

# Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe

## Zugleich eine Skizze über Begriff und Zweck staatlicher Strafe

Von *Gerhard Seher*

### I. Problembefund und Gedankengang

In den letzten Jahren ist in eine scheinbar festgefahrene, fruchtlos gewordene Debatte überraschend Bewegung gekommen: Es gibt wirklich neue Gedanken zu der alten Frage nach Grund und Zweck staatlichen Strafens.<sup>1</sup> Dazu hat vor allem eine Erkenntnis beigetragen, die sich – erstaunlicherweise – erst langsam in den Fokus wissenschaftlicher Wahrnehmung kämpfen musste: dass man grundlegend unterscheiden muss zwischen dem *Begriff* der Strafe und ihrem *Zweck*.

Theorien, die die Vergeltung von Unrecht und Schuld zur Begründung der Strafe in den Mittelpunkt stellten, konnten sich zwanglos über den Vorgang des Strafens äußern, denn dass Strafe eine Antwort auf die begangene Tat ist, war stets intuitiv klar. Schwieriger ist es dagegen für Theorien präventiver Strafzwecke, den Vorgang des Strafens mit seinem legitimierenden Zweck zu harmonisieren, denn Strafe lässt sich beim besten Willen nicht als präventive Maßnahme deuten: Der Täter wird nicht deshalb einer Strafe unterworfen, *damit* er selbst oder andere künftig keine Straftaten begehen, sondern *weil* er eine Straftat begangen hat. Wenn jemand erfährt, dass ein Anderer bestraft wurde, dann fragt er: „weswegen?“, niemals aber: „zu welchem Zweck?“ Wenn aber „Strafe“ offensichtlich schon intuitiv etwas Retrospektives ist, nämlich die autoritative Antwort auf einen vorwerfbaren Normbruch: Wie lässt sie sich dann durch ihre – behauptete oder erhoffte – präventive Wirkung legitimieren?

Um eine Erklärung für diese Spannung zwischen der retrospektiven, repressiven Struktur der Strafe und ihrer prospektiven Sinngebung bemühen sich die Vertreter präventiver Straftheorien entweder gar nicht oder nur vereinzelt. Stattdessen wird die Ausgestaltung der Strafe vielfach vom präventiven Zweck her unternommen: Eine spezialpräventiv orientierte Strafe solle danach bemessen werden, was für eine straffreie Zukunft des Täters erforderlich ist; eine generalpräventiv legitimierte Strafe habe so auszufallen, dass sie der Akzeptanz der Normgeltung diene; eine abschreckende Strafe müsse so hoch angesetzt werden, dass sie die angestrebte Wir-

---

<sup>1</sup> So auch der aktuelle Befund von *Frisch*, GA 2019, 185.

kung auch zuverlässig erreiche. Durch diese Deutung der Strafe von ihrem präventiv verstandenen Zweck her sind Verwerfungen zwischen dem Begriff und den gesetzlichen Regelungen zur Strafe einerseits und den mit dieser verbundenen präventiven Ambitionen andererseits entstanden, die bis heute nicht aufgelöst werden konnten.

In einer vom Präventionsgedanken dominierten Epoche bedurfte es einigen Mutes, diese Spannungen zu thematisieren, indem wieder an den vergeltenden *Begriff* der Strafe erinnert wurde. Dazu hat vor allem eine Denkrichtung beigetragen, die als „expressive Theorie der Strafe“ firmiert. Der aktuelle Gedankenstrang dieses Ansatzes lässt sich bis in das Jahr 1965 zurückverfolgen, aber er beansprucht, dass der Akt staatlichen Strafens schon viel länger auf expressive Weise begriffen wurde – vielleicht gar jede ernst zu nehmende Theorie das Strafen auf diese Weise begreifen müsse. Was aber besagt die expressive Theorie der Strafe? Worin besteht ihre diskussionstreibende Pointe? Und wie verhält sie sich zu den beiden maßgeblichen Fragen, was „Strafe“ ist und welchem Zweck sie dient?

Es ist an der Zeit, diese Fragen zu stellen, um die Bedeutung des expressiven Denkens über die Strafe zu bestimmen. Die Antworten, die dieser Beitrag anbietet, verfolgen zugleich die Hoffnung, Klärendes über den Begriff der Strafe und eine treffende Perspektive des Diskurses über die Legitimation staatlichen Strafens zutage zu fördern. Dies berührt ein Thema, mit dem sich auch Reinhard Merkel immer wieder befasst: In seinen prägenden Beiträgen zur Diskussion um Willensfreiheit und Determinismus stieß er unausweichlich auf die Frage, wie angesichts der Unsicherheit über ein Andershandelnkönnen der Begriff der Schuld zu fassen sei – und gelangte so zu der Frage, was es eigentlich sei, das legitimerweise bestraft werden könne.<sup>2</sup> Dabei hat er sich explizit auf die Seite einer expressiven Theorie der Strafe geschlagen, so dass die jetzigen Überlegungen unmittelbar an die seinen anschließen.

Der gedankliche Weg dorthin soll in vier Schritten entfaltet werden: (1) Begründungsdefizite einer präventiven Deutung der Strafe, (2) Der expressive Gehalt des staatlichen Strafens, (3) Die strafende und die das Strafen legitimierende Ebene und (4) Der legitimierende Zweck staatlichen Strafens.

## II. Begründungsdefizite einer präventiven Deutung der Strafe

Strafe ist als belastender Eingriff in die Rechte des Verurteilten legitimationsbedürftig; das ist ein fester rechtsstaatlicher Standard. Über viele Jahrzehnte hinweg war der Legitimationsdiskurs geprägt von einem einmütigen Bekenntnis zu den Präventionstheorien, unter denen sich spätestens seit den 1990er Jahren die positive Generalprävention als Favoritin herauschälte. Aus präventiver Perspektive galt es vor

---

<sup>2</sup> S. z.B. *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Baden-Baden 2008, S. 110 ff.; *ders.*, Ist „Willensfreiheit“ eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?, in: Gerhard Roth, Stefanie Hubig, Heinz Gerd Bamberger (Hrsg.), Schuld und Strafe. Neue Fragen, München 2012, S. 39 ff. (insbes. S. 53 ff.).

allem, retributive Gründe für die Strafe abzuweisen. Zu diesem Zweck wurde eine „absolute“ Vergeltungstheorie als Feindbild aufgebaut, die vor allem Kant und Hegel zugeschrieben wurde und derzufolge die Strafe losgelöst von jedem denkbaren Ziel oder Zweck zu verhängen sei, weil es eine apriorische Idee der Gerechtigkeit oder ihr Begriff so fordere. Ob Kant und Hegel eine solche „absolute“ Strafphilosophie tatsächlich vertreten haben, wurde dabei kaum je genauer geprüft – und inzwischen mehren sich Stimmen, die das mit sehr guten Gründen bestreiten.<sup>3</sup> Hat es aber zumindest seit der Zeit der Aufklärung kaum absolute Vergeltungstheorien gegeben, haben die Präventionstheoretiker ein Scheingefecht geführt, aus dem sie nur insoweit als Sieger hervorgegangen sind, als sie herausstreichen konnten, dass jeder rational vertretbare Zweck staatlichen Strafens darin liegt, für die Zukunft Kriminalität zu reduzieren.

Dass jegliches vergeltende Denken eine scharfe Ablehnung erfuhr<sup>4</sup>, hatte nun aber eine Konsequenz, die für erhebliche konzeptionelle Verwirrung gesorgt hat: Nicht nur der Zweck staatlicher Strafe, sondern auch die Prozedur des Strafens wurde unter präventiven Gesichtspunkten interpretiert. Während eine retributive Straftheorie die Strafe zwanglos auf die begangene Tat zurückbeziehen und vor allem auch die Strafzumessung anhand von Tatunrecht und Tatschuld vornehmen konnte, wirkt dieser strafende Blick zurück auf die Tat aus Sicht der präventiven Theorien auf mehrfache Weise wie ein Fremdkörper.

