraussetzungen für die Befriedigung dieser Vergeltungsbedürfnisse seiner Bürger schaffen dürfe, um für Rechtsfrieden zu sorgen und Selbstjustiz sowie den Zerfall des Staates zu verhindern.²¹ Infolgedessen verlangt *T. Walter* von der Kriminalpolitik, die jeweiligen Strafhöhen an die tatsächlichen Vergeltungsbedürfnisse der Bürger anzupassen, und zwar auf der Grundlage empirischer Erhebungen. Zudem fordert er allgemein eine präzisere Regelung der Strafhöhen und der Strafzumessungskriterien durch den Gesetzgeber und schließlich die Einführung der gemeinnützigen Arbeit als dritte Hauptstrafe, da diese in der Bevölkerung sehr viel Zuspruch erhalte.²²

Der Ansatz ist also *empirisch*, weil er auf erfahrungswissenschaftlichen Befunden beruht, und er ist *soziologisch*, weil er die Bedeutung der Strafe für das Zusammenleben von Menschen im Blick hat. Das Konzept soll nun

¹⁸ *Kubicjel*, Wissenschaft, S. 172, 288; besonders deutlich wird der Zusammenhang zwischen Strafzweck und Verbrechenslehre auch bei *Jakobs*, Strafrecht AT², 1/12, 17/18 ff., zu seiner Theorie ausführlich unter B III 1 c und B IV 4 a.

¹⁹ *T. Walter*, GS Michael Walter, S. 831 (838f.) mit Verweis auf die Studie von *Fehr/Gächter*, Nature 415 (2002), 137 (ff.).

²⁰ *T. Walter*, GS Michael Walter, S. 831 (838f.); siehe dazu *Carlsmith/Darley/Robinson*, Journal of Personality & Social Psychology 83 (2002), 284 (292 ff.).

²¹ *T. Walter*, ZIS 2011, 636 (644); *ders.*, GS Michael Walter, S. 831 (839); vgl. zu dieser Befriedigungsfunktion der Strafe im Kontext der Generalprävention auch *Streng*, Sanktionen, S. 15f.

²² *T. Walter*, GS Michael Walter, S. 831 (843).

systematisch auf seine Leistungsfähigkeit überprüft werden. Dabei zerfällt die Untersuchung in zwei Hauptteile: Im ersten Hauptteil fragt die Arbeit danach, ob staatliche Strafe allein durch Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung gerechtfertigt werden kann. Zunächst wird anhand empirischer Erkenntnisse gezeigt, dass es diese Bedürfnisse gibt und woher sie kommen könnten. Dann wird der Blick auf den Staat gelenkt und versucht, die Probleme klassischer Legitimationskonzepte herauszuarbeiten. In einem weiteren Schritt erfolgt eine Einordnung des empirisch-soziologischen Ansatzes in die bisherige Diskussion anhand verwandter Begründungsmodelle. Zum Schluss geht es um die eigentliche Legitimation von Strafe und ihre Grenzen. Der zweite Hauptteil behandelt die kriminalpolitischen Folgerungen, die sich aus einem solchen Begründungsansatz ergeben. Dabei wird vor allem untersucht, wie sich Vergeltungsbedürfnisse quantitativ messen lassen und was man daraus für die gesetzlichen Tatbestände und ihre Rechtsfolgen ableiten kann. Der eilige Leser sei auf die kurze Zusammenfassung aller Ergebnisse unter dem letzten Gliederungspunkt D verwiesen.

B. Erster Hauptteil: Legitimation von Strafe

I. Das Vergeltungsbedürfnis als Wurzel der Strafe

1. Wichtige Begriffe und Ausgangspunkt

„Die Strafe stand am Anfang (Vertreibung aus dem Paradies), und die Strafe wird am Ende stehen (Jüngstes Gericht). Sie ist das A und das O menschlicher Gesellschaftsformen.“¹

a) Was bedeutet „Strafe“?

Der Begriff meint im Rahmen der Strafzweckdiskussion die *staatliche Kriminalstrafe* – und erfasst damit weder die biblischen Ereignisse im obigen Zitat (*religiöse Strafe*) noch den Hausarrest für ein ungehorsames Kind (*soziale Strafe*).² Das Angebot an Definitionen ist vielfältig, hier sei nur ein kleiner Überblick gegeben. Nach einer eher neutralen Variante handelt es sich bei der Kriminalstrafe um die Ahndung einer Rechtsverletzung in der Vergangenheit, durch die ein sozialetisches Unwerturteil über den Täter ausgedrückt wird.³ Andere Autoren setzen abweichende Akzente, wobei sie oft bereits inhaltliche Kriterien eines bevorzugten Strafzwecks einweben.⁴ So heißt es etwa bei *Hanno Kaiser*: „Strafe ist das von einer zuständigen Stelle für eine vergangene und zu-rechenbare Tat intentional gegen den Täter verhängte und der Bedeutung seiner Tat angemessene Übel.“⁵ Durch den Verweis auf diese Verhältnismäßigkeit enthält hier bereits die Definition ein vergeltungstheoretisches Element.⁶ Nach *T. Walter* ist Strafe „jedes Übel, das die Rechtsgemeinschaft einem Rechts-

¹ *Scheerer*, FS Jäger, S. 69 (f.).

