

Grundlagen: Der Sinn der Strafe — „Straftheorien“

- **„absolute“ Straftheorien** (*poena absoluta est ab effectu*): Strafe ist frei von empirischen gesellschaftlichen Zwecken, ihr Sinn ist die Durchsetzung von Gerechtigkeit: „*punitur quia peccatum est*“*

Vergeltung: KANT (artgleiche Vergeltung: Talion)
HEGEL (wertgleiche Vergeltung)

Sühne: Einsicht des Täters in sein Unrecht, Aussöhnung mit der Gesellschaft

moderne Form: „freiheitsgesetzliche Straftheorie“: immanenter Strafzweck ist die Geltungsrestitution des durch das Verbrechen gestörten Rechtsverhältnisses (E.A. WOLFF, MICHAEL KÖHLER, ZACZYK)

- **„relative“ Straftheorien** (*poena relata est ad effectum*; utilitaristische Straftheorien): Strafe verfolgt den empirisch überprüfbaren Zweck, der künftigen Begehung von Straftaten vorzubeugen: „*punitur ne peccetur*“*

Generalprävention:

negative Generalprävention: Abschreckung potentieller Täter (auch: Androhungsgeneralprävention, vgl. FEUERBACHS „Theorie des psychologischen Zwanges“; vgl. § 47 I StGB)

positive Generalprävention (Integrationsprävention): „Einübung in Normtreue“ (JAKOBS)

Spezialprävention (VON LISZT, „moderne“ oder „soziologische Schule“): Verhinderung künftiger Straftaten nur des einzelnen Täters durch Abschreckung, Besserung oder Sicherung (vgl. auch das Jugendstrafrecht: Primat des Erziehungsgedankens, § 2 I 2 JGG i.d.F. v. 1.1.2008)

Innerhalb der relativen Theorien ist umstritten, welcher Aufgabe die strafrechtliche Prävention dient, d.h. welches das Strafrechtsgut ist:

- der Rechtsgüterschutz (so die hM)
- der Schutz von Aktwerten (WELZEL)
- der Schutz der Normgeltung (JAKOBS)

- **„Vereinigungstheorien“:** Zweckstrafe im Rahmen gerechter Vergeltung (daher auch: „Rahmen-“ oder „Spielraumtheorien“): „*punitur quia peccatum est ne peccetur*“ (Rspr. und hL)

Z.B.:
Strafandrohung: abschreckend generalpräventiv
Strafverhängung: vergeltend (schuldangemessen)
Strafvollstreckung: spezialpräventiv

D.h.: Als Strafgrund gilt die Sühne für persönliche Schuld, die zugleich das Strafmaß nach oben begrenzt (vgl. § 46 I 1 StGB, str.), innerhalb dieses Strafrahmens aber können bei der Strafzumessung für den einzelnen Täter spezialpräventive (§§ 46 I 2 StGB; 2, 1 StVollzG) und generalpräventive (str.!) Zwecke verfolgt werden. Jedoch ist auch bei der Strafzumessung keine bruchlose Harmonisierung der prinzipiell gegenläufigen „Theorien“ möglich: sog. **Antinomie der Strafzwecke**.

- **Schutz der Gesellschaft**, (Schule der „*défense sociale*“: GRAMATICA, MARC ANCEL, FERRI):

Straftaten werden als Folge unbeeinflusster und unbeeinflussbarer kriminogener Faktoren aufgefaßt, so daß mangels Verantwortlichkeit des Täters nur ein Heil- und Sicherungsrecht bzw. reines Maßregelrecht möglich ist, das unbestimmt und vorbeugend sein darf. (Vgl. z. B. ARNO PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974)

- ☞ Vertiefend zum Ganzen: JAKOBS, AT² (1991), 1. und 2. Abschn., S. 3–39
HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*² (1990), §§ 28–30, S. 281–332
KÖHLER, AT (1997), Kapitel 1 III, S. 37–52
LESCH, JA 1994, 510 ff., 590 ff.
BOCK, Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, JuS 1994, 89
HÖRNLE, *Straftheorien*, 2. Aufl. 2017
PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004
DERS., *Das Unrecht des Bürgers*, 2012

* Nach dem Zitat von SENECA (auf Blatt 6).

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

PLATON, *Protagoras*, 324 (Übers. von R. Rufener):*

Denn wenn du dir klarmachst, Sokrates, was es eigentlich bedeutet, wenn man die, welche Unrecht tun, bestraft, so ergibt sich für dich doch gerade daraus die Lehre, daß die Menschen der Ansicht sind, man könne die menschliche Tüchtigkeit erwerben. Denn niemand züchtigt den Übeltäter in dem Gedanken und nur deshalb, weil er unrecht getan hat, es sei denn, daß man unvernünftig wie ein Tier einfach Rache übt. Wer aber mit Vernunft züchtigen will, der straft nicht des begangenen Unrechts wegen (denn das Getane kann er ja doch nicht ungeschehen machen), sondern um des zukünftigen willen, damit dieser selbe Mensch nicht wiederum unrecht tut und auch ein anderer nicht, nachdem er nämlich gesehen hat, wie dieser bestraft wurde. Wer eine solche Überlegung macht, denkt wohl auch, daß die Tüchtigkeit anezogen werden kann; denn er straft zum Zweck der Abschreckung. Dieser Meinung sind alle, die Strafe verhängen, sowohl im privaten wie auch im öffentlichen Leben; ...

L. ANNÆUS SENECA, *Dialogorum liber III, Ad Novatum, De ira, lib. I, 19, 7*:*

... nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur.

L. ANNÆUS SENECA, *De clementia, lib. I, 22*:*

transeamus ad alienas iniurias, in quibus vindicandis haec tria lex secuta est, ...: aut ut eum, quem punit, emendet, aut [ut] poena eius ceteros meliores reddat, aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant.

THOMAS VON AQUIN, *Summa theologiae*, Secunda pars secundae, qu. 66 art. 6 ad 2:

... poenae praesentis vitae magis sunt medicinales quam retributivae. Retributio enim reservatur divino iudicio quod est secundum veritatem in peccantes.

THOMAS VON AQUIN, *Summa theologiae*, Secunda pars secundae, qu. 68 art. 1 c.a.:

Poenae autem praesentis vitae non per se expetuntur, quia non est hic ultimum retributionis tempus; sed in quantum sunt medicinales, conferentes vel ad emendationem personae peccantis, vel ad bonum reipublicae, cuius quies procuratur per punitionem peccantium ...

JODOCUS DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Antwerpen 1601, cap. I, no. 2 ff.:

Reipublicae interesse constat delicta puniri, ne maleficia maneant impunita.** ... (5) Dare poenas maximi mali euitatio est: facit enim alibi prudentiores & iustiores & medicina quaedam iniquitatis, ipsum est iudicium. Illud vero neque deorum neque hominum vllus audebit dicere, vt ab eo qui iniuste egerit, poena non sit exigenda. (6) Castigare noxam oportet, non ob praeteritum delictum, eum id corrigi nequeat, sed ne iterum peccet: tum ne ipsius exemplo caeteri quoque peccent. (7) Quid fit, si crimina non puniantur: facilitas enim veniet, incentuum tribuit delinquendi ... (9) Punienda ergo sunt maleficia, vt vnus poena, metus possit esse multorum.

