

FLORIAN ZIMMERMANN

Verdienst und Vergeltung

Philosophische Untersuchungen

31

Mohr Siebeck

Philosophische Untersuchungen

herausgegeben von
Günter Figal und Birgit Recki

31



Florian Zimmermann

Verdienst und Vergeltung

Mohr Siebeck

Florian Zimmermann wurde 1965 in Singen am Hohentwiel geboren. Er studierte in Konstanz Philosophie und Geschichte und arbeitete danach zunächst in der Wirtschaft. Nach der Promotion im Fach Philosophie war er von 2007–2010 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Praktische Philosophie an der Universität Konstanz. Derzeit arbeitet er als Coach und freier Autor.

e-ISBN 978-3-16-152100-3

ISBN 978-3-16-151741-9

ISSN 1434-2650 (Philosophische Untersuchungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner Mutter,
meinem Vater, der es leider nicht mehr,
meinem Sohn, der es noch nicht lesen kann,
und meiner tapferen und unerschütterlichen Susanne,
der Drachenbezwingerin

Vorwort

Zum Schluß wird das Vorwort geschrieben. Das ist ein melancholischer, vielleicht sentimentaler und auch befreiender Moment: Die Mühsal und Plagen, die Zweifel, aber auch die Freude über das Gefühl, etwas Neues entdeckt zu haben, werden noch einmal wach und nacherlebt. Dazu gesellt sich die Unsicherheit, nun etwas endgültig aus der Hand zu geben, das das eigene Leben und das der engsten Vertrauten über eine lange Zeit begleitete, wenn nicht gar dominierte. Darum ist hier auch der Moment, sich zu bedanken.

Diese Arbeit entwickelte sich aus langem Nachdenken über Fragen menschlicher Verantwortung und Zurechenbarkeit, an die ich von meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Gottfried Seebaß, herangeführt wurde. Ihm gebührt darum der erste, tiefste und auch innigste Dank. Über lange und immer wieder schwierige Zeiten stand er mir immer zur Seite! Diesen Dank kann ich nicht in Worte fassen.

Danken will ich auch den Teilnehmern seines Kolloquiums, meinen Kolleginnen und Kollegen, die mir zu neuen Perspektiven auf meine Arbeit verhalfen. Zu diesen zählte zunächst noch Prof. Dr. Neil Roughley, bis er einen Ruf nach Duisburg-Essen annahm. Auch aus der Ferne begleitete er meine Arbeit, an deren Gelingen er mit seiner Kritik, seinen Fragen und Anregungen einen großen Anteil hat. Herrn Prof. Dr. Helmut Maurer gilt mein herzlicher Dank, nicht zuletzt dafür, daß er, zusammen mit Rudolf I. von Habsburg, geduldig auf den Tag des Rigorosums wartete, um seine früh gegebene Zusage einzuhalten.

Beim Evangelischen Studienwerk Villigst möchte ich mich bedanken, das meine Arbeit im Rahmen des Forschungsschwerpunktes *Probleme der Zurechenbarkeit* großzügig förderte, und so dem Katholiken die Möglichkeit gab, seinen Studien, Forschungen und Analysen nachzugehen.

Mein ganz besonderer Dank gehört auch Herrn Dr. Georg Siebeck, der sich glänzend auf die sokratische Hebammenkunst versteht, und mir den Mut gab, diese Arbeit nun gewissermaßen das Licht der Welt erblicken zu lassen. Auf daß sie freundlich aufgenommen werde!

Zu vielen Menschen bin ich noch zu Dank verpflichtet, als daß ich sie hier aufzählen könnte.

Konstanz, Januar 2012

Florian Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Strafe und Vergeltung: Begründungsprobleme	4
2.1. Verdienst als Grundbegriff der Vergeltungstheorie	10
2.1.1. Der Gattungsbegriff von Verdienst	13
a) Verdienst als zutreffende Behandlung	17
b) Die Wertgeladenheit von Verdienst	26
aa) Wertgeladenheit im weiten Sinne	27
bb) Wertgeladenheit im engen Sinne	37
2.1.2. Der retributive Begriff der verdienten Strafe	39
2.2. Der Unterschied zwischen präventiver und retributiver Strafbegründung: Kausalzusammenhang versus nicht-kausale Folgebeziehung?	44
3. Von der Empörung zur Vergeltung: Max Mustermann	60
3.1. Die unverfügbare Gegebenheit der retributiven Einstellung? . .	64
3.2. Die grundsätzliche Irrationalität von Emotionen?	69
3.3. Die moralische Inakzeptabilität der retributiven Emotionen? . .	72
3.4. Vorläufige Akzeptabilität der Vergeltungsemotion und Ansätze ihrer rationalen Plausibilisierung	75
4. Die expressive Funktion der Strafe	77
4.1. Der expressionistische Ansatz	79
4.2. Der intrinsische Expressionismus	81
4.2.1. Probleme des intrinsischen Expressionismus	86
a) Definitorische Bedeutung der Normdurchsetzung für Normen	88
b) Notwendige Retributivität der Sanktion?	95
aa) Vergeltung als symbolisch-ideelle Durchsetzung?	99
4.2.2. Das Scheitern des intrinsischen Expressionismus	105