² Siehe zu diesen beiden anderen Erscheinungsformen und zur Abgrenzung *Hoerster*, Strafe, S. 15 ff.; vgl. zu den sozialen Sanktionen auch *Hassemer*, Einführung, S. 317; vgl. ferner *Schmidhäuser*, Einführung, S. 8, 10; *dens.*, Sinn, S. 40.

³ *Beulke/Satzger*, W/B/S, Rn. 4.

⁴ Vgl. zur Etymologie und zur ideologischen Einfärbung von Strafdefinitionen *Spycher*, Legitimität, S. 22 f. sowie ausführlich zu den einzelnen Definitionsmerkmalen dort S. 25 ff.

⁵ *H. Kaiser*, Widerspruch, S. 143.

⁶ *Schmidhäuser*, Einführung, S. 83 meint sogar, das Prinzip „Übel für Fehlverhalten“ beschreibe schon ohne Zusatzelement eine vergeltende Reaktion; siehe hierzu ferner *Müller-Dietz*, FS Jescheck, S. 813 (815); *Neumann*, in: Kritik, S. 89 (90); *Plack*, Plädoyer, S. 7, 17; *Robinson*, Principles, S. 113; *Pawlik*, Person, S. 16 f. bemerkt aber, dass die bloße Definition für präventive Legitimationsmöglichkeiten keine Einschränkung mit sich bringe.

unterworfenen zufügt, weil er etwas sozialetisch besonders Missbilligtes getan hat und um diese Missbilligung zu unterstreichen⁷.

Die „sozialetische Missbilligung“ als Erhebung eines Vorwurfs gegen eine Person ist ein wesentliches Kriterium, da es die Kriminalstrafe unter anderem von der Abgabenerhebung, vom Zivilrecht und von den rein präventiven Maßregeln der Besserung und Sicherung abgrenzt.⁸ Schon der Wortteil „ethisch“ macht deutlich, dass hier moralische Wertvorstellungen eine besondere Rolle spielen.⁹ Auch das Merkmal „Übel“ ist zentral: Die Strafe muss – zumindest von den meisten Menschen – als Übel angesehen werden, also trotz aller Humanisierung der Strafpraxis zu einem Leid für den Bestraften führen. Strafe muss dem Betroffenen wehtun.¹⁰

Die zwei Komponenten „sozialetisches Unwerturteil“ und „Übel“ sind für unser Verständnis der Kriminalstrafe unverzichtbar, es geht also im Kern um Folgendes: Der Staat fügt jemandem ein Übel zu, der gegen ein Strafgesetz verstoßen hat, und drückt damit eine qualifizierte Missbilligung aus. Der Täter soll leiden, weil er etwas besonders Verwerfliches getan hat, etwa gestohlen (§ 242 Abs. 1 StGB) oder einen anderen Menschen verprügelt (§ 223 Abs. 1 StGB). Diese Reaktion betrachten alle Beteiligten grundsätzlich als normal und hinterfragen sie im strafrechtlichen Alltag nicht weiter. Abgesehen von Details wie der Höhe und Art der Strafen sowie der Auswahl der strafbaren Delikte geht diese Selbstverständlichkeit sogar so weit, dass man sich eine Gesellschaft ohne das „notwendige Übel par excellence“¹¹ gar nicht vorstellen kann.

b) Straftuition und Straftheorien

Der Streit um die Strafzwecke beruht interessanterweise auf einer zunächst nicht begründeten *intuitiven* Annahme: Strafe ist notwendig. Das gilt jedenfalls für die Reaktion auf hinreichend schweres Fehlverhalten.¹² Hört man beispielsweise von einem Mordfall, so kommt man schnell und ohne viel geistigen

⁷ T. Walter, ZIS 2011, 636 (637); Pawlik, Person, S. 15 nennt als zusätzliches Merkmal noch die Zufügung des Übels „in einem formalisierten staatlichen Verfahren“.

⁸ v. Hirsch, in: Kritik, S. 57 (65, 67); Spycher, Legitimität, S. 28; siehe ferner Bock, JuS 1994, 89 (ebd.); Kindhäuser, GA 1989, 492 (ebd.); Schmidhäuser, Einführung, S. 9; teilweise werden hier auch die Begriffe „Unwerturteil“ (siehe oben) oder „Tadel“ verwendet.

⁹ Vgl. Hassemer, FS E. A. Wolff, S. 101 (102 f., 114 f.); Riklin, AT 1, § 4 Rn. 16; Streng, in: Strafrecht, S. 143 (162); kritisch zur Formulierung „sozialetisch“ T. Walter, GS Michael Walter, S. 831 (834).

