

## Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?

von Philipp Bruckmann\*

### Abstract

*Angesichts einer vielbeachteten Entscheidung des AG Hamburg im Nachgang der Proteste gegen den G20-Gipfel 2017, die einem außergewöhnlich hohen Strafmaß generalpräventive Erwägungen zugrunde legt, widmet sich der vorliegende Beitrag der Diskussion der Straftheorien. Ausgehend vom anhand ihrer literarischen Rezeption dargestellten retributiven – also auf Vergeltung im Sinne der Begleichung der Täterschuld gerichteten – gesellschaftlichen Grundverständnis der Strafe tut er dies gleichsam vom anderen Ende her. Auf dem Weg zur Beantwortung der Frage nach Sinn und Unsinn vergeltungstheoretischer Strafbegründung in der heutigen Auseinandersetzung verschafft er einen Überblick über gegenwärtig vertretene retributive Ansätze. Sind diese generell überholt, doch hilfreich oder gar notwendig, um staatliche Strafe in anderem Maße als die durch das Amtsgericht bemühten präventiven Gesichtspunkte zu legitimieren?*

*Ein Verständnis retributiver Theorien als „absolut“ im Gegensatz zu „relativen“ Alternativen erweist sich dabei als irreführend. Überzeugender erscheint die Ersetzung dieser Dichotomie durch „expressiv“ und „präventiv“. Auch diese Kategorien stellen sich jedoch als unzulänglich dar, soweit sie in der Anwendung auf aktuelle, explizit als solche firmierende Vergeltungstheorien versagen. Als Spezifikum retributiver Ansätze, das zugleich ihre Notwendigkeit begründet, weist die Analyse den ihnen zugrundeliegenden Täterbegriff aus: Sie adressieren den zu strafenden Täter sowie die Gesamtheit der Staatsbürger als autonome Wesen und verweigern sich der Annahme, der Staat habe am Einzelnen zur Einhegung potentiell gefährlicher Dritter ein strafrechtlich gestütztes Exempel zu statuieren.*

### I. Vergeltung: überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation der Strafe?

„Mit strafgerichtlichen Entscheidungen muss der Begehung von (weiteren) Rechtsgutsverletzungen entgegengewirkt werden, es muss mit Strafurteilen die Rechtstreue der Bevölkerung gestärkt werden und es sollen mit entsprechend hohen – Strafen andere davon ab[ge]halten werden, ähnliche Taten zu begehen“<sup>1</sup> räsoniert das AG Hamburg, als es das Werfen zweier Glasflaschen auf einen Polizeibeamten in Schutzmontur im Rahmen der

G20-Proteste 2017 mit einer aufsehenerregenden – über die Forderung der Staatsanwaltschaft erheblich hinausgehenden – Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sieben Monaten belegt.

Stützt es sich dabei auf generalpräventive Erwägungen in erster Linie zur Begründung des Strafmaßes, verweist die offene Formulierung zur angestrebten gesellschaftlichen Wirkung des Strafurteils darüber hinaus doch auf Grundlegenderes: Warum straft der Staat?

Dass er es täglich tausendfach tut, findet Niederschlag auch in vielfältiger literarischer Rezeption, die ihrerseits Aufschluss über bestimmende Aspekte der Strafe nach von juristischer Bildung und *déformation professionnelle* unbelastetem Verständnis gibt. Für den Umriss des im Folgenden zu behandelnden Gegenstands sind zwei literarische Personen von besonderem Interesse.

*Kafkas* K. wird zum Objekt staatlicher Strafe in einem undurchsichtigen Verfahren von durchweg schleierhafter Berechtigung. Das damit – ebenso wie mit der Lektüre der hamburgischen Urteilsbegründung – einhergehende Unwohlsein des Lesers zeigt auf, dass Strafe dem Anspruch durchgängiger Legitimation unterliegt. Wie diese zu leisten und inwiefern Strafe im Umkehrschluss zu beschränken ist, ist Gegenstand einer Diskussion, die seit Jahrtausenden geführt wird und sich, wie das eingangs zitierte Urteil nahelegt, zugleich durch ungebrochene Aktualität auszeichnet: Wie Strafe begründet wird, spiegelt sich in Erlass, Auslegung, Anwendung, Kritik und verfassungsgerichtlicher Überprüfung von Strafnormen,<sup>2</sup> in Art und Umfang des Strafens<sup>3</sup> wie auch im allgegenwärtigen Ruf nach immer mehr und immer höheren – von Gerichten zu verhängenden wie vom Gesetzgeber vorzusehenden – Sanktionen.

*Dostojewskis* Raskolnikow findet sich in Konsequenz seiner Mordtat in unüberbrückbarer Distanz zur Gesellschaft wieder. Erst die Abgeltung seiner Schuld durch Strafe eröffnet ihm den Weg zurück. Dies dokumentiert, dass der Ausgleich begangenen Unrechts im Alltagsverständnis das Wesen der Strafe kennzeichnet<sup>4</sup> und ihre Zumessung leitet.<sup>5</sup> Kommt das Gespräch darauf, dass eine Person bestraft wird, provoziert dies weit eher die Frage nach dem „wofür?“ als jene nach dem „wozu?“<sup>6</sup> Die Rede von der

\* Philipp Bruckmann ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht von Prof. Dr. Carsten Momsen an der Freien Universität Berlin

<sup>1</sup> AG Hamburg, NStZ 2018, 284 (286); die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

<sup>2</sup> Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts – Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 122.

<sup>3</sup> Walter, in: GS Walter, 2014, S. 831.

<sup>4</sup> Pawlik, Person, Subjekt, Bürger – Zur Legitimation von Strafe, 2004, S. 15 f.

<sup>5</sup> Walter (Fn. 3), 831 (838).

<sup>6</sup> Neumann, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg.), Strafe – warum? – Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht, 2011, S. 159 (163).

gerechten Strafe, die auf die Reziprozität der Vergeltung verweist, ist ubiquitär.

Konträr zu der Erkenntnis, dass Retribution den Charakter der Strafe in der gesellschaftlichen Wahrnehmung entscheidend prägt, steht der Eindruck, den der Blick in juristische Lehrbücher vermittelt: Die Vergeltungstheorie hat danach keinen guten Stand. Als „absolute“ Alternative zu „relativen“ Erwägungen<sup>7</sup> wird sie anhand markiger Formulierungen *Kants* und *Hegels* skizziert.<sup>8</sup> Ihrem argumentativen Kontext enthoben, wirken „Blutschuld“<sup>9</sup> und „Negation der Negation“<sup>10</sup> schwer zugänglich und anti-quiert. Die mystische Aufladung der Begrifflichkeit, teils „apodiktische“<sup>11</sup> Setzungen *Kants* sowie die mit dessen und *Hegels* Inbezugnahme einhergehende implizite Verknüpfung mit der Todesstrafe lassen die Vergeltungsidee anachronistisch erscheinen. Formulierungen ihrer Vertreter auch jüngerer Zeit wie *Maurachs* „zweckgelöste Majestät“<sup>12</sup> der Strafe leisten ein Übriges. Anhand der wieder und wieder zitierten Passagen wird der Vergeltungsgedanke als im doppelten Sinne rückwärtsgewandt und „heute wissenschaftlich nicht mehr haltbar“<sup>13</sup> apostrophiert.<sup>14</sup> Er scheint „nicht von dieser Welt“,<sup>15</sup> der 1968 proklamierte „Abschied von Kant und Hegel“<sup>16</sup> mit dem „Niedergang der alten Vergeltungstheorien“<sup>17</sup> folgerichtig. Kurz: Die Vergeltungstheorie wirkt *überholt* und in Reinform kaum mehr vertretbar. Bedeutung insb. als Korrektiv scheint ihr nurmehr im Rahmen verschieden akzentuierter Vereinigungstheorien<sup>18</sup> zu bleiben. Doch die teils interessiert-fragmentarisch wirkende Rezeption setzt sich ihrerseits einiger Kritik aus. Hier nicht zu entfaltende Zweifel bestehen schon daran, ob sie den vielzitierten *Kant* und *Hegel* gerecht zu werden vermag.<sup>19</sup> Auch den hier gegenständlichen aktuellen Diskussionsstand reflektiert sie nur unzureichend.<sup>20</sup> Dessen Erschließung mit dem Ziel, die heutige Bedeutung retributiver Erwägungen für die Auseinandersetzung der Straftheorien zu bestimmen,

muss versuchen, die immense Fülle von Beiträgen und das weite Spektrum von Theorien in einer Weise zu strukturieren, die in der Lage ist, das Spezifikum rechtsphilosophisch fundierter vergeltungstheoretischer Ansätze abzubilden. Dieses Unternehmen und den damit verbundenen Erkenntnisprozess dokumentiert der vorliegende Beitrag. Er konzentriert sich dabei auf die deutschsprachige Diskussion.<sup>21</sup>

Der Streit der Straftheorien schwebt nicht frei. Er hat einen praktischen Gegenstand, zu dem er sich stets ins Verhältnis setzen muss. Am Anfang seiner Erschließung steht deshalb die Frage nach dem „Tun des Strafsystems“<sup>22</sup> (II). Sie beleuchtet einen zentralen Aspekt des Strafbegriffs und legt nahe, dass eine Straftheorie Retribution nicht als *überholt* begreifen kann. Exemplarisch für das folgerichtig erscheinende Wiedererstarben retributiver Theorien schon kurz nach dem „Abschied“ von *Kant* und *Hegel* steht die Straflgitimation in tiefergehender Auseinandersetzung mit der Klassisch Deutschen Philosophie (III). Die Kritik an entsprechenden Ansätzen weist zunächst auf das Feld positiver Generalprävention, die sich der Retribution als *hilfreich* bedient. Der normorientiert-expressive Ansatz nach *Jakobs* wird teils falsch als vergeltend rezipiert. Personenorientierte Expression gewichtet die Legitimation gegenüber dem Täter im Verhältnis zu allgemeinsorientierten Strafzwecken neu (V). Dass alle diskutierten retributiv geprägten Theorien die Notwendigkeit vergeltender Strafe weitergehend begründen, disqualifiziert die althergebrachte Dichotomie von „absolut“ und „relativ“. Sie kann die heutige Position retributiver Ansätze nicht adäquat bestimmen. Die an ihrer statt angewandte Strukturierung nach „präventiv“ und „expressiv“ erweist sich als präziser, doch in der Anwendung auf derzeit vertretene, explizit als solche firmierende Vergeltungstheorien (F) ebenfalls als unzulänglich. Die Gegenüberstellung der elementar unterschiedlichen Theorien,

<sup>7</sup> Statt aller *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2015), S. 5 f.; deskriptiv *Hörnle*, JZ 2006, 950 f.

<sup>8</sup> So etwa *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), S. 38; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2017), S. 10 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 2 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. (2017), S. 6 f.; deskriptiv *Montenbruck*, Deutsche Straftheorie – Ein Lehrbuch, 2. Aufl. (2017), S. 62 f.; kritisch *Zaczyk*, in: FS Eser, 2005, S. 207 (208).

<sup>9</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten – Akademie Textausgabe Bd. 6, A 200/B 230.

<sup>10</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Zusatz zu § 97.

<sup>11</sup> *Walter* (Fn. 3), S. 831 (836); *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (798).

<sup>12</sup> Die Wendung nach *Maurach*, Deutsches Strafrecht – Ein Lehrbuch, 4. Aufl. (1971), § 7 I B, verwirft *Hassemer*, Warum Strafe sein muss – Ein Plädoyer, 2. Aufl. (2009), S. 67, als „hohl und falsch“, obgleich *Maurach* Prävention nur als Grund der Strafe, nicht aber als möglichen Effekt ausschließt.

<sup>13</sup> *Roxin* (Fn. 8), § 3 Rn. 8.

<sup>14</sup> S. etwa *Schmidt*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. (2018), S. 5, der die Ablehnung der „absoluten Straftheorie“ auf die Feststellung stützt, Strafe könne keine Wiedergutmachung leisten, ohne freilich darauf einzugehen, dass dies schon bei *Hegel* (Fn. 10), § 99, diskutiert und in den Kontext eines bestimmten Begriffs von Verbrechen und Strafe gestellt wird; anders dagegen *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2016), S. 55 f.

<sup>15</sup> Deskriptiv *Altenhain*, in: GS Keller, 2003, S. 1.

<sup>16</sup> *Klug*, in: Baumann (Hg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch – Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 36; kritisch *Hruschka*, ZStW 122 (2010), 493; *ders.*, ZStW 124 (2012), 232; *Martins*, ZIS 2014, 514.

<sup>17</sup> *Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck – Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, 2017, S. 45.

<sup>18</sup> *Hoffmann-Holland* (Fn. 8), S. 7 f.; *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 64 f.

<sup>19</sup> Entgegen *Roxin*, GA 2015, 185 (187), der in der Lehre *Kants* die „absolute Theorie in ihrer reinsten Form“ erblickt, ist diese nicht frei von präventiven Erwägungen, vgl. nur *Byrd/Hruschka*, JZ 2007, 957; *Kahlo*, in: FS Hassemer, 2010, S. 383 (385 f.); *Kargl*, GA 1998, 53, 60; *Hörnle*, Strafrecht, 2. Aufl. (2017), S. 11; zu *Hegel* s. *Zabel*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 121 (158); zu beiden *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), vor § 1 Rn. 271 f.; *Wohlers/Went*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 173 ff., sehen die Theorien beider „Klassiker“ der Straftheorie [...] zu Karikaturen verzerrt“.