5. Vergeltung und der Wert des Verbrechensopfers	109
5.1. Relevanz der Opferperspektive	110
5.2. Die subjektive Opferperspektive	113
5.2.1. Erniedrigung als Kern der Opfererfahrung	115
5.2.2. Vergeltung als Wunsch nach einer Korrektur der Erniedrigung	123
5.2.3. Vom Vergeltungswunsch zur Vergeltungsstrafe	126
a) Vergeltung und Rache	128
5.2.4. Probleme aus der Subjektivität der Vergeltungs- einstellung	132
a) Gerechtigkeitsprobleme	132
b) Rechtsstaatliche Schwierigkeiten	134
c) moral luck und Vergeltung	138
5.3. Verdienst und objektiver Wert des Opfers	140
5.4. Das Scheitern wertbasierter Plausibilisierungen der Vergeltung	145
6. Die Fairneßtheorie der Strafe	147
6.1. Die Grundidee des unfairen Vorteils und der Verdienst-Begriff	148
6.2. Interpretationen des unfairen Vorteils	152
6.2.1. Der Trittbrettfahrer-Vorteil aus der Rechtstreue der anderen	153
6.2.2. Der unfaire Vorteil als Freiheitsgewinn	156
6.3. Externe Probleme der Fairneßinterpretation	159
7. Resümee und Ausblick: Retribution und Prävention?	161
8. Literatur	169
9. Personenregister	177
10. Sachregister	179

1. Einleitung

Wenn sie gefragt werden, wie man auf Verbrechen reagieren solle, sind sich vielleicht die meisten Menschen einig, daß Strafe sein müsse. Die Frage nach dem *Warum* oder auch *Wozu* von Strafe findet jedoch keine eindeutige Antwort mehr. Die einen plädieren, daß die Strafe *zukünftiges* Übel *verhindern* solle, während die anderen der Auffassung sind, daß Strafe *verdient* sei, weil dadurch das *begangene* Übel *vergolten* und so die Schuld des Täters ausgeglichen oder gesühnt werde. Zwischen diesen beiden Polen, die man als *Präventionalismus* und als *Retributivismus* bezeichnen kann, spielt sich die Strafdiskussion seit der Antike ab, wobei zeitweise die eine, dann wieder die andere Auffassung dominiert. Nachdem der Retributivismus über weite Strecken des 20. Jahrhunderts einen schlechten Ruf hatte, gibt es seit einigen Jahrzehnten neue Bemühungen, das Vergeltungsprinzip zu rechtfertigen und von diesem schlechten Ruf, wonach es rückständig, primitiv und eine bloße Verschleierung inakzeptabler Rache wünsche sei, zu befreien. Das ist einerseits als *Gegenbewegung* zu einem lange Zeit vorherrschenden fast einseitig präventionalistischem Strafparadigma zu sehen, das z.B. in den USA zu Strafsystemen mit Haftstrafen von unbestimmter Dauer (*indeterminate sentences*) oder den berühmten *three-strikes*-Gesetzen führte. Solche als Auswüchse eines ungebändigten Präventionalismus empfundenen Konsequenzen wollte man durch eine Rückkehr zu retributiven Auffassungen vermeiden, die darum als wissenschaftliche bzw. rechtsphilosophische Theorien zunächst auch in den USA wieder an Bedeutung gewannen. Zugleich scheint die Vergeltung einem tief in uns verwurzeltem *Gerechtigkeitsgefühl* zu entspringen, das sich immer wieder Bahn bricht: Man kann sicher gehen, daß die öffentliche Diskussion um die Begnadigung oder vorzeitige Haftentlassung ehemaliger RAF-Terroristen, die zu Beginn des Jahres 2007 in Deutschland geführt wurde, mehr oder weniger unbewußt vom Gegensatz zwischen Prävention und Retribution geprägt war.

