

Humboldt Universität zu Berlin

Institut für Philosophie

Hauptseminar: Hegels Rechtsphilosophie (WS 2009/10)

Dozenten: Rahel Jaeggi / Fred Neuhouser

**Hegel, Hassemer, Jakobs und die Bestätigung der Normgeltung durch Strafe.**

**Lex Talionis im Gewand der positiven Generalprävention?**

Valentin Badura

---

## Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Was ist Strafrecht und was kann sie leisten?	4
III. Winfried Hassemer: Staatliche Strafen als Formalisierung sozialer Kontrolle	8
IV. Günter Jakobs: Staatliches Strafen als Einübung in Normentreue	10
V. Hegel als Kronzeuge einer Vergeltungslehre? Rekonstruktion und Einordnung der Strafrecht Hegels	15
1) Die Rezeption Hegels als Vertreter einer absoluten Strafrecht	15
2) Hegels Strafrecht als genuine Theorie der positiven Generalprävention	17
VI. Fazit - Die Implikationen der positiven Generalprävention	23
VII. Literaturverzeichnis	27

## I. Einleitung

Die These dieser Arbeit ist die Annahme, dass die aktuellen Theorien der positiven Generalprävention (Hassemer, Jakobs) entgegen der Selbstwahrnehmung eine (zumindest teilweise) Rehabilitierung der Vergeltungslogik vollziehen - mit der Unterstellung einer Kontinuität zur Hegelsche Straftheorie, welche in dieser Form jedoch nicht besteht.

Der Zweck der Vergeltung (absolute Straftheorie) und jener der Normbestätigung (positive Generalprävention) mögen auf den ersten Blick auf dasselbe hinauslaufen. In der Herleitung dieser beiden Begriffe zeigt sich jedoch, dass sie keineswegs dasselbe bedeuten – und somit auch keineswegs stets die gleichen Forderungen an die Strafpraxis implizieren.

Die Grundunterscheidung bei der Einordnung von Straftheorien bzw. Strafzwecklehren ist jene zwischen (1) *absoluter* und (2) *relativer* Straftheorie.

(1) Die absolute Straftheorie – auch bezeichnet als Vergeltungstheorie (Gerechtigkeits-, Sühnetheorie) - sieht den Sinn der Strafe nicht in der Verfolgung sozial nützlicher Zwecke, sondern, wie es im Standardstrafrechtslehrbuch von Claus Roxin heißt, „darin, dass sie durch Auferlegung eines Übels die Schuld, die der Täter durch seine Tat auf sich geladen hat, in gerechter Weise vergilt, ausgleicht, sühnt“ (Roxin, Strafrecht, 70). Die Strafe ist kurzum Selbstzweck bzw. – was jedoch nur eine terminologische Differenz ist – wird die Notwendigkeit der gerechten Vergeltung als in sich wertvoll betrachtet. Die Strafe sieht, der absoluten Straftheorie nach, also explizit von allen sozialen Zwecken ab und fordert eine der Schwere der Tat entsprechende Vergeltung - und zwar auch dann, wenn dies aus Gründen des Rechtsgüterschutzes nicht nötig oder gar kontraproduktiv sein sollte (Roxin, Strafrecht, 70ff.).

(2) Die relative Straftheorie sieht den Zweck der Strafe in der Prävention weiterer Verbrechen. *Spezialpräventiv* ist die Strafe deren Zweck die Besserung (Rehabilitierung, *Re-Sozialisierung*) des Delinquenten betrifft, *generalpräventiv* ist jener Strafzweck, der auf eine präventive Wirkung auf die Allgemeinheit abzielt.

Die *Generalprävention* unterteilt sich weiter in die *negative* Generalprävention und die *positive* Generalprävention. Ihre „negative“ Spielart zielt auf Abschreckung und versucht damit durch das Hervorrufen von Angst normengemäßes Handeln zu erzielen, während die „positive“ Generalprävention auf die allgemeine Affirmation bzw. Anerkennung der Normen zielt.

(3) *Vereinigungstheorien* verbinden Aspekte der positiven und der negativen Straftheorie (vgl. Roxin, Strafrecht, 83ff.).

Die hier getroffene Einteilung der Strafzwecke ist in erster Linie von rein analytischer Relevanz. Viele der kursierenden Straftheorien sind kaum trennscharf der einen oder der anderen Variante zuordenbar und auch in der gesetzgebenden und richterlichen Praxis des Strafrechts überlagern sich die Motive (dazu ausführlicher in Kapitel 1).

Historisch betrachtet war die Vergeltungstheorie – etwa in Form des biblischen Talionsprinzips „Aug um Aug, Zahn um Zahn“ – die wirkungsmächtigste. Mit der Moderne rückte sie jedoch zusehends in den Hintergrund und war schließlich in der Nachkriegszeit bis in die 1970er Jahre gänzlich verpönt, wie es der Soziologie David Garland vermerkt: „The urge to condemn crime in passionate terms; the desire to see wrongdoers suffer and victims avenged; the frank concern to register public outrage; the articulated claim that justice must be done, authority upheld and punishment endured as ends in themselves – all these expressions of traditional punitive justice came to be regarded as suspect and detrimental to a rational penology. [...] The word ‚punishment‘ all but dropped out of the official vocabulary of modern penal policy, as did the expression of passionate outrage that it traditionally entailed” (Garland, Control, 41). Die parteiübergreifende Ablehnung der Vergeltungsintuition als primitiv bzw. rückständig heißt freilich nicht, dass die absolute Straftheorie gänzlich aus der Realität des Strafrechts bzw. dem „common sense“ verschwunden war (vgl. für Deutschland: Roxin, Strafrecht, 72, bzw. für den angloamerikanischen Raum: Garland, Control, 41ff). In der Tat erscheint das Talionsprinzip (auch wenn „Aug um Aug“ nicht wörtlich, sondern metaphorisch verstanden wird) als unmenschlich und die implizite Unterstellung eines abstrakten Äquilibriums der Gerechtigkeit, das gänzlich unabhängig vom Nutzen für faktische oder potentielle Opfer durch Leidzufügung wieder ausgeglichen wird, als inhuman und absurd. Zudem, wie Roxin argumentiert, ist der Staat als eine menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt die metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen (Roxin, Strafrecht, 73).

Das bis in die 1970er Jahre stattdessen (parteiübergreifend) vorherrschende Paradigma war der „penal-welfarism“: Analog zum Wohlfahrtsstaat wurden Delinquenten als Bedürftige betrachtet, denen dabei zu helfen ist, wieder in ein Leben in der Gesellschaft zurückzufinden. Anstelle einer an der Schwere des Verbrechens orientierten Leidzufügung sollte das Ziel der Strafe eine individuell angepasste rehabilitative Intervention sein (vgl. Garland, Control, 34; 186f).<sup>1</sup> Die Abkehr von diesem Paradigma in den 1970er Jahren wurde eingeleitet von einer Fülle an Studien welche - vor allem an Kriminalitätsraten und Rückfallquoten festgemacht - das empirische Scheitern dieser Praxis erläutern. Der weitrezipierte und endlos zitierte Artikel „What Works in Prison Reform?“ (Robert Martinson, 1974) prägte die Formel des "nothing works" und trat damit einen Pessimismus los, der sich bis zum Ende der 1970er Jahre schließlich völlig durchsetzte (Garland, Control, 58).

Straftheoretisch bedeutete dies ein normatives Vakuum: Die Spezialprävention ebenso wie die (negative) Generalprävention fallen als Begründung (weitgehend) aus. Denn unabhängig von den normativen bzw. legitimatorischen Problemen dieses Ansatzes, ist von diesen Strafzwecken

---

<sup>1</sup> Hinsichtlich des repressiven Aspekts dieser repressiven Inklusion in die hegemonialen Normen der Gesellschaft vgl. Foucault. (insbes. Überwachen und Strafen, Frankfurt/Main 1977.) Virulent war aus linker Perspektive vor allem in den USA aber eine gänzlich andere Kritik, nämlich dass die umfangreiche richterliche Freiheit bei der Strafzumessung rassistisch gegen Schwarze missbraucht wurde – eine Kritik, die für die Abkehr vom penal-welfarism jedoch letztlich nicht ausschlaggebend war. (vgl. Garland, Control, Kap. 6)

ausgehend das Strafen schlichtweg überflüssig, schließlich werden die gewünschten Zwecke kaum erreicht. Dann also wieder Strafen zwecks Vergeltung?

Zu einer weitreichenden Abschaffung des Gefängnisses oder sonstigen drastischen Einschränkungen der Strafinstitution kam es bekanntlich nicht. Vielmehr nahm die Bedeutung der Institution Gefängnis stetig zu<sup>2</sup>, und was den Fachdiskurs betrifft, so der Frankfurter Strafrechtsprofessor Cornelius Prittwitz, wird die „erste, konsequente, aber selten gehörte Antwort“, nämlich die „Forderung nach *Abschaffung* der Strafe“, in der kriminalpolitischen Diskussion „fast ausschließlich von strafrechtskritischen Sozialwissenschaftlern vertreten“ (Prittwitz, Risiko, 205). Die Rolle der normativen straftheoretischen Debatte ist zur Erklärung dieses Phänomens sicherlich begrenzt (dazu mehr in Kapitel 1). Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, wieso unabhängig von allen strukturellen Funktionen staatlichen Strafens auch im rechtsphilosophisch-straftheoretischen Diskurs so vehement an der Strafpraxis, insbesondere an der Gefängnisstrafe festgehalten wird - obwohl von den Diskursteilnehmern der empirische Befund der weitgehenden Unwirksamkeit geteilt wird.

Zum einen liegt dies daran, dass der „nothing works“-Befund keineswegs die *völlige* Wirkungslosigkeit dieser Institutionen (hinsichtlich abschreckender und spezialpräventiver Zwecke) bescheinigt: Eine allgemeine, wenn auch nahezu überhaupt nicht vom Ausmaß der Strafdrohung abhängende, abschreckende Wirkung ebenso wie der Effekt des „Schutzes der Gesellschaft“ betreffend bestimmter Personen ist kaum von der Hand zu weisen. Zum anderen liegt dies daran, dass das Gefängnis – in dieser Arbeit nur am Rande thematisierte - gesellschaftliche Funktionen erfüllt, die es fernab der normativen Debatte zu einer unabdingbar Institution machen. Unabhängig davon findet jedoch vermehrt wieder die *absolute* Straftheorie – das bereits überwunden geglaubte, nur schwer vom Rachebedürfnis unterscheidbare Bedürfnis nach Vergeltung um der Vergeltung willen – Eingang in das Strafrecht, und zwar nicht bloß faktisch, sondern auch in der normativen Debatte. Explizit gefordert wird sie selten. Vielmehr wird die Forderung nach ausnahmsloser, tatproportionaler Vergeltung in der Regel mit einer Theorie begründet, welche dies im Sinne einer *relativen* Straftheorie begründet, nämlich mit der Theorie der positiven Generalprävention (und deren Ziel der Festigung der Normentreue). Dies herauszuarbeiten ist Gegenstand dieser Arbeit.