PIERRE-FRANÇOIS MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, Paris 1757, part. VIII, tit. II, S. 390:***

Les PEINES étant établies, ..., à deux fins principales; l'une, pour punir le Coupable, & l'empêcher de retomber dans le Crime; l'autre, pour l'exemple, afin de contenir par la terreur des Châtiments ceux qui pourroient y tomber comme lui ... La PEINE peut donc être définie en général: la Vengeance ou Satisfaction publique & particuliere, que la Loi fait tirer par ses Ministres, de l'Auteur du Crime.

* HUGO GROTIUS zitiert PLATON und SENECA in *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam 1646, lib. II, cap. XX, § 4.

** *Ne delicta maneant impunita*: vgl. 4. Mose 25, 4 f., 5. Mose 13, 15 ff.; BENEDIKT CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, 1635, pars III, qu. 101 no. 15: „Saepe enim ob unius delictum, dum non vindicatur, Deus in universum irascitur populum“.

*** Zum spektakulärsten Fall exemplarischer Strafe im Ancien Régime, der Hinrichtung von DAMIENS im Jahr 1757 wegen versuchten Mordes an LUDWIG XV., siehe EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2. Aufl. Göttingen 1971, S. 7 ff.

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. Königsberg 1798,
Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,
Allg. Anm. E zu den §§ 43–49:

VOM STRAF- UND BEGNADIGUNGSRECHT

Richterliche Strafe (poena forensis), die von der natürlichen (poena naturalis), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborne Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und, wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas aufzufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: »es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe« denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben.

[...]

Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmaße macht? Kein anderes, als das Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Wage der Gerechtigkeit), sich nicht mehr auf die eine, als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldetes Übel du einem anderen im Volk zufügst, das tust du dir selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tötest du ihn, so tötest du dich selbst. Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis), aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaterteil), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischenden Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten. —

[...]

— Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit. Es ist keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode, also auch keine Gleichheit des Verbrechens und der Wiedervergeltung, als durch den am Täter gerichtlich vollzogenen, doch von aller Mißhandlung, welche die Menschheit in der leidenden Person zum Scheusal machen könnte, befreieten Tod. — Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10. Aufl. Gießen 1828, S. 12 ff.:

I. Nothwendigkeit eines psychologischen Zwangs im Staate.

§. 8.

Die Vereinigung des Willens und der Kräfte Einzelner zur Garantie der wechselseitigen Freiheit Aller, begründet die bürgerliche Gesellschaft. Eine durch Unterwerfung unter einen gemeinschaftlichen Willen und durch Verfassung organisirte bürgerliche Gesellschaft, ist ein Staat. Sein Zweck ist die Errichtung des rechtlichen Zustandes, d. h. das Zusammenbestehen der Menschen nach dem Gesetze des Rechts.

§. 9.

Rechtsverletzungen jeder Art widersprechen dem Staatszwecke (§. 8.), mithin ist es schlechthin nothwendig, daß im Staate gar keine Rechtsverletzungen geschehen. Der Staat ist also berechtigt und verbunden, Anstalten zu treffen, wodurch Rechtsverletzungen überhaupt unmöglich gemacht werden.

§. 10.

Die gefoderten Anstalten des Staats müssen nothwendig Zwangsanstalten seyn. Dahin gehört zunächst der physische Zwang des Staats, der auf doppelte Art Rechtsverletzungen aufhebt, I) zuvorkommend, indem er eine noch nicht vollendete Beleidigung verhindert und zwar 1) durch Erzwingung einer Sicherheitsleistung zu Gunsten des Bedrohten, 2) durch unmittelbare Ueberwindung der auf Rechtsverletzung gerichteten physischen Kräfte des Beleidigers; II) der Beleidigung nachfolgend, indem er Rückerstattung oder Ersatz von dem Beleidiger erzwingt.

§. 11.

Physischer Zwang reicht aber nicht hin zur Verhinderung der Rechtsverletzungen überhaupt. Denn der zuvorkommende Zwang ist nur möglich unter der Voraussetzung von Thatsachen, aus denen der Staat entweder die Gewißheit oder doch (wie bei dem Zwange zur Sicherheitsleistung) ihre Wahrscheinlichkeit erkennt: nachfolgender Zwang nur unter Voraussetzung solcher Rechtsverletzungen, deren Gegenstand ein ersetzliches Gut ist. Physischer Zwang ist daher nicht hinreichend 1) zum Schutz unersetzlicher Rechte, weil der hier allein mögliche, zuvorkommende Zwang von der ganz zufälligen Erkenntniß der bevorstehenden Verletzung abhängt, auch nicht 2) zum Schutz der an sich ersetzlichen Rechte, weil sie oft unersetzbar werden, und für den zuvorkommenden Zwang jene bloß zufällige Voraussetzung ebenfalls eine nothwendige Bedingung ist.

§. 12.

Sollen daher Rechtsverletzungen überhaupt verhindert werden, so muß neben dem physischen Zwange noch ein anderer bestehen, welcher der Vollendung der Rechtsverletzung vorhergeht, und, vom Staate ausgehend, in jedem einzelnen Falle wirksam ist; ohne daß dazu die Erkenntniß der jetzt bevorstehenden Verletzung vorausgesetzt wird. Ein solcher Zwang kann nur ein psychologischer seyn.

II. Möglichkeit eines solchen psychologischen Zwangs.

§. 13.

Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, in wiefern das Begehungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb wird dadurch aufgehoben, daß jeder weiß, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt.

§. 14.

Damit nun die allgemeine Ueberzeugung von der nothwendigen Verbindung solcher Uebel mit Beleidigungen begründet werde, so muß 1) ein Gesetz dieselben als nothwendige Folge der That bestimmen (gesetzliche Drohung). Und damit die Realität jenes gesetzlich bestimmten idealen Zusammenhangs in der Vorstellung Aller begründet werde, muß II) jener ursachliche Zusammenhang auch in der Wirklichkeit erscheinen, mithin, sobald die Uebertretung geschehen ist, das in dem Gesetz damit verbundene Uebel zugefügt werden (Vollstreckung, Execution). Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang.

§. 15.

Das von dem Staate durch ein Gesetz angedrohte, und, kraft dieses Gesetzes, zuzufügende Uebel, ist die bürgerliche Strafe (poena forensis). Der allgemeine Grund der Nothwendigkeit und des Daseyns derselben (sowohl in dem Gesetz, als in der Ausübung desselben) ist die Nothwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freyheit Aller, durch Aufhebung des sinnlichen Antriebs zu Rechtsverletzungen.

§. 16.

Unter Zweck der Strafe wird die Wirkung verstanden, deren Hervorbringung als Ursache des Daseyns der Strafe gedacht werden muß, wenn der Begriff von Strafe vorhanden seyn soll. I) Der Zweck der Androhung der Strafe im Gesetz ist Abschreckung Aller als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen. II) Der Zweck der Zufügung derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung, in wiefern ohne sie diese Drohung leer (unwirksam) seyn würde. Da das Gesetz alle Bürger abschrecken, die Vollstreckung aber dem Gesetz Wirkung geben soll, so ist der mittelbare Zweck (Endzweck) der Zufügung ebenfalls bloße Abschreckung der Bürger durch das Gesetz.

§. 17.