Das rechtfertigt eine neue Auseinandersetzung mit den Vergeltungstheorien. Man sollte dabei aber nicht erwarten, die Frage „Verhütung oder Vergeltung?“ ein für allemal entscheiden zu können – dagegen sprechen die historische Erfahrung und die Überlegung, daß es sich um eine grundsätzliche Entscheidung auch darüber handelt, wie wir mit Rechtsbrechern umgehen *wollen*, an der vermutlich immer ein letztes dezisionistisches Element beteiligt ist, das sich nie gänzlich rational auflösen läßt. Man wird die Voraussetzungen und Folgen je-

der Strafbegründung aufweisen und so darlegen können, was man sich mit der jeweiligen Theorie einhandelt. Am Ende wird man doch vor der Entscheidung stehen, welchen Voraussetzungen und Folgen man mehr Gewicht einräumen will. Daß diese Entscheidung irgendwann einmal unwiderruflich feststehen könnte, ist kaum wahrscheinlich. Das heißt aber wiederum nicht, daß Untersuchungen überflüssig wären, die die Begriffe, Argumente und Implikationen der verschiedenen Ansätze analysieren wollen. Ganz im Gegenteil: Sie liefern die Basis, auf deren Grundlage man sein eigenes Urteil treffen kann.

In diesem Sinn will auch die vorliegende Arbeit verstanden werden. Sie bemüht sich um eine Darlegung und Analyse jüngerer Versuche, das Vergeltungsprinzip zu plausibilisieren. Diese Analyse wird in großen Teilen *theorieintern* vorgenommen werden, d. h. indem die Theorien an ihren eigenen Ideen, Begriffen und Voraussetzungen getestet werden. Nur sporadisch wird sie das präventive Gegenmodell zu einer *externen* Kritik heranziehen. Das hat zwei Gründe: Erstens würde ein systematischer Vergleich zwischen dem Retributions- und dem Präventionsprinzip eine Erörterung auch des letzteren erfordern, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde. Zweitens würde ein solcher abschließender Vergleich ein übergeordnetes Kriterium verlangen, um zwischen beiden Prinzipien entscheiden zu können. Der bloße Hinweis nämlich, daß Vergeltung nicht automatisch der Verhütung dient (und umgekehrt), und daß die Vergeltung deshalb zu verabschieden sei, verwechselt Beschreibung mit Widerlegung. Die einzige Hilfe also scheint darin zu bestehen, sich über die jeweiligen Prinzipien so viel Klarheit wie möglich zu verschaffen – um dann entscheiden zu können oder zu müssen, welches dieser Prinzipien einem näherliegt.

Wie gehen wir nun vor, um diese Klarheit zu gewinnen? Kurz zusammengefaßt werden wir im zweiten Kapitel zunächst einige grundsätzliche begriffliche Klärungen und Abgrenzungen vornehmen, um die enge Verbindung zwischen der Verdienstrhetorik und dem Retributivismus besser zu verstehen, bevor wir im dritten Kapitel der Frage nachgehen, welche Ideen eigentlich hinter dem Vergeltungsprinzip stehen und ob es nicht aufgrund der emotionalen Wurzeln dieser Ideen schon von Grund auf kontaminiert und darum keiner Untersuchung wert ist. Da uns das nicht der Fall zu sein scheint, werden wir uns in den Kapiteln vier bis sechs mit den verschiedenen Plausibilisierungsversuchen befassen, die sich aus jenen Ideen ergeben.

Im einzelnen heißt das, daß wir uns im zweiten Kapitel zunächst um eine Analyse des Verdienstbegriffes bemühen, da die Vergeltungsidee meist auf die Weise vorgetragen wird, daß ein Übeltäter bestraft werden solle, weil er es *verdient*. Bei diesen Untersuchungen wird sich zeigen, daß *Verdienst*, das als dreistellige Relation einer *evaluativ* oder *normativ* „*zutreffenden Behandlung als*“ analysiert wird, keine eigene Strafbegründung liefert, aber die verschiedenen retributiven Auffassungen Versuche sind, *Verdienst* zu explizieren. Daraufhin werden wir eine, zu diesem Zeitpunkt etwas abstrakte, genauere Unterschei-