¹⁰ Plack, Plädoyer, S. 7; Riklin, AT 1, § 5 Rn. 2; T. Walter, ZIS 2011, 636 (637); vgl. auch Haffke, Tiefenpsychologie, S. 63; Hoerster, Strafe, S. 11 ff.; Schmidhäuser, Einführung, S. 83 f.; dens., Sinn, S. 40 f., 44; ausführlich zur unterschiedlichen Auffassung dieses Begriffs Spycher, Legitimität, S. 25 f.; allgemein zur absichtlichen Übelszufügung bei der Kriminalstrafe F. Zimmermann, Verdienst, S. 4 f.

¹¹ Scheerer, FS Jäger, S. 69 (ebd.); ähnlich Hassemer, Einführung, S. 242; vgl. auch Plack, Plädoyer, S. 23; Schmidhäuser, Sinn, S. 18.

¹² Empirische Nachweise liefert Robinson, Intuitions, S. 19 ff.

Aufwand zu dem Ergebnis, dass der Mörder bestraft werden muss.¹³ Unser langsames und vernunftgesteuertes zweites Denksystem – das *Deliberationsdenken* – hinterfragt dieses Ergebnis mit seinen sehr komplexen Vor- und Folgefragen erst, wenn es bewusst eingeschaltet wird, um das Warum und vielleicht sogar das Ob zu überprüfen.¹⁴ Ich weise schon hier auf das Problem hin, weil es die zentrale Stellung dieser Intuition deutlich macht. Gäbe es sie nicht, sähe die Diskussion um die Notwendigkeit von Strafe und die Strafzwecke wohl ganz anders aus. Menschliche Intuitionen bilden darüber hinaus sozusagen den roten Faden dieser Arbeit.

Mit der intuitiven Notwendigkeit im Hinterkopf sucht man nun üblicherweise nach einer Rechtfertigung für die Reaktion, wobei sich traditionell zwei Lager gegenüberstehen: die *absoluten* und die *relativen* Straftheorien.¹⁵ „Absolut“ bedeutet, dass die Strafe keinen äußeren Zweck verfolgt – anders als bei den relativen Theorien.¹⁶ Der reale Nutzen, den sie für die Gesellschaft haben kann, genügt diesen Konzepten jedenfalls nicht zu ihrer Legitimation.¹⁷ Die Strafe ist also wörtlich genommen von ihren Wirkungen in der Welt „losgelöst“, während die relativen Theorien durch die Zweckorientierung auf diese Wirkungen Bezug nehmen.¹⁸ Zu den absoluten Theorien zählt man vor allem die verschiedenen Varianten der Vergeltungstheorie, die den Sinn der Strafe in der (Wieder-)Herstellung von Gerechtigkeit sehen. Zu den relativen Theorien gehören die Präventionstheorien, die durch die Strafe künftige Verbrechen verhindern wollen. Vereinfacht dargestellt sind dies: die negative Generalprävention (Abschreckung der Allgemeinheit), die positive Generalprävention (Bekräftigung der Normtreue der Allgemeinheit) und die Spezialprävention (Besserung, Abschreckung oder Unschädlichmachung des einzelnen Täters).¹⁹

Gegen die Einteilung in absolute und relative Theorien hat *Tatjana Hörnle* gewichtige Einwände vorgebracht: In der deutschen Diskussion würden ein-

¹³ Vgl. *Braman/Kahan/Hoffman*, *The University of Chicago Law Review* 77 (2010), 1531 (1538); *F. Zimmermann*, *Verdienst*, S. 1, 65 f.

¹⁴ Siehe zur Wirkungsweise von Intuitionssystem und Deliberationssystem *Carlsmith/Darley*, in: *Advances* 40, S. 193 (211 f., 213 ff.); *Graham u. a.*, in: *Advances* 47, S. 55 (67 f.); *Kahneman*, *Thinking*, S. 20 ff.; *Robinson*, *Intuitions*, S. 5 ff.; vgl. ferner *Hauser*, *Minds*, S. 10 f., 28, 36, 74; *Moore*, in: *Responsibility*, S. 179 (184).

¹⁵ Zum historischen Ursprung der Unterscheidung *Jakobs*, *Strafe*, S. 5 f.; dazu und zur Bedeutung philosophischer Überlegungen anstelle des „naive[n] Sinnerleben[s]“ *Schmidhäuser*, *Sinn*, S. 19 ff.

¹⁶ *Hassemer*, *Einführung*, S. 234; *NK-ders./Neumann*, Vor § 1 Rn. 270.

¹⁷ *Spycher*, *Legitimität*, S. 139.

