

## **Muß Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus**

Die Frage macht den straftheoretisch geschulten Experten einigermaßen hilflos, vergleichbar einem Theologen, der danach gefragt wird, ob eigentlich Gott sein müsse. Wir sind an Straftheorien, oder besser: philosophische Begründungen des Strafens, gewöhnt. Diese befassen sich mit der Frage, *wie* Strafe gerechtfertigt werden kann, und setzen damit als Dogma voraus, *daß* sie als solche moralisch oder gesellschaftlich begründet ist. Straftheorien sind damit instrumentalistisch verkürzt.

Auch die überwiegende Mehrheit der Öffentlichkeit geht davon aus, daß Strafe sein müsse, und zwar heute akzentuierter als früher. Die Einstellung zu normabweichendem Verhalten, zu randständigen Personen und störenden Situationen ist zunehmend punitiver geworden. Die Bereitschaft, Strafe als Gegenmittel einzusetzen und dieses Mittel in gehöriger Dosierung zu verabreichen, hat in den vergangenen zwei Dekaden deutlich zugenommen. Nunmehr verlangt nicht die Strafe nach einer Begründung, sondern eher derjenige, welcher in den heutigen Zeiten nach einer Begründung der Strafe zu fragen wagt – und damit nicht nur eine vermeintliche Selbstverständlichkeit anzweifelt, sondern mehr noch einen vermeintlichen Grundkonsens zerstört. **David Garland** hat dieses Wiederaufkeimen von „popular punitiveness“ in seinem neuesten, von **Heike Jung** besprochenen<sup>1</sup>, Buch eindrücklich skizziert:

„Liberal voices have not been altogether silent, and they are still to be heard opposing the punitive and the inhumane. But they now sound like voices in the wilderness, echoing the sentiments of an earlier era, lacking real support in the political domain“<sup>2</sup>.

Obwohl nach **Garland** die spätmoderne Gesellschaft von einem Verbrechenskomples befallen ist, der nach „penal solutions“ verlangt, die rasch aktivierbar und einfach umsetzbar sind, mag es Sinn machen, heute die Frage nach der Berechtigung von Strafe erneut ganz grundsätzlich zu stellen und so ein Problem gleichsam an der Wurzel zu packen, dessen besorgniserregende aktuelle Aufblähung dadurch mit verursacht sein könnte, daß mit der als selbstverständlich betrachteten Annahme der Notwendigkeit von Strafe die Weichen gleichsam von Anbeginn falsch gestellt sein könnten. Die in Bezug auf das Strafen gerichtete Warum-Frage verlangt eine Auseinandersetzung mit der strafenden Vernunft und die Abklärung, ob diese einseitig beschränkt sei.

Wenn hier und im Folgenden von Strafe die Rede ist, so ist damit ausschließlich die *staatliche Kriminalstrafe* gemeint, welche sich als gesetzlich vorhergesagte übelzufügende Reaktion auf eine als strafbar definierte Handlung versteht. Strafe in diesem Sinne ist die symbolische contrafaktische Bestätigung der Normgeltung und damit eine Manifestation des Rechts. Sie versieht die Normabweichung mit der negativen Markierung einer Grenzüberschreitung, welche die Norm desavouiert, und rahmt die Normabweichung in die expressive Schablone des Rechtsbruchs. Indem

---

<sup>1</sup> Jung H. (2001) Geht es noch härter? David Garlands Sicht der US-amerikanischen Kriminalpolitik. Neue Kriminalpolitik, 16-19.

<sup>2</sup> Garland D. (2001) The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society, Oxford, 152.

so die Normabweichung negativ ausgezeichnet wird, werden die Werte, auf welche die Norm Bezug nimmt, affirmiert und validiert.

In einem straftheoretisch bedeutsamen Werk, das **Heike Jung** übersetzt hat<sup>3</sup>, heißt es zu unserem Problem:

„Bei der Frage, warum wir überhaupt strafen, geht es im Grunde um zwei Gesichtspunkte; einerseits, warum der Staat auf schädliches Verhalten reagieren sollte, indem er den Täter mit schmerzhaften oder unangenehmen Konsequenzen belegt, und zum anderen, warum die Reaktion die mißbilligende Form des Strafens haben sollte“<sup>4</sup>.

Die Reaktionsbedürftigkeit überhaupt ergibt sich nach Auffassung der Autoren **von Hirsch** und **Jareborg** aus generalpräventiven Überlegungen, die Strafbedürftigkeit hingegen aus Gründen der Tatproportionalität, welche Ausdruck sozial akzeptierter Gerechtigkeits- und Fairnessvorstellungen ist:

„Das Prinzip der Proportionalität gründet sich vielmehr darauf, daß eine ein Unwerturteil aussprechende Sanktion fairerweise nach dem Verwerflichkeitsgrad der Tat verhängt werden muß. Diese Forderung hat zu tun mit moralischer Folgerichtigkeit, nämlich damit, daß man Menschen in Übereinstimmung mit den eigenen Zuschreibungen von Lob und Tadel behandelt“<sup>5</sup>.

Damit stellen sich die Autoren in die Tradition **Kants**. Strafe bedeutet bei **Kant**, die unvernünftige Tat einem vernünftigen, sich selbst bestimmenden Subjekt zuzurechnen. Der Strafe geht die Zurechnung voraus, Freiheit sei mißbraucht worden. Die Strafe ist damit eine Zurückweisung von Fremdbestimmung, die sich eine (formell) freie Person angemaßt hat. Diese Anmaßung ist so lange kommunikativ anschlussfähig, bis sie durch einen gleichgewichtigen Gegenentwurf blockiert und *als Anmaßung* zurückgewiesen worden ist. Eben diese Zurückweisung ist die Strafe<sup>6</sup>. Im Akt einer so bestimmten Bestrafung wird nach **Kant**

„auf Achtung für die Menschheit in der Person des Missetäters (d. i. für die Gattung) Rücksicht genommen“<sup>7</sup>.