<sup>20</sup> *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht – Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre, 2008, S. 289 f.; *Zaczyk* (Fn. 8), S. 207 (208).

<sup>21</sup> Diese Begrenzung ist nur insoweit zu durchbrechen, als Einflüsse angloamerikanischer Provenienz (zum dortigen *new retributivism* s. *Kaiser*, Widerspruch und harte Behandlung – Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, S. 134 ff.) Eingang in die hiesige Diskussion finden. Nicht einzugehen ist auch auf Fragen des Völker- und internationalen Strafrechts (s. nur *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; *Pawlik*, ZIS 2006, 274 ff., der das internationale Strafrecht im Spiegel retributiver Strafbegründung beleuchtet).

<sup>22</sup> *Kargl*, GA 1998, 53 (57).

die nach ihren Vorgaben derselben Kategorie – normorientierter Expression – zuzuordnen wären, legt das Spezifikum vergeltungstheoretischer Ansätze frei. Die Abgrenzung zur empirisch-soziologischen Variante retributiver Strafbegründung konkretisiert dieses als solches rechtsphilosophisch fundierter vergeltungstheoretischer Argumentation. Es liegt nicht im Bereich dichotom darstellbarer Schwerpunktsetzung, sondern in dem der Strafliegitimation zugrundeliegenden Täterbegriff (VII). Das Menschenbild, das retributive Ansätze insofern kennzeichnet, begründet ihre Stellung in der heutigen Diskussion als *notwendig*.

## II. Grundlegung: der Rahmen der Diskussion

Das „Tun des Strafsystems“ konstituieren Strafnormen (1) und Rechtsprechung (2).

### 1. Vergeltung im Strafgesetzbuch

Das StGB transportiert keine gesetzgeberische Entscheidung für eine Straftheorie.<sup>23</sup> Insbesondere in der Strafzumessung greift es retributive und präventive Gesichtspunkte je nach Bedarf auf.<sup>24</sup>

#### a) §§ 46 Abs. 1 S. 1, 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB<sup>25</sup>

Zwischen § 46 Abs. 1 S. 2 als Anknüpfungspunkt spezialpräventiver sowie §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 Nr. 3 als Ausdruck generalpräventiver Erwägungen<sup>26</sup> wird ein gewisses Bekenntnis des StGB zur Retribution in § 46 Abs. 1 S. 1,<sup>27</sup> der die Schuld des Täters zur Grundlage der Strafzumessung erklärt, sowie in § 57a Abs. 1 Nr. 2 gesehen.<sup>28</sup> Ist die Bedeutung des § 46 Abs. 1 S. 1 im Einzelnen umstritten, so ist doch weithin anerkannt, dass die Norm strafbegrenzend wirkt.<sup>29</sup>

### b) Tatbestand und Rechtsfolge – Strafbegriff: Strafe als Reaktion

Über die gesetzgeberische Vermeidung des Bekenntnisses zu einer bestimmten Straftheorie hinaus trifft das StGB, vermittelt durch die Struktur seiner Normen, eine grundlegende Aussage: Strafe ist Konsequenz der Verwirklichung eines Tatbestands. Ihr Charakter ist somit begriffsnötig reaktiv;<sup>30</sup> als staatliche Antwort auf einen Rechtsbruch<sup>31</sup> ist sie „per definitionem vergangenheitsorientiert“.<sup>32</sup> Dem entspricht ihr „vorwissenschaftliches“<sup>33</sup> Verständnis. Retribution erscheint demnach als konstitutiver Aspekt von Strafe;<sup>34</sup> sie kennzeichnet diese als Institution<sup>35</sup> und grenzt sie von präventiv-polizeirechtlichen Maßnahmen ab.<sup>36</sup>

Der Blick ins StGB bringt somit zunächst die grundlegende Erkenntnis, dass sich Strafe „nur unter Rückgriff auf ihren retributiven Charakter erklären“<sup>37</sup> lässt. Daraus ist freilich nicht zu schließen, dass sie allein anhand dessen einer vollständigen Begriffsbestimmung<sup>38</sup> oder gar Legitimation<sup>39</sup> zugeführt werden kann. Vielmehr folgt daraus, dass Vergeltung zur Erklärung der Strafe denklogisch nicht ausreichen kann.<sup>40</sup> Eine Handlung anhand eines ihr notwendig eigenen Elements zu begründen, wäre schlicht tautologisch.<sup>41</sup> Gleichwohl kann eine Theorie, die sich die Begründung der Strafe zur Aufgabe macht, auf retributive Erwägungen demnach nicht verzichten.

### 2. BVerfG und BGH: Vergeltende Vereinigungstheorie

Vereinigungstheorien kombinieren Retribution und Prävention in unterschiedlich akzentuierter Weise.<sup>42</sup> Die Linie des BGH und des BVerfG gilt als „vergeltende Vereinigungstheorie“.<sup>43</sup>

<sup>23</sup> Nach BVerfGE 45, 187, 253 wollte der Gesetzgeber „keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren“; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 46 Rn. 2.

<sup>24</sup> Montenbruck (Fn. 8), S. 109; zur historischen Entwicklung auch anhand einzelner Tatbestände Naucke, KritV 82 (1999), 336 (337 f.).

<sup>25</sup> Im Folgenden ohne Gesetzesbezeichnung zitierte §§ sind solche des Strafgesetzbuchs.

<sup>26</sup> Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 33; anders Pawlik (Fn. 4), S. 93 f.

<sup>27</sup> Krey/Esser (Fn. 14), S. 63; Kühl, in: FS Maiwald, 2010, S. 433 (435 ff.); Rengier (Fn. 8), S. 12; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 8), S. 8.

<sup>28</sup> Kühl (Fn. 27), S. 433 (440); Walter (Fn. 3), S. 831 (836).

<sup>29</sup> Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 46 Rn. 1, 23; Miebach/Maier, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 41.

<sup>30</sup> Kaiser (Fn. 21), S. 142; Kargl, GA 1998, 53 (62); Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung – Erörtert am Problem der Generalprävention, 1983, S. 18; zur logischen Verbindung von Verbrechen und Strafe als „von der Spezifität empirischer Rechtsordnungen unabhängig“ Lampe, Strafrechtsphilosophie – Studien zur Strafgerechtigkeit, 1999, S. 23; Neumann, in: FS Jakobs, 2007, S. 435 (438 f.); Pawlik, in: Schumann (Hg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat – 15. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2010, S. 59 (70).

<sup>31</sup> Zur dementsprechend vergangenheitsorientierten Ausrichtung auch des Strafverfahrens v. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (281).

<sup>32</sup> Duttge, in: Schumann (Hg., Fn. 30), S. 1 (10); s.a. Kühl, in: Arnold (Hg., Fn. 8), S. 149 (158).

<sup>33</sup> Pawlik (Fn. 4), S. 15.

<sup>34</sup> Hörnle, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 11 (15); dies. (Fn. 19), S. 20; Kargl, GA 1998, 53 (63); Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 37; Kühl (Fn. 27), S. 433 (438); Martins, ZIS 2014, 514 (520); Montenbruck (Fn. 8), S. 244; Pawlik, in: FS Rudolphi, 2004, S. 213 (220).

<sup>35</sup> Hassemer/Neuman, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 103.

<sup>36</sup> Kargl, GA 1998, 53 (62); so auch das BVerfG, s.u. B.II.0.

<sup>37</sup> Martins, ZIS 2014, 514 (520).

<sup>38</sup> Roxin, in: FS Volk, 2009, S. 601 f.

<sup>39</sup> Kubiciel (Fn. 2), S. 130; Hassemer/Neuman, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 104.

<sup>40</sup> Hörnle, in: FS Roxin, 2011, S. 3 (6); dies. (Fn. 19), S. 20.

<sup>41</sup> Kargl, GA 1998, 53 (63).

<sup>42</sup> Fischer, § 46 Rn. 2; Lackner/Kühl, § 46 Rn. 2; Joecks, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 75 ff.; krit. zur Kombination unterschiedl. Begründungsstränge Andrissek (Fn. 17), S. 55; Jakobs, in: Kodalle (Hg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein? – Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch, 1998, S. 29 (30 f.); Köhler, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 1997, S. 44; Kubiciel (Fn. 2), S. 159.

<sup>43</sup> BVerfGE 45, 187 (253); Krey/Esser (Fn. 14), S. 62; Montenbruck (Fn. 8), S. 64; Rengier (Fn. 8), S. 12.

### a) Vergeltung als Wesensmerkmal der Strafe

Das *BVerfG* sieht in Sühne und Vergeltung „legitime Aspekte einer angemessenen Strafsanktion“<sup>44</sup> Strafe vermittele ein „sozial-ethisches Unwerturteil“<sup>45</sup> und sei „Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“<sup>46</sup>. Auch präventive Zwecke erkennt das *BVerfG* an.<sup>47</sup> Den Charakter der Strafe aber kennzeichne der „Schuldausgleich“,<sup>48</sup> der sie von anderen Sanktionen und Präventionsmaßnahmen abgrenze.<sup>49</sup>

Dem schließt sich der *BGH* an.<sup>50</sup> Einen retributiv geprägten Strafbegriff auch Jahrzehnte nach *BGHSt* 6, 17 oder 20 vermittelt zudem die Aufrechterhaltung der Verurteilungen SS-Angehöriger wegen ihrer Tätigkeit in Vernichtungslagern.<sup>51</sup> Gerade anhand dieses Beispiels werden oft die unterschiedlichen Stoßrichtungen der Straftheorien aufgezeigt.<sup>52</sup> Denn die Bestrafung seit Jahrzehnten unauffälliger Täter höchsten Alters ist rein präventiv nicht zu begründen.<sup>53</sup> Auch nach dem *BGH* darf Strafe dabei nicht „Schuldausgleich um ihrer selbst willen“ üben, sondern ist „der präventiven Schutz Aufgabe des Strafrechts“ verpflichtet.<sup>54</sup> Neben retributiven sind präventive Erwägungen notwendig, bleiben jedoch nachrangig.<sup>55</sup>

### b) Praktische Bedeutung retributiver Erwägungen

Präventionszwecke seien nur „innerhalb des Spielraums der schuldangemessenen Strafe“ zu berücksichtigen und dürften nicht zu dessen Über- oder Unterschreitung führen (Spielraumtheorie).<sup>56</sup> Zentrale Bedeutung erlangen Retributionserwägungen damit in der Strafzumessung in Form einer Rahmenfunktion.<sup>57</sup> Dies stützt sich auf § 46 Abs. 1 S. 1,<sup>58</sup> wengleich die Norm dem Wortlaut nach weder explizit einen Spielraum eröffnet,<sup>59</sup> noch dessen Über- oder Unterschreitung verbietet.

### c) Bestandteil der Definition von Strafe; Bedeutung v.a. in der Zumessung

In der Rspr. des *BVerfG* und des *BGH* fungiert Vergeltung somit zum einen als notwendiges Element der Definition staatlicher Strafe, zum anderen als Begrenzungskriterium der Strafzumessung. Weitergehender Diskussion der Begründung und Legitimation der Strafe enthalten sich die Gerichte.<sup>60</sup> Das *BVerfG* begründet seine Zurückhaltung mit jener des Gesetzgebers<sup>61</sup> und konstatiert, es sei nicht an ihm, „den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungen wegen zu entscheiden“.<sup>62</sup> Auch der *BGH* äußert sich zur Sache, wenn, so nur schlagwortartig. Im Ergebnis werden Legitimation, Wesen und Zumessung der Strafe bis zur Unkenntlichkeit vermischt:<sup>63</sup> Auf die Frage nach dem „warum“ wird geantwortet in Kategorien des „was“, „wann“ und „wie“. Eine Aussage dazu, warum für schuldhaftes Fehlverhalten zu strafen ist, wird dabei nicht getroffen; sie mag freilich von einem Gericht auch institutionell nicht zu erwarten sein.<sup>64</sup>

### 3. Zwischenfazit: nicht überholt – die Renaissance

Insgesamt legt das „Tun des Strafsystems“ nahe: Eine Straftheorie, die Strafe in ihrem Wesen erfassen und sich dabei auch ins Verhältnis zur Strafpraxis setzen will, kann Vergeltung nicht als *überholt* begreifen. Folgerichtig wirkt, dass der geforderte Abschied von *Kant* und *Hegel* letztlich nicht vollzogen wurde.<sup>65</sup> In tiefergehender Auseinandersetzung mit deren Theorien<sup>66</sup> verhalten Teile der Wissenschaft der Retribution zur „Renaissance“<sup>67</sup> in Gestalt „neoabsoluter“<sup>68</sup> Straftheorien.<sup>69</sup>

## III. Die Frankfurter Schule

Exemplarisch für diese Linie steht die Frankfurter Schule<sup>70</sup> um *Wolff* und dessen Schüler *Zaczyk*, *Kahlo* und

<sup>44</sup> BVerfGE 64, 261 (271).