ding zwischen präventiven und retributiven Strafbegründungen versuchen. Das ist nötig, um einen einigermaßen einheitlichen Retributivismusbegriff zu gewinnen, da sich unter dieser Kategorie die verschiedensten Vorstellungen tummeln. Im dritten Kapitel machen wir die Bekanntschaft mit Herrn Max Mustermann, der sich zuerst als strenger Gegner der Vergeltung versteht, dann aber doch dem Vergeltungsgedanken zumindest soviel abgewinnt, daß er ihn nicht mehr einfach abtun kann. Auch wenn diese Überlegungen keine abschließende Rechtfertigung oder auch nur Plausibilisierung des Vergeltungsprinzips liefern, zeigt dieses Kapitel, daß man sich mit dem Retributivismus zumindest beschäftigen muß. Mit ein paar pauschalen Argumenten jedenfalls läßt er sich nicht widerlegen. Zugleich deuten Mustermanns Erwägungen an, in welchen Richtungen man nach Plausibilisierungen des Vergeltungsprinzips suchen muß. Der Retributivist kann erstens eine *expressionistische* Theorie vortragen, wonach Unrecht nicht hingenommen werden darf, sondern Kritik und Tadel verdiene, deren angemessenster und notwendiger Ausdruck die Formen harter Behandlung seien, mit denen wir üblicherweise strafen. Durch diese *Mißbilligung* würden wir das Unrechte der Tat und unser Festhalten an der verletzten Norm geltend machen (Kap. 4). Zweitens kann er spezieller auf das Unrecht hinweisen, welches *Verbrechensopfern* zugefügt wird, die durch die Tat immer auch erniedrigt werden und an denen ein zweites Unrecht verübt würde, wenn man sie mit ihren Vergeltungsgefühlen und dem Wunsch, die *Erniedrigung* zu korrigieren, alleine ließe. Er kann versuchen, die Vergeltungsstrafe als notwendig für die Bestätigung des Opferwertes darzustellen (Kap. 5). Und schließlich kann er versuchen, die Vergeltung mit einer Art *Fairneßtheorie* zu rechtfertigen: Wer die Vorteile, die die Rechtsordnung und die Rechtstreue der anderen bieten, annimmt, ohne sich selbst an Recht und Ordnung zu halten, wenn ihm der Rechtsbruch vorteilhafter erscheint, erwirbt einen *unfairen Vorteil*, der ihm wieder abgenommen werden muß. Niemand darf von seinem Unrecht profitieren. Die Vergeltungsstrafe, die sich immer an der Schwere des Verbrechens, in dieser Theorie also an der Höhe des unfairen Vorteils bemißt, sei notwendig, da ihm genau dieser Vorteil abgenommen werden muß, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Dieser Idee werden wir uns in Kap. 6 zuwenden, bevor wir in einer Abschlußbetrachtung (Kap. 7) ein skeptisches Urteil sowohl über den Zusammenhang von Verdienst und Vergeltung als auch über die Plausibilisierung des Vergeltungsprinzips ziehen werden. Diese Zweifel werden wir auf die Begründbarkeit von Strafe überhaupt ausdehnen, da auch die Prävention Begründungsdefizite hat, die auch durch eine irgendwie geartete Verbindung mit der Retribution nicht gelöst werden können. Ohne eine Lösung dieser Legitimationsschwierigkeiten jedoch muß man die Frage nach der Strafe grundsätzlich neu stellen.

2. Strafe und Vergeltung: Begründungsprobleme

Strafe ist eines jener Phänomene, in denen sich die praktische Philosophie verdichtet: Es wirft Fragen nach gut und böse, nach dem Gebotenen, Erlaubten und Verbotenen auf, zu deren Beantwortung man handlungstheoretische, normative, aber auch, soweit dies möglich ist, empirische Überlegungen heranziehen muß. Und nicht zuletzt muß man sich mit der Frage auseinandersetzen, was überhaupt als eine angemessene Begründung gelten kann.

Notorisch ist in dieser Hinsicht vor allem das Problem der *staatlichen Kriminalstrafe*, der im folgenden das Augenmerk gilt. Sie ist ein Instrument der absichtlichen Übelszufügung, das bewußt Rechte entzieht, die normalerweise gerade gesetzlich garantiert sind. Das Strafrecht ist deshalb der Teil des Rechts, der in höherem Maße als alle anderen Rechtsgebiete gerechtfertigt werden muß. Denn das staatliche Strafen drückt nicht bloß, wie Kritik und Tadel, Mißbilligung aus. Vielmehr kann es, da es wesentlich auch Zwang beinhaltet, auf drastische Weise ins Leben der Menschen eingreifen und unter Umständen ganze Lebensläufe zerstören – je nach Rechtssystem bis hin zur buchstäblichen Auslöschung des mit dem Tod Bestraften. Diese Wirkungen der Strafe sind per definitionem erwünscht, wenn man gesetzliche Strafe als Übel definiert, das einem Gesetzesbrecher für seine Tat von einer menschlichen Instanz *absichtlich als* Übel zugefügt wird, welche von derjenigen Rechtsordnung dazu autorisiert ist, deren Gesetze verletzt wurden.¹ Im Namen der Gemeinschaft schränkt sie auf institutionalisierte Art und Weise die Grundrechte Einzelner ein, die in bestimmter Weise gegen bestimmte Normen verstoßen haben. Das reicht von leichten Geldstrafen über eine lange Freiheits- bis zur Todesstrafe. Allen Formen ist gemeinsam, daß sie als Übelszufügung intendiert sind und dementsprechend die Lebensläufe der Bestraften in eine Richtung zwingen, die Menschen im allgemeinen nicht wollen. Staatliches Strafen fügt bestimmten Individuen im Namen der Gemeinschaft Dinge zu, die ein Einzelner diesem Individuum *nicht*