Daraus folgt erstens, daß der Verbrecher nicht zum Mittel für ihm und seiner Tat fremde Zwecke genommen werden darf. Zweitens, daß die Strafe

„jederzeit nur darum wider [den Verbrecher] verhängt werden [muß], weil er *verbrochen* hat“<sup>8</sup>.

Im sogenannten Inselbeispiel formuliert **Kant** eindrücklich:

„Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, um sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind ...“<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Von Hirsch A. / Jareborg N. (1991) Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, Bonn, VI.

<sup>4</sup> Von Hirsch A. / Jareborg N. (Fn. 3), 15.

<sup>5</sup> Von Hirsch A. / Jareborg N. (Fn. 3), 21.

<sup>6</sup> Jakobs G. (2001) Die ultima ratio der Personen. Ethik und Sozialwissenschaften. Streitforum für Erziehungskultur 12, 107-109, 108.

<sup>7</sup> Kant I. (1956) Werke VIII: Metaphysik der Sitten, 487.

<sup>8</sup> Kant I. (1956) Werke VIII: Metaphysik der Sitten, 453.

<sup>9</sup> Kant I. (1956) Werke VIII: Metaphysik der Sitten, 455.

Die Strafbedürftigkeit wird in einer anderen Tradition nicht gerechtigkeitsorientiert, sondern, wie die Reaktionsbedürftigkeit überhaupt, nützlichkeitsorientiert begründet. Solche utilitaristischen Strafbegründungen argumentieren damit, die Strafe sei

„das letzte und vielleicht wichtigste Mittel, für die Sicherheit der Bürger Sorge zu tragen“<sup>10</sup>.

Die über Jahrhunderte hinweg hitzig geführte Debatte um gerechtigkeits- oder nützlichkeitsorientierte Strafbegründungen soll hier nicht weiter verfolgt werden<sup>11</sup>. Vermutlich wurde diese Kontroverse in der Straftheorie ohnedies zu wichtig genommen, stimmen doch beide Positionen darin überein, daß Strafe wegen ihrer gesellschaftlichen Funktionalität notwendig sei. Während in der Tradition von **Augustinus** bis **Kant** diese Notwendigkeit *moralisch* begründet wurde und säkularer Ausdruck des Heilsgebotes ist, die Sündenschuld aus der Tat mittels der Strafe zu tilgen, wurde in der Tradition der klassischen Schule **Beccarias**, der utilitaristischen Philosophie von **Hobbes** und des Marburger Programms **von Liszts** diese Notwendigkeit *instrumentell* als notwendiges Mittel zur Zweckerreichung und das Strafrecht damit als gesellschaftliches Steuerungsinstrument verstanden. In den Worten von **Beccaria**:

„Jede Strafe, die nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, sagt der große Montesquieu, ist tyrannisch; ein Satz der wie folgt sich verallgemeinern läßt: jeder Akt der Herrschaft eines Menschen, der nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, ist tyrannisch“<sup>12</sup>.

Die Notwendigkeit von Strafe bezieht **von Liszt** spezifisch auf deren Zweck:

„Nur die notwendige Strafe ist gerecht. Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Anpassung des Mittels an den Zweck und möglichste Sparsamkeit in seiner Verwendung“<sup>13</sup>.

Nur eine andere Spielart der nützlichkeitsorientierten Begründung besteht darin, herrschaftskritisch auf die „eigentlichen“ versteckten Zwecke der Strafe und des Strafrechts zu verweisen. Dabei wird der „politische Tauschwert“ der Strafe hervorgehoben, der es erlaubt, Handlungsfähigkeit zu demonstrieren, soziale Probleme zu individualisieren und dabei politische Verantwortung zu bestreiten<sup>14</sup>.

Ob die behauptete Funktionalität von Strafe aus sozial akzeptierten Gerechtigkeits- oder Nützlichkeitsvorstellungen folgt und ob die Nützlichkeitsvorstellungen moralisch oder instrumentell zu begründen sei, ist durchaus zweitrangig und in unserem Zusammenhang sogar bedeutungslos. Entscheidend ist, daß nach sämtlichen dieser Auffassungen die Strafe als ein notwendiges, konstitutives Element der Vergesellschaftung erscheint. Jene gemeinsame Annahme ist Ausdruck eines *funktionalistischen* Verständnisses der Strafe, welches die Gesellschaftsmitglieder auf einen Grundbestand allgemein geteilter Wertvorstellungen verpflichtet und dem Staat die Aufgabe zuweist, diese gemeinschaftsstiftende Basis, unter anderem durch Strafe, zu stabilisieren. Das funktionalistische Verständnis der Strafe ist Kennzeichen für ein aufklärerisches Denken, welches von den Theorien des

---

<sup>10</sup> Von Humboldt W. (1967), Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, orig. 1792, 153.

<sup>11</sup> Vgl. nur Kunz K.-L. (1986) Prävention oder gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung. ZStW 98, 823-838.

<sup>12</sup> Beccaria C. (1764) Über Verbrechen und Strafen, Livorno (Frankfurt a. M. 1966), 52.

<sup>13</sup> Von Liszt F. (1883) Der Zweckgedanke im Strafrecht. ZStW 3, 1-47, 31 f..

<sup>14</sup> Peters H. (Hrsg.) (1993) Muß Strafe sein? Zur Analyse und Kritik strafrechtlicher Praxis, Opladen, 10.