¹⁸ *H. Kaiser*, *Widerspruch*, S. 17; vgl. auch *Bock*, *JuS* 1994, 89 (90); *Kalous*, *Generalprävention*, S. 17 Fn. 21; *Roxin*, *ZStW* 96 (1984), 641 (644); *Schmidhäuser*, *Einführung*, S. 55.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen *Beulke/Satzger*, *W/B/S*, Rn. 21 ff.; *Günther*, *Idee*, S. 97; *Hassemer*, *Einführung*, S. 282 ff.; v. *Hirsch*, in: *Kritik*, S. 57 (ebd.); *Laun*, *Sanktionen*, S. 20 ff.; *Riklin*, *AT* 1, § 5 Rn. 10 ff.; *Roxin*, *AT* 1, § 3 Rn. 2; *Schmidhäuser*, *Einführung*, S. 56 ff.; *dens.*, *Sinn*, S. 20 ff.; *Siesel*, *Strafrecht*, S. 3 ff.; *LK-Weigend*, *Einleitung* Rn. 58, 65; *F. Zimmermann*, *Verdienst*, S. 6 f.

fach alle nicht-präventiven Theorien als „absolut“ bezeichnet, obwohl es auch andere außerhalb der Strafe liegende Zwecke als Verbrechensprävention gebe – etwa die Verarbeitung von Empörungsgefühlen. Man konzentrierte sich bei der Abgrenzung zu sehr auf *Kant* und *Hegel* als Vertreter der klassischen und nur angeblich absoluten Vergeltungstheorien.²⁰ Sie bevorzugt daher die Bezeichnungen „expressive Straftheorien“ und „präventionsorientierte Straftheorien“.²¹ Differenzierter geht auch *Günther Jakobs* vor: Er unterscheidet nicht zwischen absoluten und relativen *Straftheorien*, sondern danach, ob einzelne *Elemente* einer Theorie von der Aufgabe der Strafe für die soziale Ordnung abhängen oder nicht.²² Richtig an den Einwänden ist, dass sich auch bei vielen Vergeltungstheorien relative Bauteile ausmachen lassen und die alte Einteilung für neuere Straftheorien oft nicht mehr ganz passt.²³ Jedoch ist zu beachten, dass sich die Etikettierung selbst ohnehin nicht direkt auf Legitimationsfragen auswirkt. Soweit sie von Bedeutung ist, wird darauf hingewiesen, im Übrigen werden die traditionellen Begriffe verwendet.

c) *Ausgangspunkt: Beschreibung statt Rechtfertigung*

Welche Straftheorie ist nun die richtige? Sind die absoluten und relativen Straftheorien völlig unversöhnliche oder miteinander vereinbare Konzepte?²⁴ Beachtlich ist, dass man sich die meiste Zeit über vorrangig um die Rechtfertigung von Strafe bemüht hat, ohne nach dem *Grund* für die oben angesprochene Intuition zu fragen. Eine solche nach den Ursachen forschende und daher im Ansatz deskriptive (beschreibende) Herangehensweise bildet den Ausgangspunkt dieses ersten Hauptteils der Arbeit. Man begibt sich zur Untersuchung dabei üblicherweise auf das Gebiet der Soziologie oder der Psychologie, um nach den Wurzeln von Strafbedürfnissen zu suchen.²⁵

Es kann sich lohnen, diese Wurzeln zu „entmystifizieren“, weil sich daraus vielleicht Rückschlüsse auf eine sinnvolle Behandlung ziehen lassen.²⁶ Bei historischer Betrachtung der Kriminalstrafe fällt auf, dass sie sich in vergleich-

²⁰ Zu den Theorien von *Kant* und *Hegel* ausführlicher unter B II 2 a und b.

²¹ *Hörnle*, Straftheorien, S. 3, 15 f., 29 f., 35, 57; ähnlich *Spycher*, Legitimität, S. 140 ff., der bei nicht-präventiven Theorien von *Gründen* statt von *Zwecken* sprechen will; kritisch auch v. *Hirsch*, in: *Kritik*, S. 57 (f.); *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention, S. 27 ff.; *F. Zimmermann*, Verdienst, S. 46 ff.; lehrreich zum mehrdeutigen Strafzweckbegriff schließlich *Pawlik*, Person, S. 12 f.

²² *Jakobs*, Strafrecht AT², 1/17.

²³ Dazu auch *F. Zimmermann*, Verdienst, S. 7, 46 ff.

²⁴ Vgl. hierzu *Hassemer*, Einführung, S. 283; *F. Zimmermann*, Verdienst, S. 1; zur historischen Entwicklung noch ausführlicher unter B II.

²⁵ *Hörnle*, Straftheorien, S. 1.