1. – Zumindest die *Strafzumessung* wurde schon seit langem vom Präventionsgedanken vereinnahmt – prominent durch Franz von Liszt, der beispielweise für den „besserungsfähigen“ Täter geradezu drakonische Abschreckungsstrafen vor-

<sup>3</sup> Diese Frage kann hier nicht vertieft werden. Daher nur in aller Kürze:

Hinsichtlich der Strafphilosophie von Kant ist bis heute vieles umstritten. Aber es würde mit seiner formalen Konstruktion der Bestrafung als eines kategorischen Imperativs (*Kant, Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Bd. VIII, Frankfurt 1968, A 197/B 226) nicht zusammenpassen, dass er eine materiale Gerechtigkeitstheorie vertreten hätte, die inhaltlich hätte begründen können, warum durch Strafe eine kategorische Forderung der Gerechtigkeit erfüllt werden könnte. Näherliegend ist die Deutung, dass es ihm vor allem darauf ankam, dass die angedrohten Strafen bedingungslos verhängt werden, weil nur so die Autorität des Rechts, die Glaubwürdigkeit des Staates und die Sicherheit der Bürger gewährleistet werden können; s. dazu *Byrd, Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Retribution, Law and Philosophy* 8 (1989), S. 151 ff.; andeutungsweise auch *Wohlers/Went*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden 2011, S. 173, 174 f. m.w.N.

Dass Hegel eine absolute Philosophie des Strafens formuliert hätte, ist noch unplausibler, denn er hat sehr genau gesehen, dass der Staat sich des Strafens nur insoweit bedienen muss, als es der Negation des Normbruchs bedarf: Ist die bürgerliche Gesellschaft ihrer selbst sicher geworden, kann sie sich eine milde Reaktion auf ein Verbrechen erlauben. So seien Strafkodices immer zeitabhängig (s. *Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt/Main 1972, § 218).

<sup>4</sup> Es wurde wahlweise als „metaphysisch“ (*Roxin*, AT Bd. I, 4. Aufl., München 2006, 3/8), „irrational“ oder „mystisch“ (beides bei *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, in: Baumann [Hrsg.], Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt am Main 1968, S. 39 und 40) tituliert.

sah<sup>5</sup>, aber auch bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts bei Karl Ludwig Grolman, der – spezialpräventiv – mittels der Strafe einer kriminellen Neigung begegnen wollte, welche durch die begangene Tat hervorgetreten sei, und daher das Strafmaß verlangte, das diese Neigung zuverlässig zu bekämpfen versprach<sup>6</sup>.

Dadurch aber geht der Sinn von Strafe verloren. Indem alles Vergeltende aus der Betrachtung der Strafe ausgeschieden und der strafende Blick einzig in die Zukunft gerichtet wird, verflüchtigt sich der eigentlich so enge Bezug zwischen der begangenen Tat und der *für diese Tat* verhängten Strafe.<sup>7</sup> Der Strafe ist der Rückbezug auf die begangene, strafwürdige Handlung immanent; sein Gehalt wird daraus gespeist, dass „Strafe“ eine Antwort auf etwas Geschehenes ist. Eine belastende Maßnahme dagegen, die verhängt wird, damit der Betroffene oder gar ein Dritter sich *in Zukunft* besser verhält als bisher, kann man als erzieherischen oder als prophylaktischen Eingriff kennzeichnen – aber sie „bestraft“ nichts. Ein potentielles *künftiges* Fehlverhalten, das verhindert werden soll, kann schon nach dem normalsprachlichen Verständnis des Wortes<sup>8</sup> nicht Gegenstand einer „Strafe“ sein.

2. – Von diesem rückbezüglichen Wortverständnis geht erkennbar auch das Grundgesetz aus, wenn es in Art. 103 Abs. 3 GG verbietet, dass jemand *wegen derselben Tat* mehrmals bestraft wird.<sup>9</sup> In gleicher Weise ist Art. 103 Abs. 2 GG zu lesen: Es ist nur dann aus Fairness geboten, die Strafbarkeit für eine Tat vorab gesetzlich anzukündigen, wenn diese Tat dann auch den Grund dafür liefert, gegenüber dem Handelnden einen Schuldvorwurf zu erheben und ihn mit einer Strafe *wegen dieser Tat* und *für diese Tat* zu belegen. Das aber hat wiederum Auswirkungen auf die legislative Ermächtigung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG: „das Strafrecht“, für das dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit eingeräumt wird, bedeutet das Recht, Taten, die als strafwürdig erachtet werden, mit einer belastenden Sanktion zu versehen, durch die *diese Taten geahndet*, nicht aber unbestimmte künftige Taten

<sup>5</sup> von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1–47, u. a. 40 f.

<sup>6</sup> Grolman, Grundsätze der Criminalwissenschaft, 3. Aufl., Gießen 1818, prägnant in § 77 (S. 80).

<sup>7</sup> Mosbacher, ARSP 2004, S. 210, 219, spricht treffend von einer „strukturbedingten Blindheit der allein zukunftsgerichteten Prävention für die vergangene Tat, an die die Strafe begrifflich als Reaktion anknüpft“.

<sup>8</sup> Laut Duden ist Strafe „etwas, ... was jemandem zur Vergeltung, zur Sühne *für ein begangenes Unrecht*, eine unüberlegte Tat (in Form des Zwangs, etwas Unangenehmes zu tun oder zu erdulden) auferlegt wird“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Strafe> – zuletzt abgerufen am 27. 10. 2019). – Prägnant Neumann, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? in: Prittwitz/Manelodakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Baden-Baden 2000, S. 119, 124: Strafe sei „begriffsnotwendig Strafe für etwas ... Das reaktive Moment ist insofern konstitutiv ... für alle Auffassungen, die beanspruchen, eine Theorie der Strafe zu formulieren.“

<sup>9</sup> Das Wort „wegen“ weist semantisch auf einen ursächlichen Zusammenhang hin: Der Duden nennt als Bedeutungen: „stellt ein ursächliches Verhältnis her; aufgrund von, infolge“ ([https://www.duden.de/rechtschreibung/wegen\\_infolge\\_bezueglich](https://www.duden.de/rechtschreibung/wegen_infolge_bezueglich) – zuletzt abgerufen am 27. 10. 2019).

Dritter verhindert werden. In diesen verfassungsrechtlichen Bezugnahmen auf das staatliche Strafen erscheint die künftige Rechtstreue des Täters oder gar unbestimmter Dritter nirgends als legitimierender Zweck.

3. – Der ethisch und verfassungsrechtlich gewichtigste Einwand soll nur kurz wiederholt werden, denn er gehört zum argumentativen Standardrepertoire: Jedenfalls bei einer generalpräventiven Begründung dient die Bestrafung allein einer Kommunikation mit der Gesamtheit der Bevölkerung, so dass der Verurteilte die Strafe zu tragen hat, damit *an andere* die Botschaft übermittelt werden kann, dass keine Straftaten begangen werden sollen. Dies instrumentalisiert ihn – menschenwürdedwidrig – für staatliche Allgemeininteressen.