¹ Diese Auffassung hat sich als die Flew-Benn-Hart-Definition der Strafe durchgesetzt: Vgl. Flew 1954, 293–295; Benn 1958, S. 325f.; Hart 1968, S. 4f. Ohne grundsätzlich von ihr abzuweichen, wird sie immer wieder kritisch diskutiert; vgl. z.B. Primoratz 1989, S. 1–6; Honderich 1989, S. 14–20 und die ausführliche Analyse des allgemeinen Strafbegriffs bei Kleinig 1973, Chap. II. Die Diskussionen drehen sich vor allem um die Fragen, ob das Element „für seine Tat“ und die Forderung eines gerechten Zusammenhanges von Tat und Strafe in die Definition mit aufgenommen werden sollen.

zufügen darf, es greift einschränkend und schädigend in das Leben einzelner Menschen ein.²

Das ist um so bedenklicher, als formell-institutionelle Strafe nicht die einzige Möglichkeit ist, auf Unrecht zu antworten. Mindestens fünf andere Optionen sowie verschiedene Kombinationen daraus kämen ebenfalls in Frage: 1. der Verzicht auf jede Reaktion (weil man z. B. wüßte, daß man mit einem bestimmten Maß an Kriminalität einfach leben muß, das gar nicht oder nur zu einem inakzeptablen Preis gesenkt werden könnte), 2. die (informelle) soziale Ausgrenzung des Täters, 3. ein (förmlicher, in der Schärfe abgestufter) Tadel oder Verweis ohne weitere Sanktionen, 4. der nicht-strafende Versuch, die Ursachen des Verbrechen zu beheben und schließlich 5. der nicht-strafende Versuch, seine Folgen zu mildern. Natürlich könnte man alle Optionen außer der völligen Reaktionslosigkeit als Strafe bezeichnen. Aber das würde dem Sprachgebrauch widersprechen und insofern die Dinge verunklaren. Außerdem würde die Möglichkeit der Reaktionslosigkeit immer noch bestehen (zumindest theoretisch – ob wir dazu wirklich in der Lage sind, ist eine andere Frage), so daß der Punkt, auf den es hier ankommt, nicht angetastet wird: Selbst wenn manchen Verhaltensanforderungen besonderes Gewicht verliehen wird, indem man sie rechtlich vorschreibt oder verbietet, folgt daraus noch *nicht allzu viel* für die Frage, wie man auf einen Rechtsbruch reagieren soll:³ Jede der, einschließlich Strafe, mindestens sechs Möglichkeiten könnte man mit einem Rechtsbruch begründen – vermutlich sogar den Reaktionsverzicht, wenn und weil man wüßte, daß jede Reaktion die Kriminalität weiter verschärfen würde! Also kann das Faktum der Kriminalität allein keine hinreichende Bedingung für die Straf-Reaktion liefern. Dies gilt gleichermaßen für ein präventiv wie retributiv organisiertes Strafsystem (wenn auch vorrangig ein platter Retributivismus davon betroffen ist, der Strafe ohne weitere Erläuterungen allein mit dem vorliegenden Verbrechen für hinreichend begründet hält und etwa sagen würde, Strafe müsse sein, weil sie durch das Verbrechen gerechtfertigt sei.). Benötigt wird gerade eine Begründung, warum man – angesichts der anderen Möglichkeiten – auf Kriminalität mit Strafe reagieren soll. Logisch wie moralisch sind bei der Strafe die Fragen nach der Absicht und der Art und Weise der Strafe, ihrer Gestaltung und Organisation genauso nachrangig wie bei den anderen Reaktionen. Daß sie ihnen hierin gleicht, spricht ebenfalls dafür, daß die Strafe in der Frage nach der richtigen Antwort auf Kriminalität zusammen mit den anderen Möglichkeiten

² Vgl. Wolf 1992.

³ Die Formulierung „folgt ... nicht allzu viel“ soll dem u. a. von Fingarette 1977 vorgebrachten Bedenken Rechnung tragen, daß eine Norm, die überhaupt nicht durch Sanktionsdrohungen gestützt ist, sich möglicherweise nicht lange halten könne und sogar nicht einmal die Bezeichnung „Norm“ verdiene. Ob das allerdings wirklich *Drohungen*, also Strafen sein müssen, ist damit noch nicht ausgemacht. Die Auffassung, daß sogar der Begriff der Forderung von Sanktionen abhängt, wird als *Sanktionismus* bezeichnet und in Kap. 4. 2. diskutiert werden.

auf einer Stufe steht und ihnen gegenüber nicht den Begründungs-Vorsprung hat, den man ihr allzu schnell zuschreibt, weil man so sehr an sie gewöhnt ist, daß die Frage „Muß Strafe sein?“ gar nicht mehr in den Sinn kommt.⁴

Für die Entscheidung, ob Strafe sein muß, sind zwei Überlegungen wichtig:⁵

1. Was kann sie überhaupt alles, ob beabsichtigt oder nicht, bewirken? 2. Ist das, was man mit Strafe erreichen kann, auch wertvoll genug, um ihre negativen Aspekte aufzuwiegen?

