

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 283

Sanktion, Norm, Vertrauen

Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart

Von

Markus Abraham



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS ABRAHAM

Sanktion, Norm, Vertrauen

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 283

Sanktion, Norm, Vertrauen

Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart

Von

Markus Abraham



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Jochen Bung, Hamburg

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-15328-2 (Print)
ISBN 978-3-428-55328-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85328-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Überlegung, dass ein Strafrecht ohne Strafschmerz möglich, nötig und wünschenswert sein könnte, ist kontraintuitiv. Ziel der Arbeit war, diese Idee in einer konstruktiven Weise und im Angesicht der beachtlichen Gegengründe zu denken und so weit aufzuführen, dass die Grundzüge eines alternativen Modells erkennbar werden.

Prof. Dr. Jochen Bung bin ich als meinem Doktorvater auf zahlreichen Ebenen zu Dank verpflichtet. Nicht nur für den Hinweis auf das Problem des Strafschmerzes und den Beistand bei Gewissheitsverlusten, sondern vor allem dafür, dass er mir Vertrauen und Freiheit schenkte. Bei Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli möchte ich mich für die besonders zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Für die Aufnahme in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge“ danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder und Professor Dr. Andreas Hoyer, für die großzügige Unterstützung bei der Drucklegung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Zahlreichen weiteren Personen danke ich für unzählige Gespräche – besonders auch für solche, die nicht unmittelbar das Thema betrafen.

Gewidmet ist das Buch meinen Eltern.

Hamburg, im Mai 2018

Markus Abraham

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
I. Spiegelfechtereien	11
1. Die Ausfallhaftung der Strafrechts-Schulen	11
2. Fragwürdige Dualismen	12
II. Gang der Bearbeitung	16
III. Intuitive Begründungen für die Schmerzzufügung	18
1. Wer nicht hören will, muss fühlen	21
2. Ich hab's dir doch vorher gesagt	22
3. Eine ordentliche Abreibung hat noch niemandem geschadet	23
4. Die Aussicht auf Schmerzen verhindert Verbrechen	25
5. Willst du etwa Selbstjustiz?	27
6. Strafe ist's nur, wenn's weh tut!	28
7. Dem soll es doch nicht besser ergehen als den anderen Verbrechern ..	31
8. Strafen ist eben eine hässliche Angelegenheit	32
B. Strafrechtliche Begründungsvorschläge	33
I. Intrinsische Begründungen: Der Strafschmerz <i>ist</i> im Unrecht	33
II. Strafschmerz im aufgeklärten Eigeninteresse (Norbert Hoerster)	44
1. Eine interessenstheoretische Fundierung der Strafpraxis	44
2. Probleme der generalisierenden Rechtfertigungsüberlegung	50
a) Wie der Blick auf die gesamte Praxis immunisiert	51
b) Das allseitige, hypothetische Interesse	52
3. Ergebnis	57
III. Klugheitsgrund und Opfersolidarisierung (Tatjana Hörnle)	58
1. Hybride Theorie aus Abschreckung und Tadelausdruck	58
2. Ankündigung von Nachteilen als Klugheitsgrund	63
a) Die unterstellte Legitimität des Drohens	63
b) Fairness	65
3. Ernsthaftigkeit durch Handfestigkeit	66
4. Ergebnis	71
IV. Schmerz für die Wirklichkeit der Norm (Günther Jakobs)	71
1. Konzeption von Individuum und Person in „Norm, Person, Gesell- schaft“	71
2. Strafschmerz als objektivierter Widerspruch (1999)	76
3. Kognitive Untermauerung (2008)	79