<sup>45</sup> Zum ein solches ausdrückenden Charakter einer jeden Strafnorm BVerfGE 27, 18 (29); 95, 96 (140); 96, 245 (249); 110, 1 (13); krit. *Roxin* (Fn. 38), S. 601 (602 ff.).

<sup>46</sup> BVerfGE 110, 1 (13).

<sup>47</sup> BVerfGE 36, 174 (188); 39, 1 (46 ff.); 45, 187 (255 ff.); 110, 1 (13); *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 61.

<sup>48</sup> Zur Abgrenzung von Strafe und Sicherungsverwahrung BVerfGE 109, 133 (167 f.).

<sup>49</sup> BVerfGE 95, 96 (140).

<sup>50</sup> *BGHSt* 6, 125 (127); 29, 319 (320); *BGH*, Urt. v. 9.8.2016 – 1 StR 121/16 (BeckRS 2016, 15481 – Rn. 11).

<sup>51</sup> Zuletzt *BGHSt* 61, 252 (*Oskar Gröning*).

<sup>52</sup> S. nur *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 55.

<sup>53</sup> *Hassemer* (Fn. 12), S. 78; *Walter*, ZIS 2011, 636 (644).

<sup>54</sup> *BGHSt* 24, 40 (42); *Frisch*, in: *Roxin/Widmaier et al.* (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 269 (276).

<sup>55</sup> *BGHSt* 6, 215 (217 f.); 17, 321 (324); 20, 264 (266 f.); *Frisch* (Fn. 54); *Wirbelauer*, in: *Kodalle* (Hg., Fn. 42), S. 41 (43 f.).

<sup>56</sup> *BGHSt* 20, 264 (266 f.); 24, 132 (133); v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK-StGB*, 40. Ed, 1.11.2018, § 46 Rn. 3 ff.; *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 19 f.; *Frisch* (Fn. 54), S. 269 (271); insb. zur Unzulässigkeit der Unterschreitung 279 f.; krit. v. *Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit – Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, 1991, S. 23 ff.; für die Idee der Punktstrafe *Kahlo*, in: *Herzog/Bae* (Hg., Fn. 18), S. 383 (419); *Köhler* (Fn. 30), S. 22 f.; mit Überblick zu Kritik und anderen Ansichten *Lackner/Kühl*, StGB, § 46 Rn. 25a.

<sup>57</sup> *Köhler* (Fn. 42), S. 44.; zust. *Kühl* (Fn. 27), S. 433 (439); *Miebach/Maier*, in: *MüKo-StGB*, § 46 Rn. 45; *Rengier* (Fn. 8), S. 12.

<sup>58</sup> *Krey/Esser* (Fn. 14), S. 63; *Lackner/Kühl*, StGB, § 46 Rn. 24.

<sup>59</sup> *V. Hirsch/Jareborg* (Fn. 56), S. 55.

<sup>60</sup> S. zum *BVerfG*, *Miebach/Maier*, in: *MüKo-StGB*, § 46 Rn. 43.

<sup>61</sup> S.o. II.1.

<sup>62</sup> BVerfGE 45, 187 (253); kritisch zur höchstrichterlichen „Sorglosigkeit“ *Roxin* (Fn. 38), 601 (606 ff.).

<sup>63</sup> *Hörnle* (Fn. 19), S. 51 f.

<sup>64</sup> Vgl. zur mäßigen Abbildung rechtsphilosophischer Erkenntnisse in strafgerichtl. Rspr. *Hassemer*, in: *Alexy/Dreier/Neumann* (Hg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute – Beiträge zur Standortbestimmung, 1991, S. 130 (134 f.).

<sup>65</sup> *Kühl* (Fn. 27), S. 433 (435); *Stübinger* (Fn. 20), S. 173.

<sup>66</sup> *Meyer*, in: *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* (Hg.), *Hegels Erben? – Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, S. 213 (241); *Zaczyk* (Fn. 8), S. 207 (208).

<sup>67</sup> *Pawlik* (Fn. 34), S. 213 (228) m.w.N.; *Sachs*, *Moral, Tadel, Buße – Zur Straftheorie von Anthony Duff*, 2015, 36 mit Fn. 42; *Schünemann*, in: *FS Lüderssen*, 2002, S. 327; *Walter* (Fn. 3), S. 831 (836).

<sup>68</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (328).

<sup>69</sup> *Andrissek* (Fn. 17), S. 47; *Hörnle* (Fn. 34), S. 11, 16.

<sup>70</sup> Vgl. zum Begriff der „Schule“ in diesem Zusammenhang *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht – Vortrag*, gehalten am 17. Januar 2001, S. 23 f.

*Köhler*, die sich insbesondere am Freiheitsbegriff<sup>71</sup> der Klassisch Deutschen Philosophie orientieren.

### 1. Strafe als Umsetzung des kategorischen Imperativs im Dienste der allgemeinen Freiheit – Wolff, Zaczyk, Kahlo

So unternahm es *Wolff*, „die ursprünglich Kantische Grundlegung wieder fruchtbar zu machen“.<sup>72</sup> Strafe erfolge „nur um der Gerechtigkeit willen“, deren Begriff mit dem der äußeren Freiheit identisch sei.<sup>73</sup> Auch nach *Kahlo* ist einzig legitime Begründung der Strafe, dass diese „das Allgemeinwerden der Freiheit befördert“.<sup>74</sup> So erweitert er den kategorischen Imperativ *Kants*, der den Einzelnen darauf verpflichtet, stets nach der Maxime zu handeln, die als allgemeines Gesetz zu wollen sei. Der in dessen Formel verbürgte „Grundsatz personaler Autonomie“ verlange im für die Einzelnen konstitutiven Kontakt zueinander aufgrund der „als allgemeines menschliches Problem begreifbaren Beschränkungen des praktischen Subjekts“ die Bildung einer „auf die Verwirklichung rechtssubjektiver Freiheit verpflichteten Rechtsgemeinschaft“.<sup>75</sup> Konstitutiv für das Rechtsverhältnis ist „praktisch tätige Anerkennung aller Einzelnen“.<sup>76</sup> Der Gerechtigkeit und Freiheit dient Strafe durch Sicherung dieses Anerkennungsverhältnisses.<sup>77</sup> Anders als im Naturzustand tritt Gewalt im bürgerlichen Staat nicht als Mittel direkter Auseinandersetzung der Einzelnen, sondern staatlich vermittelt auf. Doch dies nicht ausschließlich: Der Status der Subjekte als freie bedingt, dass ein „Bereich der direkten Verletzungsmöglichkeit“ verbleibt.<sup>78</sup> Kommt es zum Verbrechen als Verletzung in diesem Bereich,<sup>79</sup> durch die der Täter sich über sein Gegenüber erhebt,<sup>80</sup> ihn als Gleichen nicht mehr anerkennt,<sup>81</sup> bedarf es strafender Reaktion. Diese setzt den Täter nach *Wolff* „bis zu einem seiner Tat entsprechenden [...] Stand“<sup>82</sup> herab. In Umsetzung des kategorischen Imperativs wendet sie die vom Täter durch sein Handeln aufgestellte Maxime gegen ihn, kommuniziert ihm so ihre Falschheit<sup>83</sup> und ermöglicht ihm, abwägend „in das Gleichheitsverhältnis zurückzufinden“.<sup>84</sup> So wird nach *Zaczyk* „der betätigte Bruch dieses Basisver-

trauens sowohl manifestiert als auch das [Anerkennungs-]Verhältnis selbst restituiert“.<sup>85</sup>

### 2. Restitution des Täters als vernünftiges Subjekt – Köhler

*Köhler*, nach *Roxin* „gegenwärtiger Hauptvertreter einer neoklassischen Straftheorie“,<sup>86</sup> begreift das Verbrechen als „mit Allgemeingeltungsanspruch gesetzte Negation des Rechts“ und „des anderen als selbständigen Rechtssubjekts“.<sup>87</sup> Notwendige Reaktion ist „ausgleichende Wiederherstellung des durch die Tat in seiner Allgemeingültigkeit verletzten Rechtsverhältnisses in schlüssiger Negation/Aufhebung des Verbrechens“.<sup>88</sup> Die auch nach *Köhler* der „Wahrung der Freiheit“<sup>89</sup> dienende Strafe adressiert den Täter als vernünftiges (Rechts-)Subjekt.<sup>90</sup> Seine im Verbrechen gesetzte Maxime wird ihm durch als Grundrechtseinbuße<sup>91</sup> abstrahierte Anwendung auf ihn selbst als der reinen praktischen Vernunft widersprechend vor Augen geführt.<sup>92</sup> Dies ermöglicht ihm die Restitution seiner selbst als vernünftiges Subjekt.<sup>93</sup> Wenngleich sich *Köhler* bei der Entwicklung seiner Theorie somit deutlich an *Hegel* orientiert,<sup>94</sup> wo *Wolff* sich maßgeblich auf *Kant* bezieht, führt er doch, wie auch *Zaczyk* und *Kahlo*, erkennbar dessen Tradition fort.<sup>95</sup>

### 3. Kritik: Metaphysik

Neben der Behauptung des Fehlens einer konsistenten Begrenzung des Bereichs strafrechtlicher Relevanz<sup>96</sup> und dem Vorwurf, die Legitimation gegenüber dem Täter werde zur hinreichenden Begründung der Strafe erklärt,<sup>97</sup> richtet sich die Kritik an den referierten Ansätzen in erster Linie gegen ihr pejorativ als metaphysisch bezeichnetes Fundament. Strafbegründung sei auf „Aussagen über die vorgeblichen Strukturen ideeller Entitäten“<sup>98</sup> nicht zu stützen. Strafe bedinge Grundrechtseingriffe und Staatskosten.<sup>99</sup> Sie bedürfe innerweltlicher Zielsetzung.<sup>100</sup> Verzichte sie auf eine solche, verweise sie notwendig auf „konkrete religiöse oder idealistische Überzeugungen“; solchen „Partikularethiken“ dürfe staatliches Handeln

<sup>71</sup> *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten – Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff, 1990, S. 269 ff.; deskriptiv *Montenbruck* (Fn. 8), S. 67 f.; ausführlich *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 132 ff.

<sup>72</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (830).

<sup>73</sup> A.a.O., 826.

<sup>74</sup> *Kahlo* (Fn. 71), S. 171.

<sup>75</sup> *Ders.* (Fn. 71), S. 298 f.; auch nach *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (815 f.), folgt die Unterwerfung unter die Strafgerichtsbarkeit aus dem kategorischen Imperativ; ähnlich, dabei freilich ohne affirmativen Bezug auf Vergeltung *Momsen*, in: FS Jung, 2007, S. 569 (577 f.).

<sup>76</sup> *Zaczyk* (Fn. 71), S. 165; s.a. *ders.*, Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes, 1981, S. 103.

<sup>77</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (826).

<sup>78</sup> A.a.O., 819; s.a. *Kahlo* (Fn. 71), S. 299.

<sup>79</sup> *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (701).

<sup>80</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (820).

<sup>81</sup> *Kahlo* (Fn. 71), S. 210.

<sup>82</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (820).

<sup>83</sup> A.a.O., 824.

<sup>84</sup> A.a.O., 821.

<sup>85</sup> *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (702); nach *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (825), die „Manifestation des allgemeinen Willens, daß solche Handlungen zu unterlassen sind“.

<sup>86</sup> *Roxin*, GA 2015, 185 (187).

<sup>87</sup> *Köhler* (Fn. 42), S. 23; s.a. *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (418).

<sup>88</sup> *Köhler* (Fn. 42), S. 37.

<sup>89</sup> A.a.O., S. 43.

<sup>90</sup> A.a.O., S. 49.

<sup>91</sup> A.a.O., S. 37; s.a. *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (698).

<sup>92</sup> *Köhler* (Fn. 30), S. 38 f.; *ders.* (Fn. 34), S. 35.

<sup>93</sup> *Köhler* (Fn. 34), S. 38.

<sup>94</sup> *Wohlers/Went* (Fn. 19), S. 173 (183).

<sup>95</sup> Dies entspricht auch seinem Selbstverständnis, vgl. *Köhler* (Fn. 42), Vorwort.

<sup>96</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (330 f.); Darlegung eines kriterientreuen Maßprinzips bei *Wolff*, in: Hassemer (Hg.), Strafrechtspolitik – Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, S. 137 (213); *Köhler* (Fn. 42), S. 30; dazu krit. *Pawlik* (Fn. 4), S. 70.

<sup>97</sup> *Hörnle* (Fn. 34), S. 11 (30); *dies.* (Fn. 40), S. 3 (7); *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (330).

<sup>98</sup> *Neumann* (Fn. 6), S. 159 (161); s.a. *Hassemer* (Fn. 12), S. 69 f.

<sup>99</sup> *Hörnle* (Fn. 40), S. 3 (4 ff.); *dies.* (Fn. 34), S. 11, 30; *dies.* (Fn. 19), S. 19.