Die möglichen Effekte von Strafe sind vielfältig und disparat: Sie kann die nachdrückliche Mißbilligung eines Unrechts sein und verstärken. Sie kann für sozialen Zusammenhang sorgen, wenn sich ihretwegen die Gesellschaft ihrer gemeinsamen Auffassungen versichert. Sie kann aber auch den gegenteiligen Effekt haben, wenn sich die Gesellschaft über sie entzweit. Möglicherweise kann sie einen erzieherischen Effekt haben, man muß aber auch damit rechnen, daß sie zur Verfestigung gewalttätiger Neigungen beitragen könnte. Sie kann Wohlstandungerechtigkeiten verstärken und die bestehenden Machtverhältnisse stabilisieren, weil sie sozialen Wandel verhindert, indem sie deviante Verhaltensweisen zu Verbrechen erklärt. Und schließlich kann sie möglicherweise für Gerechtigkeit sorgen und Verbrechen verhüten. Es ist klar, daß nur manche dieser Effekte erwünscht sein können, sei es, weil sie intrinsisch gut sind (z.B. als Verhütung von intrinsisch Schlechtem wie Mord, Vergewaltigung etc.) oder zu etwas intrinsisch Gutem beitragen. Nur ein intrinsisches Gut kommt als Rechtfertigung der Strafe überhaupt in Betracht, wobei selbst dann noch geklärt werden muß, ob diese Güter gewissermaßen *so gut* sind, daß sie allfällige negative Effekte oder Begleitumstände der Strafe überwiegen.

Seit der Antike werden zwei Strafeffekte für intrinsisch gut gehalten: ihr Beitrag zur Gerechtigkeit und zur Verbrechensverhütung. Entsprechend gibt es zwei konkurrierende Antworten auf die Frage nach dem Warum von Strafe: Sie solle entweder *vergangenes* Übel vergelten oder *zukünftiges* verhüten und dadurch einem sozialen Zweck dienen. Die *traditionelle (retributive) Vergeltungstheorie* sieht den Sinn der Strafe nicht in der Verfolgung sozial nützlicher Zwecke, sondern darin, daß sie – durch die Übelszufügung – die Schuld des Täters ausgleicht, sühnt, vergilt. Sie reagiert auf begangenes Unrecht. Weil der Sinn der Strafe nach dieser Theorie nicht von irgendwelchen gesellschaftlichen Wirkungen abhängt, sondern davon losgelöst ist, bezeichnet man diese Straftheorie als *absolut*. Dieser stehen die *relativen* Straftheorien gegenüber, die auf einen bestimmten Strafzweck bezogen, relativ sind, nämlich die *präventive Verhütung* zukünftiger Straftaten.⁶ Betont man den Anwendungsbereich der relativen

⁴ Vgl. den Titel des Buches von Kodalle 1998.

⁵ Vgl. Moore 1997, 23–30.

⁶ Das retributive Merkmal der *Rückwärtsorientiertheit* bzw. der *Vergangenheitsbezogenheit* darf nicht mißverstanden werden: Natürlich sehen auch Vergeltungstheorien für in der Zukunft liegende und insofern noch nicht begangene Verbrechen Strafe vor. Der Unterschied

Straftheorien, unterscheidet man zwischen der täterbezogenen Spezial- und der sich an die Allgemeinheit richtenden Generalprävention. Wenn man dagegen auf die präventiven Mittel abstellt, welche die Verhütung von Straftaten sichern sollen, unterscheidet man im Falle der Spezialprävention zwischen der Abschreckung, Unschädlichmachung und Besserung des Täters durch Strafe. Die generalpräventive Wirkung der Strafe wird zum einen durch die Abschreckung der Allgemeinheit erreicht (negative Generalprävention) und zum anderen durch ihren Effekt, das allgemeine Vertrauen in die Rechtsordnung zu erhalten und zu stärken, der Rechtsgemeinschaft die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu beweisen und dadurch die Rechtstreue der Bevölkerung zu festigen (positive Generalprävention). Dieser Gesichtspunkt wird heute höher bewertet als die reine Abschreckungswirkung der negativen Generalprävention.⁷ Wir werden später sehen (s. u., S. 46–51), daß die Eigenschaft völliger Zweckfreiheit auf die jüngeren Vergeltungstheorien nicht ohne weiteres zutrifft und damit die Abgrenzung zu den relativen Straftheorien schwerfällt.