Rechtsgrund der Strafe ist ein Grund, von welchem die rechtliche Möglichkeit der Strafe abhängt. Der Rechtsgrund I) der Androhung der Strafe, ist das Zusammenbestehen derselben mit der rechtlichen Freyheit der Bedrohten, so wie die Nothwendigkeit, die Rechte Aller zu sichern, der Grund ist, welcher die Verbindlichkeit des Staats zu Strafdrohungen begründet. II) Der Rechtsgrund der Zufügung ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes.

§. 18.

Die bürgerliche Strafe hat daher nicht zum Zweck und Rechtsgrund 1) Prävention gegen die künftigen Uebertretungen eines einzelnen Beleidigers a), denn diese ist nicht Strafe und es zeigt sich kein Rechtsgrund zu solchem Zuvorkommen; 2) nicht moralische Vergeltung b), denn diese gehört einer sittlichen, nicht einer rechtlichen Ordnung an, und ist physisch unmöglich; nicht unmittelbare Abschreckung Anderer durch die Schmerzen des dem Missethäter zugefügten Uebels, denn hiezu giebt es kein Recht; 4) nicht moralische Besserung, denn dieses ist Zweck der Züchtigung, aber nicht der Strafe.

JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1781 (ed. 1823), ch. XIII., § 1:

II. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil¹.

¹ ... The immediate principal end of punishment is to control action. This action is either that of the offender, or of others: that of the offender it controls by its influence, either on his will, in which case it is said to operate in the way of *reformation*; or on his physical power, in which case it is said to operate by *disablement*: that of others it can influence no otherwise than by its influence over their wills; in which case it is said to operate by way of *example*. A kind of collateral end, which it has a natural tendency to answer, is that of affording a pleasure or satisfaction to the party injured, where there is one, and, in general, to parties whose ill-will ... has been excited by the offence. This purpose, as far as it can be answered *gratis*, is a beneficial one. ... Example is the most important end of all, in proportion as the *number* of the persons under temptation to offend is to *one*.

III. Höchste Principien des peinlichen Rechts.

§. 19.

Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peinl. Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes.

§. 20.

Hieraus fließen folgende, keiner Ausnahme unterworfenen, untergeordneten Grundsätze:

- I) Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus. (Nulla poena sine lege.) Denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe.
- II) Die Zufügung einer Strafe ist bedingt durch das Daseyn der bedrohten Handlung. (Nulla poena sine crimine.) Denn durch das Gesetz ist die gedrohte Strafe an die That als rechtlich nothwendige Voraussetzung, geknüpft.
- III) Die gesetzlich bedrohte That (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe. (Nullum crimen sine poena legali.) Denn durch das Gesetz wird an die bestimmte Rechtsverletzung das Uebel als eine nothwendige rechtliche Folge geknüpft.

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, §§ 97, 99–100:

§ 97

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

Zusatz. Durch ein Verbrechen wird irgend etwas verändert, und die Sache existiert in dieser Veränderung; aber diese Existenz ist das Gegenteil ihrer selbst und insofern in sich nichtig. Das Nichtige ist dies, das Recht als Recht aufgehoben zu haben. Das Recht nämlich als Absolutes ist unaufhebbar, also ist die Äußerung des Verbrechens an sich nichtig, und diese Nichtigkeit ist das Wesen der Wirkung des Verbrechens. Was aber nichtig ist, muß sich als solches manifestieren, das heißt, sich als selbst verletzbar hinstellen. Die Tat des Verbrechens ist nicht ein Erstes, Positives, zu welchem die Strafe als Negation käme, sondern ein Negatives, so daß die Strafe nur Negation der Negation ist. Das wirkliche Recht ist nun Aufhebung dieser Verletzung, das eben darin seine Gültigkeit zeigt und sich als ein notwendiges vermitteltes Dasein bewährt.

§ 99

Die Verletzung aber, welche dem *an sich* seienden Willen (und zwar hiermit ebenso diesem Willen des Verletzten als des Verletzten und aller) widerfahren, hat an diesem *an sich* seienden Willen als solchem keine *positive Existenz*, sowenig als an dem bloßen Produkte. *Für sich* ist dieser an sich seiende Wille (das Recht, Gesetz an sich) vielmehr das nicht äußerlich Existierende und insofern das Unverletzbar. Ebenso ist die Verletzung für den besonderen Willen des Verletzten und der übrigen nur etwas Negatives. Die *positive Existenz der Verletzung* ist nur als der *besondere Wille des Verbrechens*. Die Verletzung dieses als eines daseienden Willens also ist das Aufheben des Verbrechens, *das sonst gelten würde*, und ist die Wiederherstellung des Rechts.

Die Theorie der Strafe ist eine der Materien, die in der positiven Rechtswissenschaft neuerer Zeit am schlechtesten weggekommen sind, weil in dieser Theorie der Verstand nicht ausreicht, sondern es wesentlich auf den Begriff ankommt. — Wenn das Verbrechen und dessen Aufhebung, als welche sich weiterhin als Strafe bestimmt, nur als ein *Übel* überhaupt betrachtet wird, so kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, *weil schon ein anderes Übel vorhanden ist* (Klein, *Grundsätze des peinlichen Rechts*, § 9 f.). Dieser oberflächliche Charakter eines *Übels* wird in den verschiedenen Theorien über die Strafe, der Verhütungs-, Abschreckungs-, Androhungs-, Besserungs-, usw. Theorie, als das Erste vorausgesetzt, und was dagegen herauskommen soll, ist ebenso oberflächlich als ein *Gutes* bestimmt. Es ist aber weder bloß um ein Übel noch um dies oder jenes Gute zu tun, sondern es handelt sich bestimmt um *Unrecht* und um *Gerechtigkeit*. Durch jene oberflächlichen Gesichtspunkte aber wird die objektive Betrachtung der *Gerechtigkeit*, welche der erste und substantielle Gesichtspunkt bei dem Verbrechen ist, beiseite gestellt, und es folgt von selbst, daß der moralische Gesichtspunkt, die subjektive Seite des Verbrechens, vermischt mit trivialen psychologischen Vorstellungen von den Reizen und der Stärke sinnlicher Triebfedern gegen die Vernunft, von psychologischem Zwang und Einwirkung auf die Vorstellung (als ob eine solche nicht durch die Freiheit ebensowohl zu etwas nur Zufälligem herabgesetzt würde), zum Wesentlichen wird. Die verschiedenen Rücksichten, welche zu der Strafe als Erscheinung und ihrer Beziehung auf das besondere Bewußtsein gehören und die Folgen auf die Vorstellung (abzuschrecken, zu bessern usw.) betreffen, sind an ihrer Stelle, und zwar vornehmlich bloß in Rücksicht der *Modalität* der Strafe, wohl von wesentlicher Betrachtung, aber setzen die Begründung voraus, daß das Strafen an und für sich *gerecht* sei. In dieser Erörterung kommt es allein darauf an, daß das Verbrechen, und zwar nicht als die Hervorbringung eines *Übels*, sondern als die Verletzung des Rechts als Rechts aufzu-

heben ist, und dann, welches die *Existenz* ist, die das Verbrechen hat und die aufzuheben ist; sie ist das wahrhafte Übel, das wegzuräumen ist, und worin sie liege, der wesentliche Punkt; solange die Begriffe hierüber nicht bestimmt sind, so lange muß Verwirrung in der Ansicht der Strafe herrschen.