<sup>100</sup> *Weigend*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 31 (32); *Hassemer*, ZIS 2006, 266 (269); mit der Forderung „empirisch-sozialer Zwecke“ *Roxin*, GA 2015, 185 (190).

heute nicht mehr folgen.<sup>101</sup> Insb. eine „metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen“, sei der Staat als „menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt“.<sup>102</sup>

#### a) Entgegnung: Begriff der Metaphysik

Entgegnet wird, ein Begriff des Denkens ohne die Setzung menschlicher Vernunft und Freiheit bleibe bruchstückhaft: Eine Betrachtung der Welt nur anhand von Kausalbeziehungen sei unfähig, ihre eigenen Konstitutionsbedingungen zu erfassen.<sup>103</sup> Die Ablehnung einer Theorie als metaphysisch zeuge von einem wenig ausgeprägten Begriffsverständnis.<sup>104</sup> Dies mag insb. für eine *kritische* Metaphysik im Sinne des „Alleszermalmers“ (*M. Mendelssohn*) *Kant* gelten, dem sich die Offenlegung der Problematik klassischer Metaphysik und mit ihr die Bindung der Vernunft an die Erfahrung<sup>105</sup> erst verdankt.<sup>106</sup> Verzicht auf Metaphysik sei Verzicht auf das Denken selbst.<sup>107</sup> Beschränkung auf reine Erfahrung nehme dem Einzelnen die Möglichkeit kritischer Betrachtung.<sup>108</sup> Hinterfragt wird schließlich die Reflexion der Wurzel der Metaphysik-„Phobie“<sup>109</sup> und damit einhergehender vorschneller transzendentaler Verortung vernünftigen Denkens in *Habermas*’ Diskursethik.<sup>110</sup>

#### b) Immanente Anknüpfung

Auch unter der Annahme, im „Verzicht auf Letztbegründungen und im Verlangen nach einer Praxis der rationalen und sozialimmanenten Argumentation“ liege der „richtige Kern des Plädoyers für eine Überwindung der Metaphysik im Strafrecht“,<sup>111</sup> scheint fraglich, ob die damit konfrontierten „neoabsoluten“ Theorien sich tatsächlich nach wie vor mit dem Verweis auf transzendente Letztgründe begnügen, oder aber ihre so begründete Ablehnung wesentliche Schritte ihrer Vertreter unbeachtet lässt. *Wolff* be greift Gerechtigkeit dezidiert „nicht transzendent“.<sup>112</sup> *Kahlo* verortet die Freiheit des Subjekts immanent<sup>113</sup> und in Konsequenz wie auch *Köhler* die Restitution des Rechtsverhältnisses durch Schuldausgleich als innerweltlichen Sinn der Strafe.<sup>114</sup> *Montenbruck* sieht Gerechtigkeit zwar als „Wert“ und „Handlungsmaxime“ per se, verweist aber zugleich auf ihre Verankerung im Rechtsstaatsprinzip.<sup>115</sup> Auch *Zaczyk* verwahrt sich gegen die Verwechslung der Gerechtigkeit als „freiheitlicher menschlicher Praxis [...] mit einer göttlichen“.<sup>116</sup>

<sup>101</sup> *Sachs* (Fn. 67), S. 37 f.; erhebl. Bedenken gegen ein Verständnis menschlicher Freiheit, zumal in Form des kategorischen Imperativs nach *Kant*, als partikularethisch können hier nicht entfaltet werden.

<sup>102</sup> *Roxin* (Fn. 8), § 3 Rn. 8; *ders.*, GA 2015, 185 (188); zieht *Roxin* stattdessen die Freiheit als einzig legitimes Ziel staatlichen Handelns heran, so legt er ein Verständnis zugrunde, das Freiheit und Gerechtigkeit generell trennt. Zu fordern wäre zumindest die Explikation dieses Freiheitsbegriffs.

<sup>103</sup> *Zaczyk* (Fn. 71), S. 135.

<sup>104</sup> *Ders.* (Fn. 8), S. 207 (211 ff.), legt demonstrativ metaphysische Grundannahmen *Roxins* (Fn. 102) frei.

<sup>105</sup> S. zur „exoterische[n] Lehre der Kantischen Philosophie“ *Hegel*, Wissenschaft der Logik – Berliner Ausgabe, 2013, S. 8.

<sup>106</sup> *Zaczyk*, Der Staat 50 (2011), S. 295 (298).

<sup>107</sup> *Ders.* (Fn. 8), S. 207 (220).

<sup>108</sup> *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (409 f.).

<sup>109</sup> Begriff in Anlehnung an *Duttge* (Fn. 32), S. 1 (11).

#### c) Vernünftiges Subjekt und Affektion

Eine „schwer ausräumbare Aporie“ liege in der Begrenzung des Bereichs der Möglichkeit normwidrigen Handelns des als vernünftiges Subjekt (*homo noumenon*) begriffenen Täters auf den Bereich sinnlicher Affektion (*homo phaenomenon*). Während man seinen Begriff des Vergeltung verlangenden Verbrechens als allgemeinen Geltungsanspruch erhebende Negation des Rechts auf die Annahme stütze, dass die Einzelnen das Rechtsverhältnis durch ihr Handeln nach dem Maßstab praktischer Vernunft konstituieren,<sup>117</sup> könne man den Täter gerade für den stets aus sinnlicher Affektion resultierenden Normbruch nie als Vernunftsubjekt zur Rechenschaft ziehen.<sup>118</sup> Doch bleibt der Kategorische Imperativ nach *Kant* auch in den Theorien *Wolffs*, *Köhlers* et al. ebendies: ein Imperativ. Die dem Menschen gegebene *Möglichkeit* zur Freiheit bedeutet nicht, dass er diese Möglichkeit in jeder seiner Handlungen verwirklicht. Sie verlangt jedoch, den entsprechenden Anspruch – eben den Imperativ – im Dienste des Fortbestehens der Möglichkeit stets aufrechtzuerhalten.

#### 4. Zunächst: keine Legitimation durch Vergeltung

Auf weitere Kritik an den Theorien *Wolffs*, *Köhlers* et al. wird zurückzukommen sein.<sup>119</sup> Zunächst ist zu konstatieren: Die freiheitsphilosophisch fundierte Straftheorie sucht Strafe nicht dadurch zu legitimieren, *dass* zu vergelten sei.<sup>120</sup> Sie will vielmehr nachweisen, *warum* – aufgrund restitutiver Erwägungen im Dienste von Freiheit und Gerechtigkeit – dies zu geschehen habe. Auch die referierte Kritik zielt nicht auf den vergeltenden Charakter der Strafe, sondern nur auf deren Begründung.

#### IV. Vergeltung im Kontext positiver Generalprävention

Ob der weithin anerkannten Unzulänglichkeit rein spezialpräventiver und negativ-generalpräventiver Konzepte (1) sind in der Literatur positiv-generalpräventive Ansätze

<sup>110</sup> *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (397 ff.); allg. zur Einbettung der straftheoretischen Diskussion in den „moralphilosophischen Theorienwettbewerb“ *Pawlik*, ZIS 2011, 262.

<sup>111</sup> *Martins*, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>112</sup> *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (826).

<sup>113</sup> *Kahlo* (Fn. 71), S. 291 ff.; *ders.* (Fn. 19), S. 383 (403).

<sup>114</sup> *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (418); *Köhler* (Fn. 30), S. 40; *ders.* (Fn. 34), S. 35; *ders.* (Fn. 42), S. 43; insofern Bezug auf *Köhler*, *Wolff* et al. nimmt auch *Frisch* (Fn. 54), S. 269 (278 f. mit Fn. 34).

<sup>115</sup> *Montenbruck* (Fn. 8), S. 244; ebenso gegen die Metaphysik-„Phobie“ *Duttge* (Fn. 32), S. 1 (11).

<sup>116</sup> *Zaczyk* (Fn. 8), S. 207 (215).

<sup>117</sup> S.o. III.1. sowie *Köhler* (Fn. 30), S. 34 f.; *Kahlo* (Fn. 56), S. 383 (409 ff.); *Zaczyk*, in: FS Otto, 2007, S. 191 (203).

<sup>118</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (332 ff.).

<sup>119</sup> S.u. VI.1.a).

<sup>120</sup> Zum tautologischen Charakter einer solchen Begründung *Kargl*, GA 1998, 53 (63).

verbreitet,<sup>121</sup> die nicht ohne retributive Erwägungen auskommen (2).

### 1. Unzulänglichkeit rein spezial- bzw. negativ generalpräventiver Legitimation

#### a) Spezialprävention

Spezialprävention sei eine Frage der Ausgestaltung, nicht der Legitimation der Strafe.<sup>122</sup> In der Strafbegründungsdiskussion sei sie irrelevant, soweit ihr das StGB, insb. dessen §§ 46 Abs. 1 S. 2, 47, 56 ff., nur strafmildernde, nie aber -legitimierende Wirkung zuweise.<sup>123</sup> Es fehle an jedem Maßprinzip.<sup>124</sup> In ihrer Konsequenz liege sowohl die „Einführung einer Verurteilung mit unbestimmter Strafdauer“ als auch „völlige Straffreiheit derer, die keiner Resozialisierung bedürfen“.<sup>125</sup>

#### b) Negative Generalprävention

Negative Generalprävention könne umfassende Strafverfolgung i.S.d. Legalitätsprinzips nicht begründen.<sup>126</sup> Denn Abschreckung könne nur in Bezug auf Delikte sinnvoll sein, vor deren Begehung der Täter Chancen und Risiken unter Einbeziehung einer hohen Entdeckungswahrscheinlichkeit abwäge (Intelligenzdelikte).<sup>127</sup>

### 2. Positive Generalprävention

#### a) Keine „Vergeltung im Gewand der Prävention“

Wirkt Strafe normbestätigend „als Unwerturteil über die Tat auf das Bewußtsein der Gesamtheit der Rechtsgenossen“ ein,<sup>128</sup> scheint dies von vergeltungstheoretischen Erwägungen, denen Retribution ihrerseits zur Restitution und Aufrechterhaltung des Rechtsverhältnisses dient, nicht wesentlich abzuweichen. Mancher stellt die „Gerechtigkeitstheorie“ in den Dienst der utilitaristisch geprägten Generalprävention,<sup>129</sup> erkennt so Vergeltungsas-

pekte als Teil einer positiv-generalpräventiv ausgerichteten Theorie an und kontextualisiert sie durch innerweltliche Zweckbindung.<sup>130</sup> Dementsprechend wird teils die „Identität der Vergeltungstheorien und der Straftheorie der positiven Generalprävention“<sup>131</sup> konstatiert. Die Erwiderung, dies sei ein überzeichnendes, „planierendes Fazit“,<sup>132</sup> sei hier nur insoweit entfaltet, als die Rede von der Vergeltung im Gewand der Generalprävention letztere im Kern verkennt: Zwar macht sie sich ein Moment des Unwerturteils bzw. Tadels zunutze. Doch denkt sie dieses, getreu ihrer utilitaristischen Grundlegung,<sup>133</sup> stets von dem Zweck her, das öffentliche Bewusstsein der Normgeltung zu erhalten. Dieses allgemeine Rechtsbewusstsein adressiert sie in vom zu Strafenden losgelöster Weise<sup>134</sup> und begreift so das Verhältnis von Subjekt und Allgemeinheit gerade anders als retributive Ansätze.<sup>135</sup> Auch beruht das zu sichernde öffentliche Rechtsbewusstsein damit stets auf einer Täuschung, da es sich den eigentlichen Grund der Strafe nicht bewusst machen kann, ohne deren erwünschte Wirkung zu schädigen.<sup>136</sup>

#### b) Maßprinzip

Über das für den Strafbegriff konstitutive Element des Unwerturteils<sup>137</sup> hinaus werden Vergeltungserwägungen zu Hilfe genommen, um einen diesen schon begrifflich eigenen,<sup>138</sup> in präventiven Theorien dagegen nicht genuin angelegten, zu ihrem eigentlichen Impetus teils gar konträr stehenden<sup>139</sup> Maßstab begrenzender Proportionalität<sup>140</sup> zu begründen: das Schuldprinzip.<sup>141</sup>

#### c) Vergeltung als wenig geschätzter, aber hilfreicher Lückenfüller

Diese Einbeziehung der wenig geachteten vergeltungsbezogenen Erwägungen zur Begründung eines Maßprinzips der Strafe erfolgt lediglich aufgrund der mangelnden

<sup>121</sup> V. Hirsch/Jareborg (Fn. 56), S. 9: „herrschende Lehre“; v. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261; Hörnle, JZ 2006, 950 (951): „herrschende Straftheorie“; grundlegend zur positiven Generalprävention Joecks, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 73 f.; Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 288 ff.

<sup>122</sup> Krey/Esner (Fn. 14), S. 64; Hörnle (Fn. 19), S. 25.

<sup>123</sup> Walter, ZIS 2011, 636 (637).

<sup>124</sup> Hassemer, ZIS 2006, 266 (270); ders. (Fn. 12), S. 71; Roxin, GA 2015, 185 (191 f.).

<sup>125</sup> Kargl, GA 1998, 53 (65); Hassemer (Fn. 12), S. 78; Walter, ZIS 2011, 636 (644); hierin ausdrücklich kein Problem sieht (nicht nur) in Bezug auf „KZ-Mörder“ Merle, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde – Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus, 2007, S. 130.

<sup>126</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 27.

<sup>127</sup> Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 283; Walter, ZIS 2011, 636 (645); ders. 2014, 831 (844 f.).