Nachdem im 18. und 19. Jahrhundert unter dem Einfluß des *Deutschen Idealismus* und der beiden großen *christlichen Konfessionen* die retributiven Strafauffassungen dominierten, begann sich das Blatt gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu wenden, und seit dem Ende des 2. Weltkrieges schienen sich die präventiven gegenüber den retributiven Straftheorien durchgesetzt zu haben (so auch z. B. im deutschen StGB nach dem Nationalsozialismus). Denn da die Aufgabe des Strafrechts zunehmend im (subsidiären) Rechtsgüterschutz gesehen wurde, darf es sich zur Erfüllung dieser Aufgabe nicht einer Strafe bedienen, die ausdrücklich von solchen sozialen Zwecken absieht, und Strafe auch dort fordern, wo sie aus Rechtsgüterschutzgründen nicht nötig ist.

Ein wesentlicher Grund dafür war auch die zunehmende Erkenntnis, wie viele der einst für frei und verantwortlich gehaltenen Handlungen in Wirklichkeit psychisch, sozial oder biologisch (vollständig oder zumindest in großem Ausmaße) determiniert vollzogen werden. Als eine Folge davon scheint sich zu ergeben, daß Handlungen ihren Trägern gar nicht mehr oder nur noch eingeschränkt zurechenbar sind, die Handelnden gar nicht mehr oder nur noch eingeschränkt verantwortlich gemacht werden können. Dies wirft neben theoretischen

zum Präventionalismus liegt also nicht in grundsätzlich entgegengesetzten zeitlichen Ausrichtungen, sondern darin, daß die Vergeltungsstrafe sich immer auf ein faktisches, aktualisiertes Geschehen richtet, ein tatsächlich begangenes Verbrechen, gleich, ob dies heute oder in der Zukunft begangen wird: Die Tat, die retributiv bestraft wird, muß im Moment der Strafe schon begangen worden sein. Die Rechtfertigung der Vergeltung liegt also in der *Faktizität* des wirklich gewordenen Geschehens, während Präventionstheorien die Strafe mit *potentiellen* Ereignissen begründen, deren Aktualisierung gerade verhindert werden soll! Doch auch wenn „Vergangenheitsbezug“ eine zu spezifische, nämlich rein temporal interpretierbare Charakterisierung des Retributivismus nahelegt, wollen wir nach dieser Klarstellung wegen ihrer Prägnanz an dieser (ja nicht falschen) Formulierung festhalten.

⁷ Vgl. Ebert 1988, S. 52 f.; ders. 1985, S. 211 f.; Roxin ²1994, S. 48 f.

tischen natürlich vor allem praktische Fragen auf – und unter diesen besonders die Frage, wie man auf sozial unverträgliches Handeln reagieren soll. Gleichzeitig mit diesem Wissen nehmen auch unsere darauf gründenden Möglichkeiten zu, handelnd oder unterlassend in die Welt einzugreifen. So haben auch unsere Mittel zugenommen, auf sozial unverträgliches Verhalten in einer Weise zu reagieren, die unserem Wissen um die vielfältige Bedingtheit menschlichen Verhaltens entspricht.

Diese Zunahme an Wissen und möglichen Reaktionsweisen hatte vor allem im 20. Jahrhundert großen Einfluß auf die Straf(zweck)theorie und auf den praktischen Umgang mit Straftätern: Je weniger Handlungen als zurechenbar erschienen, um so weniger konnte man auf Straftäter in einer Weise reagieren, die genau diese Zurechenbarkeit voraussetzen würde. Das betraf zwar auch Abschreckungstheorien, führte zusammen mit einer veränderten Ansicht über die Aufgaben des Strafrechts insgesamt aber vor allem zu einem *Bedeutungsverlust von Vergeltungstheorien*.

Um so mehr muß deshalb überraschen, daß sich in der internationalen Kriminalpolitik seit etwa 30 bis 40 Jahren eine Art *Auferstehung des Retributivismus* feststellen läßt,⁸ der – mit verschiedenen Begründungen – der Strafe einzig die Aufgabe zuweist, begangenes zurechenbares kriminelles Unrecht zu vergelten. Dieser Trend, der bisher vor allem im angloamerikanischen und skandinavischen Raum feststellbar ist, läuft dem verbreiteten Gefühl entgegen, daß wir in den hochtechnisierten und -institutionalisierten komplexen Großgesellschaften unserer Tage für nichts mehr individuell Verantwortung tragen. Zwei Ursachen waren für diese Neu-, bzw. Rückorientierung ausschlaggebend:⁹ Zum einen war die Prävention (speziell die Spezialprävention) viel schwieriger zu verwirklichen als von Optimisten erhofft. Aufgrund einer gewissen Resignation über die Aussichten insbesondere von Resozialisierungsplänen kam es deshalb unter dem Schlagwort „nothing works“¹⁰ zum Wiederaufleben der Vergeltungstheorie, die ganz bewußt von den Strafzielen der Abschreckung, Besserung oder Stärkung des Vertrauens in die Rechtsordnung absieht. Da es ihr nicht auf diese Strafzwecke ankomme, müsse sie sich auch nicht daran empirisch messen lassen. Diese fehlende „*Falsifizierungsmöglichkeit*“ trug wesentlich und explizit zum Wiederaufstieg des Retributivismus bei.¹¹ Dieser Befund ist erstaunlich: Wenn sich sinnvolle Strafzwecke als unrealisierbar herausstellen, würde man als Konsequenz eigentlich den Verzicht auf Strafe als Reaktion