Die vorliegende Arbeit setzt an bei der Auffassung, dass eine wohlverstandene Theorie positiver Generalprävention weder eine ausnahmslose noch eine an der Schwere der Tat orientierte strafende Reaktion grundsätzlich voraussetzt, sondern nur dann, wenn *bestimmte empirische* Prämissen zutreffen (Kapitel 1). Die darauf aufbauende These ist, dass die Vertreter positiver generalpräventiver Theorien die Abhängigkeit ihrer Rechtfertigungsforderung von eben diesen empirischen Bedingungen in der Konzeption ihrer Theorie vernachlässigen bzw. umgehen. Sollte dies zutreffen, würden diese Theorien der positiven Generalprävention - willentlich oder unwillentlich

- einer Strafpraxis Vorschub leisten, in der hohe Strafen nicht nur Selbstzweck sind, sondern tendenziell sogar unter Inkaufnahme der Vergrößerung der Gefährdung von Rechtsgütern vollzogen werden, deren Schutz das staatliche Gewaltmonopol überhaupt erst zu rechtfertigen vermag.

Die so verstandene „Rückkehr der absoluten Straftheorie“ in die moderne Strafzwecklehre soll nach einigen Vorbemerkungen zum Stellenwert von Straftheorien (im Allgemeinen), sowie jenem der Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Straftheorien im besonderen (Kapitel 2) sowohl für die Strafzwecklehre Winfried Hassemers (Kapitel 3) als auch für die auf Günther Jakobs zurückgehende Variante positiver Generalprävention (Kapitel 4) nachgewiesen werden.

Hegel, bzw. dessen Straftheorie in den Grundlinien der Philosophie des Rechts (im folgenden: GPR) wird bei der Strafbegründung zur Festigung der Normentreue insbesondere von Günther Jakobs als Kronzeuge herangezogen. Das vierte Kapitel wird daher der Frage nachgehen, ob die Heranziehung Hegels zur Begründung einer (empirieunabhängigen) Notwendigkeit der kategorischen Vergeltung dessen Straftheorie gerecht wird – und diese Frage trotz einschlägiger Zitate Hegels und dahingehender Interpretation in der Literatur über Hegel letztlich verneinen. Im Schlussteil wird eine kurze – den Aspekt der Immunisierung gegenüber empirischen Voraussetzungen überschreitende – auch Hegel betreffende Kritik am Strafziel der Festigung der Normentreue geübt.

## II. Was ist Straftheorie und was kann sie leisten?

Ehe einerseits (deskriptiv) versucht wird, bestimmte straftheoretische Positionen in das skizzierte Raster (etwa negativ- oder positiv generalpräventiv“ im besonderen bzw. allgemein „absolute“ oder „relative“ Strafbegründung) einzuordnen und anschließend eine (normative) Bewertung der jeweiligen Strafrechtfertigungen versucht wird, sind zwei Bemerkungen unerlässlich.

Erstens sei darauf hingewiesen, dass es sich um ein analytisches Schema handelt. Keineswegs alle straftheoretischen Argumentationen sind eindeutig innerhalb dieses Rasters lokalisierbar.

Zweitens sei darauf verwiesen, dass sich deskriptives und präskriptives Reden über Strafe oft kaum unterscheiden lassen.

(1a) Roxin spricht bei der Differenzierung der Generalprävention in eine *negative* und eine *positive* Varianten von zwei „Aspekten“ der Generalprävention (Roxin, Strafrecht, 80). In der Tat zielen beide

---

<sup>2</sup> In Europa allerdings wesentlich weniger als in den USA, wo sich die Gefangenenzahl von rund 300.000

darauf ab, Gründe in die Hand zu geben, sich an die Rechtsnormen zu halten. In der Realität mögen beide zugleich wirken. Menschliche Handlungsgründe sind komplex und interdependent: Persönliche Überzeugung und die rein zweckrationale Angst vor negativen Konsequenzen überlappen sich (vgl. Prittwitz, Risiko, 222).

So konzipiert etwa Andrew von Hirsch den Zweck der Strafe als doppelt präventiven. Demnach sollen die Bürger per Strafrecht *primär* als moralische Subjekte angesprochen werden, die im Stande sind die per Strafe kommunizierte Verwerflichkeit der verbrecherischen Handlung zu verstehen (positive Generalprävention). Da sie jedoch der Gefahr ausgesetzt sind, (trotz der richtigen moralischen Überzeugung) willensschwach zu werden, bedürfen sie *zusätzlich* einer gewissen Abschreckung, um trotzdem konsequent der Versuchung zu widerstehen (von Hirsch, Censure, 13).

(1b) Die Unterscheidung zwischen einer kategorischen Vergeltung zur „Befriedigung der Gerechtigkeit“ (Kant, Metaphysik, 455) als Selbstzweck (absolute Straftheorie) bzw. zur Vermeidung weiterer Verbrechen durch Beförderung der Rechtstreue (positive Generalprävention) lässt sich oft deswegen nicht halten, weil erstes meist zum Zwecke des zweiten gefordert wird.

Anders formuliert: Die meisten Vertretern der Forderung kategorischer Vergeltung versuchen dies keineswegs nur unter Verweis auf die vermeintlich selbstverständliche Intuition, dass das Ausbleiben einer Vergeltung von Unrecht doch offensichtlich ungerecht sei zu plausibilisieren, sondern verweisen sehr wohl auf konsequentialistische Argumente wie die Nützlichkeit der Strafe zur Aufrechterhaltung der *Autorität* des verletzten Gesetzes, oder Ähnliches (vgl. Braithwaite/Pettit, Deserts, 48f.;167). Differenzen zwischen der absoluten und der positiv generalpräventiven Straftheorie bestehen demnach in vielen Fällen nur im weltanschaulichen Hintergrund sowie in der Sprache, nicht aber im proklamierten Ziel des Strafens (vgl. Müller, Integrationsprävention, 27f.).

Das häufige Zusammenfallen beider Theorien in der Praxis macht diese analytische Trennung jedoch nicht hinfällig oder irrelevant, sondern umso relevanter, denn die Implikationen für die Frage nach der richtigen Strafe sind verschiedene: Nach der absoluten Straftheorie ist *jedes* Verbrechen mit einer Strafe zu belegen, und zwar mit einer explizit leidvollen Strafe, welche in ihrem Ausmaß die Schwere der Tat nicht nur *nicht überschreiten* darf, sondern auch *nicht unterschreiten*.

Gemäß der positiven Generalprävention hingegen ist die Frage nach der richtigen Strafe zur Gänze abhängig von der empirischen Frage, (qualitativ) *welche* und (quantitativ) *inwieweit* eine Strafe zur Etablierung oder Festigung der Normentreue beiträgt.

In vielen Fällen mögen beide Straftheorien zum gleichen Ergebnis betreffend der geforderten Strafe kommen. Nichtsdestotrotz gibt es Ausnahmen, und zwar prominente Ausnahmen, wie etwa das Delikt Mord. Vom Gesichtspunkt einer gerechten Strafe aus würde Mord kategorisch eine

herausragend harte Strafreaktion verlangen, vom Gesichtspunkt der Prävention hingegen in vielen Fällen überhaupt keine. Wie John Braithwaite und Philip Pettit herausarbeiten, ist etwa Mord weder durch Abschreckung zu verhindern (sodass eine Strafe aus negativ-generalpräventiven Gesichtspunkten sinnvoll wäre) noch wäre hier eine Strafe zum Schutz der Gesellschaft oder aus spezialpräventiven Gründen sinnvoll, da die Rückfälligkeit bei Mord äußerst gering ist. Die meisten Morde werden im Affekt begangen und somit aus einer emotionalen Überreaktion. Sie sind also auch keineswegs ein Ausdruck davon, dass die Norm („Du darfst nicht töten!“) nicht als uneingeschränkt richtig anerkannt worden wäre. Dementsprechend gehen diese Morde auch nicht auf eine ausbleibende (vermeintliche) moralische Botschaft durch die Nicht-Bestrafung von Mord zurück, sodass hier auch keine Strafe aus positiv generalpräventiven Gesichtspunkten begründet wäre. Zum Teil ist dies gemäß Braithwaite und Pettit durchaus anerkannt, was sie daran festmachen, dass in Japan gar bei 27% der Verurteilungen wegen Mord die Haftstrafe zur Gänze auf Bewährung ausgesetzt wird.<sup>3</sup>

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass sich absolute und generalpräventive Strafzwecke sehr wohl maßgeblich hinsichtlich der geforderten Strafe unterscheiden können – und somit der Verdacht nahe liegt, dass eine sich als positiv-generalpräventiv verstehende Position, die dennoch für alle Verbrechen eine nach absoluten Kriterien bestimmten Strafe fordert, letztlich eine versteckte Vergeltungstheorie ist.

Ehe dies im Einzelfall bei Hassemer, Jakobs und Hegel überprüft wird, sei jedoch kurz auf den Stellenwert bzw. die begrenzte Reichweite einer solchen normativen Kritik hingewiesen.

(2) Der Wert des eingangs skizzierten Schemas liegt darin, im Falle einer „Zweckformulierung, die so nebulös ist, dass sie von vornherein weder beweis- noch widerlegbar erscheint“, wie dies für die Theorie der positiven Generalprävention durchaus unterstellt werden kann (Prittowitz Risiko, 222), nicht ausgeführte Implikationen, nicht kenntlich gemachte Vorannahmen sowie auch Widersprüchlichkeiten vorhalten zu können. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Realität des Strafrechts in erster Linie von der normativen Debatte bestimmt sei. Vielmehr erfüllt sowohl das Strafrecht als auch bestimmte Strafen, insbesondere die Freiheitsstrafen, gesellschaftliche Funktionen, die „sich unabhängig oder als unbeabsichtigte Folge von Zweckrationalität ereigne[n]“ (Lüderssen, Prinzipiendenken, 877). Ein materialistischer Ansatz mag zur Erklärung des Strafrechts sicherlich gewinnbringender sein als die bloße Analyse des normativen Selbstverständnisses der Teilnehmer am Fachdiskurs. Müller-Tuckfeld vergleicht die normative Straftheorie gar mit

<sup>3</sup> Braithwaite/Pettit, Deserts, 175f. Hinzu gefügt sei, dass nichts desto trotz eine Verurteilung stattfindet. Die mit der Verurteilung einhergehende moralische Botschaft der Unrechtmäßigkeit des Mordes wird in diesen Fällen also nichts desto trotz kommuniziert. (Die Bezifferung dieses Vorgehens auf 27% bezieht sich offensichtlich auf die späten 1980er Jahre. Die Frage inwieweit diese Zahl auch für heute zutrifft, ist im Rahmen dieser Arbeit hinfällig.)  
Betreffend der deutschen Rechtslage bzw. Rechtspraxis weist Müller Tuckfeld neben der Gesetzgebung zu Mord auch für jene zur Abtreibung nach, dass der Rückgriff auf die positive Generalprävention als „Notnagel“

scholastischen Gottesbeweisen. Die Frage nach der Existenz eines legitimen Strafgrundes werde demnach nicht betrieben um die Institution der Strafe tatsächlich zu legitimieren oder zu illegitimieren, sondern vielmehr um das schon vorher feststehende Ergebnis zu bestätigen (Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 128f.). Leicht abgeschwächt formuliert dies auch der ehemalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgericht Winfried Hassemer (siehe Kapitel 3), wenn dieser davon spricht, dass Straftheorien "nicht 'gewählt' [sondern] in einer Kultur und Rechtskultur etabliert" und dabei kulturellen Schemata unterworfen sind, welche vorgeben, ob und in welcher Hinsicht dem Strafrecht Rechtfertigung abverlangt wird (Hassemer, Grundlagen, 284f.).