Gesellschaftsvertrages bis hin zur Systemtheorie die sozialwissenschaftliche Theoriediskussion wie die praktische Kriminalpolitik prägt. Die Strafe wird hier als ein Rädchen des gesellschaftlichen Räderwerkes verstanden, welches dazu beiträgt, im wohlverstandenen Interesse der Individuen die Gesellschaft zu regenerieren und sich als *perpetuum mobile* selbst in die Zukunft fortzuentwickeln. Die Strafe mag ein durchaus kleines, für sich betrachtet unbedeutendes Rädchen sein. Dennoch bliebe die soziale Entwicklung ohne dieses stehen, wie ein Uhrwerk ohne eines seiner Teile nicht mehr funktionierte. Am Eindrücklichsten hat **Durkheim** diese Vorstellung von der gesellschaftlichen Funktionalität von Strafe entwickelt. Seine Argumentation lautet verkürzt: Das Bedürfnis, Verhaltensweisen als kriminell einzustufen und zu bestrafen, ist in einem doppelten Sinne gesellschaftlich normal. Erstens ist es empirisch ubiquitär, also in jeder Gesellschaft zu beobachten. Zweitens ist das Strafbedürfnis vor allem auch normativ sinnvoll, insofern es ein notwendiges Bindemittel der Gesellschaft darstellt, dessen konkreter Gebrauch zu fruchtbaren sozialen Auseinandersetzungen Anlaß gibt und erst so eine soziale Entwicklung ermöglicht. Mit einem Wort: Strafe müßte man erfinden, gäbe es sie nicht bereits<sup>15</sup>.

**Durkheims** Konzept der Funktionalität von Strafe wurde in **Garlands** Überlegungen zu „punishment as a cultural agent“ aktualisiert. Der auch von **Heike Jung** zitierte<sup>16</sup> Schlüsselsatz **Garlands** lautet:

„Punishment is one of the many institutions which help to construct and support the social world by producing the shared categories and authoritative classifications through which individuals understand each other and themselves“<sup>17</sup>.

Um die Funktionalität von Strafe für die Gesellschaft zu bestreiten, muß ein alternatives Gesellschaftsbild gewählt werden, in dem kein Bedarf an integrierenden Ritualen strafend ausgrenzender Aufarbeitung von Abweichungen besteht. Ein solches Gesellschaftsbild findet in den real existierenden staatlich organisierten Gesellschaften keine empirische Entsprechung und ist insofern *utopisch*. In diesem utopischen Verständnis ist Strafe nicht nötig, im Gegenteil: Da Strafe in der Zufügung von nichtfunktionalem Übel besteht, erscheint sie selbst von Übel und ist daher prinzipiell diskreditiert<sup>18</sup>. Das alternative Gesellschaftsbild beruht auf kleinen dezentralen Gemeinschaften, die ihre Konflikte autonom und informell lösen. Insofern wendet sich die beanspruchte Utopie nicht nur gegen staatliches Strafen, sondern gegen die rechtsförmliche Konfliktbewältigung und deren staatliche Monopolisierung. Konflikte werden als wertvolle Besitzstände verstanden<sup>19</sup>, an deren Bewältigung sich die Gemeinschaft herausbildet. Anlässe für soziale Konflikte werden zu „Ärgernissen und Lebenskatastrophen“<sup>20</sup> herabdefiniert, welche die Wertigkeit von Kriminalität und damit das Unwerturteil mittels Strafe nicht verdienen. In dieser Perspektive ist Schlichten statt Richten, Aushandeln statt Verhandeln, Vermitteln statt Strafen gefordert.

---

<sup>15</sup> Durkheim E. (1968) Kriminalität als normales Phänomen. In Sack F. / König R. (Hrsg.) Kriminalsoziologie, Frankfurt a. M., 3-8.

<sup>16</sup> Jung (1992) Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern usw., 39.

<sup>17</sup> Garland D. (1990) Punishment and Modern Society, Oxford, 251 f..

<sup>18</sup> Dazu etwa Scheerer S. (2001) Kritik der strafenden Vernunft. Ethik und Sozialwissenschaften. Streitforum für Erziehungskultur 12, 69-83.

<sup>19</sup> Christie N. (1977) Conflicts as Property. British Journal of Criminology, 1-15.

<sup>20</sup> Hanak G. / Steinert H. (1989) Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität, Bielefeld.

Unabhängig vom Sinn solcher zunächst nur<sup>21</sup> Strafe zurückdrängender Strategien stellt sich die Frage, ob die Rigorosität dieser utopischen Position, nach der die Gesellschaft völlig ohne Strafe auskommt, vertretbar ist. Ist also Strafe grundsätzlich für den Gesellschaftserhalt notwendig oder kann darauf prinzipiell verzichtet werden?

Eine differenziertere Stellungnahme könnte darauf verweisen, daß „Strafe“ zwei Komponenten aufweist: Einerseits der performative Akt des Bestrafens, also die rechtsförmliche Prozedur der intendierten staatlichen Reaktion (im Englischen vorrangig anklingend in: „punishment“); andererseits das dadurch dem Bestraften zugefügte Leid (im Französischen vorrangig anklingend in: „peine“ und im Deutschen in „Pein“, einem Lehnwort nach der Lateinischen „poena“).

Kriminologische Befunde deuten darauf hin, daß die Bevölkerung und sogar die Opfer von Straftaten die notwendige Strafhärte überaus maßvoll einschätzen und damit weniger auf die Leidzufügung mittels Strafe als vielmehr auf die symbolische Mißbilligung des Rechtsbruchs und die damit verbundene contrafaktische Bestätigung des Geltungsanspruchs der Norm Wert legen<sup>22</sup>. Offenbar ist es deshalb mit der funktionalistischen Begründung der Notwendigkeit von Strafe vereinbar, die mit der Bestrafung verbundene Leidzufügung („peine“) auf den Ausdruck symbolischer Mißbilligung abzusinken.