²⁶ So zu den Chancen seines Ansatzes bereits *Haffke*, Tiefenpsychologie, S. 9, 37, von dem auch der Begriff „Entmystifizierung“ stammt.

barer Form über Jahrhunderte mit stets wechselnden Begründungen und in den unterschiedlichsten Gesellschaften gehalten hat.²⁷

Die eben aufgeworfene Frage nach dem Ursprung der Strafe beschäftigte gegen Ende des 19. Jahrhunderts schon *Franz v. Liszt*, der diesen in einer Triebhandlung²⁸ erblickte und folgendermaßen beschrieb:

„Die Strafe ist ursprünglich, d. h. in jenen primitiven Formen, welche wir im Uranfange der menschlichen Kulturgeschichte zu erkennen vermögen, *blinde, instinktmäßige, triebartige, durch die Zweckvorstellung nicht bestimmte* Reaktion der Gesellschaft gegen äußere Störungen der Lebensbedingungen des einzelnen wie der vorhandenen Gruppe von Einzelindividuen.“²⁹

Und zur Ursache dieser Triebhandlung führte er weiter aus:

„Wie das Tier, so reagiert der primitive Mensch gegen äußere Störungen, mögen sie von einem belebten, sei es vernunftbegabten, sei es vernunftlosen, Wesen ausgehen, mögen sie in dem Walten der Naturkräfte ihren Grund haben; wie bei jenem, so erfolgt bei diesem die Reaktion als Selbstbehauptung durch Vernichtung oder Verletzung des sinnlichen Urheber der Störungen.“³⁰

Für *v. Liszt* liegt der Ursprung der Strafe damit „vor aller Erfahrung“³¹. Außerdem hält er die Triebhandlung für *absolut* im obigen Sinne, da mit ihr keine – zumindest keine bewussten – Zwecke außerhalb des Triebs selbst verfolgt würden.³² Angesichts dieser Deutung stellt sich vor allem die Frage, ob die intuitive Strafhandlung wirklich als völlig irrationales Verhalten angesehen werden kann, das den Vergleich mit Tieren rechtfertigt und die Bezeichnung „primitiv“ verdient.³³ Zunächst ist aber noch eine wesentliche Unterscheidung zu erläutern.

d) *Strafbedürfnis, Rachebedürfnis, Vergeltungsbedürfnis*

Bei der Darstellung des empirisch-soziologischen Begründungsansatzes oben ist von einem „Vergeltungsbedürfnis“ die Rede gewesen. In der Diskussion tauchen aber auch immer wieder die Begriffe „Strafbedürfnis“ und „Rachebedürfnis“ auf. Daher muss geklärt werden, was mit solchen Ausdrücken im Rahmen dieser Arbeit gemeint ist: Als *Strafbedürfnis* bezeichne ich das Verlangen des Einzelnen, einen anderen auf bestimmte Art und Weise bestraft zu sehen. Es

²⁷ Vgl. dazu *Günther*, Idee, S. 1 ff.; *v. Liszt*, Zweckgedanke, S. 10.

²⁸ *v. Liszt*, Zweckgedanke, S. 9; ebenso *Günther*, Idee, S. 2 ff.; vgl. zu dieser Einordnung *Scheerer*, FS Jäger, S. 69 (f.); *Spycher*, Legitimität, S. 136 f.

²⁹ *v. Liszt*, Zweckgedanke, S. 8.

³⁰ *v. Liszt*, Zweckgedanke, S. 12 (auf S. 19 f. heißt es auch, dass sich der Schuldbegriff als begrenzender Faktor erst später entwickelt habe).

³¹ *v. Liszt*, Zweckgedanke, S. 16.

³² *v. Liszt*, Zweckgedanke, S. 9; vgl. auch *Streng*, ZStW 92 (1980), S. 637 (648 Fn. 43).

³³ Vgl. zu diesem klassischen Vorwurf auch *F. Zimmermann*, Verdienst, S. 59, 72 ff.

handelt sich um einen recht umfassenden Oberbegriff.³⁴ Dieses Strafbedürfnis kann nämlich theoretisch ganz verschiedene Ursachen und Inhalte haben, es kann auf diversen bewussten oder unbewussten Motiven beruhen.

Vor allem die Unterscheidung zwischen *Rache* und *Vergeltung* ist entscheidend: Bei der Vergeltung handelt es sich um ein neutrales und kontrolliertes „Zurückzahlen“, um einen verhältnismäßigen Ausgleich, der auf dem Gedanken der Reziprozität (Gegenseitigkeit) beruht. Man kann etwa Gutes mit Gutem und etwas Schlechtes mit Schlechtem vergelten,³⁵ die Verleihung einer Tapferkeitsmedaille ist beispielsweise eine positive Form von Vergeltung. Im Unterschied zur Rache setzt sie außerdem keine persönliche Betroffenheit voraus und sie folgt allgemeinen Regeln – etwa herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen.³⁶ Rache bedeutet „interpersonale Aggression als Antwort auf individuelle normverletzende Verhaltensweisen“³⁷, sie ist