Eine bloß normative Strafkritik ist also in der Tat naiv, jedoch ist es zynisch, wenn man die Erörterung der Legitimität der Institution mit dem Verweis auf dessen beschränkte Relevanz *beendet*<sup>4</sup>, anstelle diese Erkenntnis herrschaftskritisch zu wenden und zu fragen, woran es denn liegt, dass diese Institution existiert obwohl sie sich normativ womöglich nicht rechtfertigen lässt; oder anders formuliert: warum dieser Teil sozialen Lebens nicht von sozialem Gewissen bestimmt wird.

Diese Vorbemerkung ist vor allem betreffend der Theorie von Jakobs relevant, der seine Theorie als rein *deskriptive* versteht und offensichtlich übersieht, dass auch die wissenschaftliche Beschreibung eines gesellschaftlichen Verhältnisses immer an der Konstruktion desselben beteiligt ist (vgl. Kapitel 3).

Als *normative* Theorie hingegen versteht Hassemer seine Version der positiven Generalprävention und zwar mit einer gänzlich anderen Immunisierung gegen normative Kritik: Unter Verweis auf die Existenz eines Vergeltungsbedürfnisses seitens der Bevölkerung, rechtfertigt sich die staatliche Vergeltung ganz einfach damit, dass diese Vergeltung ohnehin passieren würde – und die staatliche Übernahme der Vergeltung von Normabweichungen dies lediglich in humanere und somit normative wünschenswertere Bahnen lenken kann/soll.

Hassemers, Jakobs und Hegels Straftheorie sollen nun als positive Generalprävention rekonstruiert werden und hinsichtlich der jeweiligen Begründung der vermeintlichen Unabhängigkeit ihrer Theorie von empirischen Voraussetzungen untersucht werden.

---

fungiert, an dem die jeweilige Strafdrohung aufgehängt werden kann, „ohne dass ein offenes Bekenntnis zum Vergeltungsstrafrecht erforderlich ist.“ (Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 50 bzw. 45ff.)

<sup>4</sup> So, wie eingangs im Anschluss an Prittwitz bereits erwähnt, fast alle Rechtswissenschaftler – auch kritische wie David Garland, insofern dieser die Institution der Strafe pauschal zur „necessity in any social order“ erklärt (Garland, sociology of punishment, 11).

### **III. Winfried Hassemer: Staatliche Strafen als Formalisierung sozialer Kontrolle**

Nach Hassemer ist „soziale Kontrolle“, verstanden als Konvolut aus Norm, Sanktion und Verfahren, eine *unverzichtbare Grundbedingung vergesellschafteten Lebens*. Strafrecht ist ein Teilbereich sozialer Kontrolle. Das Strafrecht ist „*eine Form der gesellschaftlichen Verarbeitung von Abweichungskonflikten*“ (Hassemer, Grundlagen, 318) und zwar jene, welche die schärfsten Konflikte verarbeitet, bei denen mildere Reaktionen nicht mehr taugen und leisere Antworten nicht mehr hörbar sind (Hassemer, Grundlagen, 319). In diesem Gesamtsystem der sozialen Kontrolle bzw. der gesellschaftlichen Verarbeitung von Konflikten ist das Strafrecht also ein *Subsystem*, welches in Wechselwirkung steht zu anderen Bereichen sozialer Kontrolle.

Das Strafrechtssystem ist nicht autonom, sondern angewiesen „auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Bestandeskraft der Normen“. Andererseits aber hat die praktische Strafrechtspflege auch Konsequenzen für die Geltung sozialer Normen und deren „Bestandeskraft“ (Hassemer, Grundlagen, 325). Hassemer gibt dafür drei Beispiele: (1) Durch *Entkriminalisierungen* bestimmter Bereiche kann es der sozialen Normen in diesem Bereich ihre Rigidität nehmen (etwa: Entkriminalisierung von Homosexualität), (2) durch *Kriminalisierungen* kann das Strafrecht die öffentliche Aufmerksamkeit für bestimmte Verletzungen sensibilisieren (etwa: Kriminalisierung von Umweltverschmutzung) und (3) durch die *Einführung menschenverachtender Strafen* kann es beispielsweise zu einer Brutalisierung der allgemeinen Sozialkontrolle beitragen (etwa: die Einführung der Todesstrafe) (Hassemer, Grundlagen, 319).

Hassemer grenzt sein Modell der positiven Generalprävention von demjenigen Modell ab, demgemäß Strafrecht auf Normeinübung abzielt, was er Jakobs zurechnet. Das Strafrecht zielt demnach nicht nur auf Normeinübung ab, sondern erfüllt auch unabhängig davon einen Zweck durch die Formalisierung der Verbrechenskontrolle.

„Man kann nicht zugleich Vergesellschaftung und Abschaffung sozialer Kontrolle wollen. Was auch immer den Platz des Strafrechts im System sozialer Kontrolle einnehmen würde – es wäre schlimmer als das Strafrecht. Fortschrittliche Theorie und Politik des Strafrechts ist nicht dessen Abschaffung, sondern die Verfeinerung des Formalisierungskonzepts“ (Hassemer, Grundlagen, 332). Hassemer meint dies nicht in unkritischer Affirmation der bestehenden Rechtslage bzw. Rechtsprechung, sondern sieht in formalisierter strafrechtlicher Sozialkontrolle eine Aufgabenbestimmung, einen „Vorgriff auf einen idealen Zustand des Strafrechtssystems, nicht die Beschreibung seiner Gegenwart“ (Hassemer, Grundlagen, 329). Im Idealfall können Strafrecht und Strafe „zu einem normativ begründeten *Vorbild humanen Umgangs mit Abweichung* werden“ (Hassemer, Grundlagen, 326).

Neben den offensichtlichen Vorzügen einer strafrechtlichen Sozialkontrolle (nicht in Hast verfahren, entemotionalisiert, distanziert und damit Gleichgewicht zulassend) fügt Hassemer dabei

explizit hinzu, dass die Vorbildfunktion auch darin bestehe, dass das Strafrecht Grenzen der Normbildung und Sozialkontrolle markiert und einhält, also Zurückhaltung und Mäßigung übt, sodass die freiheitsvernichtenden Momente nicht gegenüber den freiheitsverwirklichenden Momenten überwiegen (vgl. Hassemer, Grundlagen, 322; 326).

Fernab einer Vergeltung als Selbstzweck scheint es gemäß Hassemer also darum zu gehen, eine Sozialkontrolle, die ohnehin stattfinden würde in eine formalisierte und humanere Form der *strafrechtlichen* Sozialkontrolle zu bringen. Hassemer selbst führt diesen Aspekt nicht näher aus, jedoch lassen sich auch unabhängig etwa von einem Verweis auf die bloße Möglichkeit von Lynchmobs zahlreiche empirische Beispiele dafür bringen, wie die Bevölkerung als Reaktion auf ein unbefriedigendes, ungerechtes Gerichtsurteil die Justiz gewissermaßen selbst in die Hand genommen hat. Für die jüngere deutsche Geschichte kann etwa festgehalten werden, dass die partielle Radikalisierung der Studentenbewegung zu Terrorgruppen maßgeblich auf den Freispruch des Polizisten Heinz Kurras nach der Erschießung von Benno Ohnesorg am 2. Juni 1967 zurückgeht. Die persönlichen Beweggründe von Heinz Kurras – sei es nun im Auftrag der Stasi geschehen oder nicht – sind dafür wenig bedeutend. Entscheidend ist, dass es weder zu einer gerichtlichen Verurteilung noch zu einer symbolische bzw. informellen Sozialkontrolle durch eine Verurteilung der Tat seitens der Politik kam.<sup>5</sup>

Ein weiteres Beispiel aus der neueren Geschichte dafür, dass die Nicht-Befriedigung eines Vergeltungsbedürfnisses zur Selbstjustiz führen kann, ist der Brand des Justizpalastes in Wien im Jahre 1927. Dieser wurde (im Rahmen einer Demonstration des Schutzbundes) gestürmt und kurzerhand angezündet, nachdem am Vortag der Schattendorfer Prozess mit einem Freispruch beendet wurde.<sup>6</sup> Anstelle einer Belegung der Auseinandersetzung zwischen den Konfliktparteien führte dies vielmehr in bürgerkriegsähnliche Zustände bzw. in Formen der Auseinandersetzung fernab der staatlich vorgegebenen Normen.

In der Tat ist eine formalisierte, angemessene strafrechtliche Antwort wünschenswerter als eine Selbstjustiz der Verbrechenopfer. Mit dieser Argumentation verknüpft Hassemer die Notwendigkeit

<sup>5</sup> Vgl. die Eigenbezeichnung der Gruppe "Bewegung 2. Juni". Gewiß ging es den militanten Gruppen dabei keineswegs nur um die „soziale Kontrolle“ der Staatsgewalt auf Einhaltung rechtstaatlicher Normen, sondern auch um die Bekämpfung eben jener Normen, welche die Justiz verteidigen soll. Zentrales Moment der Begründung ist jedoch die Nicht-Gewährung jener Freiheit, welche dem Selbstanspruch nach auch der liberale Rechtsstaat verspricht. (vgl. etwa Gudrun Ensslin in: Brief an 883: Die Rote Armee aufbauen, in: A 883 (5.6.1970): „Daß ein Ende der Bullenherrschaft abzusehen ist! (...) Was heißt: Die Konflikte auf die Spitze treiben? Das heißt: Sich nicht abschlagen lassen. Deshalb bauen wir die Rote Armee auf.“)

[Entscheidend ist an dieser Stelle nur, dass die RAF diese Wahrnehmung hatte, dass diesem Befund zugestimmt werden kann bzw. die von der RAF in Folge gewählt Form der Gegengewalt legitim sei, soll damit nicht gesagt sein.]

<sup>6</sup> Bei einer unbewaffneten Demonstration des linksgerichteten "Republikanischen Schutzbundes" in Schattendorf wurden ein Mann und ein Kind von Anhängern der rechtsgerichteten „Frontkämpfervereinigung“ durch Schüsse in die Menge getötet. Alle drei Täter wurden nicht verurteilt. Die Demonstration in deren Rahmen der Justizpalast angezündet wurde, wurde in der Folge von der Polizei mit Waffengewalt aufgelöst, wobei 89 Demonstranten ums Leben kamen.

einer strafenden Reaktion untrennbar mit der kontingenten Existenz eines empirisch vorgefundenen Bedürfnisses nach Vergeltung seitens der Bevölkerung. Nichtsdestotrotz behauptet Hassemer: „Eine Vorstellung von positiver Generalprävention (...) verlangt empirische Bestätigung nur hinsichtlich desjenigen Aspekts, der sie mit der Integrationsprävention [d.i.: die Günter Jakobs zugeschriebene Variante positiver Generalprävention, V.B.] verbindet: hinsichtlich der Normeinübung, nicht aber hinsichtlich desjenigen Aspekts, der sie von der Integrationsprävention unterscheidet: hinsichtlich der Formalisierung der Verbrechenskontrolle. Der Aspekt der *Formalisierung* hat *normativen Charakter*, er ist die reformulierte Botschaft der Tatvergeltungslehre, er überlebt auch ohne empirische Bestätigung, er ist verordnet und nicht vorgefunden.“ (Hassemer, Grundlagen, 328)

Mit der Anerkennung, dass das „Eingeübt-Sein“ einer Norm seitens der Bevölkerung eine empirische Größe ist, erkennt Hassemer einen Punkt an, den Jakobs letztlich verkennt (siehe Kapitel 3). Der Aspekt der vorbildhaften Vorlebung humanen Umgangs mit Normbrüchen ist ein Argument, dass zwar als Rechtfertigung des *Strafrechts* (bzw. der Fällung von Schuldsprüchen) nicht auf empirische Größen angewiesen ist, sehr wohl aber was (zusätzlich zur richterlichen Verurteilung) die Verhängung von *Strafen* betrifft. Dass ein zivilrechtlicher Schadensausgleich bzw. die soziale Scham als Konsequenz der Verurteilung (zumindest bei bestimmten Verbrechen) nicht ebenso ausreicht, um Reaktionen der Selbstjustiz ausbleiben zu lassen, ist sehr wohl eine Behauptung, die auf einer empirischen Prämisse aufbaut.