4. – Jedenfalls das verbreitete generalpräventive Verständnis des Strafens sieht sich auch einer *normtheoretischen* Begründungslücke ausgesetzt. Straftatbestände in gesetzssystematischem Sinne bestehen nach gut begründeter Auffassung aus einer Verhaltensnorm, die das ver- oder gebotene Verhalten beschreibt, und einer Sanktionsnorm, die für den Fall der Verletzung der Verhaltensnorm eine Strafdrohung ausspricht.<sup>10</sup> Straftatbestände verbieten also bestimmte Handlungen und drohen eine Strafe an, wenn und *weil die Verhaltensnorm verletzt worden ist*. Die Sanktionsnorm ist strikt auf die Verletzung der Verhaltensnorm hin orientiert. Mit dieser Ausrichtung korreliert § 46 StGB, der die Tatschuld des Täters zur Grundlage der Strafzumessung macht. Straftatbestände werden erlassen, damit Personen, die eine Verhaltensnorm verletzen, einer strafenden Sanktion überantwortet werden, die als angemessene Antwort auf den Schuldvorwurf gilt, welchen sie aufgrund des Normbruchs verdienen. Kein Gesetzgeber hat jemals Straftatbestände formuliert, damit im Falle ihrer Verletzung *Dritte* davon abgehalten werden, in irgendeiner Zukunft gleichartige Verletzungen zu begehen. In dem normtheoretischen Gehalt der Straftatbestände liegt *gar nichts*, das jenseits der potentiellen Täter und ihrer potentiellen Taten auf unbeteiligte Dritte gerichtet wäre.

5. – Zusammenfassend: Eine unmittelbar präventive Deutung der Strafe kann nicht erklären, warum „Strafe“ normalsprachlich, verfassungsrechtlich, strafrechtlich und normtheoretisch auf die unrechte Tat zurückverweist, um deretwegen sie verhängt wird, ihre Legitimation aber durch einen Zweck erfahren soll, der auf die Zukunft gerichtet ist. Hier klafft eine perspektivische Begründungslücke zwischen der Struktur des Strafens und seiner Legitimation. „Präventives Strafen“ ist – dogmatisch, verfassungsrechtlich und normtheoretisch – ein Oxymoron.

---

<sup>10</sup> S. dazu *Renzikowski*, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel, Heidelberg 2002, S. 3 ff.; *ders.*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, ARSP-Beiheft 104, Stuttgart 2005, S. 115 ff.

### III. Der expressive Gehalt des staatlichen Strafens

Was vermag die expressive Theorie der Strafe dazu beizutragen, diese Spannungen zwischen der Strafe und dem zu ihrer Legitimation unentbehrlichen, präventiven Zweck aufzulösen?

Dieser Argumentationsstrang – der sich analog dem *linguistic turn* in der Philosophie und der Juristischen Hermeneutik als Rechtsfindungstheorie in der Strafrechtswissenschaft etabliert hat<sup>11</sup> – betrachtet das staatliche Bestrafungsverfahren als kommunikativen Akt und stellt die Bedeutung dieser Kommunikation innerhalb der Verhältnisse der an ihm Beteiligten (Staat, Angeklagter, Opfer) bzw. der Allgemeinheit in den Mittelpunkt der Überlegungen. Als sein Ursprung darf der Aufsatz *The Expressive Function of Punishment* von Joel Feinberg aus dem Jahre 1965 gelten.<sup>12</sup> Daran anknüpfend hat sich in der deutschen Diskussion eine Richtung entwickelt, die von ihrer Protagonistin, Tatjana Hörnle, als „personenorientierte“ expressive Theorie bezeichnet wird<sup>13</sup> (dazu sogleich u. 1.). Unabhängig davon besteht eine zweite Richtung, die ihre Wurzeln in der Systemtheorie Niklas Luhmanns hat und die Strafe als an die Allgemeinheit gerichtete Antwort auf den in der Straftat liegenden Normbruch sieht (sog. „normorientierte“ Konzeption; dazu anschließend u. 2.).

#### 1. Die „personenorientierte“ Konzeption der expressiven Theorie

##### a) Der ursprüngliche Ansatz von Feinberg

Feinberg gewinnt die Idee der spezifisch kommunikativen Bedeutung der Bestrafung durch eine Abgrenzung der Strafe von anderen hoheitlichen Sanktionen (z. B. Geldbußen für Ordnungswidrigkeiten oder belastende bzw. ablehnende Verwaltungsakte) und erkennt das Charakteristikum der Strafe in der förmlichen und ernsten Missbilligung (*reprobation*) der Handlung des Täters.<sup>14</sup> Dabei betont er, dass nicht allein die Verurteilung, sondern speziell die „unangenehme Behandlung“ (*unpleasant treatment*) durch den Vollzug der ausgeurteilten Strafe diese Missbilligung zum Ausdruck bringe: die *Art* der Sanktionierung verkörpere den spezifischen Unterschied zwischen diversen unerwünschten und belastenden staatlichen Maßnahmen und einer Strafe. Speziell die Freiheitsstrafe („*physical treatment*“) sei der überkommene Ausdruck des Strafens – so wie Champagner der Ausdruck der Feier eines

---

<sup>11</sup> Klaus Günther, in: Simester/du Bois-Pedain/Neumann (Hrsg.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford/Portland, Oregon 2014, S. 124 spricht vom „communicative turn“ in der Strafrechtswissenschaft.

<sup>12</sup> Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, *The Monist* 49 (1965), S. 397–423; wieder abgedruckt in und im Folgenden zitiert aus: ders./Hyman Gross (Hrsg.), *Philosophy of Law*, 4. Aufl. 1991, S. 635 ff.

<sup>13</sup> Hörnle, *Strafrechtswissenschaften*, 2. Aufl. 2017, S. 34.

<sup>14</sup> Feinberg (wie Fn. 12), S. 637.

großen Ereignisses und schwarz der Ausdruck von Trauer sei.<sup>15</sup> Diese Vergleiche sind keineswegs verfehlt, sondern weisen auf den wesentlichen kommunikativen Aspekt des staatlichen Bestrafens hin: Der Staat bedient sich etablierter – und daher allgemein *verständlicher* – Mittel, um die Schwere des Rechtsbruches zum Ausdruck zu bringen. Und dabei bilden Verurteilung und Bestrafung eine kommunikative Einheit, mittels derer die die Tat verdammende Reaktion der Rechtsgemeinschaft geäußert wird. Feinberg beschreibt damit nicht nur eine *Form* staatlicher Missbilligung, sondern zugleich ihren kommunikativen *Gehalt*: Verurteilung und Bestrafung *antworten* missbilligend auf die Straftat.

Auf diese Weise ist zwar umrissen, *wie* der Akt der Bestrafung zu vollziehen ist, damit er vom Verurteilten und von Dritten als „Strafe“ verstanden wird. Aber es ist noch nichts darüber gesagt, *warum* Strafe in Gestalt von Verurteilung und „harter Behandlung“ eine sinnvolle oder gar notwendige kommunikative Antwort auf eine Straftat ist. Diese Frage lag jenseits von Feinbergs unmittelbarem Anliegen – aber sie ist es ja, die im Mittelpunkt des Legitimationsdiskurses steht.

Feinberg bietet gleichwohl Antworten darauf an, die er allerdings – interessanterweise – als „sekundäre Funktionen“ (*derivative functions*) der Bestrafung qualifiziert. Als wesentlich formuliert er dabei den Widerspruch gegen die Handlung des Täters: Durch die geäußerte Missbilligung positioniere sich der Staat, indem er das Tatgeschehen autoritativ interpretiere und ihm die Anerkennung als rechtskonformes Verhalten verweigere.<sup>16</sup> Es komme also darauf an, dass die Tat auf verbindliche Weise als Unrecht *gedeutet* werde. Darin liegt einerseits eine Präzisierung und Fortentwicklung des Rechts, das nun jeden Fall, der dem entschiedenen gleicht, schon vorab als Unrecht brandmarkt, und andererseits – so betont Feinberg – eine wichtige Positionierung des Staates gegen derartige Handlungen (*symbolic nonacquiescence*). Die förmliche Stellungnahme gegen die Verletzung einer strafbewehrten Norm sei deshalb wichtig, weil mit der Verletzung des Rechts Belange des Staates (als des Gesetzgebers) unmittelbar betroffen sind. Schwiege der Staat dazu oder äußerte er sich nur zurückhaltend, brächte er seine Autorität in Gefahr, die unerlässlich sei, um die kategorische Geltung rechtlicher Verhaltensnormen zu garantieren.<sup>17</sup>

### b) *Der Anschluss durch von Hirsch und Hörnle*

An die Argumentation von Feinberg knüpfen vor allem von Hirsch und Hörnle an.<sup>18</sup> In verschiedenen Beiträgen haben sie die grundlegend kommunikative Struktur

<sup>15</sup> Feinberg (wie Fn. 12), S. 636.