Aber auch die erste Komponente, der rechtsförmliche Akt der Bestrafung („punishment“), ist aus funktionalistischer Sicht vielfach verzichtbar. Oft kann nämlich der Rechtsbruch anders als durch förmliche Bestrafung genügend symbolisch mißbilligt werden, etwa durch Wiedergutmachungsverpflichtung, folgenlosen Schuldspruch und mitunter gar bloß durch die Eindringlichkeit eines rechtsstaatlich geführten Verfahrens. Die Möglichkeit, beide Komponenten der Strafe ohne erkennbaren präventiven Funktionsverlust zu minimieren, entspricht der kriminalpolitisch sinnvollen Doppelstrategie eines „weniger“ an Strafe und „anders“ als Strafe<sup>23</sup>.

Für unseren Zusammenhang bleibt zu betonen, daß auch bei Verfolgung dieser Doppelstrategie die Strafverhängung und die Strafhärte tatsächlich bloß minimalisiert und bestenfalls faktisch gegen Null gedrückt werden. In sämtlichen realen Minimalisierungsexperimenten bleibt die Strafe als grundsätzlich verfügbare Potentialität vorausgesetzt. Die Experimente belegen eindrücklich, daß es mit weniger Strafe geht. Hingegen besagen sie nichts darüber, ob es auch völlig ohne Strafe ginge. Empirische Evidenz stützt deshalb nur die Annahme der deutlichen Reduzierbarkeit, nicht die der prinzipiellen Verzichtbarkeit von Strafe. Ob bei Minimalisierungsstrategien eine Abschaffung von Strafe und staatlichem Strafrecht als „Fernziel“ ins Auge gefaßt wird, mag dahinstehen. Jedenfalls vollzieht sich die Umsetzung von Minimalisierungsstrategien stets unter der Voraussetzung eines zu Alternativen zumindest subsidiär verfügbaren Strafrechts und seiner Sanktionsmöglichkeiten. Die vielversprechenden Keime gesellschaftsunmittelbarer Konfliktschlichtung sprießen einstweilen nur im Schatten des staatlichen Leviathan. Ob sie auch ohne diesen Schatten gedeihen würden, ist pure Spekulation. Die schöne Utopie einer Gesellschaft ohne Strafe bleibt deshalb ein Wunschtraum, über dessen Erfüllbarkeit eine wissenschaftliche Aussage nicht möglich ist.

---

<sup>21</sup> Über das Fernziel solcher Strategien läßt sich streiten: Sind sie als erste Schritte zur völligen Abschaffung von Strafe oder als Bestandsgarantien von Strafe auf möglichst tiefem Niveau zu verstehen?

<sup>22</sup> Kunz K.-L. (2001) Kriminologie. Eine Grundlegung, 3. Aufl., Bern, § 30 Rn 12, 16.

<sup>23</sup> Kunz (Fn. 22) § 39.

Freilich ist auch die Annahme der sozialen Funktionalität von Strafe unüberprüfbar und besitzt damit ebenso wenig eine empirisch abzusichernde wissenschaftliche Grundlage. Weil sämtliche bekannten staatlich organisierten Gesellschaften die Strafe verwenden und das Kontrollexperiment einer Gesellschaft ohne Strafe nicht durchführbar ist, fehlt es an einer Vergleichseinheit, an der sich die angenommene Funktionalität von Strafe überprüfen ließe. Auch die Annahme der Notwendigkeit von Strafe ist damit rein spekulativ. Mangels praktiziertem Gegenmodell ist die Vorzugswürdigkeit des Modells der strafenden Gesellschaft nicht begründbar.

Es ergibt sich somit, daß weder die Notwendigkeit noch die Verzichtbarkeit von Strafe rational begründbar sind. Beide Positionen geben je einem Gesellschaftsbild Ausdruck, das sich der wissenschaftlichen Überprüfung entzieht. Das funktionalistische Gesellschaftsbild eignet sich zwar zur Legitimation der realen Strafpraxis und wird deshalb von den Repräsentanten dieser Strafpraxis als selbstverständlich vorausgesetzt. Des ungeachtet ist die Annahme der sozialen Funktionalität von Strafe ein bloßer Glaubenssatz der Kriminalpolitik, von dessen Verbreitung sich die kriminalpolitischen Akteure eine gesellschaftsstabilisierende Wirkung erhoffen. Der Glaubenssatz wird durch Wiederholung nicht wahrer. Strafe und Strafrecht müssen sein, falls und insofern sie allgemein akzeptierte und für den Bestand der Gesellschaft als grundlegend erachtete Werthaltungen stützen. Ob dies der Fall ist, bleibt letztlich offen.

Die hier vertretene erkenntnisskeptische Position findet sich bei **Hölderlin** entwickelt. **Hölderlin** belegt die Unbegründbarkeit des Prinzips der gesellschaftlichen Funktionalität von Strafe, indem er darlegt, wie der Versuch der Begründung ebenso wie derjenige der Bestreitung in eine unfruchtbare Tautologie münden:

„Es ist das notwendige Schicksal aller Feinde der Prinzipien, daß sie mit allen ihren Behauptungen in einen Zirkel geraten (Beweis). Im gegenwärtigen Falle würd es bei ihnen lauten: «Strafe ist das Leiden rechtmäßigen Widerstands und die Folge böser Handlungen. Böse Handlungen sind aber solche, worauf Strafe folgt. Und Strafe folgt da, wo böse Handlungen sind». Sie können unmöglich ein für sich bestehendes Kriterium der bösen Handlung angeben. Denn, wenn sie konsequent sind, muß nach ihnen die Folge den Wert der Tat bestimmen. Wollen sie dies vermeiden, so müssen sie vom Prinzip ausgehen. Tun sie dies nicht und bestimmen sie den Wert der Tat nach ihren Folgen, so sind diese Folgen – moralisch betrachtet – in nichts Höherem begründet, und die Rechtmäßigkeit des Widerstands ist nichts mehr, als ein Wort, Strafe ist eben Strafe, und wenn mir der Mechanismus oder der Zufall oder die Willkür, wie man will, etwas Unangenehmes zufügt, so weiß ich, daß ich böse behandelt habe, ich habe nun nichts mehr zu fragen, was geschieht, geschieht von Rechts wegen, weil es geschieht... Strafe ist, was auf das Böse folgt. Und böse ist, worauf Strafe folgt“<sup>24</sup>.