Tatvergeltung impliziert mehr als bloß die Formalisierung des Umgangs mit Normbrüchen. Wenn Hassemer in der "*reformulierten Botschaft der Tatvergeltungslehre*" auch empirieunabhängig einen normativen Wert sieht, bleibt es zumindest merkwürdig ambivalent, ob hier nicht doch letztlich die Vergeltung normativ als *Selbstzweck* gesetzt wird.

#### **IV. Günter Jakobs: Staatliches Strafen als Einübung in Normentreue**

Jakobs bezeichnet sein "Modell der Aufgabe staatlichen Strafens" als „*Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung* (sogenannte positive oder allgemeine – d.h. nicht nur abschreckende – Generalprävention)“ (Jakobs, Strafrecht, 14). Er bezieht sich dabei explizit auf Hegels Straftheorie, welche er als absolute Theorie charakterisiert (Jakobs, Strafrecht, 16f.), dies jedoch in einer „Gestalt, deren Differenz zur hier vertretenen positiven Generalprävention gering ist“ (Jakobs, Strafrecht, 17). Die Differenz sieht er darin, dass sein eigenes Bezugssystem die Bestandsbedingungen der Gesellschaft seien, jenes von Hegel hingegen der Begriff des Rechts. Dem sei gleich an dieser Stelle entgegengehalten, dass dies auch bei Hegel praktisch in eins fällt, insofern Hegel von „Recht“ in einem weiteren Sinne als Verwirklichung bzw. Dasein der Freiheit

versteht.<sup>7</sup> Georg Mohr verwendet Jakobs Einführung in das (deutsche) Strafrecht von 1991 (von dem auch im Folgenden, unter anderem, ausgegangen wird) sogar direkt als Sekundärliteratur zu Hegel, indem Zitate aus Jakobs Straftheorie kommentarlos zur Darstellung der Hegelschen Position verwendet werden (vgl. Mohr, Unrecht und Strafe). Für bestimmte Aspekte wird umgekehrt auch die folgende Darstellung der Theorie Jakobs die Darstellung Hegelscher Denkfiguren beinhalten, dies jedoch wird jeweils explizit kenntlich gemacht.

Jakobs geht ausdrücklich von der Prämisse aus, dass das Funktionieren von Gesellschaft Erwartenssicherheit bei sozialen Kontakten voraussetzt. Eben diese soll Strafe – oder etwas funktional Äquivalentes<sup>8</sup> – garantieren.<sup>9</sup> „Eine Rechtfertigung, so zu verfahren, gibt das Modell nicht; es setzt vielmehr voraus, dass die gesellschaftliche Ordnung die Kosten wert ist, die dem Normbrecher auferlegt werden“ (Jakobs, Strafrecht, 15). Jakobs übersieht mit dieser Feststellung, dass die Rechtfertigbarkeit dieses Modells nicht nur von der Frage abhängt, ob es legitim ist, dem Täter Leid aufzubürden zugunsten des allgemein Normvertrauens, sondern auch von zwei empirischen Prämissen, die Jakobs einfach implizit übergeht:

1. Die Annahme, dass durch den Normbruch in Form des Verbrechens tatsächlich das allgemeine Normvertrauen beeinträchtigt wird.
2. Die Annahme, dass das allgemeine Normvertrauen durch Strafe tatsächlich wiederhergestellt bzw. nennenswert stabilisiert wird.<sup>10</sup>

Ad 1.: Jakobs postuliert schlechthin: „durch den Bruch strafrechtlich garantierter Normen entsteht auch ein öffentlicher Konflikt“ (Jakobs, Strafrecht, 8), denn menschliches Verhalten *bedeutet* auch etwas, wie ein ausgesprochener Satz etwas bedeutet. Im Falle eines Normbruchs bedeutet das Verhalten eine „Desavouierung“, eine Infragestellung der Norm. Der Widerspruch gegen diese Anzweiflung ist die Strafe (Jakobs, Strafrecht, 9). Stellt jeder Normbruch eine Infragestellung der Norm dar? Jakobs präzisiert: „Diese Desavouierung bewirkt in dem Maß einen sozialen Konflikt, indem die Norm als Orientierungsmuster in Frage gestellt wird“ (Jakobs, Strafrecht, 9). Die Frage, ob davon ausgegangen werden kann, dass ein Normbruch stattfindet, wird als Problem der Zurechnungslehre benannt.

Spätestens hier wird der Bezug auf bestimmte Elemente der Straftheorie Hegels unübersehbar.<sup>11</sup> Denn Hegels Figur der *Ehrung des Verbrechers durch Bestrafung* meint eben dies. Denn, so Hegel,

<sup>7</sup> vgl. dazu Hegel, GPR, § 33Z: „Wenn wir hier vom Rechte sprechen, so meinen wir nicht bloß das bürgerliche Recht, das man gewöhnlich darunter versteht, sondern Moralität, Sittlichkeit und Weltgeschichte, die ebenfalls hierher gehören“.

<sup>8</sup> vgl. Jakobs, Strafrecht, 5, Fn1.

<sup>9</sup> Jakobs, Strafrecht, 15.

<sup>10</sup> Die zweite Prämisse müsste letztlich sogar noch voraussetzungsreicher formuliert werden um aus heutiger Sicht akzeptabel zu sein: „Die Annahme, dass eine *nicht drakonische, verhältnismäßige* Strafe einen positiven Effekt erzielt, der *zudem nicht unverhältnismäßige Einbüßen an anderen Werten voraussetzt.*“

„in seiner als eines *Vernünftigen* Handlung liegt, [dass sie etwas Allgemeines], dass durch sie ein Gesetz aufgestellt ist“ (GPR, § 100). Die Zuschreibung von Vernunft (Hegel) bzw. „Zurechnungsfähigkeit“ (Jakobs) meint also die Zuschreibung der Fähigkeit die Wirkung des eigenen Verhaltens überblicken zu können (Jakobs, Strafrecht, 9; ders., Funktionalismus, 860ff.). Während dies gemeinhin das Kriterium für Vorwerfbarkeit ist, also dafür, inwieweit jemand überhaupt für die *Folgen der Tat* verantwortlich gemacht werden kann, geht es bei Hegel und Jakobs darum, die Handlung als Expression interpretieren zu können. Mit Jakobs gesprochen ist jedes Verbrechen „wie ein ausgesprochener Satz“ eine Behauptung, und zwar eine bestimmte Art von Expression (sprechakttheoretisch gesprochen: eine deklarative), nämlich: „Hiermit stelle ich die Norm in Frage und erkläre sie für unmaßgeblich“ (Jakobs paraphrasiert, vgl. ders., Strafrecht, 9ff.<sup>12</sup>). Dies entspricht auch Hegel, der nicht einfach nur von der faktischen Beanspruchung einer *Ausnahmeregel* seitens des Verbrechens spricht, sondern davon, dass durch die verbrecherische Handlung ein Gesetz im Sinne von etwas *Allgemeinem* aufgestellt wird (vgl. GPR, §§ 100; 218 Z).<sup>13</sup>

Die tatsächliche Bedrohung der allgemeinen Anerkennung der Norm durch eine individuelle Normabweichung (und Abwehr dieser Gefahr durch Strafvollzug), so kann festgehalten werden, bleibt bei Jakobs ein nicht weiter gerechtfertigtes Postulat.

Jakobs spricht vom deutschen Strafrecht, in dem Verbrechen (anders als bei Hegel, siehe unten) gleichsam für *jede* Form (selbstverschuldeter, nicht geringfügiger) Normübertretung steht. Zwar wird bewusst ein großer Teil von Normübertretungen überhaupt nicht kriminalisiert bzw. im Falle von nur geringem bzw. mangelndem ethischem Unwert, nur als *Ordnungswidrigkeit* definiert, aber es gibt keine Differenzierung - so wie Hegel dies vorsieht - nach dem Kriterium, ob dem Normbrecher eine nach außen offenkundige *Norminfragestellung* zurechenbar ist.

Da Jakobs aber eine solche mit der faktischen Normübertretung einhergehende *Expression* schlechthin bei allen Verbrechen unterstellt, scheint er jene Abgrenzung nicht für nötig zu erachten, welche Hegel für seinen Verbrechensbegriff trifft: jene zwischen *Unbefangenen Unrecht, Betrug* und *Verbrechen*.

---

<sup>11</sup> Jakobs benennt die Ähnlichkeit seiner Theorie zu jener Hegels (Jakobs, Strafrecht, 17), allerdings nicht an dieser Stelle.

<sup>12</sup> Vgl. Auch Jakobs, Funktionalismus, 844: „Erst im kommunikativen Verständnis der Tat als normwidersprechende Behauptung und der Strafe als normbestätigende Antwort mag sich ein umumgehbarer und in dem Sinn vernünftiger Zusammenhang zeigen“.

<sup>13</sup> „Selbstwidersprüchlich“, wie etwa Schnädelbach unkritisch als folgerichtige Bestimmung übernimmt (Hegels praktische Philosophie, 216), ist die Handlung des Verbrechens noch keineswegs, nur weil sie (im Gegensatz zum Betrug) offenkundig begangen wurde und zudem von einem Individuum, dem Vernunft unterstellt wird. Während die Anerkennung des Verbrechens als Vernünftiger tatsächlich eine Ehrung darstellt (im Gegensatz etwa zum Verbrecherbild der Abschreckungstheorien) ist der Zusatz, dass die Handlung des Verbrechens nichtig sei (GPR, § 101), weil sie sich selbst widerspricht, eine zynische Ehrung. Nur etwa bei bestimmten politischen Straftaten würde man dem Verbrecher gerecht bzw. ihn „ehren“, wenn man ihm unterstellt, die Handlung mit der er das bestehende Gesetz übertreten hat, als *legale* bzw. *allgemeine* etablieren zu wollen (statt einfach nur sich selbst vom Gesetz ausnehmen zu wollen und trotzdem zu hoffen, dass dies möglichst *kein* anderer macht.)