„etwas stets Negatives, ein – im Ursprung – impulsives, körperlich aggressives Übelwollen. Vergeltung hingegen erscheint im Guten wie im Bösen als ein Ausgleich, der auch mit Bedacht gewählt werden kann. Er findet sein Maß in dem, was es auszugleichen gilt. Die Rache indes kennt zwar einen Anlass, aber kein natürliches Maß, und hat daher einen Hang zur Maßlosigkeit.“³⁸

Dabei sind menschliche Gerechtigkeitsvorstellungen als ein solches „natürliches Maß“ immer zwingend subjektiv – mögen sie sich auch an einer objektiven Perspektive orientieren:

„Wie Moralphilosophen anmerken würden, können die Mitglieder der Allgemeinheit durchaus Ansichten über angemessene Strafe äußern, die sie ungerecht fänden, wenn sie selbst anhand solcher Ansichten beurteilt würden, oder die auf eine andere Weise ungerecht sind, wenn man sie aus einer rationalen moralischen Perspektive untersucht.“³⁹

³⁴ Hassemer, Einführung, S. 293 f. verwendet dagegen beispielsweise den Begriff *Bestrafungsbedürfnis* offenbar synonym zum Begriff *Vergeltungsbedürfnis*.

³⁵ Siehe dazu Hassemer, FS Schroeder, S. 51 (54 f.); Schmidhäuser, Einführung, S. 83; dens., Sinn, S. 41 f.; Spycher, Legitimität, S. 29 f., 41 ff.; T. Walter, ZIS 2011, 636 (637); zur Friedensfunktion der Vergeltung Sessar, Wiedergutmachen, S. 11; vgl. schließlich auch Günther, Idee, S. 10, 213 f.; Smith, Theory, S. 68.

³⁶ Zu diesen beiden Aspekten Spycher, Legitimität, S. 34; vgl. zur persönlichen Betroffenheit Bloom, Babies, S. 82 ff.; zur Rache als Ausdruck des „besonderen Willens“ des Rächers im Gegensatz zum „allgemeinen Willen“ bereits Hegel, Grundlinien, S. 98 f.; zur Vergeltung als „Objektiv-Geistig-Allgemeinem“ Schmidhäuser, Sinn, S. 41 ff.; zur Rache als „exzessiver Missgunst“ Smith, Theory, S. 76 f.

³⁷ Eigene Übersetzung nach Carlsmith/Wilson/Gilbert, Journal of Personality and Social Psychology 95 (2008), 1316 (ebd.).

³⁸ T. Walter, ZIS 2011, 636 (637); vgl. zum limitierenden und „emotionsloseren“ Charakter der Vergeltung auch Spycher, Legitimität, S. 31 ff.; zur Ambivalenz Koller, Manuskripte 98 (1987), 44 (47); F. Zimmermann, Verdienst, S. 128 ff. will zusätzlich danach unterscheiden, ob die Niederlage des Verletzten auf fairen oder unfairen Umständen beruht.

³⁹ Eigene Übersetzung nach Robinson/Darley, Justice, S. 201.

Wenn ich im Zorn die Katze des Nachbarn an seine Haustür nagle, weil er wieder seit Stunden zu laut Musik hört, so geht es zweifellos um Rache. Ich bin von der Lautstärke persönlich betroffen, ich handle impulsiv und die meisten Menschen werden zugeben, dass die Reaktion offensichtlich in keinem Verhältnis zu ihrer Ursache steht. Dagegen kann man von Vergeltung sprechen, wenn der neutrale Schiedsrichter einen Fußballspieler für eine „Blutgrätsche“ im eigenen Strafraum vom Platz stellt. Hier fehlt eine unmittelbare persönliche Betroffenheit, die Sanktion wird vom Schiedsrichter mit Bedacht gewählt, für vergleichbare Fälle als richtig anerkannt und sie erscheint „tatproportional“⁴⁰. Könnte der gefoulte Spieler die rote Karte selbst vergeben, spräche dies aber nicht zwingend gegen das Vorliegen von Vergeltung, solange die Verallgemeinerungsfähigkeit und die Proportionalität noch gegeben wären. Allerdings zeigt sich hier bereits, dass die Vorstellungen des Schiedsrichters nicht mit denen aller anderen Leute übereinstimmen müssen. Vielleicht kann man auch aus rationaler Sicht gute Gründe finden, in einer solchen Situation nur eine gelbe Karte zu geben.