a)	Reformulierte, gespiegelte Abschreckungstheorie	79
b)	Intellektueller Schadensersatz (Theodor Welcker)	85
c)	Strafschmerz als notwendige kognitive Untermauerung	90
4.	Zur Zwei-Welten-Hypothese – Worte und Schmerzen	92
a)	Unterbelichtung des Einzelakteurs in der normativen Sphäre	93
b)	Normativität durch Anerkennung (Hegel)	97
c)	Schiffe und Anker	105
d)	Zweifelhafte Zweiteilung	108
aa)	Verzauberte Sprachverwendung	108
bb)	Anders auffangbare Intuitionen	109
cc)	Personalität von Gruppen	111
5.	Der Einzelne, die Schuld und Fichte	112
6.	Ergebnis	116
V.	Die Pflicht zur Mitwirkung am gemeinsamen Projekt der Freiheit (Michael Pawlik)	118
1.	Die Sekundärpflicht des illoyalen Bürgers	118
2.	Mitwirken durch Strafschmerzen?	122
a)	Das Verhältnis zwischen Mitwirkung und Freiheitsgenuss	123
b)	Ermöglichung und Entzug von Freiheit: kein actus contrarius, sondern Demonstration	125
c)	Substantialisierte Supraindividualität	127
3.	Ergebnis	131
VI.	Der Schmerz, der richtig stellt (Jean Hampton)	131
1.	Strafe als Beseitigung des falschen Anscheins	131
2.	Unterjochung des Unterjochers	136
VII.	Strafschmerz als Einlösung der Notwehrpflicht (Victor Tadros)	139
1.	Pflicht zur Notwehrduldung	139
2.	Notwehr – Strafe: Übertragungshürden	142
3.	Die Probleme, den Notweherschmerz in den Strafschmerz zu transpo- nieren	145
a)	Kein erzwingbarer „Pflichtentauschvertrag“	146
aa)	Normtheoretische Inkorrektheit des Pflichtentauschvertrages ..	147
bb)	Intuitives Ergebnis auch ohne Pflichtentauschvertrag	149
cc)	Zwischenergebnis: kein erzwingbarer Pflichtentauschvertrag vor Tatbegehung	151
b)	Der Instrumentalisierungs-Erlaubnis-Erhaltungssatz	152
c)	Kriminelle Intentionen sanft und sorgfältig vermeiden	155
d)	Organhandel als unerwünschte Konsequenz	156
4.	Ergebnis	157
VIII.	Der Strafschmerz als Reue (Antony Duff)	158
1.	Eine ideale politische Gemeinschaft	158

2. Probleme der schmerzlichen Reue	166
a) Ist das Abzielen auf Reue moralisch intrusiv?	166
b) Das Verhältnis von Reueschmerz und Strafschmerz	168
c) Zur Möglichkeit, Strafe als Buße zu interpretieren	171
3. Ergebnis	172
C. Strafen ohne Schmerzzufügung	173
I. Konventionalität des Strafschmerzes und Bindung der Worte	173
II. Sanktionalität und Normativität (Robert Brandom)	178
1. Was uns auszeichnet	178
2. Deontische Kontoführer	181
3. Interne Sanktionen: die Hütte und das Blatt	186
4. Am Grunde der Normen	188
5. Ergebnis zu Brandom	193
6. Locke und das ursprüngliche Strafrecht	194
III. Was es heißt, normativer Kontoführer zu sein	197
1. Kontoführen als Feststellen und Beobachten	197
a) Multiperspektivität und Vagheit	198
b) Die Leistung des Rechts	201
2. Kontoführen als Vertrauen: Warum ein guter Syllogist zu sein, nicht alles ist	204
a) Noch mehr Vertrauen beim Versprechen	207
b) Misstrauen als Sanktion – Sieben Fürsten	208
c) Spiel des Vertrauens	209
d) Staatliche Zertifizierung	212
e) Rechtliches Misstrauen als Strafe	212
f) Zwischenergebnis	215
IV. Inklusion durch Gründe	216
V. Elektroschock	222
1. Körperstrafe im internationalen Recht	223
2. Die verlorene Kunst des Strafschmerzes?	226
VI. Stellung des Verletzten in der Straftheorie	230
1. Nicht: Opfer im Strafprozess	232
2. Opfer in der Straftheorie	233
3. Strafrecht des Opfers – Anspruch des Opfers auf Bestrafung	234
4. Zur Neutralisierung des Opfers – Zwei Narrative	237
5. Durchbrechung des Trennungsdogmas	240
VII. Praktische Entwicklungschancen	247
1. Idealisiert: Genereller Perspektivenwechsel	248
2. Konkrete Sanktionspraxis	250
a) Feststellungsfunktion	251

aa) Absehen von Strafe, § 60 StGB	251
bb) Verwarnung nach § 59 StGB	254
b) Verletzteninteressen	255
c) Bewährung	257
3. Abschied vom Strafschmerz	260
VIII. Schlussbetrachtung	262
1. Gründefolger, Kooperationsentzieher, Vertrauenssucher	262
2. Zwei offensichtliche Einwände	265
3. Refiduzierung	267
Literaturverzeichnis	270
Stichwortverzeichnis	288