<sup>128</sup> Deskriptiv Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (800); s.a. Kubiciel (Fn. 2), S. 152 f.

<sup>129</sup> Montenbruck, Strafrechtsphilosophie – Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht, 2. Aufl. (2010), S. 40.

<sup>130</sup> S. dazu auch den empirisch-soziologischen Ansatz Walters und Andrisseks, u. VI.2.

<sup>131</sup> Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 255; s.a. Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention – Eine strafrechtstheoretische Untersuchung, 1976, S. 76 ff.

<sup>132</sup> Neumann (Fn. 30), S. 435 mit Fn. 2.

<sup>133</sup> Kühl (Fn. 70), S. 28 f.

<sup>134</sup> Deskriptiv Montenbruck (Fn. 8), S. 63.

<sup>135</sup> Zaczyk, Der Staat 50 (2011), 295 (300 f.).

<sup>136</sup> V. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (268 ff.).

<sup>137</sup> V. Hirsch, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hg., Fn. 6), S. 43 (49); Seher, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hg.), Mediating principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006, S. 70 (78 ff.).

<sup>138</sup> Hassemer, ZIS 2006, 266 (268); Hoffmann, Vergeltung und Generalprävention im heutigen Strafrecht, 1995, S. 135 ff.; zum Begrenzungspotential „deontologischer Schranken“ Hörnle (Fn. 34), S. 11 (20 f.); dies. (Fn. 40), S. 3 (10); Joecks, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 59.

<sup>139</sup> Pawlik, Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, S. 82 f.; Kubiciel (Fn. 2), S. 157.

<sup>140</sup> Hassemer, ZIS 2006, 266 (270); ders. (Fn. 12), S. 71; Roxin (Fn. 8), § 3 Rn. 51; ders., GA 2015, 185 (191 f.).

<sup>141</sup> Momsen/Rackow, JA 2004, 336 (339); Montenbruck (Fn. 8), S. 55; Rengier (Fn. 8), S. 11; Roxin (Fn. 8), § 3 Rn. 51; ders., GA 2015, 185 (193); kritisch zum proportionalitätssichernden Charakter des Schuldprinzips Duttge (Fn. 32), S. 1 (12); Lackner/Kühl, StGB, § 46 Rn. 24; Weigend (Fn. 100), S. 31, 41; Wohlers/Went (Fn. 19), S. 173 (196 f.); dass sich eine Straftheorie zum Schuldprinzip verhalten muss, folgt schon aus dessen Verfassungsrang (s. nur BVerfGE 123, 267 [413]).

Möglichkeit, ein solches aus den Präventionszielen abzuleiten:<sup>142</sup> Vergeltung füllt anderweitig nicht zu schließende „Legitimationslücken“.<sup>143</sup> Von außen an die Theorien herangetragen<sup>144</sup> und ihnen äußerlich bleibend, erscheint das „gleichsam in der Luft“<sup>145</sup> hängende Schuldprinzip letztlich als Ausdruck der Unfähigkeit präventiver Konzepte, den Vorwurf des Verstoßes gegen den kategorischen Imperativ *Kants* durch Mengung des zu Straftenden „unter die Gegenstände des Sachenrechts“<sup>146</sup> anhand eigener Kategorien zu widerlegen.<sup>147</sup> Der erforderliche Legitimitätsnachweis insb. gegenüber dem Täter<sup>148</sup> muss ihm stets auf das allgemeine Rechtsbewusstsein gerichteten Blick schwerfallen.<sup>149</sup> Dies kann die Heranziehung der Retribution als *hilfreich* zur bloßen Begrenzung des „wann“ – bei schuldhafter Tat – und des „wie“ – im Rahmen der Schuldangemessenheit – nicht kaschieren.<sup>150</sup>

### 3. Zwischenfazit: Verständnis als nur hilfreich unzulänglich

Selbst unter der Prämisse, die Zusammensetzung einer Straftheorie als „Begründungsmosaik“<sup>151</sup> aus diversen „Mosaiksteinen“<sup>152</sup> sei nicht per se als „beziehungsloses Nebeneinanderstellen gegensätzlicher Erwägungen“<sup>153</sup> problematisch, bleibt zentrale Aufgabe einer Straftheorie, Strafe nicht nur zu beschreiben und, gleichsam von außen her, zu begrenzen, sondern auch ihrer Legitimation nachzugehen – und diese in Beziehung zum zu Straftenden zu setzen. Der Feststellung, mit den skizzierten Ansätzen sei „die Begründung und Rechtfertigung der Strafe als Übelszufügung im Großen und Ganzen gelungen“,<sup>154</sup> kann nicht beigetreten werden. Und doch ist es neben freiheitsphilosophischen Ansätzen die positive Generalprävention, die den Rahmen der Wiederentdeckung retributiver Versatzstücke bildete.<sup>155</sup>

## V. Vergeltung im Kontext expressiver Straftheorien

Wenig trennscharf verlaufen die Linien im Grenzbereich zwischen positiv-generalpräventiven und expressiven Straftheorien.<sup>156</sup> Für letztere ist charakteristisch, dass sie das kommunikative Moment der Strafe in Hinsicht auf Normbestätigung<sup>157</sup> (1) und auf die Missbilligung begangenen Unrechts (2) ins Zentrum stellen.<sup>158</sup>

### 1. Bestätigung der Geltung des Rechts („normorientiert“<sup>159</sup>) – *Jakobs*

Exemplarisch für die oft nicht eindeutige Abgrenzung steht die Theorie *Jakobs*. Sie wird hier als normorientiert-expressiv rezipiert,<sup>160</sup> da sie auf einem Begriff der Gesellschaft als „praktizierte personale Kommunikation“<sup>161</sup> fußt und auch Strafe maßgeblich anhand kommunikationsorientierter Kategorien wie der des „Widerspruchs“ begründet.<sup>162</sup> Andernorts wird sie teils als „absolut“<sup>163</sup> kategorisiert.

#### a) Konzeption

Strafe wird als durch „Schmerz“ verstärkter „Widerspruch“ gegen den die „Bedingungen der Gemeinsamkeit leugnenden“ Normbruch verstanden.<sup>164</sup> Zweck des Schmerzes ist, der Versicherung der Wahrscheinlichkeit ausbleibender Verletzungen gegenüber normtreuen Personen<sup>165</sup> Nachdruck zu verleihen.<sup>166</sup> Auch der Täter handelt im Verbrechen zwar als Person – mithin als Teil der Gesellschaft – jedoch nur im formellen Sinn. Dass er als Person – solange wie möglich, bis er nämlich zum „Feind“ umschlägt<sup>167</sup> – nicht aufzugeben ist, resultiert nicht aus seiner Achtung als solcher, sondern aus dem Anliegen der Gesellschaft, sich ihre Grenzen, die mit dem Ausschluss

<sup>142</sup> Zur Unzulänglichkeit der Herleitung, tatproportionale Strafe stärke die Integrationsprävention, v. *Hirsch/Jareborg* (Fn. 56), S. 11; ebenso v. *Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (264); *Neumann* (Fn. 6), S. 159 (166).

<sup>143</sup> *Klocke/Müller*, StV 2014, 370 (376); kritisch zur Reduktion auf ein bloßes „Strafbegrenzungskriterium“ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 287.

<sup>144</sup> *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. (1990), S. 324.

<sup>145</sup> *Duttge* (Fn. 32), S. 1 (12); zur „Gegenläufigkeit der strafrechtstheoretischen Topoi Prävention und Schuld“ *Kubiciel* (Fn. 2), S. 10; 169 f.; zur „erheblichen Schwächung der systematischen Dignität des Schuldprinzips“ im Konzept *Roxins* s. *Pawlik*, GA 2006, 345 (346).

<sup>146</sup> *Kant* (Fn. 9), A 197/B 227; noch schärfer *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (803 f.); zur „Theorie der Generalprävention als Verstoß gegen die Menschenwürde“ *Neuß*, Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen – Ein unaufgelöster Konflikt, 2001, S. 158 ff.

<sup>147</sup> Zu diesem Vorwurf kritisch *Hörnle* (Fn. 40), S. 3 (11).

<sup>148</sup> *Köhler* (Fn. 30), S. 40.

<sup>149</sup> Dementsprechend „gänzliche Unvermitteltheit der leitenden Zweckkonstitution“ im Konzept der positiven Generalprävention konstatiert *ders.* (Fn. 30), S. 32 f.

<sup>150</sup> *Hörnle* (Fn. 19), S. 51 f.; a.A. *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (342); im Besonderen muss dies für Ansätze gelten, die die begrenzende Wirkung der Schuld wie etwa *Roxin* (Fn. 8), § 3 Rn. 53 f., auf ein Überschreitungsverbot reduzieren wollen.

<sup>151</sup> *Hörnle* (Fn. 19), S. 37.

<sup>152</sup> A.a.O., S. 63; anders *Andrissek* (Fn. 17), S. 55; *Jakobs* (Fn. 42), S. 29 (30 f.); *Köhler* (Fn. 42), S. 44; *Kubiciel* (Fn. 2), S. 138.

<sup>153</sup> *Pawlik*, GA 2006, 345 (346 f.); s.a. *ders.*, ZIS 2011, 262.

<sup>154</sup> *Kühl* (Fn. 27), S. 433 (441).

<sup>155</sup> „Exemplarisch“ hierfür ist nach *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (79), die Wendung *Hassemers* von der (Wiederentdeckung der) „Weisheit“ der absoluten Theorien; s. *Hassemer* (Fn. 144), S. 324; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 107.

<sup>156</sup> Vgl. *Montenbruck* (Fn. 8), S. 145, der die „Idee vom expressiven und kommunikativen Charakter der Strafe“ im Ganzen der Generalprävention zuschlägt.

<sup>157</sup> Hierin liegt nach *Hörnle* (Fn. 34), S. 11 (24), die kommunikationstheoretische Wendung der *hegelschen* Negation der Negation des Rechts; s.a. *Pawlik* (Fn. 4), S. 63.

<sup>158</sup> *Demko*, in: *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* (Hg.), *Hegels Erben? – Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, 2017, S. 277 (278); *Hörnle* (Fn. 19), S. 31; zugleich zur Entstehungsgeschichte in der US-amerikanischen Diskussion *Kaiser* (Fn. 21), S. 140.

<sup>159</sup> Unterscheidung von „normorientiert“ und „personenorientiert“ nach *Hörnle* (Fn. 19), S. 31.

<sup>160</sup> S. zum Selbstverständnis als positiv-generalpräventiv *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. (1991), S. 6 ff.; s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 152.

<sup>161</sup> *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl. (2008), S. 52.

<sup>162</sup> *Ders.* (Fn. 160), S. 9.

<sup>163</sup> *Schünemann* (Fn. 67), S. 327 (327 f.); dagegen *Hörnle* (Fn. 19), S. 33.

<sup>164</sup> *Jakobs* (Fn. 161), S. 111 ff.

<sup>165</sup> Normtreues Verhalten ist nach *Jakobs* konstitutiv für *wirkliche* Personen, vgl. *ders.* (Fn. 161), S. 108 f.

<sup>166</sup> *Ders.* (Fn. 161), S. 113 f.

<sup>167</sup> Zum Begriff des „Feindes“ im Strafrecht s. *ders.*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick; Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, 2000, S. 47 (52).



einer Person enger zu ziehen wären, nicht vom Normbrecher diktieren zu lassen.<sup>168</sup> Als Person habe der Täter für die Folgen seiner Freiheitsübertretung qua „Schadensersatz“ einzustehen; dies begrenzt Strafe auf den Ausgleich des von ihm verantworteten Schadens.<sup>169</sup> Dies aber sei „nicht logisch zwingend“, sondern lediglich gegenwärtige gesellschaftliche Gepflogenheit.<sup>170</sup> In seiner so begründeten Rolle als Person – als Teil der Gesellschaft – wird der Täter auch in der Strafe adressiert. Ob er die Bedeutung der Sanktion als Einzelner versteht, ist irrelevant.<sup>171</sup> So verzichtet *Jakobs* auf über die Begründung mit gesellschaftlicher Notwendigkeit hinausgehende Straflegitimation gegenüber dem Betroffenen.

#### b) Verhältnis zur Retribution

Während die Bestätigung der geltenden Maximen der normorientiert-expressiven Theorie nach *Jakobs* und vergeltungsorientierten Ansätzen als erhoffter Effekt gemein ist,<sup>172</sup> liegt ein zentraler Unterschied in der Gewichtung der Legitimation gegenüber dem zu Strafenden. *Jakobs*, der diesen mit der Strafe schon nicht mehr als Einzelnen anspricht, reicht die Verfolgung gesellschaftlicher Zwecke aus. Gerade die kategorische Ablehnung einer solchen Argumentation aber kennzeichnet jede Vergeltungstheorie. *Jakobs*‘ Theorie als solche zu verstehen,<sup>173</sup> ginge somit fehl.<sup>174</sup> Dies wird im Folgenden noch aufzugreifen sein.<sup>175</sup>

#### 2. Legitimation vom Tadel aus („personenorientiert“) – v. Hirsch, Hörnle

Eine andere, insb. auf v. Hirsch zurückgehende Spielart expressiver Strafbegründung<sup>176</sup> differenziert zwischen der Legitimation des Tadels und jener der Schmerzzufügung. Indem sie den Schwerpunkt auf die retributive Legitimation des Tadels legt, stellt sie sich im Verhältnis zur Generalprävention gleichsam als das Unternehmen dar, diese durch Umstrukturierung des Verhältnisses von Begründung gegenüber dem Täter und allgemeinem Nutzen vom Kopf auf die Füße zu stellen.