Die entscheidende Frage lautet an dieser Stelle: Gibt es neben den zweifellos vorkommenden Rachebedürfnissen bei Deliktspfern gesamtgesellschaftliche Vergeltungsbedürfnisse, die diesen Namen verdienen?⁴¹ Oder handelt es sich dabei um völlig unterschiedlich ausgeprägte Vorstellungen, die am Ende auf der persönlichen Befürwortung dieses oder jenes Strafzwecks beruhen, also auch auf präventiven Überlegungen der Bürger?⁴² Oder geht es stets nur um überproportionale Strafbedürfnisse, die überhaupt nichts mit Gerechtigkeit oder Prävention zu tun haben?⁴³ Will der Mensch im Einzelfall wirklich aus einem Sicherheitsbedürfnis heraus einfach möglichst harte Strafen für Fremde und möglichst viel Nachsicht für sich und seine Angehörigen?⁴⁴

Teilweise wird in diesem Zusammenhang sogar behauptet, es gebe in keiner Hinsicht ein natürliches Strafbedürfnis der Bevölkerung, dieses werde lediglich „interessenorientiert produziert“⁴⁵. Berufe man sich darauf, liege ein zirkulärer Missbrauch vor, da gerade die Strafpraxis das Bedürfnis hervorrufen

⁴⁰ Reichert, Intersubjektivität, S. 29 definiert den Begriff der „Tatproportionalität“ als Verhältnismäßigkeit zwischen Reaktion und relativem Unrechtsgehalt einer Tat.

⁴¹ Hoerster, Strafe, S. 87f. verkennt diese Unterscheidung, er bezeichnet auch die Rachebedürfnisse bei Opfern als Vergeltungsbedürfnisse.

⁴² So im Ergebnis etwa Hoerster, Strafe, S. 26f., 85 ff.

⁴³ In diese Richtung Spycher, Legitimität, S. 138, 183 f.; vgl. auch Kalous, Generalprävention, S. 211.

⁴⁴ Das behauptet Fischer, SPIEGEL 32/2014, 20 (22); vgl. zur Voreingenommenheit bei Nähebeziehungen Robinson, Principles, S. 214.

⁴⁵ Scheffler, Grundlegung, S. 91; ebenso Eisenberg, Kriminologie, § 9 Rn. 7, der als Beispiel für die Beeinflussung vor allem irreführende Kriminalitätsstatistiken nennt; siehe zum wirklichen Aussagegehalt solcher Statistiken nur Kunz, Kriminologie, § 19 Rn. 5 ff.

könne.⁴⁶ Es sei ein Mythos, weil es durch die Beschränkung der staatlichen Reaktionsmöglichkeiten auf Strafe und durch die fortschreitende Ausweitung der Strafbarkeit verursacht werde.⁴⁷ Die Strafe erscheine uns nur deswegen als so natürlich, weil wir mit ihr aufgewachsen seien.⁴⁸ Die Deutung des Strafbedürfnisses als Triebregung blende unzulässigerweise gesellschaftliche Wirtschafts- und Machtstrukturen aus.⁴⁹

2. Empirische Erkenntnisse zum Vergeltungsbedürfnis

„Kurz gesagt haben Experten aus mehreren Fachrichtungen eindeutig erklärt, dass die Intuition zu strafen ein Schlüsselaspekt dessen ist, was es heißt, ein Mitglied der Gattung Mensch zu sein.“⁵⁰

Da der empirisch-soziologische Ansatz auf „echten“ Vergeltungsbedürfnissen basiert, kann er auch schon auf dieser Ebene widerlegt werden. Zur Bestätigung seiner Annahme müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens muss das Bedürfnis auch dann bestehen, wenn man nicht selbst konkret durch die Handlung des Täters verletzt wird. Und zweitens muss sich das Bedürfnis auf eine Bestrafung nach den oben dargestellten Maßstäben der Vergeltung richten, also insbesondere nach der Proportionalität zwischen Fehlverhalten und Reaktion. Man liest in diesem Zusammenhang häufig, solche „diffusen Erscheinungen“⁵¹ ließen sich nicht wie andere Aspekte der Natur empirisch überprüfen. Die mittlerweile vorliegenden Untersuchungen zeichnen aber ein anderes Bild. Dabei ist natürlich stets zu beachten, dass insbesondere im Bereich der Verhaltensforschung neue Studien die bisherigen Ergebnisse in Zweifel ziehen können.⁵²

⁴⁶ *Sessar*, Kriminologisches Journal 28 (1996), 295 (ebd.); ganz ähnlich *Deckert*, Strafwürdigkeit, S. 56.

⁴⁷ *Sessar*, Kriminologisches Journal 28 (1996), 295 (296); *ders.*, Wiedergutmachen, S. 20 f., 255.

⁴⁸ *Scheerer*, FS Jäger, S. 69 (ebd.); ähnlich aus einer psychoanalytischen Perspektive auch *Plack*, Plädoyer, S. 6; vgl. zur Rolle der Tradition ferner *Schmidhäuser*, Sinn, S. 18; allgemein kritisch zu Extrempositionen, die alle menschlichen Gefühle und Verhaltensweisen als sozial konstruiert ansehen, *Pinker*, Slate, S. 6, 16 ff.

⁴⁹ *Eisenberg*, Kriminologie, § 10 Rn. 16.

⁵⁰ Eigene Übersetzung nach *Robinson*, Intuitions, S. 22; ganz ähnlich auch *Riklin*, AT 1, § 5 Rn. 27.