A. Einleitung

I. Spiegelfechtereien

1. Die Ausfallhaftung der Strafrechts-Schulen

Harter Behandlung bedarf der Täter, denn seine Strafe, die soll er spüren. Eine solche Schmerzzufügung als nötig und legitimierbar auszuweisen, ist das zentrale Anliegen der Strafrechtstheorie. So an die Sache heranzugehen, legt bereits nahe, dass es mehr darum geht, eine hergebrachte Praxis zu begründen als sie zu hinterfragen. Blickt man nun auf die jüngere Geschichte der Suche nach einem Zweck von Strafe, bemerkt man ein Oszillieren zwischen den Polen *Vergeltung* und *Prävention*. Es scheint, dass, wann immer man auf einen der Ansätze zur Gänze vertraute, Bedenken laut wurden, deren durchschlagende Wirkung über kurz oder lang dazu führte, dass (wieder) die jeweilige Gegenansicht als Ersatz einsprang, um die Strafe zu begründen.¹ Obgleich in diesem Zyklus die je führende Theorie die konkrete Ausgestaltung der Strafpraxis prägte, so übernahm sie dabei doch die Begründungslast für ein *im Grunde fortbestehendes* Strafsystem. Als etwa Franz von Liszt die vergeltende Sühntheorie kritisierte, indem er die Einbeziehung anthropologischer und kriminalistischer Gesichtspunkte annahmte,² und die Strafe von einer intuitiven, repulsiven Triebhandlung zur zweckbewussten Willenshandlung umgewandelt sehen wollte,³ stellte er wie selbstverständlich sein Präventionskonzept unter das Regime der Freiheitsstrafe:

„Der Wert eines konkreten *Strafensystems* hängt von der Sicherheit und der Elastizität ab, mit welcher es die Erreichung eines jeden der drei Strafzwecke [Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung; M. A.] ermöglicht. Und genau dasselbe gilt von dem einzelnen *Strafmittel*. Darin liegt die (...) Bedeutung der *Freiheitsstrafe*, welche, eben weil sie allen Strafzwecken sich anzuschmiegen geeignet ist wie keine andre Straftat, die erste und führende Stelle im Strafsystem einzunehmen unzweifelhaft berufen ist.“⁴

Wenn auch der von Franz von Liszt eingeführte Zweckgedanke, nach dem die Strafe an ihren Wirkungen zu (be)messen sei, langfristig erhebliche Veränderun-

¹ So *Golash*, *The Case Against Punishment*, 2005, S. 5, die diesen Gedanken mit Blick auf die anglo-amerikanische Debatte ausführlich entwickelt (ebd., S. 15 ff.).

² v. *Liszt*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1883), insbes. S. 32 f. und 47.

³ Ebd., S. 17 ff.

⁴ Ebd., S. 34 f. (H. i. O. als Sperrdruck). Zu beachten ist freilich, dass v. *Liszt* sich später selbst für die Ersetzung der Freiheitsstrafe durch ambulante Sanktionen einsetzte, vgl. *Schöch*, *Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie*, ZStW 94 (1982), S. 877.

gen bewirkte – wie etwa die Einführung der Bewährungsstrafe, die Ausweitung der Geldstrafen sowie die Zurückdrängung der *kurzen* Freiheitsstrafen –,⁵ so blieb doch die Logik der intentionalen Übelzufügung auch in neuer Gewandung im Grundsatz erhalten. Und auch umgekehrt, als später das etablierte Resozialisierungsstrafrecht aufgrund seiner vorgeblich unzureichenden Rückfallreduktion in Misskredit geriet,⁶ brachte dies nicht das Konzept der intentionalen Übelzufügung als solches in Bedrängnis, sondern es kam zu einer „Renaissance der Vergeltungstheorie“⁷. Ohne die skizzenhafte Darstellung hier zu vertiefen,⁸ erscheint mir die Idee nicht unplausibel, dass die Historie der beiden Schulen des Strafrechts – die der *Vergeltung* des Verbrechens zum einen und die der *Verhinderung* des Verbrechen zum anderen – womöglich als eine der „gegenseitigen Ausfallhaftung“ beschreibbar ist: Sobald die eine Theorie nicht mehr haltbar erschien, wurde auf ihren Widerpart rekurriert, ohne dass jemals eine Strafbegründung hätte versuchen müssen, ihr Versprechen dauerhaft einzuhalten.⁹ Womöglich ist es sogar so, dass der Fortbestand der Kriminalstrafe als mutmaßlich legitime Institution gerade dadurch erleichtert wurde.¹⁰

2. Fragwürdige Dualismen

Derweil bleibt der Streit zwischen vergeltender und präventiver Theorienfamilie in einem eigentümlichen Stellungskrieg verhaftet, der die Frage der Rechtfertigung gewissermaßen vertagt, während die Praxis des Strafens natürlich nicht innehält, sondern unbeirrt weiterläuft.¹¹ Bezeichnend sind die dabei herausgear-

⁵ *Schöch*, Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung, ZStW 92 (1980), S. 157 m.w.N.; zur Ausstrahlkraft der Liszt'schen Konzeption auf den „Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches“ von 1966 vgl. *Roxin*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969), S. 614 ff.

⁶ Sinnbildlich *Martinson*, What works? – Questions and Answers About Prison Reform, The Public Interest 35 (1974), S. 22 ff., der jedoch entgegen der aus dem Aufsatz resultierenden „nothing works“-Stimmung ein differenziertes Bild zeichnet, es sowohl für denkbar hält, dass „simply a more full-hearted commitment to the strategy of treatment“ nötig sei – und annahmt, dass man angesichts der Dominanz der Behandlungsansätze überhaupt nichts über den Abschreckungseffekt wisse (ebd., S. 49 f.).