<sup>16</sup> Vgl. Feinberg (wie Fn. 12), S. 637.

<sup>17</sup> In diesem Sinne ist, wie Feinberg (wie Fn. 12, S. 638) zutreffend anmerkt, auch Kants Straftheorie zu verstehen.

<sup>18</sup> Direkte Bezugnahmen von Hirschs und Hörnles auf Feinbergs frühen Beitrag habe ich nicht finden können. Aber ich zweifle nicht daran, dass beide Autoren diesen Beitrag kennen.

der Bestrafung dargelegt.<sup>19</sup> Dabei folgen sie der inzwischen etablierten Erkenntnis, dass Verurteilung und Strafvollstreckung getrennt voneinander zu betrachten, zu deuten und zu legitimieren sind.<sup>20</sup>

#### aa) Das Strafurteil

Einig sind beide zunächst darin, den *Akt der Verurteilung* wesentlich als eine an den Täter adressierte Äußerung des Tadels („sozialethisches Unwerturteil“) zu verstehen. Indem der kommunikative Gehalt des Strafurteils zudem ethisch gefasst wird<sup>21</sup>, vermeidet dieser Ansatz die generalpräventiv unvermeidliche Distanz zwischen Schuldprinzip und Strafzweck und will stattdessen gerade erklären, wie der Täter in der Verurteilung als *moral agent* ernst – also bei seiner Schuld und Verantwortlichkeit – genommen werden kann.<sup>22</sup> Diese Ansprache an den Täter hat eine zuverlässige Aussicht, verstanden zu werden, denn ein Tadel für Fehlverhalten ist Bestandteil unseres alltagsmoralischen kommunikativen Reservoirs.<sup>23</sup> Der auf diese Weise persönlich Angesprochene hat dadurch die Möglichkeit zu antworten und sich selbst zu dem gegen ihn geäußerten Tadel zu positionieren. Die damit vorgeschlagene Sinnggebung des Tadels *qua* Verurteilung liegt – kommunikativ – in der Einbeziehung des Betroffenen und seiner Anerkennung als Rechtsperson (trotz Begehung der Straftat) sowie der rechtlich und moralisch gebotenen Einbindung dieses Tadels in ein gesellschaftlich anerkanntes Verständnis strafrechtlicher Schuld.<sup>24</sup>

Ergänzt wird diese Konzeption durch den Hinweis auf zwei weitere kommunikative Dimensionen des Strafurteils. Nicht nur der Täter, auch das Opfer der Tat wird durch das Strafurteil angesprochen. Ihm wird vermittelt, dass ihm kein Unglück, sondern Unrecht widerfahren ist.<sup>25</sup> Wie wichtig der förmliche Ausspruch dieser Wertung für den Umgang des Opfers mit der Erinnerung an das ihm Widerfahrene ist, wird zu

---

<sup>19</sup> von Hirsch/Hörnle, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, S. 249 ff. (wieder abgedruckt in: von Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe, Berlin 2005, S. 19–39); von Hirsch, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in: ders., Fairness, Verbrechen und Strafe, Berlin 2005, S. 41–66; von Hirsch, Warum soll die Strafsanktion existieren?, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, Baden-Baden 2011, S. 43–68; Hörnle (wie Fn. 13), S. 31–45.

<sup>20</sup> Dies war bei Feinberg noch nicht so – was sich dadurch erklärt, dass sein Blick zuvörderst auf die Bestrafung gerichtet war und von dort aus die Verurteilung als kommunikativer Bestandteil des bestrafenden Aktes erschien.

<sup>21</sup> von Hirsch/Hörnle (wie Fn. 19), S. 29, sprechen von einer „ethisierten Version“ des strafrechtlichen Tadels.

<sup>22</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2005), S. 49. – Ebenso von Hirsch/Hörnle (wie Fn. 19), S. 31: „Anerkennung des Handelnden als Person mit autonomer moralischer Selbstbestimmung“.

<sup>23</sup> Darauf wird unter Verweis auf den wegweisenden Aufsatz von Strawson, Freedom and Resentment, in: ders., Freedom and Resentment and Other Essays, London 1974, S. 1 ff., regelmäßig hingewiesen.

<sup>24</sup> S. zu letzterem insbesondere von Hirsch (wie Fn. 19, 2011), S. 53 f.

<sup>25</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2005), S. 49.



Recht vielfach hervorgehoben.<sup>26</sup> Und zugleich intendiere jedes Strafurteil die Botschaft an die Allgemeinheit, dass strafbare Handlungen unterlassen werden sollen, weil sie rechtlich (und in den meisten Fällen auch moralisch) falsch sind.<sup>27</sup>

## bb) Die Bestrafung

Hinsichtlich des *Bestrafungsaktes* setzen Hörnle und von Hirsch dagegen unterschiedliche Schwerpunkte. Während Hörnle – wie Feinberg – die harte Behandlung als essentiellen Bestandteil der strafenden Kommunikation ansieht, weil nur durch einschneidend spürbare Maßnahmen das Gewicht des Tadels angemessen verdeutlicht werden könne<sup>28</sup>, weist von Hirsch dem Vollzug der Strafe eine Doppelfunktion zu: Er sei einerseits Bestandteil des Tadels – und adressiere insoweit den Täter als *moral agent* –, zugleich aber eine Maßnahme mit generalpräventiver Zielrichtung, um die Menschen dort anzusprechen, wo sie durch „Instinkte und Neigungen“ getrieben werden.<sup>29</sup> Da die Menschen weder engelsgleiche Tugendwesen seien, die allein durch gute normative Gründe motiviert würden, noch „wie Tiere“, die nur auf Drohungen reagieren, bedürfe es gleichzeitig der Auferlegung eines Übels als angemessenen Ausdrucks des Tadels und einer „Antwort“ auf die Straftat, die als „Entmutigung“ gegen die Begehung weiterer Straftaten wirkt.<sup>30</sup>

Für diese doppelte Deutung des Bestrafungsaktes sei „gerade die Verflechtung der Elemente der Missbilligung und der Übelszufügung“ entscheidend.<sup>31</sup> von Hirsch erblickt darin die adäquate rechtliche Antwort auf das von ihm vorgestellte dichotomische Menschenbild: Der vernünftige Teil des Menschen wird mit der tadelnden Missbilligung konfrontiert; dem schwachen, zur Triebhaftigkeit neigenden Teil wird das Strafübel auferlegt, um gegen künftige Versuchungen Vermeidungsgründe aufzurichten.

So passend dieses Modell auf den ersten Blick für die komplexe Doppelnatur des Menschen (die hier nicht in Zweifel gezogen werden soll) zu sein scheint, so deutlich zeigen sich bei näherem Hinsehen innere Spannungen. Der zu tadelnde *homo rationalis* müsse – so von Hirsch – nicht zwingend mit einem Strafübel belegt werden.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> S. dazu Hörnle (wie Fn. 13), S. 36 ff. mit weiterführenden Nachweisen.