Die zwingend zirkuläre Begründung der Notwendigkeit wie auch der Bestreitung der Notwendigkeit von Strafe schafft eine Art Patt-Situation, in der eine freie, rational nicht begründungsfähige Wahl der einen oder der anderen Annahme möglich scheint. Aus der Situation das Beste zu machen, könnte in einem ersten Schritt bedeuten, die Selbstgerechtigkeit des einen wie des anderen Standpunktes zu erkennen.

Freilich ist ein Vorzug der funktionalistischen Vorstellung gegenüber der utopischen unverkennbar: Weil ihr eine Praxis des Strafens entspricht, profitiert sie vom *Bonus*

---

<sup>24</sup> Hölderlin F. (1969) Über den Begriff der Strafe. In Werke: Briefe, Dokumente, München. 489-490.

*der Institutionalisierung.* Das utopische Konzept der Gesellschaft ohne Strafe mag die Phantasie beflügeln. Mangels empirischer Entsprechung ist es hingegen schwer be-greifbar und erscheint vielen deshalb unrealistisch. Nicht die praktische Bewährung oder gar die Bestätigung des Strafkonzpts, sondern nur, aber immerhin, die Schwerkraft seiner traditionellen Einübung macht es dem utopischen Konzept überlegen, dessen faszinierende Morgenröte am Horizont in weiter Ferne scheint. Vertrautheit hingegen begründet Zutrauen. Im Sinne einer Konvention, die Gewöhnung bewirkt, hat das praktizierte Strafkonzpt gegenüber dem imaginären Modell der Gesellschaft ohne Strafe einen Vorteil.

Die Strafe als Institution wurde, wie andere soziale Institutionen (Staat, Ehe, Schule) nicht aus Einsicht in ihre Notwendigkeit wohlwogen erschaffen, sondern hat sich in kultureller Überlieferung herausgebildet. Soziale Institutionen sind darum keine mehr oder weniger gelungene Erfindungen, über deren Abschaffung man frei disponieren könnte, sondern Teile einer gesellschaftlichen Struktur, die man nicht abschaffen, sondern lediglich fortentwickeln und verändern kann. Der institutionelle Bestand des Strafrechts und der staatlichen Strafe läßt sich deshalb nicht vor ein Forum der Vernunft stellen. Der Anspruch der Moderne, die staatlich geordnete Gesellschaft vollständig den Maßstäben der Rationalität zu unterwerfen, stößt hier an ihre Grenzen. Für die Vernunft Raum ist hingegen bei der Frage, wie die gewachsene Institution so verändert werden kann, daß sie den Vorstellungen eines guten Lebens möglichst nahe kommt. Das Beste ist eben, das Beste daraus zu machen<sup>25</sup>.

Es ist darum zumindest verständlich, daß aus einer auf Lebenserfahrung und Risikovermeidung setzenden Grundeinstellung, wie sie gerade Juristen zugeschrieben wird, das überkommene Strafkonzpt weiter bevorzugt werden wird. Einer solchen Grundeinstellung entspricht, vom *status quo* der institutionalisierten Strafpraxis ausgehend die Beweislast für einen Systemwechsel den Advokaten einer Gesellschaft ohne Strafe zuzuweisen. Dies ist nicht zu beanstanden, solange klar bleibt, daß dieser Präferenz keine wissenschaftlich begründete Überlegenheit des Strafkonzpts entspricht. Eine solche Überlegenheit zu behaupten, würde der sozialen Institution Strafe allein wegen ihrer Existenz eine Vernünftigkeit zuschreiben und sie so mit **Hegel** („Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“<sup>26</sup>) idealistisch überhöhen.

Vernunft kann Strafgewalt ideologiefrei nicht begründen, wohl aber begrenzen. Strafrecht ist deshalb reines Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht<sup>27</sup>, welches untauglich ist, der Strafgewalt eine Legitimation zu verschaffen. Wo dies gleichwohl versucht wird, gerät die Strafrechtswissenschaft zum Büttel der Kriminalisierungspolitik<sup>28</sup>. Die Existenz der Institution Strafe braucht als Ergebnis der sozialen Evolution keine Begründung. Optimistisch betrachtet, bewegt sich die Evolution von einem autoritären Gesellschaftsmodell, das Strafe rein als Herrschaftsmittel einsetzt, hin zu einem Modell, das den Einsatz von Gewalt schlechthin ächtet. Jedenfalls befinden wir uns irgendwo zwischen diesen beiden Extremen. Wir praktizieren die strafende Gegengewalt gegen Rechtsbrüche mit der Selbstverständlichkeit des Luftholens, wissend oder zumindest ahnend, daß das Strafritual atavistisch ist und in unabsehbarer Zukunft durch gewaltfreie Formen der

---

<sup>25</sup> Ähnlich Reemtsma J. P. (2001) Sympathisch, aber ... . Ethik und Sozialwissenschaften. Streitforum für Erwägungskultur 12, 110-112, 111.

<sup>26</sup> Hegel G. W. F. (1820) Vorrede zur Philosophie des Rechts. Sämtliche Werke Bd. 7, Stuttgart, 328.

<sup>27</sup> Naucke W. (1982) Die Kriminalpolitik des Marburger Programms. ZStW 94, 525 ff., 564.

<sup>28</sup> Hier von Kriminalpolitik zu sprechen, wäre verfehlt, da diese in glücklicheren Zeiten zumindest auch von Entkriminalisierungsbemühungen geprägt ist.