⁸ Vgl. als allgemeinen Überblick dazu Radzinowicz 1991; Davis 1990.

⁹ Beckett/ Sasson 2000, u. a. S. 55 ff. erläutern auch eine politische Ursache dieser Rückorientierung in den USA, den als „southern strategy“ der Republikaner bekanntgewordenen Versuch, Ende der 60er Jahre enttäuschte Südstaaten-Demokraten durch eine schärfere Strafpolitik auf ihre Seite zu ziehen.

¹⁰ Vgl. Martinson 1974.

¹¹ Vgl. Fingarette 1977, S. 502; Davis 1992, S. 6.

auf ein Verbrechen erwarten. Die Antwort des Retributivismus ist dagegen der kurz entschlossene Verzicht auf jeden *präventiven* Strafzweck! Das setzt voraus, daß Strafe als notwendige Antwort auf kriminelles Verhalten stattfinden muß. Diese starke Hypothese wird von den Retributivisten jedoch weder eingeführt noch geprüft.

Der zweite Grund für das erneute Aufkommen des Retributivismus ist in seinem zumindest *prima facie* plausiblen Anspruch zu sehen, daß Strafe *gerecht* sein müsse und daß alleine Vergeltungsstrafen dies garantierten. *Das* moralische Kriterium für Strafe sei *Verdienst*: Strafe ist moralisch gerechtfertigt, wenn sie gerecht ist, und gerecht ist sie, wenn sie verdient ist – und das heißt, dem begangenen Verbrechen angemessen. Beide Gründe führten zum Aufschwung des Retributivismus, der Davis zu der Behauptung veranlaßte: „So, today, the theory of punishment is largely retributive theory“!¹²

Vor diesem Hintergrund gibt es vier Gesichtspunkte, die es nahelegen, sich erneut mit dem Retributivismus zu beschäftigen, wonach das begangene Verbrechen die einzige moralische Grundlage der Strafe ist: 1. Sein Wiederaufleben stellt ein interessantes Phänomen dar, da er dem *Zeitgeist* widerspricht. 2. Vor allem beim heutigen Wissensstand mag es *barbarisch* erscheinen, eine Straftheorie wieder aufzunehmen, die von der Verfolgung sozial relevanter Zwecke bewußt absieht. 3. Die Renaissance des Retributivismus könnte aber auch Ausdruck des Bemühens sein, die scheinbare Machtlosigkeit des Individuums in modernen Großgesellschaften nicht einfach fatalistisch hinzunehmen, sondern – auch noch so kleine – individuelle *Verantwortungsräume* offen zu halten. 4. Die *gesellschaftspolitische Bedeutung* der Strafbegründung erkennt man, wenn man die aufgebrachten Reaktionen der Öffentlichkeit beispielsweise auf Sexualstraftaten beobachtet: Die Forderung nach harten Strafen (v. a. wenn Kinder die Opfer sind) wird häufig als Forderung nach gerechten und verdienten und damit nach Vergeltungsstrafen verstanden. In all diesen Hinsichten ist die Vergeltungsdiskussion auch für Deutschland relevant, dessen Strafrecht mehrheitlich präventiv verstanden und begründet wird – möglicherweise gegen den Willen eines nicht zu kleinen Teiles der Bevölkerung.

Wenn man all das bisher Gesagte in Betracht zieht, muß sich die notwendige Auseinandersetzung mit dem Retributivismus vor allem der Frage zuwenden, ob Vergeltung überhaupt intrinsisch wertvoll (vielleicht sogar, wenn man einen nicht kompromißfähigen Konflikt annimmt, wertvoller als Prävention) ist. In diesem Zusammenhang muß vor allem der für retributive Strafbegründungen so wichtige *Verdienstbegriff* (Schuld *verdiente* Strafe) diskutiert werden, dessen Bedeutung nicht so eindeutig ist, wie von Retributivisten immer wieder behauptet wird. Diesem werden wir uns im nächsten Abschnitt (2.1.) ausführlich zuwenden. Daraufhin (2.2.) werden wir uns der Frage annähern, ob es sich bei

¹² Davis, 1992, S. 6.