Unbefangenes Unrecht – jene Fälle von Normübertretungen, die schon allein deswegen nicht expressiv sind, weil sie unwissend vollzogen werden (GPR, § 86 Z) - kann hier außen vor gelassen werden, da auch dieses nicht in den Verbrechensbegriff fällt, von dem das deutsche Strafrecht bzw. Jakobs ausgehen.<sup>14</sup>

Unter Betrug fasst Hegel jene Fälle von zurechenbaren Normbrüchen, bei denen nicht nur der Normbruch geheim bleibt, sondern auch der Geschädigte nicht bemerkt, dass er Opfer eines Normbruchs wurde (GPR, § 87 Z).<sup>15</sup> Nimmt man Jakobs wörtlich, müssten diese Fälle von gravierender Normübertretung, der Betrug, straffrei bleiben. Denn, so Jakobs, „[e]ntsprechend der Lokalisierung von Normbruch und Strafe auf der Ebene der Bedeutung, nicht der äußeren Verhaltensfolgen, darf als Aufgabe der Strafe nicht die Vermeidung von Güterverletzungen angesehen werden. Aufgabe ist vielmehr die Bestätigung der Normgeltung, wobei Geltung mit Anerkennung gleichzusetzen ist“ (Jakobs, Strafrecht, 9f). Eben diese Anerkennung, wie Hegel überzeugend argumentiert, ist offensichtlich nicht betroffen im Fall von Betrug. Gegen Jakobs kann also festgehalten werden, dass die Geltung der Norm im Falle des Betrages nicht bestätigt werden müsste, weil in diesem Fall zwar die Norm gebrochen wurde, aber die Norm nicht in Frage gestellt wurde. Freilich erachtet Jakobs nichts desto trotz auch den Betrug als Verbrechen.

Unabhängig davon, ob dem Verbrechen eine damit einhergehende normative Botschaft zugerechnet werden kann, also selbst wenn die von Jakobs unterstellte Botschaft geradezu intendiert sein sollte, wäre damit noch keineswegs bewiesen, dass *diese* Botschaft auch tatsächlich beim Rezipienten "ankommt" (noch dass sie gegebenenfalls tatsächlich eine Norminfragestellung zur Folge hätte). Hegel und Jakobs unterstellen an dieser Stelle ein simplifizierendes Kommunikationsmodell, in dem jede Handlung eine feste, objektive Bedeutung hat, die auch von allen mehr oder weniger ident verstanden wird. Die bloße Erkenntnis, dass das *Funktionieren* einer Gesellschaft (Jakobs) bzw. das Bestehen einer Gesellschaft unter der Bedingung des Daseins der Freiheit (Hegel) die Einhaltung bestimmter Normen des Zusammenlebens voraussetzt - in dieser Grundsätzlichkeit eine triviale Feststellung - impliziert noch keineswegs, dass eine verbrecherische Übertretung der Norm die normative Richtigkeit der Norm bestreitet.

In der Tat: Könnte ich mein Haus nicht verlassen, wenn ich nicht darauf vertrauen kann, nicht an der nächsten Ecke ermordet zu werden (negative Freiheit), und könnte ich nicht darauf vertrauen, dass ich auch morgen noch etwa Zugang zu Nahrung haben werde (positive Freiheit), wird nicht nur Gesellschaft, sondern auch mein rein persönliches Dasein unmöglich. Und auch weniger pauschal gefasst ist diese Einsicht unabweisbar: Selbst wenn sich nur Einzelne nicht an "die Normen" halten,

<sup>14</sup> Zwar schützt Unwissen nicht vor Rechtsfolgen; die Anwendung dieses Grundsatzes erfolgt jedoch nach der Logik, dass die Unkenntnis fahrlässig bzw. selbst verschuldet ist – und das Unrecht insofern also doch als Gewolltes verstanden werden kann.

<sup>15</sup> Das Verbrechen ist schließlich dasjenige "eigentliche Unrecht (...), wo weder das Recht an sich noch [das Recht], wie es mir scheint, respektiert wird, wo also beide Seiten, die objektive und subjektive, verletzt sind" (GPR, § 90 Z). Dazu später.

beeinträchtigt dies bei bestimmten Normen meine positive und negativen Freiheiten auf eine nicht akzeptable Art und Weise. Bei einer Vielzahl von Verbrechen ist „die Allgemeinheit“ (an die sich die Strafe ja richtet) allerdings weder faktisch bedroht noch fühlt sie sich bedroht. (Dass bloße Verbrechensangst als Güterverletzung gelten kann ist zudem nicht unkontrovers, sei hier aber durchaus zugestanden.) So passieren etwa die meisten Morde – für welche ja lebenslängliche Haft droht – im engeren Bekanntenkreis. Dementsprechend besteht hier auch eine nur marginale Rückfallsquote. Kurzum: Niemand fühlt sich bedroht wenn er von einem Mord erfährt – sofern es sich nicht um jene Fälle handelt, die jeden treffen könnten („Psychopathen“, „Terroristen“, etc.), die aber Ausnahmefälle sind. Und selbst wenn diese Morde interpretiert werden als kommunikativer Akt der Infragestellung der Norm ist es absurd einfach zu unterstellen, dass deswegen jemand für sich die Frage stellt, ob er nicht auch mal einen Mord begehen könnte, wenn denn der Staat gar nichts dagegen tue.<sup>16</sup>

Es gibt also auch durchaus jenseits des Betrugs (bzw. des unmerklichen und damit unkommunikativen Normbruchs) Fälle von Verbrechen, die keineswegs eine allgemeine Destabilisierung der Anerkennung einer Norm zur Folge haben. Dem mag widersprochen werden, aber auf alle Fälle ist es eine *empirische Prämisse* (von Jakobs und Hegel), die nicht einfach als selbstevidente Voraussetzung untergeschoben werden kann.

Ad 2.: Ebenso wenig kann auch die zweite von Jakobs und Hegel implizit getroffene Prämisse (siehe oben) als empirisch voraussetzungslos ausgewiesen werden. In der Tat hat der Staat das Recht durchgesetzt, indem er den per Verbrechen unrechtmäßig erworbenen Vorteil wieder ausgleicht. Die Frage ist nur, was heißt das? bzw. was genau ist nachher wiederhergestellt, was zuvor negiert war?

Würde sich Jakobs als Vertreter einer absoluten Straftheorie verstehen, wäre dies sofort evident. Das abstrakte Äquilibrium ist wieder ausgeglichen, die "Befriedigung der Gerechtigkeit" ist erreicht und im Sinne eines weltlichen Zweck ist bloß ein Rache- bzw. Vergeltungsbedürfnis befriedigt. Jakobs versteht sich aber als Vertreter der Theorie der positiven Generalprävention. Davon, dass Individuen ihre Vorstellung davon, was moralisch richtig ist, von der Aktivität von Gerichten abhängig machen, kann eine Theorie der Generalprävention nicht einfach ausgehen.

Mehr noch, wie Müller-Tuckfeld richtig aufzeigt, kann es durchaus sein, dass die Bestrafung für die Erhaltung die Legitimität einer Ordnung, nicht nur funktionell wirkungslos ist, sondern gar kontraproduktiv ist (Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 68). Eine funktionale Rechtsdefinition kann daher höchstens den Wert einer „negierenden Reaktion“ bestimmen, nicht aber den Wert der Strafe ableiten, auch wenn es sich bei der Betrachtung vieler Systeme bzw. vieler Staaten empirisch

---

<sup>16</sup> Nur jemand der aus *Angst* vor der Strafe und nicht aus Anerkennung der Norm bislang vom Verbrechen abgesehen hat, würde dann freilich sofort aktiv werden. Aber dies ist eine negativ generalpräventive Rechtfertigung, um die es gemäß Jakobs explizit nicht geht.

bewahrheiten sollte. Während Jakobs 1991 (Strafrecht, 5, Fn1; 10) davon spricht, dass Strafe durch funktionale Äquivalente ersetzt werden kann, tritt er davon erstaunlicherweise in einer späteren Publikation von 1995 implizit zurück, indem er sagt, die Strafe „ist in diesem Verständnis [dem funktionalistischen, V.B.] nicht nur ein Mittel zur Erhaltung der gesellschaftlichen Identität, sondern ist bereits diese Erhaltung selbst.“ (Jakobs, Funktionalismus, 844) „Empirische Untersuchungen zur positiven Generalprävention“, so Jakobs im Anschluss daran,

„müssen deshalb stets ein wenig deplaciert wirken; sie betreffen das Umfeld, scil. die individual- oder sozialpsychologischen Folgen, nicht aber den Kern der Theorie: *Strafrecht stellt auf der kommunikativen Ebene die gestörte Ordnung schlechthin immer wieder her*, wenn überhaupt ernsthaft ein Verfahren wegen einer Normverletzung betrieben wird, und das heißt zugleich, damit werde die unveränderte Identität der Gesellschaft *dargestellt*. Empirisch fassbar sind an diesem Vorgang einzig die Straftat, das Verfahren und der Zusammenhang beider; nicht empirisch fassbar ist insbesondere die Bestätigung der Identität; denn sie ist nicht Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung.“ (Jakobs, Funktionalismus, 844f.)

Jakobs wendet sich in dieser späteren Publikation also immer mehr von *relativen* Zwecksetzungen (die faktischen individuellen Einstellungen der Bürger sowie deren Vertrauen in die Norm) ab und der Strafe einen Selbstzweck unterstellenden Formulierungen zu. Dass Strafrecht garantiert, so Jakobs, „nur eines: dass dem (...) Sinnausdruck, die Norm gelte nicht, widersprochen wird“ (Jakobs, Funktionalismus, 865). Jakobs schiebt die Frage der empirischen Wirksamkeit nicht nur in eine nicht weiter definierte Sphäre ab, sondern konstatiert, dass die Strafe auch unabhängig von sozial- und individualpsychologischen Zwecken schon für sich etwas bedeutet, nämlich „Selbstvergewisserung“ (Jakobs, Funktionalismus, 844).

Es fragt sich nur, was dieser nicht indirekt auf den *Zweck* der Normen abzielende Wert sein soll, wenn nicht ein selbstzweckhafter oder etwa die Autoritätshörigkeit als solche um vielleicht ganz andere Interessen zu schützen?

## **V. Hegel als Kronzeuge einer Vergeltungslehre? Rekonstruktion und Einordnung der Straftheorie Hegels**

### **1) Die Rezeption Hegels als Vertreter einer absoluten Straftheorie**

Schon in Hegels Realphilosophie von 1805/06 finden sich Ausführungen zu Strafe und Strafrecht. Die folgenden Ausführungen werden sich jedoch rein an dem Hauptwerk der praktischen Philosophie Hegels orientieren, den Grundlinien der Philosophie des Rechts () von 1820. Hegels

Straftheorie wird in der Regel als absolute Straftheorie verstanden<sup>17</sup>, die präventive Ziele zwar berücksichtigt und durchaus gutheißt, dies aber eindeutig dem absoluten Strafziel nachordnet. Die in dieser Arbeit vertretene These ist, dass Hegels Straftheorie als Theorie positiver Generalprävention zu rekonstruieren ist<sup>18</sup> - bzw. am *plausibelsten* solchermaßen zu rekonstruieren ist, ohne damit andere Lesarten für gänzlich unplausibel erklären zu wollen.

Im Sinne der eingangs getroffenen begrifflichen Unterscheidung impliziert die Einordnung Hegels als Vertreter einer positiven Generalprävention, dass der Zweck der Festigung der Normentreue nicht nur ausschlaggebend ist zur Bestimmung des Strafmaßes, sondern auch der Grund ist, warum überhaupt gestraft werden soll.

Insofern ist die hier vertretene These auch "stärker" als jene von Vittorio Hösle, demnach der Strafzweck nach Hegel "im wesentlichen" die Sicherung der Gesellschaft sei (Hösle, Hegels System, 507), sowie auch jene von Müller-Tuckfeld, demgemäß (ausgehend von der Unterscheidung zwischen Strafgrund, Strafmaß und Strafzweck) bei Hegel lediglich der Strafgrund absolut gesetzt ist (Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 285).