#### a) Konzeption

##### aa) Keine Vermeidung ethisch begründeter Argumentation; Tadel eines Menschen

Der zentralen Schwäche generalpräventiver Theorien, die Legitimation der Strafe auch im Verhältnis zum Täter von erhofften Präventionseffekten in der Gesellschaft her zu denken, die Begründung ihm gegenüber also stets als nachrangig zu begreifen, wird durch positiven Bezug auf „offen ethische Argumente“<sup>177</sup> begegnet. Nur unter der Voraussetzung der anhand solcher erfolgenden Legitimation des Tadels sind präventive Effekte zulässig und wünschenswert.<sup>178</sup> Tadel sei als konfrontative Antwort auf missbilligtes Verhalten gesellschaftlich tradiert. Anders als bloße gefahrreduzierende Einhegung ermögliche er dem Täter Rechtfertigung, Exkulpation und Reparation.<sup>179</sup> So drücke er seine Anerkennung als Person aus.<sup>180</sup> Tadel sei „angemessene Reaktion“<sup>181</sup> nicht nur auf Fehlverhalten im zwischenmenschlichen Alltag, sondern auch auf eine Rechtsgutsverletzung. Denn Unterschiede zwischen strafprozessualer und alltäglicher Kommunikation, etwa mangelnde persönliche Nähe von Gericht und Täter, seien gradueller, nicht prinzipieller Art.<sup>182</sup> Die moralische Fundierung der Tadelfunktion der Strafe bedeutet dabei nicht die Gleichsetzung von Strafwürdigkeit mit bloßer moralischer Verwerflichkeit. Doch entspricht sie der Erkenntnis, dass (Straf-)Recht nicht etwa frei schwebt, sondern an moralische Kategorien anknüpfen muss, zumal diese die letztlich auch in Gesetzgebung mündende demokratische Diskussion prägen.<sup>183</sup> Die so hergeleitete Tadelfunktion der Strafe im Verhältnis zum Täter als „moralisch informierter rechtlicher Vorwurf“<sup>184</sup> machen diese expressiven Ansätze zur Grundlage ihrer Argumentation.<sup>185</sup> Der Staat wendet sich an seine zu strafenden Bürger als „eigenverantwortlich handelnde, zu ethischen Urteilen fähige Wesen“.<sup>186</sup> Er adressiert Menschen, nicht Raubtiere.<sup>187</sup> Der Täter wird so – vermittelt durch seine Rolle als „Rechtsperson“<sup>188</sup> – als „moral agent“<sup>189</sup> anerkannt, also als moralische, zur Orientierung an normativen Verhaltensmaßstäben fähige Person angesprochen. Nicht entscheidend ist insoweit seine „gute“ oder „schlechte“ Motivation im Einzelfall.<sup>190</sup>

Das Maß des Tadels vermittelt dabei den Grad der Missbilligung.<sup>191</sup> Das Anliegen tatproportionaler Strafzumessung – und damit der Vorrang der Fairness vor Nützlich-

<sup>168</sup> *Ders.* (Fn. 161), 110 f.

<sup>169</sup> A.a.O., S. 114.

<sup>170</sup> A.a.O., S. 115.

<sup>171</sup> A.a.O., S. 112 f.; s.a. *Schneider*, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? – Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004, S. 73.

<sup>172</sup> *Kubicel* (Fn. 2), S. 166.

<sup>173</sup> So etwa *ders.* (Fn. 2), S. 159.

<sup>174</sup> S.a. *Seher* (Fn. 137), S. 70 (79), nach dem sich der – allerdings als generalpräventiv kategorisierte – Ansatz *Jakobs*‘ „am weitesten von der klassischen Überzeugung eines vergeltenden Sinnes von Strafe entfernt“.

<sup>175</sup> S.u. VI.1.c).

<sup>176</sup> *Kaiser* (Fn. 21), S. 179 ff., spricht von „nicht-akzessorischem Expressivismus“.

<sup>177</sup> *V. Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (265).

<sup>178</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (271, 278).

<sup>179</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (272); ob er diese Möglichkeit nutzt, soll dabei dem Täter überlassen bleiben.

<sup>180</sup> *V. Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (51).

<sup>181</sup> *V. Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (271).

<sup>182</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (273 f.); s.a. *Seher* (Fn. 137), S. 70 (80 f.).

<sup>183</sup> *Martins*, ZIS 2014, 514 (517) mit diskursiver Bestimmung der Konnexität von Recht und Moral.

<sup>184</sup> *Ders.*, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>185</sup> *V. Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (265 f.); v. *Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (49); s.a. *Seher* (Fn. 137), S. 70 (79 f.).

<sup>186</sup> Insoweit an die Moralphilosophie *Kants* anknüpfend v. *Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (267).

<sup>187</sup> *Dies.*, GA 1995, 261 (275).

<sup>188</sup> *Martins*, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>189</sup> *V. Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (51); s.a. v. *Hirsch/Hörnle*, GA 1995, 261 (271).

<sup>190</sup> *V. Hirsch* (Fn. 137), S. 43 (51 mit Fn. 21).

<sup>191</sup> *V. Hirsch/Jareborg* (Fn. 56), S. 12.

keitserwägungen – ergibt sich so unmittelbar aus dem tadelbasierten Strafverständnis und kennzeichnet dieses wesentlich.<sup>192</sup>

#### bb) Übelszufügung: Prävention und Bekräftigung des Tadels

Dementsprechend vermittelt die in der Strafe liegende Übelszufügung<sup>193</sup> durch ihre jeweilige Intensität zunächst das Maß des ausgesprochenen Tadels.<sup>194</sup> Nach v. Hirsch antwortet die Übelszufügung zudem auf die seiner normativen Ansprechbarkeit korrespondierende Fehlbarkeit des Menschen,<sup>195</sup> indem sie einen „an die Vernunft appellierenden“<sup>196</sup> verstärkenden Anreiz zur Normtreue schafft.<sup>197</sup> Sie wirkt insofern negativ-generalpräventiv.<sup>198</sup> Hörnle bezieht die Signalwirkung des durch das Strafübel verstärkten und glaubhaft gemachten<sup>199</sup> Unwerturteils insb. auf das Tatopfer.<sup>200</sup>

Die Legitimation der Übelszufügung wird somit sowohl durch retributive als auch durch präventive Erwägungen getragen. Der Vorwurf, die Heranziehung präventiver Gesichtspunkte verhindere die angestrebte Überwindung der der Generalprävention vorgeworfenen Instrumentalisierung des Täters,<sup>201</sup> scheint diesbezüglich nicht zuzutreffen. Denn die Begründung des Übels erfolgt nicht rein präventiv und ist zudem der als *notwendige* Voraussetzung<sup>202</sup> installierten Bedingung retributiver Rechtfertigung des Tadels stets erst nachgeordnet.

#### b) Verhältnis zur Retribution

Anders als generalpräventive Erwägungen nehmen personenorientiert-expressive Theorien die der „Strafe immanenten retrospektiven Strukturen“<sup>203</sup> explizit in den Blick. Von rein präventiver Strafbegründung nehmen sie deutlich Abstand.<sup>204</sup> Zudem nehmen sie aus einer Straftat folgende Vergeltungsbedürfnisse der Gesellschaft und insb. des Opfers in Bezug.<sup>205</sup> Sinn des durch Übelszufügung verstärkten Tadels sei auch, diese „abzufangen“.<sup>206</sup> Retributiven Erwägungen kommt somit in verschiedener Hinsicht zentrale Bedeutung zu. Personenorientierte Expression allein deshalb für absolut-vergeltend zu erklären, wäre indes verfehlt.<sup>207</sup>

Durch Zusammenführung reaktiver, deontologischer und

präventiver Elemente<sup>208</sup> unter Betonung der kommunikativen Wirkung der Strafe sprengen sie das althergebrachte Schema der Auseinandersetzung absoluter und relativer Straftheorien.<sup>209</sup>

#### 3. Zwischenfazit: „expressiv“/„präventiv“ statt „absolut“/„relativ“

Die normorientiert-expressive Theorie Jakobs' wird als „absolut“ bezeichnet, unterscheidet sich von Vergeltungstheorien jedoch elementar. Keiner der anderen bis hierhin diskutierten Ansätze ist frei von Retribution. Die Rechtsprechung beruft sich zuvorderst auf Vergeltung. Die Generalprävention implementiert notdürftig-nachträglich das Schuldprinzip, um sich ein Maß zu geben. Personenorientiert-expressive Ansätze rechtfertigen Strafe im Verhältnis zum Täter durch Herleitung einer ethischen Legitimation staatlicher Reaktion auf begangenes Unrecht. Zugleich handelt es sich bei keinem der Ansätze um eine „absolute“ Theorie. Die Rechtsprechung bindet Strafe auch an präventive Zwecke. Auf deren Verfolgung baut die Generalprävention ihr ganzes Denken. Expressive Ansätze fokussieren vor allem anderen die kommunikative Funktion der Strafe. So brechen sie aus der Dichotomie von „absolut“ und „relativ“ aus. Diese ist nicht in der Lage, die Auseinandersetzung der Straftheorien adäquat abzubilden.<sup>210</sup> Sie ist den folgenden Ausführungen nicht weiter zugrunde zu legen. Stattdessen findet ein Konzept Anwendung, das vor dem Hintergrund der bisherigen Erkenntnisse geeigneter erscheint: Die Kategorisierung nach „präventiv“ und „expressiv“.<sup>211</sup> Deren Anwendung auf die als „neoabsolut“ bezeichneten Theorien ermöglicht es, sie über ein Verständnis als „filigranartige Klassikerexegese“<sup>212</sup> hinaus einer aussagekräftigen Charakterisierung zuzuführen. Sie formulieren, Vergeltung führe dem Täter das Falsche der von ihm gesetzten Maxime vor Augen. Ins Zentrum stellen sie so den Täter und das kommunikative Moment der Strafe. Sie sind als personenorientiert-expressive Theorien einzuordnen.

## VI. Genuine Vergeltungstheorien in der gegenwärtigen Diskussion

Diese Neuordnung hat ihre Leistungsfähigkeit für die Bestimmung der Bedeutung retributiver Erwägungen in der heutigen Diskussion in der Anwendung auf zwei aktuelle

<sup>192</sup> Dies. 1991, S. 12 ff.; v. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (66).

<sup>193</sup> Günther, in: FS-Lüderssen, (Fn. 67), S. 205 (219), erachtet diese zunächst für verzichtbar; dagegen Kühl (Fn. 32), S. 149 (160 f.); in der Bestimmung der Strafe als Tadel und Übel sieht einen begrifflichen Mangel Zaczyk, ZStW 123 (2011), 691 (698 f.).

<sup>194</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (53 f.); Hörnle, JZ 2006, 950 (956); dies. (Fn. 19), S. 44.

<sup>195</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (55 ff.).

<sup>196</sup> V. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (279); s.a. v. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (61).

<sup>197</sup> Kaiser (Fn. 21), S. 181; kritisch Roxin, GA 2015, 185 (195), der diese Idee für „überaus kühn“ hält.

<sup>198</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (55).

<sup>199</sup> Hörnle (Fn. 34), S. 11 (27 f.); zum Ganzen kritisch Pawlik (Fn. 4), S. 52 ff.

<sup>200</sup> Hörnle (Fn. 40), S. 3 (15 f.); dies. (Fn. 34), 11 (26 f.).

<sup>201</sup> Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, vor § 1 Rn. 107.

<sup>202</sup> Vgl. auch Kaiser (Fn. 21), S. 181.

<sup>203</sup> V. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (281).

<sup>204</sup> Sie wie Montenbruck (Fn. 8), S. 145, der Generalprävention zuzuordnen, erscheint deshalb verfehlt.

<sup>205</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 38; Diskussion eines subj. Opferrechts auf Strafverfolgung 41 f.; zust. Duttge (Fn. 32), S. 1 (12); Roxin, GA 2015, 185 (201); Walther, ZStW 111 (1999), 123; s.a. Wirbelauer (Fn. 55), S. 41 (46).

<sup>206</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 45; s.a. Weigend (Fn. 100), S. 31 (36).

<sup>207</sup> Ausdrückl. v. Hirsch/Hörnle, GA 1995, 261 (281); s. aber Martins, ZIS 2014, 514 f. zur Tadelstheorie v. Hirschs als „plausibles und rechtsstaatlich kompatibles retributives Rechtfertigungsmodell“.

<sup>208</sup> V. Hirsch (Fn. 137), S. 43 (44; 65 f.).

<sup>209</sup> Ders. (Fn. 137), S. 43 (44).

<sup>210</sup> In diesem Sinne auch Hörnle, JZ 2006, 950 (951); dies. (Fn. 40), S. 3 (15); dies. (Fn. 34), S. 11 (28 f.); Pawlik (Fn. 34), S. 213 (229); ders., GA 2006, 345 (349); Weigend (Fn. 100), S. 31; Zaczyk (Fn. 8), S. 207 (215).