⁵¹ *Spycher*, Legitimität, S. 174; vgl. dazu ferner *Hörnle*, Strafzumessung, S. 94 f.; zur Unschärfe der verwendeten Begriffe kritisch *Schumann*, Generalprävention, S. 16.

⁵² Siehe insbesondere zum Problem der Probengröße bei solchen Experimenten *Kahneman*, Thinking, S. 112 f.; vgl. auch *Boehnke*, Methoden, S. 1; *Eisenberg*, Kriminologie, § 13 Rn. 9 f.; ganz allgemein zur Methode der empirischen Wissenschaften *Bock*, JuS 1994, 89 (91 ff.); *Eidenmüller*, JZ 1999, 54 (f.); *Hamann*, Jurisprudenz, S. 53 ff.; *Hassemer*, Einführung, S. 149.

a) Evolutionsbiologische Ansätze

Vergeltungsgefühle werden vielfach als die historischen Wurzeln von Strafe angesehen.⁵³ Aber wie genau sind sie entstanden? Interessanterweise dachte schon v. Liszt bei seinen Ausführungen zum Ursprung der Strafe an die Möglichkeit, dass die Triebhandlung „im unbewussten Dienste der Arterhaltung“⁵⁴ stehen könnte. Diese im Ansatz evolutionsbiologische Deutung scheint nun belegt zu sein – wenn auch auf völlig andere Weise.

Eine modernere Interpretation hat der australische Philosoph *John L. Mackie* vorgelegt. Er sieht das „Vergeltungsparadoxon“⁵⁵ in der Tatsache, dass Vergeltung als Reaktion auf Fehlverhalten intuitiv plausibel sei, diese Reaktion sich aber theoretisch nicht rechtfertigen lasse. Es gebe lediglich die Intuition, manche Dinge seien absolut und intrinsisch verboten und forderten eine Strafreaktion heraus. Er fragt deswegen nicht nach den Gründen, warum ein Täter Strafe verdient habe, sondern nach den Gründen für die Strafintuition selbst.⁵⁶ *Mackie* unterscheidet zwischen drei Erscheinungsformen des Vergeltungsdenkens: *negativer Retributivismus* (ein Unschuldiger darf nicht bestraft werden), *permissiver Retributivismus* (ein Schuldiger darf bestraft werden) und *positiver Retributivismus* (ein Schuldiger muss bestraft werden). Er stellt fest, dass in erster Linie die Erscheinungsform des *positiven Retributivismus* bei genauer Betrachtung gewaltige Erklärungs- und Rechtfertigungsprobleme auslöse, obwohl auch sie intuitiv völlig plausibel erscheine.⁵⁷ Es helfe hier auch nicht weiter, die staatliche Strafe als notwendige Befriedigung von Empörungsempfindungen in der Bevölkerung zu deuten, da ein solcher Ansatz diese Gefühle bereits voraussetze und die rückwärtsgewandte Vergeltung nicht *erkläre*.⁵⁸ Woher kommt also die Intuition, dass ein Schuldiger bestraft werden muss? Und bereitet sie uns zu Recht solches Unbehagen?

Die evolutionsbiologische Deutung der Strafe beginnt mit einer Analyse des „Strafverhaltens“ im Tierreich und vergleicht dieses dann mit menschlichem Verhalten.⁵⁹ Dabei lässt sich die Reaktion des angegriffenen Tieres selbst noch relativ einfach erklären: Eigentlich könnte man meinen, jedes In-

⁵³ Vgl. *Kalous*, Generalprävention, S. 210 mit Nachweisen; zur Bedeutung der Gerechtigkeitsgefühle für das Wiederaufleben von Vergeltungstheorien in jüngerer Zeit *F. Zimmermann*, Verdienst, S. 1.

⁵⁴ v. *Liszt*, Zweckgedanke, S. 12 f.; vgl. auch *Günther*, Idee, S. 3 und dort Fn. 4.

⁵⁵ Eigene Übersetzung nach *Mackie*, in: *Persons*, S. 206 (207).

⁵⁶ *Mackie*, in: *Persons*, S. 206 (212 ff.).

⁵⁷ *Mackie*, in: *Persons*, S. 206 (207 f.); vgl. zum Ganzen auch *Kalous*, Generalprävention, S. 242; *F. Zimmermann*, Verdienst, S. 68.; zum verfassungsrechtlichen und philosophischen Problem der Schuld als *hinreichende* Bedingung für Strafe *Hart-Hönig*, Strafzumessung, S. 14 ff.

⁵⁸ *Mackie*, in: *Persons*, S. 206 (209).

⁵⁹ Vgl. zur Herangehensweise bei solchen Untersuchungen allgemein *Hauser*, Minds, S. 46; zur historischen Entwicklung *Kandel*, Search, S. 40 ff.