⁷ So die Analyse des straftheoretischen Meinungswandels bei *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 45 ff.; vgl. auch die Stimmungsentwicklung in der Bevölkerung mit Blick auf den Langzeitvergleich bei *Schwind*, Bevölkerungsumfragen zur Akzeptanz des Resozialisierungsgedankens im Langzeitvergleich (1976 – 1987 – 1999), in: Britz u.a., Müller-Dietz-FS, 2001, S. 841 ff.

⁸ s. zu einer ausführlichen Version *Golash*, The Case Against Punishment, 2005, S. 15 ff.

⁹ Ebd., S. 5.

¹⁰ Ebd., S. 21.

¹¹ Ebd. „The indefinite prolongation of the debate over the theoretical grounding of punishment in a sense permits an indefinite suspension of judgment that enables the institution to persist and to expand, amid confusion over what it is supposed to be

beiteten Kampfbegriffe, mit denen die jeweilige Gegenseite, teils nur noch pro forma, bearbeitet wird. In einer Art Selbstbeschäftigung scheinen sich die beiden Seiten gegenseitig zu karikieren. Ganz nach der Weise eines binären, dualistischen Denkens werden alle möglichen Gegenbegriffe in die Auseinandersetzung hineingelesen: So sei die Prävention zukunftsorientiert, relativ und zweckgebunden, die Vergeltung dagegen zweckfrei, absolut und vergangenheitsbezogen. Die erste dressiere den Täter wie einen Hund, instrumentalisierere ihn konsequentialistisch zum kühlen Nutzen der Gesellschaft, die zweite sei metaphysische Vergeltung, heiße Rache, wolle jedem das Seine zuteilen, wobei sie nicht erklären könne, warum dann nicht jeder menschliche Akt verdienstbasiert bemessen und aufgewogen werden sollte. Die erste arbeite mit menschenverachtender Drohung, die zweite wolle weltentfremdet der Gerechtigkeit zum Sieg verhelfen. Die eine strafe, um Unrecht zu verhindern, die andere, weil Unrecht geschah. Man sieht sich vor die Wahl gestellt, den Dompteur oder den Racheengel mit dem Geschäft der Strafe zu betrauen.

Behauptet sein soll nun keineswegs, dass die angedeuteten Argumente nicht Beachtung verdienen, wenn wir überlegen, wie wir mit Straftätern umgehen, und auch nicht, dass die einzelnen Gesichtspunkte nicht kunstvoll – die Dualisierung lässt sich theorieintern beliebig fortsetzen¹² – vorgetragen werden. Über die elaborierte, gegenüberstellende Behandlung sollte man allerdings nicht den Eindruck gewinnen, es handle sich um eine *geschlossene binäre Entscheidung*, als ob also die Rechtfertigung der Strafe als Beweisziel unumstößlich feststünde¹³ und lediglich noch zu entscheiden wäre, welche Theorie den Beweis am besten führe.

Für die Beweisführung ist grundlegend zu erkennen, dass die Schwächung der Gegenansicht nicht automatisch mit einer Stärkung der eigenen Position verbunden ist. Klingt das auch banal, so scheint diese Vorstellung dennoch durch, wenn die Schwäche der eigenen Theorie deshalb getilgt sein soll, da diese der anderen genauso anhafte. So ist dem Vorwurf, die Vergeltungstheorie könne nicht erklären, was der *Verdienst*, den es auszugleichen gilt, bedeute, schwerlich mit dem

doing. We are building, from the crushed spirits of society's despised, a bridge of dubious quality to a disputed destination.“ (Ebd.).

¹² Paradigmatisch die Präventionstheorien: Man kann mit der Strafe auf den konkreten Täter (Spezialprävention) oder die potenziellen Täter (Generalprävention) zielen; diese Entscheidung kann man noch mit der Frage kreuzen, ob man mit Abschreckung (Negative Prävention) oder Stabilisierung (Positive Prävention) hantiert. Beispielhaft zu einer komplexen Systematisierung sämtlicher Strafzwecke und dadurch den begrenzten Nutzen demonstrierend *Henrici*, Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, 1961, insbes. S. 34 ff.

¹³ Auch *Kunz* hält die Kontroverse für überschätzt, würden doch die Positionen darin übereinstimmen, dass Strafe wegen ihrer gesellschaftlichen Funktion notwendig sei. *Kunz*, Muss Strafe wirklich sein?, in: Radtke u. a., Muss Strafe sein? Jung-Kolloquium, 2004, S. 73.