<sup>211</sup> Hörnle (Fn. 19), S. 61.

<sup>212</sup> Schönemann (Fn. 67), S. 327 (328).

Theorien zu erweisen, die als Vergeltungstheorien firmieren, sich dabei aber gegen die Lehre der Frankfurter Schule nach *Wolff*, *Köhler* et al. abgrenzen.

### 1. Reaktion auf Loyalitätspflichtverletzung des freien Bürgers – Pawlik, Kubiciel

*Pawlik* entwirft nach eigenem Bekunden eine einschlägigen Einwänden nicht ausgesetzte,<sup>213</sup> nach *Roxin* die „modernste Form einer Vergeltungstheorie“.<sup>214</sup> *Kubiciel* legt eine „freiheitstheoretisch fundierte Vergeltungstheorie“<sup>215</sup> vor, die sich weitgehend an *Pawlik* orientiert, ohne dessen zentralen Begriff, das „Unrecht des Bürgers“,<sup>216</sup> explizit aufzugreifen.

#### a) Abgrenzung zur Theorie nach *Wolff*, *Köhler* et al.

In Auseinandersetzung mit *Wolff* und dessen Schülern kritisiert *Pawlik*, deren Konzeption eines intersubjektiven Anerkennungsverhältnisses und des Verbrechens als auf das Täter-Opfer-Verhältnis beschränkten Akts der Nicht-Anerkennung eines Anderen könne nicht erklären, warum die Allgemeinheit – in dem konkreten Opfer restitativ nicht dienlicher Weise<sup>217</sup> – strafen dürfe.<sup>218</sup> Dies sei nicht zu überwinden, solange auf der Subjektebene argumentiert werde.<sup>219</sup> Eine anerkennungstheoretisch fundierte Vergeltungslehre müsse den intersubjektiven Rahmen in Richtung einer „spezifisch staatsbürgerlichen Verantwortung“ des Straftäters verlassen.<sup>220</sup>

#### b) Konzeption

Dies leisten soll das auf der an *Hegel*<sup>221</sup> und *Hälschner*<sup>222</sup> angelehnten Differenzierung von Person, Subjekt und Bürger<sup>223</sup> fußende Konzept einer Mitwirkungspflicht des Bürgers als Kehrseite seiner Freiheit.<sup>224</sup> Dieses leitet die Theorie nach *Pawlik*.

#### aa) Freiheit und Mitwirkungspflicht

Als seit *Rousseau* und *Kant* einzig legitimer Grund der Strafe wird der Theorie die Aufrechterhaltung eines Zustands personaler Freiheit zugrunde gelegt.<sup>225</sup> Weder von der Person noch vom Subjekt, sondern erst vom Bürger könne erwartet werden, auf die Konstitution dieses Zustands durch gemeinsame Anstrengung aller<sup>226</sup> und seine

damit einhergehende Verantwortung zu reflektieren.<sup>227</sup> Als Bürger komme ihm demnach auch die in diversen strafrechtlichen Pflichten konkretisierte<sup>228</sup> Pflicht zu, an der Aufrechterhaltung des Freiheitsverhältnisses mitzuwirken.

#### bb) Pflichtverletzung: das „Unrecht des Bürgers“

In der Verletzung dieser Pflicht liege das spezifische „Unrecht des Bürgers“. Im Verbrechen missachte der Täter nicht nur den intersubjektiven Anerkennungsanspruch des konkreten Opfers, sondern auch den mitbürgerlichen Loyalitätsanspruch.<sup>229</sup> Er treffe so im Opfer stets auch die Allgemeinheit, der gegenüber ihm jene Mitwirkungspflicht zukommt.<sup>230</sup> Der Schaden transzendiert das individuelle Täter-Opfer-Verhältnis.<sup>231</sup> Der Täter übt Unrecht an der „Rechtsgemeinschaft als Ganzes“,<sup>232</sup> am Recht „als Recht“.

#### cc) Strafe: Ausweis der engen Verbindung bürgerlicher Mitwirkung und Freiheit

Erst durch die solcherart überindividuelle Anknüpfung des Verbrechens sei auch der allgemeine Charakter der Strafe in Abgrenzung zum zivilrechtlichen Schadensersatz<sup>233</sup> zu erklären.<sup>234</sup> Straftat und Strafe seien schlüssig in derselben Rechtssphäre zu verorten. Strafe als Reaktion auf die Pflichtverletzung restituiert nach *Pawlik* „das Recht als Recht“,<sup>235</sup> indem sie Fehlverhalten „in kommunikativ unmissverständlicher Weise als irrelevant“ kennzeichnet.<sup>236</sup> Sie exemplifiziert anhand des Normbrechers, „dass es gesicherte Freiheit nur um den Preis der Pflichterfüllung gibt“.<sup>237</sup> Infolge der Pflichtverletzung wird er in seiner Freiheit eingeschränkt. Die Mitwirkungspflicht werde diesbezügliche Duldungspflicht.<sup>238</sup> Das besondere Übel der Schmerzzufügung sei erforderlich zur das Rechtsverhältnis bestätigenden, konsequent-glaubhaften, spiegelbildlichen Reduktion der den Freiraum des Täters im bürgerlichen Staat konstituierenden Handlungsspielräume.<sup>239</sup>

Nach *Kubiciel* drückt Strafe die Geltung des Rechts – und nicht der „Maxime des Handelns des Täters“<sup>240</sup> – aus. Der Strafschmerz habe dabei „Zeichenfunktion“:<sup>241</sup> Es symbolisiere den spezifischen Charakter der Strafe als der Allgemeinheit als solche verständliche Antwort auf eine überindividuelle Schädigung.<sup>242</sup>

<sup>213</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (92).

<sup>214</sup> *Roxin*, GA 2015, 185 (186).

<sup>215</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 128.

<sup>216</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 87.

<sup>217</sup> A.a.O., S. 73; *ders.* (Fn. 30), S. 59 (82).

<sup>218</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 70 ff.; zustimmend *Kubiciel* (Fn. 2), S. 163 f., der freilich anders als *Pawlik* nicht auf die Unterscheidung von Person, Subjekt und Bürger eingeht.

<sup>219</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 82.

<sup>220</sup> A.a.O., S. 73 f.

<sup>221</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 190: „Im Rechte ist der Gegenstand die Person, im moralischen Standpunkte das Subjekt, [...] in der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt der Bürger (als bourgeois) [...]“; s. dazu *Stübinger* (Fn. 20), S. 94 ff.

<sup>222</sup> Vgl. *Pawlik* (Fn. 139), S. 110 ff.

<sup>223</sup> *Ders.* (Fn. 4), S. 76 ff.

<sup>224</sup> A.a.O., 83; *ders.*, GA 2006, 345 (348); *ders.* (Fn. 30), S. 59 (84); s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 166 f.

<sup>225</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (84); zur Legitimation rechtlichen Zwangs nach *Kant* „nur zur Überwindung eines Hindernisses der Freiheit“ s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 25.

<sup>226</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (87); *ders.* (Fn. 139), S. 105 f.

<sup>227</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 82 f.

<sup>228</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 172; speziell zu § 323c StGB s. *Pawlik* (Fn. 4), S. 86.

<sup>229</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 86.

<sup>230</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 168.

<sup>231</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (82).

<sup>232</sup> *Ders.* (Fn. 30), S. 59 (88); zur Verletzung des Rechtsverhältnisses s.a. *Kubiciel* (Fn. 2), S. 125.

<sup>233</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 88 f.

<sup>234</sup> *Ders.*, GA 2006, 345 (348); s.a. *ders.* (Fn. 139), S. 90 f.

<sup>235</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 97.

<sup>236</sup> *Ders.* (Fn. 34), S. 213 (229 f.); s.a. *ders.*, GA 2006, 345 (349).

<sup>237</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (89 f., 93); s.a. *ders.* (Fn. 4), S. 76; *ders.*, ZIS 2011, 262 (263).

<sup>238</sup> *Pawlik*, GA 2006, 345 (348); *ders.* (Fn. 30), S. 59 (89 f.).

<sup>239</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 91; *ders.* (Fn. 30), S. 59 (90 f.); *ders.* (Fn. 139), S. 116 f.

<sup>240</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 165 f.

<sup>241</sup> *Ders.* (Fn. 2), S. 165.

<sup>242</sup> *Ders.*, ZStW 118 (2006), 44 (62 f.).

c) *Verortung in der Diskussion; Nähe und Abgrenzung zur Theorie Jakobs*<sup>243</sup>

Sieht *Pawlik* sich selbst in großer Nähe zur positiven Generalprävention,<sup>243</sup> so bezieht er sich insb. auf die hier als expressiv rezipierte Theorie seines Lehrers *Jakobs*. Anders als dieser<sup>244</sup> legitimiert er die Strafe indes wesentlich im Verhältnis zum Täter und seiner Tat.<sup>245</sup> Besonders deutlich wird der dahingehende, über den unterschiedlichen Gebrauch der Kategorien „Person“ und „Bürger“ hinausgehende Unterschied am Verständnis der Rolle des Täters. Nach *Jakobs* bricht dieser die Norm nicht wegen seiner Eigenschaft als Person, sondern „weil er als Person unterentwickelt geblieben ist“.<sup>246</sup> (Formelle) Person bleibt er allein aufgrund gesellschaftlicher Notwendigkeit; nur deshalb wird er als eine Person unter vielen auch in der Strafe adressiert. Konsequenterweise verliert er diesen Status – und mit ihm die Aussicht auf „Rechtsstrafe“ anstelle von „Machtstrafe“<sup>247</sup> –, wenn er sich als „Feind“ zu erkennen gibt.<sup>248</sup> Nach *Pawlik* kann der Täter das Recht in mit öffentlicher Strafe zu beantwortender Art überhaupt nur brechen, weil er Bürger ist. Konstitutiv ist auch für die Strafe, dass sie ihn weiterhin als Bürger in die Pflicht nimmt und ihn aus der Verantwortung für das Projekt bürgerlicher Freiheit gerade nicht entlässt.<sup>249</sup> Im Gefolge *Pawliks* entfaltet auch *Kubiciel*<sup>250</sup> die Strafbegründung gegenüber dem Täter. Große Nähe zu *Jakobs* weisen beide indes in erhofften Effekten der Strafe auf.<sup>251</sup>

d) *Einordnung: täter- und normorientierte Expression*

Der der Strafe zugeschriebene expressiv-kommunikative Effekt der Bestätigung des Zusammenhangs von Freiheit und Bürgerpflicht stützt die Einordnung der Ansätze *Pawliks* und *Kubiciels* als normorientiert-expressiv.<sup>252</sup> Wenngleich es den Vorgaben der Unterscheidung von „präventiv“ und „expressiv“ entspricht, steht dieses Ergebnis aufgrund der elementaren Differenzen zu der derselben Kategorie zuzuordnenden Theorie *Jakobs* für die Notwendigkeit weiterer Konkretisierung.

## 2. Retributive Generalprävention – *Walter, Andrissek*

*Walter* stellt einen empirisch-soziologischen Ansatz vor, der die Vergeltung rehabilitieren<sup>253</sup> und eine „Begründungslücke“<sup>254</sup> in der rechtsphilosophischen Diskussion

schließen soll. *Andrissek* tritt ihm bei und formt den Ansatz weiter aus.

a) *Konzeption*

Eine Gesellschaft dürfe die Bedingungen ihres Fortbestands sichern.<sup>255</sup> Eine solche sei Rechtsfrieden, dessen Sicherung vergeltende Strafe durch institutionalisierte Befriedigung flagranter gesellschaftlicher Vergeltungsbedürfnisse<sup>256</sup> infolge von Straftaten diene.<sup>257</sup> Vergeltung fungiert so als zivilisatorisch eingehegtes, maßvolles staatliches Substitut der Rache der Einzelnen untereinander.<sup>258</sup> Diese Rolle habe Strafe auszufüllen, solange Vergeltungsbedürfnisse bestehen, was es zwar nicht zu affirmieren, im Dienste der Freiheitssicherung aber doch anzuerkennen gelte.<sup>259</sup>

b) *Einordnung: Prävention*

Vergeltung wirke insofern nicht absolut, sondern relativ.<sup>260</sup> Ihre Berechtigung wird aus der gesellschaftlichen Notwendigkeit dem Zerfall des Rechtsstaats vorbeugender Bedürfnisbefriedigung abgeleitet.<sup>261</sup> Sie ist somit „Mittel zum Zweck“<sup>262</sup> der Generalprävention. Die Theorie ist retributiv-generalpräventiv<sup>263</sup> geprägt.

c) *Aussagekraft zur rechtsphilosophischen Diskussion*

Der ob des Rekurses auf den zivilisatorischen Gehalt der Institutionalisierung der Strafe<sup>264</sup> naheliegende Versuch, den empirisch-soziologischen Ansatzes i.S. einer Theorie der Strafe als Existenzversicherung des bürgerlichen Staats in Reaktion auf aus diesem Bedürfnis resultierende Interessen aufgeklärter Bürger philosophisch zu wenden, ist hier nicht auszuformulieren. Gerade, da sie sich als nicht rechtsphilosophisch versteht,<sup>265</sup> gibt die Theorie *Walters* und *Andrisseks* Aufschluss über das Spezifikum vergeltungsorientierter rechtsphilosophischer Strafbegründung. Wie diese begreift sie sich als Theorie der Vergeltung. Indes leitet sie die Begründung der Strafe allein aus gesellschaftlichen Bedürfnissen ab. Sie setzt sich zwar

<sup>243</sup> *Pawlik* (Fn. 30), S. 59 (92).