Konfliktlösung abgelöst werden könnte. So entsteht der Eindruck eines vermeintlichen Begründungsbedarfs für die Strafpraxis, der in Wahrheit nur Ausdruck mangelnder Einsicht oder Bereitschaft zur Akzeptanz des derzeitigen gesellschaftlichen Übergangsstadiums ist<sup>29</sup>. Insofern jenes Stadium unter anderem durch die Existenz der Strafe als soziale Institution gekennzeichnet ist, ist diese Existenz nicht begründungsfähig. Beim Strafen stringent sein und Maß halten sind die einzigen Devisen, die wissenschaftlich von Bedeutung sind.

Demnach hat man sich realistisch mit einer auch in Zukunft erwartbaren Dominanz der Vorstellung der Notwendigkeit von Strafe abzufinden. Gleichwohl ist die mangelnde wissenschaftliche Begründbarkeit der Präferenz für das Strafkonzzept nicht bedeutungslos, sondern wirkt sich auf dessen praktische Ausübung aus.

Gewiß ist die Frage, ob eine Gesellschaft völlig ohne Strafe auskommt, von der Frage zu unterscheiden, ob bei institutioneller Gegebenheit von staatlicher Strafe und eines diese regelnden Strafrechts im Einzelfall Strafe zu verhängen sei. Im ersten Fall geht es um den Begriff der Strafe, im zweiten um ihre Verwirklichung. Doch besteht zwischen Beidem zumindest insoweit ein Zusammenhang, als die mangelnde wissenschaftliche Begründbarkeit der sozialen Institution Strafe die möglichen Argumente für eine Begründung der Verhängung von Strafe im Einzelfall begrenzt. Die Begründung der Bestrafung des Autors eines individuell zurechenbaren Tatenrechts kann keine *vollständige* Begründung in dem Sinne sein, daß sie die grundsätzliche Unentbehrlichkeit der Institution Strafe einschliesse. Und doch wäre dies eigentlich erforderlich, um die Voraussetzungen der Verhängung von Strafe im Einzelfall hinreichend zu begründen. Für den Fall, daß sich die Strafe als soziale Institution *nicht* nötig erweise, wäre nämlich keine Verhängung von Strafe im Einzelfall begründbar. Wo es an der Notwendigkeit der Existenz einer Gattung fehlt, kann auch die Notwendigkeit der Existenz einer darunter fallenden Spezies nicht dargetan werden. Nun ist aber die Unnötigkeit der Institution Strafe nicht erweisbar, ebenso wenig wie ihre Nötigkeit. Angesichts der wissenschaftlichen Unentscheidbarkeit der Kontroverse um die Notwendigkeit der Strafe als soziale Institution muß dieses Problem bei der Verhängung von Strafe im Einzelfall ausgeklammert werden. Die Begründung von Strafe im Einzelfall ist somit dogmatisch, insofern sie die grundsätzliche Notwendigkeit der Institution Strafe als *prinzipiell unüberprüfbares Dogma* voraussetzt.

In der dogmatischen Jurisprudenz ist dies kein Sonderfall. Und doch bleibt durch die ausklammernde Wirkung der dogmatischen Unterstellung die materielle Begründung von Strafe im Einzelfall eigentümlich defizitär und damit prekär. Es verbleibt ein dunkler Fleck in dem ansonsten formal makellosen Begründungsmuster. Die Sensitivität dafür verschafft eine skeptische Distanz zum Strafen und ein schlechtes Gewissen beim Strafen. Strafe ist eine per se ethisch problematische Gegengewalt gegen Gewalt, eine absichtliche Übelzufügung als Antwort auf geschehenes Übel zur Verhinderung künftigen Übels. Als reaktive Gewalt gegen eine Rechtsverletzung stellt sie sich zwar nicht auf dieselbe Stufe wie der Rechtsbruch. Aber es bleibt das Odium des schroff Befehlsartigen und der an sich unzivilisatorischen „rohen“ Gewalt, das durch die von **Foucault** vermittelte Erkenntnis der historischen Abschwächung des Strafübels, welchem der Körper ausgesetzt ist, unter gleichzeitiger Intensivierung des Zugriffs auf die Psyche<sup>30</sup> eher noch verstärkt wird.

---

<sup>29</sup> Ähnlich Lüderssen K. (1998) Über das Irrationale im Strafrecht. In Zaczyk R. u. a. (Hrsg.) Festschrift für E. A. Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 325-336, 332 f..

<sup>30</sup> Foucault M. (1976) Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt a. M..



Das gefühlsmäßige Unbehagen wird durch vernunftgestützte Zweifel an der Notwendigkeit der Härte der praktizierten Strafwirklichkeit ergänzt. Um legitim zu sein, muß die Strafe Mindestbedingungen genügen. Zu diesen *minimal standards* gehört namentlich die *Verhältnismäßigkeit* des Eingriffs in die Freiheit des Rechtsbrechers. Bereits die Eignung der Strafe zur Erreichung der ihr zugeschriebenen präventiven Zwecke wird in der kriminologischen Literatur skeptisch eingeschätzt. Das Strafjustizsystem wird eher als Instanz der Verwaltung denn der Kontrolle oder Bekämpfung und mitunter sogar als Instanz der Beförderung von Kriminalität verstanden<sup>31</sup>. Die zu verlangende Erforderlichkeit von Strafe ist angesichts der empirisch gestützten Annahme, wonach strafrechtliche Sanktionen nach spezialpräventiven Gesichtspunkten weitgehend austauschbar sind, in Regelfällen zweifelhaft<sup>32</sup>. Bei der nötigen Proportionalität im engeren Sinne läßt sich fragen, ob der gewöhnlich de-sozialisierende Freiheitsentzug, der mehrheitlich Menschen betrifft, die ohnehin sozial benachteiligt sind, mit Prinzipien der Humanität und Solidarität vereinbar ist. Der Rückbezug des Sanktionensystems auf das Koordinatensystem der Menschenrechte<sup>33</sup> macht die Härte der praktizierten Strafwirklichkeit vollends fragwürdig. In der Festsetzung der Strafe findet nicht nur die Bewertung der Tat Ausdruck, sondern auch das Niveau der Kultur und Zivilisation der Gesellschaft: Sage mir, wie du strafst, und ich sage dir, wie deine Gesellschaft beschaffen ist.