Ebenso verschieden, wenn auch sehr ähnlich, ist die hier vertretene Lesart von jener Georg Mohrs. Dessen Interpretation nach spricht Hegel „der Strafe als ihrem immanenten Zweck die Aufgabe einer positiven Generalprävention zu, die darin besteht, die Normgeltung zu bekräftigen“ (Mohr, Unrecht, 109), aber letztlich sei „Hegels Begriff und Legitimierung der Strafe (...) der absoluten Straftheorie zuzurechnen“ (Mohr, Unrecht, 111). Nichtsdestotrotz charakterisiert Mohr Hegel nicht als Vertreter einer absoluten Straftheorie, sondern sieht das "differenzierte Bild einer modernen 'Vereinigungstheorie', die zwischen der nur *vergeltungstheoretischen* zu begründenden Gerechtigkeit der Strafe als Institution und der *präventionstheoretisch* zu spezifizierenden Gerechtigkeit des Strafmaßes unterscheidet" (Mohr, Unrecht, 119).

Die Differenz meiner These zu jener von Mohr - ebenso wie zu Müller-Tuckfeld - mag letztlich nur ein begriffliches Detail betreffen - jedoch eines das folgenreich ist: Wenn der Strafgrund absolut sei (Müller-Tuckfeld) bzw. eine theoretisch begründete Strafgerechtigkeit vorliegt, so wird unterstellt, dass nach Hegel der Strafe schon rein aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten *Wert* zukommt.

Demgegenüber wird hier vertreten, dass Hegel mit dem vergeltungstheoretischen Theorem ("der

---

<sup>17</sup> Zur Verbreitung der Rezeption Hegels als Anhänger einer absoluten Straftheorie - wie es zudem sowohl im Strafrechtslehrbuch von Jakobs (Strafrecht, 16f.) als auch von Roxin (Strafrecht, 72) vertreten wird - vgl. Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 281. Müller-Tuckfeld zeigt diese Hegel-Interpretation unter anderem auf für: Ulrich Klug: Abschied von Kant und Hegel, Frankfurt/Main 1968 ; Diethelm Kleszczewski: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlin 1991, 200 ; Igor Primoratz: Banquos Geist, Bonn 1986, S. 71ff.

In der vorliegenden Abhandlung aus Zeitgründen nicht näher besprochen wird Hegels – in der Tat vergeltungstheoretische – Auffassung von der Unabdingbarkeit der Todesstrafe im Fall von Mord (GPR, § 101Z). Das Übergehen der dortigen Argumentation sei damit begründet, dass sie auch aus vergeltungstheoretischer Sicht Hegels Gesamtargumentation zuwiderläuft bzw. auch in ihren logischen Voraussetzungen als fehlerhaft betrachtet werden kann (dies nachweisend: Hösle, Hegels System, 507ff.).

<sup>18</sup> Dieser Einschätzung folgend: Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 281; 287; 293, sowie auch Hösle, demgemäß der Zweck der Strafe nach Hegel der "im wesentlichen" die "Sicherung der Gesellschaft" sei. (Hösle, Hegels System, 507.)

Verbrecher verdient die Strafe") nur die *Zulässigkeit* der Strafe nachweisen will - und zwar für jene, die sich schuldig gemacht haben. Hegel formuliert eine vergeltungstheoretische *Beschränkung*: Nur dann wenn die Person schuldig ist, ist es *nicht ungerecht*, sie zu bestrafen. Das heißt jedoch nicht, dass der Umkehrschluss zutrifft, dass die Strafe aus Gerechtigkeitsgründen verhängt werden *muss*. Auch entsprechend der hier vertretenen Lesart ist Hegels Theorie also eine Vereinigungstheorie: Nicht in dem Sinne dass der Strafe Wert *sowohl* durch ihre Präventionswirkung *als auch* durch die so vollzogene Vergeltung zukommt, sondern weil der (alleinige) Strafzweck der Prävention, von vergeltungstheoretischen Motiven *beschränkt* wird: nämlich durch die Einschränkung (1) nicht überproportional und (2) überhaupt nur Unschuldige zu bestrafen - auch wenn dies unter utilitaristischen Gesichtspunkten nützlich wäre. Sehr wohl zulässig nach Hegels Straftheorie ist eine nach Vergeltungsgesichtspunkten *unterproportionale* Bestrafung.<sup>19</sup>

Von dieser Differenz im Verständnis der Hegelschen Straftheorie hängt es ab, ob dieser gemäß gar eine strafrechtliche Verurteilung *ohne* Verhängung einer Strafe - wie dies (siehe Kapitel 2) gemäß Braithwaite/Pettit selbst in bestimmten Fällen von Mord wünschenswert ist bzw. etwa in Japan auch teilweise zur richterlichen Praxis wurde - zulässig ist oder nicht.

Hegel verneint diese Frage, aber, so meine These, nicht weil er der Vergeltungslogik folgt und dies mit einer abstrakt verstandenen Gerechtigkeit unvereinbar sieht, sondern weil er in seiner positiv generalpräventiven Argumentation empirische Annahmen trifft, die er nicht als solche erkennt:

1. Eine individuelle Normübertretung hat auf den Rest der Bürger den Effekt, diese Norm nicht mehr für wichtig zu erachten.
2. Durch die Strafe nehmen die Bürger wieder die Überzeugung an, dass die Norm richtig ist (und zwar aus Einsicht in die Vernünftigkeit der Norm, und nicht aus Angst vor den unangenehmen Konsequenzen eines etwaigen Normbruchs).

Ehe gezeigt wird, dass Hegel diese – der Sache nach: empirischen - Annahmen trifft ohne sie als solche zu erkennen bzw. benennen, sei zunächst die positiv-generalpräventive Interpretation der Hegelschen Straftheorie rekonstruiert.

## 2) Hegels Straftheorie als genuine Theorie der positiven Generalprävention

Nachgezeichnet sei im Folgenden sowohl der Strafbegriff im Abschnitt zum abstrakten Recht als auch Hegels Ausführungen zur Institution des Strafrechts im Abschnitt zur bürgerlichen Gesellschaft. Hegel leitet den Begriff der Strafe aus dem Begriff des Unrechts sowie jenen des Zwangs her.

---

<sup>19</sup> Eine solche Vereinigungstheorie vertritt etwa auch John Rawls (Two Concepts of Rules, 337ff.).

Hegel bestimmt das "Unrecht" als eine bestimmte Art von Handlung bzw. Wille und zwar als jene, die dem "an sich seienden Recht" zuwiderhandelt (GPR, § 81). Diese Entgegensetzung des Rechts ist nach Hegel ein "Schein", dessen Wahrheit es ist, "dass er nichtig ist". Die Wiederherstellung des Rechts erfolgt durch die Negation dieser Negation (GPR, § 82). Was genau wird durch die Negation der Negation wieder hergestellt?

Hegel präzisiert: Durch die Rückkehr aus seiner Negation zu sich selbst bestimmt sich das Recht als "*Wirkliches* und Geltendes" (GPR, §82) und erhält "die Bestimmung eines Festen und Geltenden" (GPR, § 82 Z). Hegel fügt hinzu, dass das Recht erst jetzt "*wirklich*" sei, "denn Wirklichkeit ist das, was wirkt und sich in seinem Anderssein erhält, während das Unmittelbare noch für die Negation empfänglich ist" (GPR, § 82). Noch ehe Hegel die verschiedenen Arten des Unrechts expliziert und die Besonderheit des Verbrechens hervorhebt, lassen sich bereits zwei Zwecksetzungen erkennen:

Zum einen hat die Negation des Unrechts die Funktion zu ermöglichen, das Recht überhaupt erst zu finden bzw. herauszufinden. Zum anderen stellt Hegel klar, dass die Negation der Negation nicht auf etwas rein Abstraktes<sup>20</sup> zielt, sondern darauf, dass das Recht "wirkt" bzw. "gilt", also in irgendeinem Sinne bei der Beeinflussung menschlichen Handelns maßgeblich ist.

Das Verbrechen ist nun jene Art des Unrechts, bei dem Zwang ausgeübt wird, und zwar in zweifacher Hinsicht: Erstens gegen das "Dasein meiner Freiheit in einer *äußerlichen* Sache" (GPR, § 94) und zweitens gegen das Recht als Recht (GPR, § 95). Die Negation des Verbrechens ist die Aufhebung dieses Zwangs durch einen "zweiten Zwang, der ein Aufheben eines erstens Zwanges ist" (GPR, § 93). Dieser Zwang hat eine zivilrechtliche und eine strafrechtliche Komponente. Die "Aufhebung der Verletzung als einer Beschädigung ist die zivile Genugtuung als *Ersatz*" (GPR, § 98), die Verletzung des Rechts als Rechts hingegen betrifft die "Sphäre des *peinlichen Rechts*" (GPR, § 95). Aber was genau ist dieses etwas, das verletzt ist, wenn das "Recht als Recht" verletzt wird?

Aus vergeltungstheoretischer Perspektive gäbe es zwei Kandidaten:

1. Die Gerechtigkeit als solche bzw. das Recht an sich.
2. Die "Werthaftigkeit" des Opfers als unabhängig vom psychischen, physischen bzw. materiellen Schaden verstandene abstrakte bzw. symbolische Größe.

Unabhängig davon, ob dies überhaupt sinnvolle bzw. kohärent vorstellbare Entitäten sind, kann festgehalten werden, dass absolute Straftheorien (sofern sie überhaupt etwas anderes als der gezähmte Ausdruck eines Racheverlangens sind) stets mit der Vorstellung einer abstrakten Entität arbeiten, die aufgrund des Verbrechens irgendwie aus dem Gleichgewicht geraten ist und durch die

<sup>20</sup> Wie etwa bei Kants Inselbeispiel, demgemäß auch in einer Gesellschaft, deren Recht schon allein deswegen nicht mehr gilt, weil sie sich ohnehin auflöst, das von Verbrechen begangene Unrecht vergolten werden muss, w

Strafe wieder eingenenkt wird. Das paradigmatische Beispiel für eine solche Vorstellung ist Kants Inselbeispiel:

"Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann" (Kant, *Metaphysik*, 455).

Dasjenige, was gemäß Kant also verletzt wäre, wäre "die Gerechtigkeit" - und zwar nicht als Merkmal intersubjektiver Zusammenhänge sondern als für sich selbst existierende Entität. Dies verneint Hegel jedoch explizit: "Die Verletzung aber, welche dem *an sich* seienden Willen (...) widerfahren, hat an diesem *an sich* seienden Willen als solchem keine *positive Existenz*, sowenig als an dem bloßen Produkte. *Für sich* ist dieser an sich seiende Wille (das Recht, Gesetz an sich) vielmehr das Unverletzbar" (GPR, § 99).

"Das Recht" bezieht sich also weder auf das Recht als *Objekt* (das Recht, Gesetz an sich) noch auf das Recht als *Subjekt* (der an sich seiende Wille "für sich"). Vereinfacht gesprochen: Daran, dass Mord objektiv falsch bzw. unrechtmäßig ist, ändert sich keineswegs dadurch etwas, dass irgendjemand etwas Anderes behauptet.