<sup>244</sup> S.o. V.1.b).

<sup>245</sup> Zur Notwendigkeit „begründungstheoretischer Konsistenz“ insb. gegenüber dem Täter *Pawlik*, ZIS 2011, 262; s.a. *ders.* (Fn. 139), S. 110.

<sup>246</sup> *Jakobs* (Fn. 161), S. 112.

<sup>247</sup> *Ders.* (Fn. 167), S. 47, 56.

<sup>248</sup> Zu *Jakobs*‘ Affirmation eines „Feindstrafrechts“ als Konsequenz seiner Lehre *Schneider* (Fn. 171), S. 88 f.; *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts – Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, 2017, S. 523 ff.; *Stübinger* (Fn. 20), S. 178 f.

<sup>249</sup> *Pawlik* (Fn. 4), S. 90; *ders.* (Fn. 30), S. 59 (89).

<sup>250</sup> *Kubiciel* (Fn. 2), S. 165.

<sup>251</sup> *Ders.* (Fn. 2), S. 171; zu diesem auch *Neumann*, ZStW 129 (2017), 780 (787).

<sup>252</sup> Zu *Pawlik* s. *Hörnle* (Fn. 34), S. 11, 24; anders *Roxin*, GA 2015, 185 (196 f.; 201).

<sup>253</sup> *Walter*, ZIS 2011, 636.

<sup>254</sup> *Ders.* (Fn. 3), S. 831 (837).

<sup>255</sup> *Ders.* (Fn. 3), S. 831 (839).

<sup>256</sup> Zum für die auf rechtsphilosophische Gesichtspunkte fokussierte Darstellung nicht entscheidenden empirischen Nachweis dieser Vergeltungsbedürfnisse ausführlich *ders.*, ZIS 2011, 636 (638 ff.).

<sup>257</sup> *Ders.* (Fn. 3), S. 831 (837); s.a. *Weigend* (Fn. 100), S. 31 (36).

<sup>258</sup> *Walter*, ZIS 2011, 636 (643 f.); Bestätigung findet das Verständnis *Walters* insofern außerhalb der Grenzen der Rechtswissenschaft, vgl. aus anthropologischer Perspektive *Girard*, Das Heilige und die Gewalt – La violence et le sacré, 1987, S. 9 ff.

<sup>259</sup> *Walter*, ZIS 2011, 636 (643 f.); *ders.* (Fn. 3), S. 831 (847).

<sup>260</sup> *Walter* (Fn. 67), S. 831 (837).

<sup>261</sup> *Andrissek* (Fn. 17), S. 83.

<sup>262</sup> *Ders.* (Fn. 17), S. 87.

<sup>263</sup> *Ders.* (Fn. 17), S. 86; zustimmend *Walter* im Geleitwort zur Arbeit *Andrisseks*.

<sup>264</sup> S.a. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Aufl. (2011), S. 6 f.

<sup>265</sup> *Andrissek* (Fn. 17), S. 1; *Walter*, ZIS 2011, 636.

nicht dem Vorwurf aus, Strafe unreflektiert an die je herrschende allgemeine Stimmung zu koppeln.<sup>266</sup> Denn gerade diese ist es, vor der sie Täter und Rechtsstaat schützen will. Doch legitimiert sie Strafe nicht anhand eines spezifischen Begriffs vom zu Strafenden. So aber gehen alle dargestellten rechtsphilosophischen Ansätze vor.<sup>267</sup>

### 3. Zwischenfazit: Täterbegriff

Wolff, Köhler et al. strafen den Täter als praktisch vernünftiges Subjekt. Personenorientierte Expression adressiert ihn als *moral agent*; Pawlik und Kubiciel als freien Bürger. Jakobs sieht ihn nur als „für den Normbruch Zuständigen“.<sup>268</sup> Auch der empirisch-soziologische Ansatz reiht sich der Argumentationsstruktur nach<sup>269</sup> zwischen Theorien ein, die den Täter rein funktionalistisch als bloßen Gefährder<sup>270</sup> begreifen. Die Abgrenzung in beide Richtungen ermöglicht die präzise Bestimmung der Rolle rechtsphilosophischer Vergeltungstheorien in der heutigen Diskussion.

## VII. Fazit: weder überholt noch nur hilfreich – die Notwendigkeit der Retribution

Die Dichotomie von „absolut“ und „relativ“ kann die heutige Bedeutung retributiver Erwägungen in Strafrecht und Strafrechtsphilosophie nicht erfassen. Sie ist der überholten Stigmatisierung der Retribution als im doppelten Sinne rückwärtsgerichtet verhaftet und verstellt von vornherein den Blick auf die Komplexität des Diskussionsstands. Von „der“ Vergeltung kann nicht die Rede sein.<sup>271</sup> Aufschlussreicher ist die Strukturierung nach „expressiv“ und „präventiv“. Sie kann abbilden, dass heutige retributive Ansätze Vergeltung gerade nicht absolut setzen, sondern ihre Notwendigkeit weitergehend begründen.<sup>272</sup> Sie soll dem Täter den Rückweg in das Anerkennungsverhältnis eröffnen, auf seine moralische Ansprechbarkeit reflektieren, gesellschaftliche Solidarität mit dem Tatopfer ausdrücken, dessen sowie gesamtgesellschaftliche Vergeltungsbedürfnisse kontrolliert abführen oder die Konnexität von Freiheit und Bürgerpflicht herausstreichen. Dass das Schema von Expression und Prävention indes die Theorien Pawliks und Kubiciels in einer Kategorie mit derjenigen Jakobs' verorten muss, verweist darauf, dass ein dichotomes Schema die Vielschichtigkeit der in Rede stehenden Theorien stets nur teilweise erfassen und gewisse Schwerpunktsetzungen identifizieren kann. Die präzise

Bestimmung der Bedeutung vergeltungsorientierter Ansätze ermöglicht es nicht.

Erst die Abgrenzung rechtsphilosophisch fundierter retributiver Theorien zu rein funktionalen Konzepten einerseits und zur empirisch-soziologischen Vergeltungstheorie andererseits weist den ihnen eigenen Blick auf den Täter als ihr Spezifikum aus. Bei allen Differenzen im Einzelnen ist ihnen gemein, dass Strafe nach ihrem Verständnis den zu Strafenden als autonomes Wesen adressiert. Neben ihrer Rolle als Lückenfüller insoweit unzulänglicher Präventionstheorien liegt hierin ihre Bedeutung für eine Diskussion der Legitimität der Strafe eines Staats, der die seiner Strafgewalt Unterworfenen nicht lediglich als (potentielle) Gefährder, sondern – und dies nicht nur aus gesellschaftlicher Notwendigkeit – als würdige Menschen, Subjekte, Bürger begreift.<sup>273</sup>

Dass dieser Anspruch den Rahmen aller diskutablen Beiträge setzt, verlangt das Verfassungsprinzip der Menschenwürde.<sup>274</sup> Auf den Bezug zu Kant und Hegel kann die Erschließung der Diskussion dabei über ihre Bedeutung als Grundlage auch moderner freiheitsphilosophisch orientierter Straftheorien hinaus auch insofern nicht verzichten, als sich ihrem Denken die am weitesten gehende Explikation des heute mit Menschenwürde bezeichneten Guts verdankt.<sup>275</sup> Hinter die menschliche Freiheit führt seitdem kein Weg zurück;<sup>276</sup> ein von ihr bestimmter Begriff der Gesellschaft formuliert das einzig legitime Ziel aller Philosophie. Doch essentieller Aspekt dieser Idee ist auch ihre unvollständige Verwirklichung. Allein aus ihr die Begründung der Strafe abzuleiten, reduziert die Idee menschlicher Freiheit um diesen ihren unverwirklichten Charakter und negiert so alle Widersprüche zwischen der freiheitlichen Grundlegung der bürgerlichen Gesellschaft und des Zustands – verschieden ausgeprägter – realer Unfreiheit ihrer Bürger,<sup>277</sup> denen „die gesamte Gestalt der sozialen und rechtlichen Ordnung“<sup>278</sup> aufgeladen wird. Dieser Zustand aber bildet den Rahmen auch des auf Freiheit ausgehenden Denkens. Nicht in Erwägungen zur Vorpositivität freiheitsphilosophischer Straftheorie,<sup>279</sup> sondern hierin liegt schließlich der berechtigte Kern der – oft dicht an der Sache vorbeigehenden – Kritik an retributiven Theorien in Form des Rufs nach der Immanenz der Straflgitimation. Denn den Rahmen tatsächlicher Unfreiheit vermag keine Anstrengung immanenter Verortung der Frei-

<sup>266</sup> Gegen die Legitimation von Sanktionen durch die „momentane sozialpsychologische Befindlichkeit in der Sozietät“ Streng, StV 2013, 236 (243); s.a. Hörnle (Fn. 19), S. 43.

<sup>267</sup> Zu diesem Kennzeichen von ihm als „absolut“ bezeichneter Theorien auch Andrissek (Fn. 17), S. 40 f.

<sup>268</sup> Jakobs (Fn. 160), S. 5.

<sup>269</sup> Nichts gesagt ist hiermit freilich über einen von Walter und Andrissek vertretenen Täterbegriff.

<sup>270</sup> Zur Spezialprävention Kubiciel (Fn. 2), S. 141 f.; zur negativen Generalprävention S. 147 f.

<sup>271</sup> So auch Klocke/Müller, StV 2014, 370 (373).

<sup>272</sup> So auch Zabel (Fn. 248), S. 717.

<sup>273</sup> Köhler (Fn. 30), S. 37: „Die allgemeine Erklärung des Strafzangs als Präventionszwang ist für vernünftige Rechtssubjekte unhaltbar, weil darin ihre praktische Vernünftigkeit – rechtliche Selbstbestimmungsfähigkeit – generell geleugnet wird.“; zur grundlegenden Bedeutung eines solchen Verständnisses auch in prozessualer Hinsicht Kahlo, KritV 1997, 183 (195 ff.).

<sup>274</sup> Vgl. zu Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG auch Kahlo (Fn. 56), S. 383 (419 f.).

<sup>275</sup> Dies freilich ohne Verwendung des Begriffs im heutigen Sinn. Vgl. weiterführend Sensen, Kant on Human Dignity, 2011; zu Hegel s. Seelmann, in: Dreier (Hg.), Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie – Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann, 2016, S. 125 ff.

<sup>276</sup> So auch Pawlik (Fn. 30), S. 59 (84).

<sup>277</sup> Adorno, Negative Dialektik, 6. Aufl. (2013), S. 220: „Je mehr Freiheit das Subjekt, und die Gemeinschaft der Subjekte, sich zuschreibt, desto größer seine Verantwortung, und vor ihr versagt es in einem bürgerlichen Leben, dessen Praxis nie dem Subjekt die ungeschmälerte Autonomie gewährte, die es ihm theoretisch zuschob.“ So Kubiciel (Fn. 2), S. 163, der der Rechtsordnung „eher eine objektiv-historische als eine subjektiv-vernünftige Gestalt“ attestiert.

<sup>279</sup> Zur Kritik dieses Vorwurfs s. Zaczyk, Der Staat 50 (2011), S. 295 (296 ff.), der die Notwendigkeit einer auf Freiheit ausgehenden Fundierung des Demokratiebegriffs betont.

heit zu sprengen. Hierzu muss sich eine freiheitsphilosophische Legitimation der Strafe verhalten, will sie sich nicht dem Vorwurf der Affirmation realer Unfreiheit in einer „Allianz von Freiheitslehre und repressiver Praxis“<sup>280</sup> aussetzen.

Lehren, die in den Adressaten der Strafe nicht freie Bürger, sondern bloße Gefährder, in ihren Taten bloße Gefahrenherde erblicken – und die gegen solche sichernde Expansion des Strafrechts immer weiter treiben müssen<sup>281</sup>–,

können dem freilich noch ungleich schlechter begegnen. Retributive Erwägungen, die sich einem solchen Täterbegriff – und dessen Auswüchsen, die nicht nur in dem eingangs zitierten Urteil des *AG Hamburg*, sondern auch in immer wieder zu vernehmenden Rufen nach dem notorischen Feindstrafrecht für je missliebige Gruppen in Erscheinung treten – verweigern, sind somit weder *überholt*, noch nur *hilfreich*, sondern zur Legitimation staatlicher Strafe *notwendig*.

---

<sup>280</sup> Adorno (Fn. 277), S. 213.

<sup>281</sup> Andrissek (Fn. 17), S. 52 f.; Hassemer, ZIS 2006, 266 (269 ff.); ders. (Fn. 12), S. 73; Kahlo (Fn. 56), S. 383 (421); Martins, ZIS 2014, 514 (520); Pawlik (Fn. 30), S. 59 (79).