<sup>27</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2011), S. 52. – Deutlich zurückhaltender insoweit Hörnle (wie Fn. 13), S. 43: Dritte seien nicht Adressaten des Urteils, sondern hätten einzig das „Allgemeininteresse an der Bestätigung missachteter Normen, das allen Bürgern zusteht“. – Günther (wie Fn. 11, S. 133) betont ebenfalls die Ansprache an den Täter als vernünftige, verantwortliche Person und zugleich an das Opfer und die Allgemeinheit, orientiert sich aber hinsichtlich des Inhalts der kommunizierten Botschaft eher an der sogleich im Text thematisierten „normorientierten“ Variante der expressiven Theorie.

<sup>28</sup> Hörnle (wie Fn. 13), S. 43–45.

<sup>29</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2005), S. 53, 55.

<sup>30</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2011), S. 54 f.

<sup>31</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2005), S. 59.

<sup>32</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2005), S. 58.

Wenn er als *moral agent* ernst genommen wird, muss man sogar erwarten, dass die verbale Form der Missbilligung ausreicht, um in ihm eine innere Auseinandersetzung mit dem begangenen Normbruch auszulösen. Damit aber wird die Notwendigkeit der „harten Behandlung“ durch Strafvollzug letztlich vor allem darauf gestützt, dass der seinen Neigungen unterliegende „*homo fallibilis*“ (wie ich ihn nennen möchte) des fühlbaren Übels bedarf, um künftigen kriminellen Neigungen zu widerstehen. Das aber setzt von Hirsch aller Kritik aus, die gegen eine Deutung der Bestrafung als unmittelbar präventives Sanktionsinstrument geltend gemacht wurde (s. o. II.) – und widerspricht auch seiner eigenen, zustimmenden Übernahme von Hegels Diktum, die Bestrafung sei dann nichts anderes als „eine Art Tierdressur“.<sup>33</sup>

Die als „Verflechtung“ zweier Aspekte beschriebene Sinnggebung der Bestrafung setzt sich aus zwei Elementen zusammen, die, je für sich genommen, das Ganze dieser Sinnggebung nicht legitimieren können: Der *homo rationalis* bedarf der Übelszufügung nicht zwingend – wodurch Tadel (durch das Urteil) und nachfolgendes Strafübel nur in unverbindlicher Beziehung zueinander stehen; und dem *homo fallibilis* darf man das Strafübel nicht auferlegen, weil dies die Würde des Bestraften als *moral agent* missachtete. Wie aber soll aus der „Verflechtung“ zweier für sich insuffizienter Begründungsaspekte eine insgesamt überzeugende Begründung für den Bestrafungsakt erwachsen? Die Einbeziehung generalpräventiver Elemente in eine expressive Theorie des Strafens bleibt also ein Fremdkörper.

## 2. Die „normorientierte“ Konzeption von Jakobs und Frisch

Ganz unabhängig von der eben dargestellten, auf persönliche Kommunikation ausgerichteten Konzeption hat Jakobs eine „normorientierte“ expressive Theorie formuliert, die sich bekanntermaßen systemtheoretischer Argumentationsmuster bedient. Wie auch die „personenorientierte“ expressive Theorie unterscheidet seine Konzeption zwischen der kommunikativen Bedeutung der Strafe, dem Sinn des mit ihr verbundenen Zwangs und dem Zweck dieser aus Verurteilung und Zwang zusammengesetzten Institution.

„Gesellschaft“ sei, so Jakobs, wesentlich durch ein normatives Gefüge definiert. Die Verständigung darüber, welche Normen als zentral angesehen werden, konstituiere überhaupt erst eine Gesellschaft.<sup>34</sup> Daher stelle ein Normbruch einen Angriff auf dieses Normgefüge dar, der ihren Wesenskern gefährde. Lasse die Gesellschaft – bzw. der sie repräsentierende Staat – einen solchen Normbruch unbeantwortet, drohe die Gefahr einer Erosion ihres Zusammenhalts. Daher sei es notwendig, auf den Normbruch ablehnend zu reagieren – mittels Strafe.<sup>35</sup> Die *Bedeutung* der Strafe

<sup>33</sup> von Hirsch (wie Fn. 19, 2005), S. 59. Bei Hegel (wie Fn. 4, § 99 Zusatz) heißt es, der Mensch werde wie ein Hund behandelt, gegen den man den Stock erhebt.

<sup>34</sup> Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl., Berlin 2008, S. 61 ff.

<sup>35</sup> S. etwa Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13–15; ausführlich *ders.* (wie Fn. 34); *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn 2004.

liege im „Widerspruch gegen die [Norm-]Geltungsverneinung durch den Verbrecher“; ihr *Zweck* in der „kognitiven Sicherung der Normgeltung“.<sup>36</sup> Die Strafe wird dadurch formalisiert und zu einem rein kommunikativen Instrument umfunktionierte, dessen sich der Staat bedient, um gegenüber allen Rechtsunterworfenen die Aufrechterhaltung der gebrochenen Norm zu betonen.

In der Konsequenz dieses formalisierten Verständnisses von Strafe wird auch der das Wesen der Straftat umgedeutet: Wenn die Strafe den Zweck habe, künftige Normtreue zu fördern, müsse die Straftat als Verstoß gegen die Normbefolgungspflicht begriffen werden – was nichts anders bedeutet, als dass der *Begriff* der Straftat rein formal als Normbefolgungsverweigerung formuliert wird.<sup>37</sup> Dies sei das heute angemessene Verständnis der Straftat, da der Staat längst dazu übergegangen sei, das Strafrecht als allgemeines Instrument der Verhaltenssteuerung einzusetzen und das klassische Kernstrafrecht, das auf die Ahndung von Fremdschädigungen ausgerichtet war, längst hinter sich gelassen habe.<sup>38</sup>

Dass aber die verbale Äußerung des Widerspruchs gegen den Normbruch nicht ausreicht, um die künftige Normanerkennung hinreichend zu sichern, erklärt Jakobs letztlich (wenn auch etwas versteckt) mit der abschreckenden Wirkung von Strafdrohung und -vollstreckung: Man könne – hier schimmert Luhmann durch – die Normbefolgung der Anderen nur mit adäquater Gewissheit erwarten, wenn deren Normbruch einigermäßen unwahrscheinlich sei; also müsse der Normbruch so unattraktiv gemacht werden, dass er höchstwahrscheinlich nicht eintrete. Dies geschehe durch die „Zufügung eines Strafschmerzes“.<sup>39</sup>

Der expressive – d. h. kommunizierende – Charakter der Strafe liegt nach dieser Theorie in einer Art öffentlicher Verlautbarung des Inhalts, dass der Normbruch Unrecht war, dass staatlicherseits an der Normgeltung entschlossen festgehalten werde und sich daher alle Bürger auch künftig darauf verlassen könnten, dass ihnen derartige Normbrüche nicht jederzeit widerfahren werden. Die *Art* der Kommunikation unterscheidet sich damit wesentlich von der zuvor dargestellten, „personenorientierten“ Konzeption, denn dort wurde der Täter *direkt* – als moralisch Verantwortlicher – angesprochen und das Echo dieser Ansprache sollte auch vom Opfer deutlich gehört werden. Über einen für die Allgemeinheit wahrnehmbaren Nachhall dieser in den Gerichtssälen stattfindenden Kommunikation wurde recht wenig gesagt. Für Jakobs dagegen ist gerade die Allgemeinheit der Bürger der unmittelbare Adressat. Nur so

---

<sup>36</sup> Jakobs, Staatliche Strafe (wie Fn. 35), S. 29 (Einfügung von mir; Hervorhebung im Original).

<sup>37</sup> So aktuell Frisch, GA 2019, 185, insbes. S. 191 ff., unter expliziter Berufung auf Jakobs.

<sup>38</sup> So Frisch, GA 2019, 185, 191 ff.