Zusatz. Die *Feuerbachische* Straftheorie begründet die Strafe auf Androhung und meint, wenn jemand trotz derselben ein Verbrechen begehe, so müsse die Strafe erfolgen, weil sie der Verbrecher früher gekannt habe. Wie steht es aber mit der Rechtlichkeit der Drohung? Dieselbe setzt den Menschen nicht als Freien voraus und will durch die Vorstellung eines Übels zwingen. Das Recht und die Gerechtigkeit müssen aber ihren Sitz in der Freiheit und im Willen haben und nicht in der Unfreiheit, an welche sich die Drohung wendet. Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt. Aber die Drohung, die im Grunde den Menschen empören kann, daß er seine Freiheit gegen dieselbe beweist, stellt die Gerechtigkeit ganz beiseite. Der psychologische Zwang kann sich nur auf den qualitativen und quantitativen Unterschied des Verbrechens beziehen, nicht auf die Natur des Verbrechens selbst, und die Gesetzbücher, die etwa aus dieser Lehre hervorgegangen sind, haben somit des eigentlichen Fundaments entbehrt.

§ 100

Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur *an sich* gerecht — als gerecht ist sie zugleich sein *an sich* seiender Wille, ein Dasein seiner Freiheit, *sein* Recht —, sondern sie ist auch ein *Recht an den Verbrecher* selbst, d. i. in seinem *daseienden Willen*, in seiner Handlung *gesetzt*. Denn in seiner als eines *Vernünftigen* Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter *sein* Recht subsumiert werden darf.

*Beccaria** hat dem Staat das Recht zur Todesstrafe bekanntlich aus dem Grunde abgesprochen, weil nicht präsumiert werden könne, daß im gesellschaftlichen Verträge die Einwilligung der Individuen, sich töten zu lassen, enthalten sei, vielmehr das Gegenteil angenommen werden müsse. Allein der Staat ist überhaupt nicht ein Vertrag (s. § 75), noch ist der *Schutz* und die *Sicherung* des Lebens und Eigentums der Individuen als einzelner so unbedingte sein substantielles Wesen, vielmehr ist er das Höhere, welches dieses Leben und Eigentum selbst auch in Anspruch nimmt und die Aufopferung desselben fordert. — Ferner ist [es] nicht nur der *Begriff* des Verbrechens, das Vernünftige desselben *an und für sich*, mit oder ohne Einwilligung der Einzelnen, was der Staat geltend zu machen hat, sondern auch die formelle Vernünftigkeit, das *Wollen des Einzelnen*, liegt in der *Handlung* des Verbrechens. Daß die Strafe darin als *sein* eigenes *Recht* enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges *geehrt*. — Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; — ebensowenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung. — Ferner in Rücksicht auf die Weise der Existenz der Gerechtigkeit ist ohnehin die Form, welche sie im Staate hat, nämlich als *Strafe*, nicht die einzige Form und der Staat nicht die bedingende Voraussetzung der Gerechtigkeit an sich.

§ 101

Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Wiedervergeltung*, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Dasein nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitativen und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation als Dasein einen eben solchen hat. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die *Gleichheit* in der spezifischen, sondern in der *an sich* seienden Beschaffenheit der Verletzung — nach dem *Werte* derselben.

* Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

FRANZ VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, ZStW 9 (1889), 452, 489 = *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1905), Bd. I, S. 290, 330 f.

Die Strafrechtswissenschaft aber hat bei dem gegenwärtigen Stande der Dinge zu ihrem Unheil es gelernt, sich auf die Auslegung des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung zu beschränken. Sie interessiert nicht der Verbrecher, sondern das Verbrechen, nicht der Mensch, sondern der Begriff. Mit dem verbrecherischen Menschen hat nur der Strafvollzug zu tun, und dieser wird in Vorlesungen, Lehrbüchern und Kommentaren nur so weit berührt, als er auf rechtsrechtlichen Bestimmungen ruht. Den Unterschied von Versuch und Vollendung, von Täterschaft und Teilnahme, von Diebstahl und Unterschlagung, von Betrug und Untreue u.s.w. u.s.w. haben wir auf das schönste und schärfste entwickelt und in der tiefen Erfassung gar manchen Begriffes haben wir (das beweist der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich) die privatrechtlichen Juristen unterschieden überholt. Aber daß auch das Strafrecht um der Menschen willen da ist, daß die Strafe die Aufgabe hat, die Rechtsordnung und mit ihr die Lebensinteressen der Rechtsgenossen zu schützen, das Verbrechen zu bekämpfen durch Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung des Verbrechers — das ist heute noch eine Ketzerei. Freilich eine Ketzerei, an die gar mancher im Herzen heimlich glaubt, wenn er auch die Bannfliche der Hohen Priester scheut, welche des Besitzes der allein seligmachenden rechtgläubigen Schulweisheit sich rühmen. *Als ob nicht ein Blick in die erste beste Strafanstalt es auch dem blödesten Auge klar machen müßte, daß die Strafe wahrlich etwas anderes ist als die dialektische Entwicklung des Rechtsbegriffes, als die Negation der Negation des Rechts!*

FRANZ VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* („Marburger Programm“), beigefügt dem Jahresbericht des Rectors der Universität Marburg, Marburg 1882 = ZStW 3 (1883), 1, 36 ff. = *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (1905), Bd. I, S. 126, 163 ff.

Es wird sich diesen Wirkungen des Strafvollzuges nichts wichtiges hinzufügen lassen. Daß die Strafe eine ganze Reihe von *Reflexwirkungen* hat, wie ich sie nennen möchte, ist klar, aber nicht bedeutsam genug, um unsere Einteilung umzustößen. Nur Eins bedarf noch der Erwähnung: die Bedeutung der *Strafdrohung*. Warnend und abschreckend verstärkt sie die vom Verbrechen abhaltenden Motive. Wir dürfen die se Wirkung nicht übersehen, müssen sie aber hier bei Seite lassen. Denn nicht um die staatlichen Imperative, sondern um die staatliche Strafe handelt es sich für uns; die Strafdrohung aber ist nur ein verschärfter Imperativ.

[...]
2. Wenn aber Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung wirklich die möglichen wesentlichen Wirkungen der Strafe und damit zugleich die möglichen Formen des Rechtsgüterschutzes durch Strafe sind, so müssen diesen drei Strafformen auch *drei Kategorien von Verbrechen* entsprechen. Denn gegen diese, nicht aber gegen die *Verbrechensbegriffe*, richtet sich die Strafe; der *Verbrecher* ist der Träger der Rechtsgüter, deren Verletzung oder Vernichtung das Wesen der Strafe ausmacht.

[...]
Im allgemeinen aber dürfte folgende Einteilung zum Ausgangspunkte weiterer Betrachtungen genommen werden können:

1. *Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher;*
2. *Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher;*
3. *Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.*

V. Die Strafe als zweckbewußter Rechtsgüterschutz.

Die Strafe ist *Zwang*. Sie wendet sich gegen den Willen des Verbrechers, indem sie die Rechtsgüter verletzt oder vernichtet, in welchen der Wille Verköpferung gefunden hat. Als Zwang kann die Strafe doppelter Natur sein.

- a. Indirekter, mittelbarer, psychologischer Zwang oder *Motivation*. Die Strafe *gibt* dem Verbrecher die ihm fehlenden Motive, welche der Begehung von Verbrechen entgegenzuwirken geeignet sind, und die vorhandenen Motive *vermehrt* und *kräftigt* sie. Sie erscheint als *künstliche Anpassung* des Verbrechers an die Gesellschaft und zwar entweder
 - α. durch *Besserung*, d. h. durch Einpflanzung und Kräftigung altruistischer, sozialer Motive;
 - β. durch *Abschreckung*, d. h. durch Einpflanzung und Kräftigung egoistischer, aber in der Wirkung mit den altruistischen zusammenfallender Motive.