Die zweite Variante, die Entwertung des Opfers als symbolischer Aspekt des Verbrechens (zusätzlich zum materiellen und immateriellen Schaden) würde ein Schaden hinsichtlich intersubjektiver Anerkennungsbeziehungen bedeuten. Dieser Aspekt wird insbesondere von Axel Honneth (*Kampf um Anerkennung*, 90ff.) hervorgehoben, jedoch nur in Bezug auf Hegels Frühwerk, welches hier aus Platzgründen nicht erörtert wird. Erwähnt sei nur, dass Honneth (im Anschluss an Michael Theunissen) selbst für das Frühwerk Hegels resümiert, dass der von Hegel entfaltete Anerkennungs begriff bzw. überhaupt "die Kategorien, mit denen er operiert", "statt auf die Interaktionsbeziehungen der Gesellschaftsmitglieder stets nur auf deren Beziehungen zu übergeordneten Instanzen des Staates Bezug" nehmen (Honneth, *Anerkennung*, 98). Nicht Smith und Jones erkennen sich gegenseitig an, sondern beide jeweils den Staat – und nur *vermittelt über den Staat* indirekt auch die Mitmenschen.

Die bloße Bestimmung, dass das Recht "gelten würde" wenn der verbrecherische Wille nicht aufgehoben werden würde (GPR, §§ 82; 99) bzw. "allgemeine Existenz haben würde" (GPR, § 99, handschriftlicher Zusatz), mag eine vergeltungstheoretische Interpretation zunächst zulassen, doch Hegel macht anderenorts eindeutig klar, worauf er dies bezieht. So bestimmt Hegel als "Wirklichkeit des Rechts" bereits im abstrakten Recht die "*Manifestation*" der Nichtigkeit der Verletzung des Rechts als Rechts (GPR, § 97). Die Durchsetzung des Rechts als "Geltendes" meint also nicht einfach, dass unterm Strich niemand das Recht gebrochen hat ohne in Summe nicht mindestens so viele Nachteile wie Vorteile davon gehabt zu haben, sondern die Anerkennung des Rechts als

Gültiges. Noch expliziter erfolgt die Gleichsetzung der "Geltung" des Rechts mit dem "Gewusst werden" des Rechts im Abschnitt zur Rechtspflege. Dort heißt es (Hervorhebung im Original): "Die objektive Wirklichkeit des Rechts ist, teils für das Bewußtsein zu sein, überhaupt, *gewußt* zu werden, teils die Macht der Wirklichkeit zu haben und zu *gelten* und damit auch als *allgemein Gültiges gewußt* zu werden" (GPR, § 210 im Volltext).

Indem die Strafe eben dieses (doppelte) Wissen sicherstellen soll, ist ihr Zweck ein generalpräventiver, und zwar dezidiert kein negativer- also auf Abschreckung zielender, sondern ein positiv generalpräventiver Zweck.

Die zunächst eigentümlich wirkende Formulierung des Wissens von der "allgemeinen Gültigkeit" spezifiziert die Art der Anerkennungsbeziehung des Rechts. Ich *weiß*, was der Inhalt des Rechts ist (1) und ich *bewerte* den Inhalt des Rechts als für mich wünschenswert (2). Gemäß Hegel ist auch der zweite Aspekt, die Anerkennung des Rechts letztlich eine Frage von Wissen und keine der persönlichen Präferenz, denn Hegels Staat ist strikt paternalistisch: Was für die darin lebenden Individuen das Beste ist, steht auch unabhängig von deren Wertungen einfach fest. "Das *Sittliche* ist subjektive Gesinnung, aber des an sich seienden Rechts" (GPR, § 141). Die Individuen im Staat, wie Schnädelbach in Anschluss an Rudolf Haym für Hegel festhält, sind bloße "Agenten" des Guten, einen konstitutiven Anteil daran haben sie nicht (Schnädelbach, praktische Philosophie, 239f.). Unabhängig davon, ob Hegels Staat dem tatsächlich gerecht wird, kann für Hegels Ethik im Allgemeinen sowie auch der Strafrechtstheorie im Besonderen festgehalten werden, dass Hegels Staat die Versöhnung von allgemeinen und besonderen Willen beabsichtigt, und zwar derart, dass die Individuen einsehen, dass das normentreue Verhalten in diesem Staat das für sie jeweils beste Verhalten ist. Ebenso wie die (von Hegel unterstellte) Überbewertung des bloß Individuellen, willkürlichen Einzelwillen in den vertragstheoretischen Staatstheorien wendet er sich auch gegen den totalitären Etatismus bzw. Staatskonzeptionen, in denen die Individuen einfach dem Staat als Autorität gehorchen sollen, *ohne* selbst die Rationalität des Staates einzusehen. Zweiteres ist dann auch der Gegenstand der Polemik gegen Feuerbach bzw. die Abschreckungstheorie überhaupt:

"Die Feuerbachische Strafrechtstheorie begründet die Strafe auf Androhung und meint, wenn jemand trotz derselben ein Verbrechen begehe, so müsse die Strafe erfolgen, weil sie der Verbrecher früher gekannt habe. Wie steht es mit der Rechtmäßigkeit der Drohung? Dieselbe setzt den Menschen als nicht Freien voraus und will durch die Vorstellung eines Übels zwingen. (...) Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt. Aber die Drohung, die im Grunde den Menschen empören kann, dass er seine Freiheit gegen dieselbe beweist, stellt die Gerechtigkeit ganz beseite. Der psychologische Zwang kann sich nur auf den qualitativen und quantitativen Unterschied des Verbrechens beziehen, nicht auf die Natur des Verbrechens selbst, und die Gesetzbücher, die etwa aus dieser Lehre hervorgegangen sind, haben somit des eigentlichen Fundaments entbehrt" (GPR, § 99Z).

Der Grund, warum diese Textstelle in dieser Ausführlichkeit zitiert wurde, liegt darin, dass Hegel in dieser darauf beharrt, unabhängig von negativ generalpräventiven Zielsetzungen der Gerechtigkeit ihren Platz einzuräumen. Eben daran wird in der Regel festgemacht, Hegel würde eine absolute Straftheorie vertreten bzw. zumindest den "Strafgrund" (Müller-Tuckfeld) absolut bestimmen.

Unterstützt wird diese Lesart durch zwei Zitate aus den überlieferten Vorlesungsmitschriften:

"Mitleiden, Besserung, Staatszweck, besondere Zwecke der Gesellschaft - erleichen gegen die Frage: was erfordert die Gerechtigkeit? (...) Es ist um Gerechtigkeit zu tun, d.i. um Vernunft - d.i. dass die *Freiheit* ihr Dasein erhalte, - nicht sinnliche Triebfedern usf. geehrt werden, Mitleiden, Empfindungen ausgeführt werden" (GPR, § 99 Notizen).

Wie Schnädelbach (Hegels praktische, 213f.) und Mohr (Unrecht, 96) jedoch richtig bemerken, entfaltet Hegel im Abschnitt zum abstrakten Recht lediglich den Begriff der Strafe. Explizit verweist Hegel zudem unmittelbar vor diesen Textstellen darauf, dass die Frage nach der "*Modalität* der Strafe" nicht im Abschnitt zum abstrakten Recht zu klären sein wird und dass es an dieser Stelle (neben der Explikation des Strafbegriffs) auf die für eine solche Auseinandersetzung immer schon vorausgesetzte Begründung "dass das Strafen an und für sich *gerecht* sei" ankomme (GPR, § 99). Der Nachweis der "Gerechtigkeit" der Strafe betrifft also die *Zulässigkeit* der Strafdrohung - die daran geknüpft ist, dass die Individuen selber einsehen können, dass der Staat ein gerechter ist, statt einfach nur bedroht oder hinsichtlich der "Triebfedern" adressiert zu werden.

Hegel formuliert hier also Bedingungen der Zulässigkeit, der Legitimität bzw. Rechtfertigbarkeit des Verfolgens des Strafzweckes, nicht jedoch den Strafzweck selbst. Die Strafe ist nur dann gerecht, wenn der Verbrecher die Normen nicht bloß wissen konnte - sondern auch deren Vernünftigkeit einsehen konnte - und aus freien Stücken sich gegen das Recht entschieden hat. Damit formuliert Hegel das Schuldprinzip - und zwar als zynische Ehrung, denn die Funktion dieser Ehrung besteht in nichts anderem, als dem Betroffenen daraufhin legitimerweise eine Strafe zufügen zu dürfen. Entscheidet der Verbrecher sich trotzdem gegen die Norm, so entscheidet er sich nach Hegel für den Zwang. Wird als Konsequenz darauf Zwang gegen den Verbrecher angewendet, so geschieht ihm Recht - nämlich sein Recht - weswegen auch das nicht ungerecht ist. Das ist die Argumentation im Folgeparagraf (GPR, § 100). Auch hier geht es darum zu zeigen, dass die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, *nicht ungerecht* ist. Im Sinne der Straftheorie Hegels kann sie also *in Kauf genommen werden* bei der Verfolgung des Strafziels. Aber sie ist nicht der "Grund", warum gestraft wird - geschweige denn der Zweck der Strafe überhaupt, wie dies eine vergeltungstheoretische Interpretation Hegels unterstellt. Vielmehr geht es darum, zwei weitere - aus heutiger Sicht ebenso selbstverständliche - Einschränkungen zu formulieren. Erstens die Forderung einer Obergrenze des Strafrahmens: Die Strafe darf nicht maßlos sein, da sie sonst selber nur eine neue Verletzung wäre (GPR, § 102). Zweitens muss die Strafe von einem neutralen Richter bestimmt werden (GPR, § 103).

Davon dass Hegel - wie dies der Fall wäre, würde er tatsächlich einer absoluten Straftheorie anhängen - einen Vorbehalt gegen Untergrenzen bei der Strafe hat, findet sich im Abschnitt zum abstrakten Recht jedoch keine Spur.

Können Verbrechen demnach also - unabhängig von allen zivilrechtlichen Konsequenzen - straffrei bleiben, falls keinerlei negativer Einfluss auf die Normentreue unterstellt/nachgewiesen werden kann?

Im Gegensatz zum Tatproportionalitätsprinzip absoluter Straftheorien, gemäß deren „Strafe in ihrer Strenge nach dem Schweregrad der Tat bemessen werden sollte“<sup>21</sup>, plädiert Hegel im Abschnitt zur Rechtspflege dafür, Härte und Milde der Ahndung einer Verletzung vom „Gesichtspunkt der *Gefährlichkeit* der Handlung für die bürgerliche Gesellschaft“ (GPR, § 218) abhängig zu machen. „Diese Qualität nun oder Größe ist aber nach dem Zustande der bürgerlichen Gesellschaft veränderlich, und in ihm liegt die Berechtigung sowohl einen Diebstahl von etlichen Sous oder einer Rübe mit dem Tode als einen Diebstahl, der das Hundert- und Mehrfache von dergleichen Werten beträgt, mit einer gelinden Strafe zu belegen“ (GPR, § 218). Daraus folgert Hegel: „Ist die Gesellschaft noch an sich wankend, dann müssen durch Strafen Exempel statuiert werden, denn die Strafe ist selbst ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens. In der Gesellschaft aber, die in sich fest ist, ist das Gesetzsein des Verbrechens so schwach, dass hiernach auch die Aufhebung dieses Gesetzseins zu messen sein muß“ (GPR, § 218 Z).