<sup>39</sup> S. Jakobs, Staatliche Strafe (Fn. 35), S. 26 und 28 f. – Merkel (wie Fn. 2, 2008), S. 130 mit Fn. 205, beschreibt den Zusammenhang zwischen Normbruch und erforderlichem „Strafschmerz“ zutreffend als „tief verankert in einem komplexen Netz reaktiver Einstellungen“; es gebe ein „unaufhebbares Element von Vergeltung in jeder Schuldstrafe“.

lasse sich die „kognitive Sicherung der Normgeltung“ innerhalb der Gesellschaft befördern.<sup>40</sup> Jakobs nennt dies neuerdings „geltungserhaltende Generalprävention“.<sup>41</sup>

Diese Theorie verbindet in unvergleichlich eleganter Weise die normative Bedeutung des Bestrafungsaktes mit seinem Zweck: Es wird – durch Strafe – dem Normbruch widersprochen, *weil* (das ist die verbindende These) dies das allgemeine Bewusstsein der Normgeltung stärke und dadurch Normtreue fördere. Aber diese Strafe kommuniziert über die Köpfe der Betroffenen hinweg. Der Täter selbst wird gar nicht angesprochen; er wird nur verurteilt, damit alle anderen es hören – was unmittelbar den seit Kant und Hegel bekannten Instrumentalisierungsvorwurf heraufzwingt. Das Tatopfer, um dessentwillen ursprünglich und eigentlich der Staat das Strafen übernommen hatte<sup>42</sup>, kommt überhaupt nicht vor. Und die These, dass die öffentlich gesprochenen Urteile das allgemeine Gefühl der Normgeltung bestärken, fordert die Frage heraus, wie sich diese Wirkung empirisch zeigen lasse. Auch eine in der theoretischen Soziologie wurzelnde Theorie kann sich – gerade angesichts der notorischen Methodenunklarheit dieser Disziplin<sup>43</sup> – dem Nachweis nicht entziehen, dass sie das Funktionieren der sozialen Wirklichkeit adäquat beschreibe.<sup>44</sup>

### 3. Erträge: Bedeutung und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe

Erstaunlich lange wurden zwei Argumentationsstränge unkritisch miteinander verwoben: derjenige über die *Beschreibung* der Strafe als tadelnde Sanktion für schuldhaft verwirklichtes Unrecht und derjenige über die *Legitimation* des strafenden Eingriffs in Rechtsgüter oder Interessen des Verurteilten. Strafe wurde vor allem auf ihre präventiven Effekte hin betrachtet und deshalb wie ein präventives Zwangsinstrument des Staates behandelt, obwohl zugleich gesehen wurde, dass der Akt der

<sup>40</sup> Zustimmend *Merkel* (wie Fn. 2, 2012), S. 57.

<sup>41</sup> *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung (Fn. 35), S. 15.

<sup>42</sup> Die Ursprünge des staatlichen Strafrechts sind noch nicht zureichend erforscht. Aber es gilt als recht sicher, dass das staatliche Strafmonopol von Anfang an vor allem auch dem Ziel diene, private Rache in ihrer ungezähmten Radikalität verhindern, so dass der Staat das Strafen als Stellvertreter für das geschädigte Opfer übernahm.

<sup>43</sup> Die Arbeitsweise der theoretischen Soziologie ist tatsächlich ein Phänomen: Soweit sie sich von der empirischen Soziologie abgrenzen will, kann sie auf erfahrungswissenschaftliche Befunde nicht rekurren. Und von der Philosophie als der Wissenschaft des richtigen Denkens und Argumentierens über die Grundfragen des Menschen und der Welt will sie sich ebenfalls als eigenständig abheben. Woher gewinnt sie dann ihre Aussagen und Begründungen? Es liegt der Verdacht nahe, sie arbeite vor allem mit Intuitionen und Plausibilitätsbehauptungen. Gerade dann aber schuldet sie an zentralen Stellen den Nachweis, dass sie die soziale Wirklichkeit abbildet und nicht allein systemtheoretische Abstraktionen konstruiert.

<sup>44</sup> *Merkel* (wie Fn. 2 [2008], S. 125 f., insbes. in Fn. 199), sieht das im Anschluss an Jakobs anders: Empirischen Nachweis fordernde „Beschwerden“ lägen neben der Sache, weil es allein um die symbolisch-institutionelle „Bedeutung“ der Strafe gehe, die eben in der symbolischen Wiederherstellung des verletzten Normgeltung liege. Aber gerade als symbolisch begriffene Akte bedürfen eines besonders gewissenhaften Nachweises, dass ihre Symbolik die erwünschten Konsequenzen hat.

Bestrafung nichts Präventives in sich trägt, sondern vom Gesetz und in der Rechtsprechung auf die begangene Straftat zurückbezogen wird. Diese unaufgelöste Dichotomie findet sich derzeit in zahlreichen Lehrbüchern des Strafrechts.<sup>45</sup>

Vor allem die expressive Theorie der Strafe trägt nun dazu bei, das Phänomen einer schuldvergeltenden Sanktion mit präventivem Zweck zu erhellen, indem sie den Fokus von der Strafdrohung bzw. der Strafvollstreckung weg *auf den Akt der Bestrafung selbst* legt. In diesem Akt richtet der Staat seine Botschaften an die Beteiligten und Betroffenen der Tat. Die Verurteilung ist das zentrale Ereignis der gesamten Bestrafungsprozedur: das Einlösen der Strafdrohung und die Entscheidung über Art und Höhe der zu vollstreckenden Strafe. Und sie ist der einzige Moment, in dem der Staat zu der begangenen Tat von Amts wegen Stellung nimmt, das einschlägige Ereignis verbindlich *als Straftat* deutet und damit dem Täter wie dem Opfer mitteilt, wie beide das zu verarbeitende Geschehen zu verstehen haben. Außerdem ist es gerade die Verurteilung, die einschneidend in die Rechte des Verurteilten eingreift und daher eigenständig legitimationsbedürftig ist. Daher ist es rechtsstaatlich geboten, sich mit diesem Akt gründlich auseinanderzusetzen und darzulegen, welcher Sinn in ihm liegt.

Der maßgebliche Fortschritt – und damit die Leistung – der expressiven Theorien liegt darin, den genuin repressiven Gehalt der Bestrafung wieder anerkannt und plausibel gemacht zu haben. Bestrafung ist – was bei aller Verschiedenheit der personen- und der normorientierten Richtungen beide Varianten der expressiven Theorien anerkennen – ein *retributives* Instrument: der Vorwurf ob der schuldhaft begangenen Tat bzw. die öffentliche Brandmarkung des Normbruchs. Damit formulieren die expressiven Theorien ausdrücklich einen *retributiven Begriff der Bestrafung*. Nur dieses Verständnis des Strafens als einer vergeltenden Antwort auf den Rechtsbruch wird der Vorstellung gerecht, die die Menschen vom Vorgang jeden Strafens haben.<sup>46</sup> Und das ist entscheidend für das Gelingen der Kommunikation, die in der bestrafenden Verurteilung liegt.

Und doch sind mit beiden expressiven Konzeptionen Schwierigkeiten verbunden. Die „personenorientierte“ Theorie intendiert von vornherein nur eine treffende Beschreibung des Bestrafungsaktes, liefert aber nach Hörnles eigenen Worten „keinen eigenständigen Zweck für Strafe“.<sup>47</sup> Das gilt besonders dort, wo die Kommunikation

---

<sup>45</sup> S. etwa *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Bielefeld 2016, § 2 Rn. 20 ff., 53 ff.; *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stuttgart 2016, Rn. 13 ff., 19 f.; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 2018, § 3 Rn. 21 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., Heidelberg 2017, Rn. 21 ff.; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 2015, § 1 Rn. 12 ff., 20.