- b. Direkter, unmittelbarer, mechanischer Zwang oder *Gewalt*. Die Strafe ist *Sequestrierung* des Verbrechers; vorübergehende oder dauernde Unschädlichmachung, Ausstoßung aus der Gesellschaft oder Internierung in derselben. Sie erscheint als *künstliche Selektion* des sozial untauglichen Individuums. „Die Natur wirft denjenigen, der sich gegen sie vergangen hat, aufs Bett, der Staat wirft ihn ins Gefängnis.“

Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung: das sind demnach die unmittelbaren Wirkungen der Strafe; die in ihr liegenden Triebkräfte, durch welche sie den Schutz der Rechtsgüter bewirkt.

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

trotz seiner Reue die Strafe nicht erlassen werden, auch wenn er den festen Entschluss gefasst hat, von nun die Pfade des Verbrechens zu meiden.

[...]

Nun kann die Nichtbestrafung als Uebel nur unter zwei Gesichtspunkten erscheinen: entweder, weil die Rechtsgüter, wie Leben oder Freiheit, welche dem unbestraften Delinquenten verbleiben, für die Gesellschaft Gefahr drohen. Allein die Gefährlichkeit des Delinquenten zwingt den Staat wohl zu Polizeimasregeln für die Zukunft, aber nicht zur Strafe. Müsste ihretwegen Strafe eintreten, so wäre künftige Ungefährlichkeit Strafausschliessungsgrund, was sie aber nicht ist. Denn auch der Verbrecher, der aller Voraussicht nach nie mehr rückfällig werden wird, auch der Mörder, dem ein Schlaganfall beide Arme gelähmt hat, wird in Strafe genommen.

[...]

Die Strafe ist also das geltend gemachte Recht auf Befolgung der staatlichen Normen behufs nothwendiger Bewahrung der Auctorität der verletzten Gesetze. Gegenüber dem Verbrecher rechtfertigt sie sich lediglich durch dessen That: weil er das Recht missachtet hat, empfindet er dessen Macht am eigenen Leibe, und diese Macht kann ihm nur dadurch bewiesen werden, dass dasselbe Recht, welches ihn mit Gütern ausstattet und ihn in deren Besitz schützt, ihn nun dieser Güter und des ihnen gewährten Schutzes entkleidet.

Man würde mich völlig missverstehen, wenn man als meine Ansicht ausgäbe, die nöthige Abschreckung verwandle das Strafrecht in eine Strafpflicht. Die Strafe soll nicht abschrecken und kann es nicht: denn die meisten Verbrechen werden in der Hoffnung der Verheimlichung, also der Straflosigkeit begangen.

Vielmehr soll die Strafe die Vorstellung von der Heiligkeit und Unverbrüchlichkeit der mit ihr ausgestatteten Pflichten begründen und aufrecht halten, und so darauf hinwirken, dass sich die grösstmögliche Anzahl von Menschen aus eigener besserer Einsicht dazu bestimme, jenen Pflichten conform zu leben, also statt verbrecherische Pläne zu fassen, sich vielmehr der Autorität der Gesetze zu beugen.

Es ist eine unzulässige Präsumtion anzunehmen, dass die Strafe in jedem Falle ihrer Verhängung dem durch das Verbrechen verletzten Gesetze soviel Stabilität zurückgäbe oder auch nur zurückgeben sollte, als ihm davon vielleicht durch das Verbrechen genommen worden ist, dass sie also Heilung wäre; aber richtig ist, dass, wie die Verbrecher die Gesetze zu untergraben suchen, so die Strafe bemüht ist sie in ihrer weithin herrschenden Kraft zu stützen.

cherheit der Gesellschaft, enthüllt hat? Lüge es nicht näher, ihm dafür den Dank der Gesellschaft zu votiren? Wäre es von diesem Standpunkte nicht allein zulässig, das Verbrechen mit einer Verbesserung der Schul- und Polizei-Einrichtungen zu beantworten? Und wie kann es die relative Theorie rechtfertigen, den Delinquenten, also doch einen Menschen, herabzuwürdigen zum Object des Experiments, ob durch seine Bestrafung Quellen künftigen Unheils für andere ihm gleichartige Menschen verstopft werden können? noch dazu, da dieses Experiment in so vielen Fällen erfolglos verläuft, also die Strafe, deren einziger Rechtsgrund die Zweckmässigkeit sein soll, ihren Zweck verfehlt! [...] Eine Strafrechtstheorie aber, die nicht zu sagen weiss, warum sie überhaupt straft, warum sie nur straft, nachdem verbrochen ist, warum sie den Verbrecher straft, obgleich dessen That den Rechtsgrund der Strafe nicht abgibt, warum sie endlich zugibt, dass der Staat den Verbrecher straft, eine solche Theorie kann in unserer Wissenschaft eine Stellung nicht mehr beanspruchen.

So stellt sich die neuere Forschung zunächst ganz mit Recht auf den Boden der sog. absoluten Theorie, und sucht nach dem inneren Zusammenhange von Unrecht und Strafe.

[...]

So bleibt für die Aufstellung einer Strafrechts-Theorie nur noch eine Basis übrig: es ist das Delict gefasst in seiner Eigenthümlichkeit als Auflehnung des Einzelwillens gegen den Gesamtwillen, als Rechtsbruch.

Dieser Rechtsbruch, der durch die Schwere der begangenen Handlung in sehr verschiedenem Maasse verschärft wird, und sich zu geradezu frevelhaften Angriff auf den Bestand unserer ganzen socialen Ordnung steigern kann, ist irreparabel. „Das Eine ist den Göttern selbst verwehrt, das, was geschehen ist, ungeschehen zu machen.“ Nicht minder unwiderruflich sind die Wirkungen der schwersten Verbrechen. Wer ruft den Erschlagenen zum Leben zurück? Wer heilt den Gelähmten? Wer hebt das versenkte Schiff vom Boden des Meeres? Wahrlich! Wenn es Aufgabe der Strafe wäre zu heilen und wiederherzustellen: das Verbrechen kann sie nicht heilen.

Es ist geschehen und bleibt geschehen. Aber vielleicht könnte es ihre Aufgabe sein, den auführerischen Sinn des Verbrechers zur Zucht zurückzuführen, den Frieden zwischen ihm und dem Gesetze wiederherzustellen, wie der Sophist Protagoras sagt: die krummen Hölzer gerade zu biegen? Indessen, unerreichbare Ziele darf sich das Recht nicht stecken, und solche sind es für die Umwandlungen des inneren Menschen. Seine Strafe hat der Räuber verbüsst, der zu zehn Jahren Zuchthaus verurtheilt die Zelle verlässt, unerschütterten Trotzes und heisses Rachegefühl im Herzen tragend. Andererseits darf dem reuigen Verbrecher

KARL BINDING, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, GrünhutsZ IV (1877), 417, 420 ff.