All dies gibt Anlaß zu einer reformatorischen Absenkung des Härtegrades der Strafpraxis. Eine solche Minimalisierungsstrategie kann als zielnahe realistisches Äquivalent zum Abolitionismus verstanden werden. Die Frage nach der Notwendigkeit von Strafe reduziert sich damit zur Frage: „Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft?“<sup>34</sup>. Der Wechsel von der Grundsatzfrage zur Frage nach dem rechten Maß ist Ausdruck eines Arrangements mit den bestehenden Verhältnissen, die „nur“ reformiert, nicht aber realistischweise als solche zur Disposition gestellt werden können. Die Reformbemühungen richten sich einerseits auf eine Absenkung der Strafhäufigkeit und des Strafpegels und damit auf die Verkleinerung des Strafübels. Andererseits stützen sie Bemühungen um eine Minimalisierung der Strafe über ihren eigenen begrifflichen Bereich hinaus in Richtung auf Alternativen zu strafenden Reaktionsformen. Das Spektrum von „Alternativen“ zur Kriminalstrafe reicht von krypto-pönalen Sanktionen ohne förmlichen Strafmakel bis hin zu einer basisdemokratischen Konfliktaufarbeitung nach dem Muster der *restorative justice*.

Im Zwischenbereich jener Fälle, wo die symbolische Eindringlichkeit der strafrechtlichen Verantwortungszurechnung zwar geboten, eine Verminderung der Freiheitsmittel des Täters aber nicht zwingend erscheint, kann der bloße Schuldspruch unter Strafverzicht, gegebenenfalls nach Ausgleich der Tatfolgen<sup>35</sup>, die Strafe ersetzen. Die Funktionsäquivalenz des bloßen Schuldspruchs zur Strafe in solchen Fällen ergibt sich daraus, daß die Strafe neben der übelzufügenden Reaktion die kommunikative Komponente einer damit an den Rechtsbrecher und die Rechtsgemeinschaft adressierten Botschaft enthält. Die Funktion der Strafe, das

---

<sup>31</sup> Kunz (Fn. 22) § 11 Rn 6, § 20 Rn 12 ff.; Schubarth M. (1992) „Kriminalitätsbekämpfung“ durch Vermeidung kriminogener Gesetze und kriminogener Rechtsprechung. In Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung. Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweiz. Kriminalist. Gesellschaft, Bern, 68-75.

<sup>32</sup> Kunz (Fn. 22) § 9 Rn 12, § 31 Rn 34.

<sup>33</sup> Jung H. (1992) Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern.

<sup>34</sup> Ostendorf H. (2000) Wie viel Strafe braucht die Gesellschaft? Plädoyer für eine soziale Strafrechtspflege, Baden-Baden.

<sup>35</sup> Vgl. §§ 1, 4 I AE-WGM 1992.

kollektive Bewußtsein anzusprechen und den „Gefühlshaushalt“ der Gemeinschaft wieder ins Lot zu bringen, hat eigene Bedeutung neben der Übelzufügung, mag auch die symbolische Kraft des Strafrechts „auf den Knochen von Menschen“ erarbeitet werden<sup>36</sup>. Dies ermutigt vielfach dazu, es mit der tadelnden Verantwortungszuweisung für geschehenes Unrecht bewenden zu lassen.

In Zeiten der punitiven Aufrüstung der Kriminalpolitik (**Garland**) ist die Formulierung der erwähnten reformatorischen Zielrichtungen gewagt geworden. Sie klingen heute eigentümlich idealistisch und weltfremd. Dennoch folgen Minimalisierungsbemühungen des Strafübels der inneren Logik eines, soweit möglich, rationalen und menschengerechten Strafens, welches die Begründung dafür, daß Strafe wirklich sein muß, schuldig bleibt und eingedenk des daraus resultierenden ethischen Unbehagens mit der strafenden Gegengewalt und der empirisch gestützten Enttäuschung in sie gesetzter Wirksamkeitserwartungen sich beim Einsatz der Strafmittel Zurückhaltung auferlegt. Die Verbindung zwischen der mangelnden rationalen Belegbarkeit der Notwendigkeit von Strafe und dem Plädoyer für eine Reduzierung praktischer Bestrafungsaktivitäten aufzuzeigen, ist nicht nur ein Anliegen wissenschaftlicher Stringenz. Es geht dabei, mehr noch, um die Begründung der *Rationalität* einer minimalistischen Kriminalpolitik, welche ansonsten der freien Konkurrenz mit einer Kriminalpolitik des harten Durchgreifens ausgesetzt wäre. Mit dem Zusammenhang zwischen der wissenschaftlichen Unbegründbarkeit von Strafe und dem minimalistischen Anliegen ist der *missing link* für die Rationalität des minimalistischen Anliegens gefunden: Einzig diese kriminalpolitische Position kann vor einem Forum der Vernunft bestehen. Die Überlegenheit des minimalistischen Arguments mag einer „akademischen“ Rationalität entsprechen, die es schwer hat, sich im Konzert der politisch tonangebenden Stimmen Gehör zu verschaffen. Sie ist nichts desto weniger die einzige Hoffnung, die einer von Rationalität inspirierten Wissenschaft des Strafens verbleibt.