<sup>46</sup> Dazu noch genauer sogleich u. IV.

<sup>47</sup> *Hörnle* (Fn. 13), S. 35. – Von daher erstaunt es, dass Hörnle grundlegend differenzieren will zwischen präventiven und expressiven Theorien (a.a.O., S. 3 und *passim*), denn dies stellt beide auf dieselbe argumentative Stufe. Das wäre aber nur dann richtig, wenn auch die expressive Theorie Aussagen zur Legitimation des Rechtsinstituts „Strafe“ trafe – was aber die personenorientierte Variante gerade nicht tut.

mit dem Tatopfer betont wird – denn es gibt ja auch opferlose Straftaten (welche sich gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Staates richten), bei denen dieser Kommunikationsstrang notwendigerweise fehlt.<sup>48</sup> Anders als Hörnle bemüht sich von Hirsch explizit um eine Verbindung jedenfalls zwischen der Übelzufügung und einem generalpräventiv verstandenen Strafzweck – allerdings ohne eine generalpräventive Zielrichtung der Bestrafung schlüssig in seine Theorie integrieren zu können. Der Wert der „personenorientierten“ expressiven Theorie liegt mithin in ihrem Fokus darauf, was geschieht, indem verurteilt und bestraft wird; sie präsentiert sich als eine Theorie über den *Begriff der Strafe*. Zu der Frage dagegen, *warum* Strafe erforderlich und legitim ist, trägt sie von ihrem Ansatz her nichts bei.

Umgekehrt setzt die „normorientierte“ Theorie Jakobsscher Prägung bei der Legitimationsfrage an und deutet von dort aus – also vom Ziel der Normgeltungsbekräftigung und der Normtreue in der Bevölkerung her – die Kommunikation durch Bestrafung. Dabei hatte sich aber gezeigt, dass die Deutung der Strafe als nur allgemein-öffentlicher Verlautbarung rechtsstaatlich unzulänglich ist. Dieser Ansatz vermag also zwar eine nachvollziehbare *Legitimation* für das Strafen anzubieten, nicht aber für die Deutung des kommunikativen Gehalts von Verurteilung und Bestrafung.

So ergibt sich ein noch ergänzungsbedürftiges Bild des expressiven Zugangs zur Strafe: Die „personenorientierte“ Konzeption beschreibt den Vorgang des Strafens adäquat, trägt aber nichts zur Legitimation bei. Die „normorientierte“ Konzeption erklärt den Strafzweck plausibel, entwirft aber ein inadäquates, obrigkeitsstaatlich-arrogantes Bild des Bestrafungsaktes.

#### IV. Die strafende und die das Strafen legitimierende Ebene

Dass die Strafe keine polizeirechtlich-präventive Maßnahme ist – und auch bei präventiver Legitimation nicht als solche gedeutet werden kann –, wird heute recht einhellig so gesehen. Gleichwohl aber wird die inhaltliche Ausgestaltung der Strafe sehr verbreitet von ihrem präventiven Zweck her vorgenommen. Roxin etwa formuliert das ausdrücklich: Die Strafe habe keinerlei „Wesen“ jenseits ihres präventiven Zwecks<sup>49</sup> – mit anderen Worten: sie sei *unmittelbar* von ihrem präventiv

<sup>48</sup> Hörnle (Fn. 13), S. 36. – Indem aber die expressive Theorie freilegt, dass die mit der Bestrafung verbundene Kommunikation bei klassischen Schädigungsdelikten anders verläuft als bei abstrakten Gefährdungs- und Gemeinschaftsschutzdelikten, macht sie darauf aufmerksam, dass *opferlose* Straftaten ganz anders strukturiert sind und daher einer eigenen, gründlicheren Legitimation bedürfen (s. dazu schon umfassend *Feinberg*, *Harmless Wrongdoing*, Oxford 1988). Diese wichtige Erkenntnis wird in der deutschen Diskussion dadurch erschwert, dass zur Rechtfertigung aller Arten von Straftatbeständen immer nur die Standardfrage gestellt wird, ob sie denn „ein Rechtsgut schützen“ (s. zu dieser Kritik bereits *Seher*, *Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 39, 44 f.).

<sup>49</sup> *Roxin*, AT I, 3/45: Rechtliche „Einrichtungen“ hätten kein von ihren Zwecken unabhängiges „Wesen“, „sondern dieses ‚Wesen‘ wird durch das Ziel bestimmt, das man damit erreichen will“.

verstandenen Zweck her zu begreifen und auszugestalten. Und die „normorientierte“ expressive Theorie macht die Deutung von Straftat und Strafe von ihrem funktionalistischen Verständnis her offiziell zum Programm: Ausgehend von der Überzeugung, dass die Bekräftigung der Normgeltung den legitimierenden Sinn des Strafens liefert, wird der Boden des tradierten Verständnisses der Straftat als Verletzung *materieller* Güter oder Interessen und der Strafe als ausgleichender Sanktion vollständig verlassen und an seine Stelle ein rein *formales* Konzept gesetzt, dass die Straftat nur als Normbruch betrachtet und die Strafe als autoritative Antwort darauf deutet.

Eine solche präventive Deutung der Strafe verfehlt die Begriffe von Straftat und Strafe fundamental. Strafe ist kein Instrument, dessen Charakter zur Disposition soziologisch inspirierter oder rechtsdogmatisch willkürlicher Theoriebildung stünde. Vielmehr ist es ein Mittel sozialer Kommunikation und Verhaltenssteuerung, das in einer über Jahrtausende gewachsenen sozialen Alltagspraxis wurzelt und dessen Struktur *vergeltend geprägt* ist. Daran hat Tonio Walter in einem mutigen Beitrag erinnert.<sup>50</sup> Vergeltung ist – anders als Rache – eine Antwort des Angemessenen, die ebenso tadelnd wie belohnend auftritt.<sup>51</sup> Immer geht es um den Gedanken des *Ausgleichs* für eine vorangegangene Handlung – belohnend, wenn sie gut war; schmälernd, wenn sie schädigend war. Eine solche Reaktion erwarten wir alltäglich für all unser Tun – und wenn eine solche bewertende Reaktion ausbleibt, wird unsere normative Wahrnehmung der einschlägigen Handlung gestört: Wir werden unsicher darüber, ob diese Handlung (sei es unsere eigene, sei es die Handlung eines anderen) das wert ist, was wir gedacht hatten. Eine Heldentat ohne nachfolgendes Lob wirkt wie nicht geschehen; eine Schandtät ohne nachfolgende Ahnung wirkt wie gebilligt. Walter nennt dies eine „ethische Werkseinstellung des Menschen“.<sup>52</sup> Es handelt sich dabei nicht um metaphysische Ideen einer absoluten Gerechtigkeit, sondern um eine uns allen innewohnende, sehr irdische Intuition von *Fairness*. Und die Antwort, die diese Intuition erwartet, hat nichts mit bössartiger Rache zu tun, sondern mit einer fairen Zuteilung dessen, was die Handlung wert war. Deshalb hilft es der wissenschaftlichen Diskussion erheblich, wenn statt des pejorativ konnotierten Wortes „Vergeltung“ von „Retribution“ gesprochen wird: der ausgleichenden „Rückzahlung“ dessen, was durch die Tat als normative Veränderung in die Welt gesetzt wurde.

Wer strafen will, muss diese anthropologische Konstante beachten. Er muss das tun, was „Strafen“ eben bedeutet: Dem Handelnden das „zurückgeben“, was seine Handlung „wert“ war. Diese Retribution in ihrer eigentlichen Bedeutung<sup>53</sup> ist der

<sup>50</sup> Walter, ZIS 2011, 636 ff.