Alle Theorien unterscheiden sich dadurch, dass die einen, die sog. absoluten Theorien, die Strafe als Rechtsfolge des Unrechts betrachten, in dem Unrecht und in ihm allein also den Grund der Strafe, gleichsam ihren Erzeuger, sehen. Denken wir uns die Strafe personificirt, so wendet sie ihr ernsthaftes Haupt rückwärts, dem bezangenen Verbrechen zu. Es wird gestraft *quia peccatum est*. Oft, aber nicht wesentlich, verbindet sich der absoluten Theorie die Auffassung, die Strafe sei nicht nur Rechtsfolge, sondern nothwendige, unausbleibliche Folge des Unrechts.

Dieser absoluten Theorie tritt die sog. relative gegenüber: ein Gegensatz, den man neuerdings mit Unrecht hat angreifen wollen, und der nur richtig formulirt werden muss. Die relative Theorie sieht in der schuldhafte Handlung des Delinquenten zwar eine nothwendige Voraussetzung, aber gerade nicht den Grund der Strafe. Vielmehr bildet die Missethat nur ein Symptom für das Vorhandensein eines ausser ihr liegenden Strafgrundes. Es wird nicht gestraft *quia peccatum est*, sondern *postquam peccatum est, ne peccetur*. Der wirkliche Strafgrund bei allen relativen Theorien ist eine durch das Verbrechen offenelegte, aber keineswegs erzeugte drohende Gefahr für die künftige Sicherheit der Gesellschaft. Der Zweck der Strafe ist Beseitigung des Strafgrundes, also künftige Sicherung. Der Blick der Strafe ist nicht rückwärts, sondern vorwärts gewendet. Die sog. Abschreckungstheorie straft den Mörder nicht, weil er gemordet hat, sondern weil ausser ihm noch mordsüchtiges Volk im Lande wohnt, was von späteren Missethaten durch das warnende Beispiel abgeschreckt werden soll. Die praktisch so segensreich wirkende Besserungstheorie setzt den Räuber nicht deshalb in's Zuchthaus, weil er fremdes Gut und fremde Freiheit verletzt, sondern weil er sich als ein unsicheres Mitglied der Gesellschaft bewährt hat, und weil in dieser moralischen Unzuverlässigkeit künftige Gefahren schlummern.

Bei aller Hochachtung vor dem Scharfsinn und der edlen Gesinnung gar mancher Anhänger der verschiedenen relativen Theorien kann man sich ihre wissenschaftliche Haltlosigkeit nicht verhehlen. Das Delict ist danach nicht Grund, sondern nur nothwendige Voraussetzung der Strafe. Aber warum dies? Warum wird nur gestraft, nachdem verbrochen ist? Warum ist das Delict das einzige Symptom, woraus die Gefahren der Gesellschaft erkannt werden können? Wie kommt ferner die relative Theorie dazu, den zu strafen, dessen That nicht Strafgrund ist, dessen That nur den wahren Strafgrund, die Unsi-

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin New York 1991, S. 9 ff.

II. Die Theorie der positiven Generalprävention

C. Die Bedeutung der Strafe

1. Ein Normbruch ist nicht seiner äußerlichen Folgen wegen ein strafrechtlich relevanter Konflikt; denn das Strafrecht kann die äußerlichen Folgen nicht heilen. Strafe bewirkt keinen Schadensersatz; zudem sind zahlreiche Normbrüche komplett, bevor ein äußerlicher Schaden eingetreten ist, scil. stets bei Delikten mit materiellem Versuchscharakter und ansonsten stets im Fall von Versuch und Vorbereitung.

Ein menschliches Verhalten ist aber nicht nur ein äußerlich wirkender Vorgang, sondern in dem Umfang, in dem der Mensch die Wirkungen seines Verhaltens überblickt oder überblicken kann, *bedeutet* sein Verhalten auch etwas, wie ein ausgesprochener Satz etwas bedeutet [...].

Einem Täter, der sich in bestimmter Weise verhält und der die Merkmale seines Verhaltens kennt oder zumindest erkennen kann, wird zugerechnet, er halte das Verhalten für die maßgebliche Weltgestaltung. Diese Zurechnung erfolgt wegen der Zuständigkeit für die eigene Motivation: Wäre der Täter zur Vermeidung eines Verhaltens mit relevanten Merkmalen dominant motiviert gewesen, so hätte er sich anders verhalten; also zeigt das vollzogene Verhalten, daß dem Täter an der Vermeidung aktuell nicht dominant gelegen war. Beispiel: Wer wissenschaftlich betrunken ein Fahrzeug im Verkehr führt und die auch ihm erkennbaren, nachteiligen Folgen, etwa für das Leben anderer Verkehrsteilnehmer, nicht berücksichtigt, macht durch sein Verhalten expressiv, daß er in der Situation, in der er sich befindet, anderes für wichtiger hält, als das Leben der Verkehrsteilnehmer dominant in Acht zu nehmen. Diese Aussage, die dem Täter als seine Ansicht zugerechnet wird, ist das Gegenteil der Aussagen, die in den Normen der §§ 316 und 222 StGB getroffen werden. *Dieser Widerspruch gegen die Norm durch ein Verhalten ist der Normbruch.* Ein Normbruch ist also eine Desavouierung der Norm. Diese Desavouierung bewirkt in dem Maß einen sozialen Konflikt, in dem die Norm als Orientierungsmuster in Frage gestellt wird. — Die genaue Bestimmung, wann ein Normwiderspruch vorliegt, ist das Problem der Zurechnungslehre, insbesondere der Zurechnung als tatbestandliches und rechtswidriges Verhalten.

2 a) Damit zeichnet sich auch schon ab, wie die Strafe als Reaktion in dem Konflikt zu verstehen ist: Sie darf — wie der Normbruch — nicht als ein nur-äußerliches Ereignis beurteilt werden (dann kommt nur die unverünftige Sequenz zweier Übel heraus), sondern auch die Strafe bedeutet etwas, scil. daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich ist. Es wird demonstriert, daß der Täter nicht richtig organisiert hat: Man nimmt ihm Organisationsmittel weg. *Dieser auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch ist die Strafe.*

b) *Entsprechend der Lokalisierung von Normbruch und Strafe auf der Ebene der Bedeutung, nicht der äußeren Verhaltensfolgen, darf als Aufgabe der Strafe nicht die Vermeidung von Güterverletzungen angesehen. Aufgabe ist vielmehr die Bestätigung der Normgeltung, wobei Geltung mit Anerkennung gleichzusetzen ist. Die Anerkennung kann auch in dem Bewußtsein erfolgen, daß die Norm gebrochen werden wird; die Erwartung (auch diejenige des zukünftigen Täters) geht in diesem Fall darauf, daß auch dann als Grund des Konflikts wiederum der Normbruch des Täters, nicht aber das Normvertrauen des Opfers bestätigt werden wird. Jedenfalls bewirkt die Strafe, daß die Norm faktisch taugliches Orientierungsmuster bleibt.*

Zusammenfassend: *Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Täters erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm.*

HANS WELZEL, *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, in: Festschrift für Kohlrausch, Berlin 1944, S. 101, 107 ff.

Seit v. Ihering den Zweck als den Schöpfer des ganzen Rechtes gerühmt und seit v. Liszt festgestellt hatte, daß mit dem Rechtsgut der Zwecke dank seinen Einzug in die Rechtslehre halte, wurde im Rechtsgüterschutz immer stärker der materielle »Zweck« der Norm, in der Rechtsgüterverletzung der materielle Gehalt des Verbrechens gesehen. Im Sachverhaltsunwert, in der Rechtsgüterverletzung mit der Formel »mehr Schaden als Nutzen« erfaßte man den materialen Gehalt der Rechtswidrigkeit.