Freilich bin ich skeptisch, ob diese Hoffnung Chancen hat, sich zu erfüllen. Sie entstammt einer Zeit, in der Vernunft und Humanität als Vorgaben der Aufklärung nicht nur die Philosophie des Strafens prägten, sondern auch den *social control talk*<sup>37</sup> der Strafpraxis bestimmten. Inzwischen hat sich unverkennbar die Semiotik des Strafens verändert. Begriffe wie Sozialtherapie, Re-Sozialisierung, Behandlung, Diversion werden kaum noch geäußert. Im neuen Vokabular finden sich stattdessen Worte wie demonstrative Eindrücklichkeit, Risikobeherrschung, Sicherung und Neutralisierung. Die Sprachwahl signalisiert einen Perspektivenwechsel: Die neue Ökonomie des Strafens, die man als Ausdruck wie als Konsequenz der Spätmoderne<sup>38</sup> verstehen kann, setzt ungeniert auf die Eindrücklichkeit der Strafe und scheut nicht das Bekenntnis zu Sanktionshärte, wo diese dem Gesellschaftsnutzen dienlich erscheint. Die von **Foucault** analysierte<sup>39</sup> Camouflage des Freiheitsstrafvollzugs als therapeutische Wohltätigkeit ist einem unverhüllten Bekenntnis zur Expressivität des Strafens gewichen. Die neue Strafökonomie, die, in den Worten **Hassemers**, „die neue Lust auf Strafe“ ausdrückt<sup>40</sup>, setzt im Zweifel auf

---

<sup>36</sup> Hassemer W. (1997) Warum und zu welchem Ende strafen wir? Zeitschrift für Rechtspolitik, 316 ff., 321.

<sup>37</sup> Cohen S. (1985) Visions of Social Control, London.

<sup>38</sup> Garland D. (1995) Penal Modernism and Postmodernism. In Blomberg T., Cohen S. (Eds.) Punishment and Social Control. Essays in Honour of Sheldon Messinger, New York; Pratt J. (2000) The Return of the Wheelbarrow Men; or, the Arrival of Postmodern Penalty? Brit. J. Criminol. 40, 127-145; vgl. auch Kunz (Fn. 22) § 34.

<sup>39</sup> Foucault M. (Fn. 30).

<sup>40</sup> Hassemer W. (2000) Die neue Lust auf Strafe. Frankfurter Rundschau Nr. 296 v. 20.12.2000, 16.

Sicherheit und macht die Freiheitsstrafe durchlässig zu den sichernden Maßregeln hin, um so die schuldlimitierende Funktion der Strafe auszuhöhlen. Der nachträglichen Sicherungsverwahrung<sup>41</sup> werden weitere phantasiereiche Innovationen von Strafen ohne Maß folgen<sup>42</sup>, die sich an Vorbildern aus den USA orientieren. Das neuerliche Umschwenken von der Nützlichkeit auf die Eindrücklichkeit des Strafrechts<sup>43</sup> zeigt sich bei Sanktionsvorschlägen, die dem Täter drastisch publikumswirksam wegnehmen, woran ihm liegt, wie das vorgeschlagene allgemeine Fahrverbot ohne Zusammenhang mit Delikten im Straßenverkehr. Mehr noch verändert die jetzt wieder bevorzugte Eindrücklichkeit die Sanktionspraxis, indem bei Zwischensanktionen wie dem elektronisch überwachten Hausarrest und der Gemeinnützigen Arbeit repressive Gestaltungsformen der Vollzugsbedingungen bevorzugt werden. Dies nähert in der Vollzugspraxis den elektronisch überwachten Hausarrest an die Freiheitsbeschränkung mittels eiserner Fußfessel und die gemeinnützige Arbeit an die diskriminierende öffentlich zu leistende Arbeitsstrafe an<sup>44</sup>. Bereits wird die Gemeinnützige Arbeit wieder wie die Arbeitsstrafe in vormodernen Zeiten vollzogen, als die Verurteilten in Ketten mit Handkarren, rasierten Köpfen und einheitlichen Uniformen die öffentlichen Straßen zu reinigen hatten. Die Rückkehr der Handkarren-Männer signalisiert die Ankunft eines spätmodernen Verständnisses von Strafe<sup>45</sup>, welches auf zivilisatorischen Begründungsschnickschnack verzichtet, Vergeltungsrituale zelebriert und dabei ungeniert auf populistische Wirkung schießt. In diesem Verständnis ist für eine Infragestellung der Strafe weder als Institution noch gar als Konzept einer vernunftbestimmten Reaktion auf den größtmöglichen Auslöser sozialer Irritationen Raum. Nicht einmal für reformatorische Veränderungen ist Platz. Die Frage dennoch, und hartnäckig, zu stellen, wie es die Veranstalter dieses Kolloquiums im Geiste von **Heike Jung** erwarten, bedeutet ein Zeichen des Widerstands zu setzen, dem ich mich überzeugt anschließe.

---

<sup>41</sup> Dazu Kinzig J. (2001) Als Bundesrecht gescheitert – als Landesrecht zulässig? NJW 1455-1459; Ullenbruch T. (2001) Nachträgliche „Sicherungsverwahrung“ durch die „Polizei“. NSZ 292-298.

<sup>42</sup> Bereits in parlamentarischer Beratung: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung, BR Drucks. 219/02 v. 15.3.02; Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der Bevölkerung vor Sexualverbrechen und anderen schweren Straftaten, BT Drucks. 14/6709 v. 19.7.2001.

<sup>43</sup> Kunz (Fn. 22) § 35 I.

<sup>44</sup> Der Vollzug von Zwischensanktionen läßt Spielräume für Gestaltungsformen, die unterschiedliche Strafphilosophien repräsentieren. So wird in der Schweiz die Gemeinnützige Arbeit im Kanton Bern von der Bewährungshilfe, im Kanton Waadt hingegen von ehemaligen Polizeibeamten organisiert. Dementsprechend unterschiedlich sind die Erwartungen an die Sanktion und die beobachteten Wirkungen.

<sup>45</sup> Pratt (Fn. 38).