<sup>51</sup> Süddeutsche wissen das bis heute aus der alltäglichen Floskel „Vergelt’s Gott“, die nach einer mildtätigen Gabe wertschätzend gemeint ist: s. Walter, ZIS 2011, 636, 637.

<sup>52</sup> Walter, ZIS 2011, 636, 642. – Merkel (wie Fn. 2, 2008), S. 131, spricht, die äußere Erscheinung betrachtend, von einem „Element der institutionellen Struktur unserer gesellschaftlichen Lebensform“.

<sup>53</sup> retribuere = zurückgeben, -erstatten und jmdm. das ihm Gebührende zukommen lassen, s. Online-Lexikon Pons: <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung?q=retribuere&l=del&in=la&lf=la&qnac=> (zuletzt abgerufen am 06. 11. 2019).

*Sinn* jedes strafenden Aktes. Sein kommunikativer Gehalt liegt in der – lobenden oder tadelnden – *Bewertung* der Handlung, auf die er antwortet.<sup>54</sup>

Wer die Strafe nach präventiven Gesichtspunkten zumessen will, verzerrt diese Kommunikation durch sinnwidrige Einstreuung von Erwägungen, die mit der Antwort auf die Tat nichts zu tun haben. Es ist schlicht nicht logisch, dem Täter zu sagen: „*Weil* du dich durch deine Tat in bestimmter Höhe schuldig gemacht hast, wirst du nun mit dem Strafmaß X bestraft, *damit* die Allgemeinheit ihr Vertrauen in die Geltung des von dir verletzten Tatbestandes behält und ihre Normtreue gestärkt wird.“ Die kommunikative Bedeutung der Strafe und ihr Zweck lassen sich nicht in ein gemeinsames argumentatives Kausalgefüge bringen.

Offensichtlich liegt genau hier der strukturelle Fehler der zahlreichen Spielarten präventiver Theorien. Er kann nur dadurch vermieden werden, dass man in der Theorie des Strafens strikt *zwischen zwei Ebenen unterscheidet*. Auf der primären, *rechtspraktischen Ebene* werden das Strafverfahren geführt, das Urteil gesprochen und die Strafe verhängt. Diese Prozedur folgt dem retributiven Ritual, mit dem der Staat tief verwurzelte soziale Praktiken übernimmt, die offensichtlich erfolgreich sind, weil sie mit einer menschlichen Intuition von Fairness kongruieren, die sich seit Urzeiten nachweisen lässt. Auf dieser Ebene geht es darum, was Strafe *ist*: eine tadelnde, retributive Antwort auf gravierendes Fehlverhalten. – Auf einer davon strikt getrennten zweiten, *theoretischen Ebene* wird die Prozedur, die auf der ersten Ebene abläuft, kritisch betrachtet. *Allein hierher* gehören die legitimatorischen Fragen, die sich rechtsstaatlich stellen: *Warum* wird (auf der Primärebene) gestraft? Welche rechtsstaatlichen Ziele können dadurch gefördert werden? Gibt es – jetzt oder in einer nahen oder fernen Zukunft – rechtliche Alternativen zum Einsatz des Strafrituals?

Diese strikte Trennung zweier Ebenen des Nachdenkens über Strafe befolgt einen Ratschlag, den die wissenschaftliche Debatte immer wieder bekommen<sup>55</sup> – aber leider zu oft überhört – hat und den erst kürzlich Wohlers nachdrücklich in Erinnerung gerufen hat: dass es von entscheidender Wichtigkeit ist, zwischen dem *Begriff* der Strafe und ihrer Legitimation zu unterscheiden.<sup>56</sup> Dieselbe Intention verfolgt Tonio Walter, wenn auch mit anderer Begrifflichkeit: Er beschreibt die Strafe unmittelbar als eine Maßnahme, die „als Übel wirkt“ und „eine sozialetische Missbilli-

---

<sup>54</sup> Dies gilt auf allen Ebenen des sozialen Zusammenlebens: Eltern geben ihren Kindern eine materiell spürbare Belohnung für eine gelungene Leistung und verbieten das Fernsehen, wenn das Kind seine Aufgaben nicht erfüllt hat; Geschäftspartner vereinbaren Vertragsstrafen bei verantwortbarer Verspätung einer zugesagten Leistung; Vereine drohen mit Ausschluss, wenn ein Mitglied seine Beiträge nicht bezahlt – die Beispiele ließen sich unbegrenzt vermehren.

<sup>55</sup> Beispielsweise von *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, hrsg. und mit einer Einleitung versehen von Eric Hilgendorf, Nachdruck der 2. Auflage 1971, 2004, S. 51; *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Berlin 2009, S. 278.

<sup>56</sup> *Wohlers*, GA 2019, 425, 426.



gung unterstreicht“, und unterscheidet davon „Sekundärzwecke“, die mit der so strukturierten Maßnahme intendiert werden.<sup>57</sup>

Für die strafrechtsphilosophische Diskussion bedeutet dies: Auf der primären, strafenden Ebene sind die Fragen angesiedelt, *wie* (schuld)angemessen zu strafen ist, welche kommunikative Bedeutung die Akte der Verurteilung und Bestrafung haben und *wann* Strafe eine angemessene Reaktion auf einen Normbruch ist (Legitimität von Strafnormen). Auf der zweiten, straftheoretischen Ebene ist die Frage beheimatet, *warum* die Durchführung der strafenden Prozedur auf der primären Ebene geboten ist.

## V. Der legitimierende Zweck staatlichen Strafens

Dass auf der rechtspraktischen Ebene vergeltend gestraft wird, erfordert eine gründliche Legitimation durch Erwägungen auf der theoretischen Ebene. Scheinbar herrschte hier über Jahrhunderte ein heftiger Disput zwischen Konzeptionen, die in der Vergeltung nicht nur den Begriff der Strafe verkörpert sahen, sondern in ihr zugleich die erschöpfende Begründung für das staatliche Strafen erblickten. Es wurde bereits angedeutet – und kann hier nicht weiter entfaltet werden –, dass intrinsisch vergeltende Straftheorien nur sehr selten vertreten wurden und jedenfalls seit der Aufklärung nicht mehr plausibel gemacht werden können. Weder eine objektiv wahre Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit noch eine Vergeltung zur Erfüllung eines göttlichen Auftrages kommen als Legitimation in Betracht.

Es ist also längst entschieden, dass auf der theoretischen Ebene allein präventive Erwägungen in Betracht kommen: Jemandem ein Strafübel aufzubürden, ist nur dann sinnvoll, wenn dies für die Zukunft irgendeinen positiven Effekt verspricht. Solche Effekte sind vielfältig – wie die Varianten der Präventionstheorien herausgearbeitet haben: Eine schuldangemessene Strafe kann den Bestraften von der Begehung weiterer Straftaten abschrecken oder ihn zur Rechtstreue bekehren (Spezialprävention), und eine hinreichend zuverlässige Strafverfolgung und Aburteilung begangener Straftaten stärkt das Vertrauen der Allgemeinheit darin, dass das Recht „funktioniert“ und man sich also darauf verlassen kann, dass es auch künftig beachtet werde – und dass es vernünftig ist, sich selbst rechtstreu zu verhalten (Generalprävention). Dass die gesetzlichen Strafdrohungen vor einer begangenen Tat allein durch negativ-generalpräventive Erwägungen legitimierbar sind, ist sogar *common sense*.

Es zeigt sich, dass die zahlreichen Spannungen und Brüche in der Diskussion um die staatliche Strafe und ihre Legitimation bereinigt werden können, wenn man sich dem Gedanken öffnet, dass in dieser Diskussion in zwei strikt voneinander zu trennenden Ebenen gedacht werden muss, denen je eigene Aspekte des Erklärens und Legitimierens von Strafe zuzuweisen sind.

---

<sup>57</sup> Walter, ZIS 2011, 636, 637.