Wäre das richtig, so wäre allerdings auch der Strafrechtssatz eine rein zweckbedingte Norm und ein substantieller Unterschied zur kriminalpolitischen Maßnahme nicht ersichtlich. Und doch ist diese ganze Lehre nur eine vorläufige Verallgemeinerung und Absolutierung eines Teilmomentes der Strafnorm. Jener auf den Sachverhaltswert, den Rechtsgüterschutz abstellenden Lehre der materiellen Rechtswidrigkeit setzen wir eine andere Gestalt eben dieser Lehre entgegen: **Materialer Gehalt der Strafrechtssätze ist nicht der bloße Rechtsgüterschutz, sondern die Erhaltung der rechtlichen Gesinnungswerte: in ihnen ist der Güterschutz als bedingendes Teilmoment wesensmäßig mitenthalt.**

[...]

Hinter den Normen des Strafrechts stehen als ihr materialer Gehalt die Aktwerte rechtlicher Gesinnung: die Treue gegenüber Volk, Reich, Führung, der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt, die Wehrbereitschaft, die Wahrhaftigkeit der eidlichen Aussage, die geschlechtliche Zucht, die Achtung vor dem Leben, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anderer, die Ehrlichkeit gegenüber fremdem Eigentum, die Redlichkeit im Vermögensgang usw. Zwar kann das Strafrecht sie selbst unmittelbar nicht durch seinen Zwang verwirklichen, wohl aber sichert es ihre reale Geltung in der Gemeinschaft unmittelbar dadurch, daß es den Abfall von ihnen in den wirklichen treubruchigen, meineidigen, zuchtlosen, unehrlichen Handlungen bestraft. Indem es den Meineid und die uneidliche falsche Aussage ohne Rücksicht auf die Bedeutung des Aussageinhalts bestraft, hält es die uneingeschränkte Geltung des Aktwertes der Wahrhaftigkeit der Beweisaussage vor Gericht aufrecht.

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

HEINRICH HEINE, *Gefängnisreform und Strafgesetzgebung*,
in: Vermischte Schriften III, Lutezia, II. Theil, Anhang, Paris Juli 1843

[...] Wir sehen hier zunächst die sogenannte Vergeltungstheorie, das alte harte Gesetz der Urzeit, jenes *jus talionis*, das wir noch bei dem alttestamentarischen Moses in schauerlichster Naivetät vorfinden: Leben um Leben, Auge um Auge, Zahn um Zahn. Mit dem Martyrtode des großen Versöhners fand auch diese Idee der Sühne ihren Abschluß, und wir können behaupten, der milde Christus habe dem antiken Gesetze auch hier persönlich Genüge gethan und dasselbe auch für die übrige Menschheit aufgehoben. Sonderbar! während hier die Religion im Fortschritt erscheint, ist es die Philosophie, welche stationär geblieben, und die Strafrechtstheorie unserer Philosophen von Kant bis auf Hegel ist trotz aller Verschiedenheit des Ausdrucks noch immer das alte *jus talionis*. Selbst unser Hegel wußte nichts Besseres anzugeben, und er vermochte nur die rohe Anschauungsweise einigermassen zu spiritualisieren, ja bis zur Poesie zu erheben. Bei ihm ist die Strafe das Recht des Verbrechers; nämlich indem dieser das Verbrechen begeht, gewinnt er ein unveräußerliches Recht auf die adäquate Bestrafung; letztere ist gleichsam das objektive Verbrechen. Das Prinzip der Sühne ist hier bei Hegel ganz dasselbe wie bei Moses, nur daß dieser den antiken Begriff der Fatalität in der Brust trug, Hegel aber immer von dem modernen Begriff der Freiheit bewegt wird: sein Verbrecher ist ein freier Mensch, Verbrechen selbst ist ein Akt der Freiheit, und es muß ihm dafür sein Recht geschehen. [...]

Unsere zweite große Straftheorie ist die der Abschreckung. Diese ist weder religiös noch philosophisch, sie ist rein absurd. Hier wird einem Menschen, der ein Verbrechen beging, Pein angethan, damit ein dritter dadurch abgeschreckt werde, ein ähnliches Verbrechen zu begehen. Es ist das höchste Unrecht, daß jemand leiden soll zum Heile eines anderen, und diese Theorie mahnte mich immer an die armen *Souffredouleurs*, die ehemals mit den kleinen Prinzen erzogen wurden und jedesmal durchgepeitscht wurden, wenn ihr erlauchter Kamerad irgend einen Fehler begangen. Diese nüchterne und frivole Abschreckungstheorie borgt von der sacerdotalen Theorie gleichsam ihre *Pompes funèbres*, auch sie errichtet auf öffentlichem Markt ein *Castrum doloris*, um die Zuschauer anzulocken und zu verblüffen. Der Staat ist hier ein Charlatan, nur mit dem Unterschied, daß der gewöhnliche Charlatan dir versichert, er reiße dir die Zähne aus, ohne Schmerzen zu verursachen, während jener im Gegenteil durch seine schauerlichen Apparate mit weit größeren Schmerzen droht, als vielleicht der arme Patient wirklich zu ertragen hat. Diese blutige Charlatanerie hat mich immer angewidert.

Soll ich hier die sogenannte Theorie vom psychischen Zwang, die zu meiner Zeit in Göttingen und in der umliegenden Gegend zum Vorschein gekommen, als eine besondere Theorie erwähnen? Nein, sie ist nichts als der alte Abschreckungssauerkeim, neu umgeknetet. Ich habe mal einen ganzen Winter hindurch den Lykurg Hannovers, den traurigen Hofrat Bauer, darüber schwätzen gehört in seiner seichtesten Prosa. Diese Tortur erduldet ich ebenfalls aus psychischem Zwang, denn der Schwätzer war Examinator meiner Fakultät, und ich wollte damals *Doctor juris* werden.

Die dritte große Straftheorie ist die, wobei die moralische Verbesserung des Verbrechers in Betracht kommt. Die wahre Heimat dieser Theorie ist China, wo alle Autorität von der väterlichen Gewalt abgeleitet wird. Jeder Verbrecher ist dort ein ungezogenes Kind, das der Vater zu bessern sucht und zwar durch den Bambus. Diese patriarchalische, gemüthliche Ansicht hat in neuerer Zeit ganz besonders in Preußen ihre Verehrer gefunden, die sie auch in die Gesetzgebung einzuführen suchten. Bei solcher chinesischen Bambustheorie drängt sich uns zunächst das Bedenken auf, daß alle Verbesserung nichts helfen dürfte, wenn nicht zuvor die Verbesserer gebessert würden. In China scheint das Staatsoberhaupt dergleichen Einrede dunkel zu fühlen, und wenn im Reiche der Mitte irgend ein ungeheures Verbrechen begangen wird, legt sich der Kaiser, der Himmelssohn, selber eine harte Buße auf, wähhend, daß er selber durch irgend eine Sünde ein solches Landesunglück verschuldet haben müßte. [...] In China gehört es zur

Konsequenz der patriarchalischen Ansicht, daß es neben den Bestrafungen auch gesetzliche Belohnungen gibt, daß man für gute Handlungen irgend einen Ehrenknopf mit oder ohne Schleife bekommt, wie man für schlechte Handlungen die gehörige Tracht Schläge empfängt, so daß, um mich philosophisch auszudrücken, der Bambus die Belohnung des Lasters und der Orden die Strafe der Tugend ist. [...]

Wir haben noch eine vierte große Straftheorie, die wir kaum eine solche nennen können, da der Begriff „Strafe“ hier ganz verschwindet. Man nennt sie Präventionstheorie, weil hier die Verhütung der Verbrechen das leitende Prinzip ist. Die eifrigsten Vertreter dieser Ansicht sind zunächst die Radikalen aller sozialistischen Schulen. Als der Entschiedenste muß der Engländer Owen genannt werden, der kein Recht der Bestrafung anerkennt, solange die Ursache der Verbrechen, die sozialen Übel, nicht fortgeräumt worden. So denken auch die Kommunisten, die materialistischen ebensowohl wie die spiritualistischen [...].

Minder schwärmerische und sogar sehr praktische Naturen haben sich ebenfalls für die Präventionstheorie entschieden, insofern sie von der Volkserziehung die Abnahme der Verbrechen erwarten. Sie haben noch ganz besondere staatsökonomische Vorschläge gemacht, die dahin zielen, den Verbrecher vor seinen eigenen bösen Anfechtungen zu schützen, in derselben Weise, wie die Gesellschaft vor der Unthat selbst hinreichend bewahrt wird. Hier stehen wir auf dem positiven Boden der Präventionslehre. Der Staat wird hier gleichsam eine große Polizeianstalt im edelsten und würdigsten Sinne, wo dem bösen Gelüste jeder Antrieb entzogen wird, wo man nicht durch Ausstellungen von Leckerbissen und Putzwaren einen armen Schlucker zum Diebstahl und die arme Gefallsucht zur Prostitution reizt, wo keine diebischen Emporkömmlinge, keine Robert-Macaires der hohen Finanz, keine Menschenfleischhändler, keine glücklichen Halunken ihren unverschämten Luxus öffentlich zur Schau geben dürfen, kurz, wo das demoralisierende böse Beispiel unterdrückt wird. Kommen trotz aller Vorkehrungen dennoch Verbrechen zum Vorschein, so sucht man die Verbrecher unschädlich zu machen, und sie werden entweder eingesperrt oder, wenn sie der Ruhe der Gesellschaft gar zu gefährlich sind, ein bißchen hingerichtet. Die Regierung, als Mandatarin der Gesellschaft, verhängt hier keine Pein als Strafe, sondern als Notwehr, und der höhere oder geringere Grad dieser Pein wird nur von dem Grad des Bedürfnisses der sozialen Selbstverteidigung bestimmt. Nur von diesem Gesichtspunkte aus sind wir für die Todesstrafe oder vielmehr für die Tötung großer Bösewichter, welche die Polizei aus dem Wege schaffen muß, wie sie tolle Hunde totschißt.

[...] Aber unsere Gefühle sträuben sich gegen die Mittel, wodurch die gute Absicht erreicht werden soll. Auch halten wir sie für Frankreich gänzlich ungeeignet. In diesem Lande der Soziabilität wäre die Absperrung in Zellen, die pennsylvanische Methode, eine unerhörte Grausamkeit, und das französische Volk ist zu großmütig, als daß es je um einen solchen Preis seine gesellschaftliche Ruhe erkaufen möchte. Ich bin daher überzeugt, [...], [es] kommt das entsetzliche, unmenschliche, ja unnatürliche Cellulargefängniswesen nicht in Ausführung, und die vielen Millionen, welche die nötigen Bauten kosten, sind gottlob verlorenes Geld. Diese Bürgerverliese des neuen Bürgerrittertums wird das Volk ebenso unwillig niederreißen, wie es einst die adelige Bastille zerstörte. So furchtbar und düster dieselbe von außen gewesen sein mochte, so war sie doch gewiß nur ein heiteres Kiosk, ein sonniges Gartenhaus im Vergleich mit jenen kleinen, schweigenden amerikanischen Höllen, die nur ein blödsinniger Pietist ersinnen und nur ein herzloser Krämer, der für sein Eigentum zittert, billigen konnte. Der gute fromme Bürger soll hinfüro ruhiger schlafen können — das will die Regierung mit löblichem Eifer bewirken. Aber warum sollen sie nicht etwas weniger schlafen? — Bessere Leute müssen jetzt wachend die Nächte verbringen. Und dann, haben sie nicht den lieben Gott, um sie zu schützen, sie, die Frommen? — Oder zweifeln sie an diesem Schutz, sie, die Frommen?

Grundlagen: Der Sinn der Strafe

PAUL FAUCONNET, *La responsabilité*, Étude de sociologie, 2. Aufl. Paris 1928, S. 227:

Elle [la sanction pénale, rituelle ou juridique] restitue, dans son intégrité, la croyance ébranlée par le crime, qui s'atrophierait à supporter passivement l'offense, qui se nourrit et reprend sa vigueur en réagissant. La peine répare ainsi le mal moral résultant du crime et arrête le cours de ses effets. L'utilité de la peine n'est pas essentiellement dans l'action qu'elle exerce sur les criminels, mais dans l'action qu'elle exerce sur la société elle-même. Tout se passe dans le domaine spirituel; des images s'opposent à des images, des émotions à des émotions, des forces à des forces. La prévention spéciale, dont le rôle peut devenir important, reste chose secondaire. Par la peine rituelle ou juridique, le mal moral du crime est compensé, l'ordre moral rétabli, la colère des dieux apaisée, les forces religieuses dérégulées sont à nouveau disciplinées, la souillure est lavée, l'impureté éliminée. Entendez par là que la société reprend sa confiance en elle-même et réaffirme l'intangibilité de la règle ébranlée par le crime.

Dès lors, telle étant la fonction de la peine, nous avons le droit de faire cette hypothèse: c'est au crime même que s'appliquerait la peine, si elle pouvait le saisir pour l'annihiler.

☞ Vertiefend STUCKENBERG, GA 2017, 174 ff.

JOEL FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in: DERS., *Doing and Deserving*, Princeton NJ 1970, S. 95, 97 f, 115 f.:

Both penalties and punishments are authoritative deprivations for failures; but, apart from these common features, penalties have a miscellaneous character, whereas punishments have an important additional characteristic in common. That characteristic, or specific difference, I shall argue, is a certain expressive function: punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part of the punishing authority himself or of those "in whose name" the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a *symbolic significance* largely missing from other kinds of penalties.

The reprobative symbolism of punishment and its character as "hard treatment," though never separate in reality, must be carefully distinguished for purposes of analysis. Reprobation is itself painful, whether or not it is accompanied by further "hard treatment," and hard treatment, such as fine or imprisonment, because of its conventional symbolism, can itself be reprobatory. Still, we can conceive of ritualistic condemnation unaccompanied by any *further* hard treatment, and of inflictions and deprivations which, because of different symbolic conventions, have no reprobative force.

[...]

Hard treatment and symbolic condemnation, then, are not only both necessary for an adequate definition of "punishment"; each also poses a special problem for the justification of punishment. The reprobative symbolism of punishment is subject to attack not only as an independent source of suffering but as the vehicle of undeserved responsive attitudes and unfair judgments of blame. [...] The condemnatory aspect of punishment does serve a socially useful purpose: it is precisely the element in punishment that makes possible the performance of such symbolic functions as disavowal, nonacquiescence, vindication, and absolution.