Was ist nun also in dem bereits erwähnten Fall, dass eine Gesellschaft zumindest bezüglich bestimmter Normen derart „in sich fest“ bzw. normativ integriert ist, dass ein Verbrechen faktisch keinerlei (oder nur vernachlässigbar marginale) negative Auswirkungen auf die Anerkennung der gesetzten Norm hat? Was wäre nach Hegel zu tun, wenn sich zeigen sollte (und dies zumindest etwa für die aktuellen westlichen Demokratien durchaus unterstellt werden), dass nach einem Mord, das Morden keineswegs als rechtmäßig „gesetzt“ ist, sondern sich alle Gesellschaftsmitglieder genauso einig sind wie zuvor (der Delinquent meist nicht weniger), dass dieser Normbruch eine unter keinen Umständen gangbare Option darstellt?

Nach Hegel muss trotzdem bestraft werden, weil es „für die Gesellschaft unmöglich wäre, das Verbrechen unbestraft zu lassen“ (GPR, § 218 Z). Dies jedoch – anders als dies Mohr unterstellt – schreibt Hegel nicht, weil er letztlich doch an einer vergeltungstheoretischen Begründung der Strafe festhalten möchte, sondern weil er eine bestätigungsbedürftige empirische Prämisse einfach als gegeben postuliert. Denn die Begründung, die Hegel dafür liefert, dass es unmöglich wäre ein

<sup>21</sup> Vgl. Hirsch, Andrew von/ Jareborg, Nils: Strafmaß und Strafgerechtigkeit, S. 7 welche – anstelle dieses Prinzip selbst für rechtfertigungsbedürftig zu halten – konsequentialistische Strafrechtfertigung eben deswegen für „nicht ausreichend halten“ (ebd.), einfach weil konsequentialistische Straftheorien diese die Forderung nach Äquivalenz von Strafe und Verbrechen nicht notwendig implizieren. Für einen überzeugenden Nachweis der 1. Unbegründetheit eines solchen Prinzips ebenso wie 2.

Verbrechen unbestraft zu lassen, lautet wie folgt: „weil es alsdann als Recht gesetzt würde“ (GPR, § 218Z, Hervorh. VB).

Hegel endet also – betreffend seiner Straftheorie im Ganzen ebenso wie dem Abschnitt zum abstrakten Recht im besonderen - bei vergeltungstheoretischen Schlussfolgerungen, dies aber nicht aufgrund der Postulierung einer aus sich selbst begründeten Notwendigkeit, sondern aufgrund eines Missverständnisses der Implikationen seiner eigenen positiv generalpräventiven Theorie.

## **VI. Fazit - Die Implikationen der positiven Generalprävention**

In dieser Arbeit wurde gezeigt, dass sowohl Hassemer, Jakobs als auch Hegel eine positiv generalpräventive Straftheorie vertreten. Zweitens wurde gezeigt, dass sie dabei auf unterschiedliche Art und Weise für sich beanspruchen, die Notwendigkeit zur ausnahmslosen Bestrafung jedes Verbrechens (wenn nicht gar überhaupt eines jeden Normbruches), dargelegt zu haben. Im Gewand relativer Straftheorie haben sie damit die Position der absoluten Straftheorie eingenommen. Die Verkennung der Abhängigkeit einer solchen Forderung von empirisch-kontingenten Prämissen, erfolgt jeweils auf unterschiedliche Art und Weise. Bei Hegel, so die These, ist diese Verkennung kein grundsätzliches Manko des Theoriegebäudes, sondern betrifft nur unausgewiesene (empirische) Zusatzbehauptungen. Folglich kann Hegels Straftheorie trotz dieser Textstellen letztlich *gegen* die bei Hassemer und Jakobs vorgefundene Immunisierung gegen empirische Kritik ins Feld gezogen werden.

Jakobs leugnet die Empirieabhängigkeit seiner Bestimmungen schlichtweg, Hassemer sieht sie durchaus. Auch Hassemer immunisiert jedoch letztlich seiner Theorie gegen potentielle Konsequenzen aus empirischen Befunden, indem er eine doppelte Zweckbestimmung der Strafe vornimmt, aus der heraus diese einfach prinzipiell unumgänglich wird. Wenn die Strafe keinen Effekt auf die Normentreue erzielt, dann muss eben gestraft werden, um die Norm überhaupt erst durchzusetzen. Kurzum: Die *normbestätigende* Funktion und die *Vorbildfunktion* (im Umgang mit Normabweichung) sind derart verzahnt, dass schlichtweg immer gestraft werden muss. (wenn auch keineswegs notwendig in strenger Bindung des Strafmaßes an die Schwere der Tat.)

Jakobs bezeichnet die empirische Annäherung an die Wirkung der positiven Generalprävention als "stets ein wenig deplaciert", Hegel hingegen anerkennt Unterschiede in der Notwendigkeit von harten Strafen in Abhängigkeit der faktischen Verfasstheit der Gesellschaft - jedoch nicht in der

---

Unmöglichkeit der auch nur annähernden Umsetzung desselben siehe Braithwaite / Pettit: Not just deserts.,

vollen Konsequenz, dass es empirisch herausstellen könnte, dass eine Strafnotwendigkeit auch gar nicht bestehen könnte.

Gewiss ist eine empirische Überprüfung der Strafziele methodisch-praktisch schwierig, wie Müller-Tuckfeld es festhält (Integrationsprävention, 127ff.). Erstaunlich ist jedoch, dass bei der Bewertung der *negativen Spezialprävention* (bzw. des penal-welfarism) Rückfallquoten von über 50% in der Literatur meist schon zum Anlass genommen werden, diese Straftheorie gänzlich zu verwerfen, während bei der Bewertung der positiven Generalprävention schon der bloße Umstand, dass nicht Mord und Totschlag, Sodom und Gomorrha herrschen, dem Strafrecht als Verdienst an die Fahne geheftet werden (Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 102f.).<sup>22</sup>

Ohne hier auf die (vor allem von potentiellen Störvariablen ausgehenden) Schwierigkeiten, empirische Daten über die normstabilisierende Wirkung des staatlichen Strafvollzugs auf die Allgemeinheit zu sammeln, näher einzugehen, sei darauf verwiesen, dass nicht notwendig Bedarf besteht, *pauschal* über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Strafrechts zu urteilen. Vielmehr könnte auch eine "decremental strategy" angewandt werden, wie sie Braithwaite und Pettit vorschlagen. Statt einer sprunghaften drastischen Strafreduktion und darauffolgendem Konstatieren etwaiger Veränderungen, kann die Reduktion auch in kleinen Schritten erfolgen, welche entsprechend der Auswirkungen auf die Verbrechensquote - für jeden Straftatbestand individuell - weiter angepasst werden können - nach oben bis zur Grenze der Tatproportionalität und nach unten hin offen - bis zur Verurteilung gänzlich *ohne* Verhängung einer Strafe, also zur Verurteilung zu einem Täter-Opfer Ausgleich bzw. zu bloß zivilrechtlichen Entschädigungen (Braithwaite/Pettit, Deserts, 137-149).

Abschließend sei festgehalten, dass das Beharren auf der Empirieabhängigkeit der Prämissen der positiven Generalprävention in dieser Arbeit der Entlarvung einer Selbstimmunisierung dient – keineswegs soll damit auch die Frage nach dem Sinn und Unsinn zur positivistischen Fragestellung schon als beantwortet erklärt werden.

---

Kap. 8 und 9.

<sup>22</sup> Als Quelle hierfür sei das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1977 zur Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord angeführt:

"[219] Aus diesem Grunde geht der Einwand fehl, daß die lebenslange Freiheitsstrafe für die Zwecke der Generalprävention nicht notwendig sei. Zwar läßt sich darauf hinweisen, daß auch zu der Zeit, als die Todesstrafe noch zulässig war, Morde begangen wurden, und daß sich in den Ländern, die eine lebenslange Freiheitsstrafe nicht mehr kennen, keine deutliche Steigerung der Kapitalverbrechen ergeben hat. Es ist jedoch eine nach dem gegenwärtigen Stand der kriminologischen Forschung offene Frage, ob auch eine 30jährige oder 25jährige oder gar nur 20jährige Freiheitsstrafe eine ausreichende generalpräventive Wirkung zu erzielen vermöchte. Bei dieser Sachlage hält sich der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit, wenn er sich nicht nur auf die negativen Gesichtspunkte der Generalprävention (vgl. oben aa) beschränkt, sondern auch den dargelegten Wirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe für das allgemeine Rechtsbewußtsein Bedeutung beimißt, die von der Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe nicht ausgehen würden." (BverfGE 45, 187.)

Die Fragestellung dieser Arbeit, jene nach dem Einschleichen der Vergeltungstheorie in Hassemers, Jakobs bzw. Hegels Varianten der positiv generalpräventiven Straftheorie, hat also noch keine Bewertung der positiven Generalprävention selbst geleistet - weder in Hinblick auf die Adäquatheit positive Generalprävention als deskriptive Theorie der (faktischen) gesellschaftlichen Funktion des Strafens, sei es für die BRD oder eine andere Rechtsgemeinschaft, (1), noch als normative Theorie der Legitimation des Strafrechts (2). Zu beidem gäbe es freilich viel zu sagen, worauf abschließend lediglich kurz eingegangen werden soll:

(1) In der Tat bewirken nicht nur das *Strafrecht*, sondern auch die staatlichen *Strafen* ein normatives Zusammenwachsen der Gesellschaftsmitglieder bzw. eine Integration in ein Normengefüge. (Um genau zu sein: eine *repressive* Integration unter *hegemoniale* Überzeugungen.) Jedoch ist damit keineswegs klar, dass die gesellschaftliche Kohäsion tatsächlich maßgeblich über *staatliches Verhängen und exekutieren von Strafen* bzw. über eine etwaige von dieser resultierenden Beförderung der „Normanerkennung“ (Hassemer, Jakobs) oder Beförderung des „Wissen von der richtigen Norm“ (im Hegelschen Sinne) erfolgt. Vielmehr kann die durch Strafe beförderte Homogenisierung auch die Form einer „rein emotiven“ Solidarität haben, vergleichbar mit jener des Nationalismus, bei dem die Abwesenheit des vermeintlich Gemeinsamen offenkundig ist (vgl. Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 348). So mag die „normative Integration“ durch Strafrecht weniger moralische Bewertungen von Normen betreffen als vielmehr das Erleben eines „Wir“ durch das bloße Bestimmen eines „Nicht Wir“ im Gesetzesbrecher vollzogen sein. (vgl. Mead, *The Psychology of Punitive Justice*).

(2) Jakobs und auch Hegel (GPR, § 104) verweisen darauf, dass die Durchsetzung der Normanerkennung nur dann gerecht ist, wenn die Normen gerecht sind. Auch wenn dies nicht der Fall ist, *suggeriert* jedoch eine Theorie der positiven Generalprävention, dass es der Fall sei. Die Strafe wirkt dann vielmehr als Durchsetzung einer Ideologie, etwaige Pathologien gesellschaftlicher Verhältnisse werden personalisiert, und die faktischen Normen einer Gesellschaft unabhängig ihrer normativen Wünschbarkeit gefestigt.

Unabhängig davon, was staatliches Strafen stattdessen an Funktionen erfüllt (wenn nicht die Durchsetzung des „Rechts an sich“) bzw. was die Inhalte sind, die hier in diesem letzten *gesamtgesellschaftlichen* Mediums autoritären Moralisierens den Individuen untergejubelt werden (neben der ideologischen Verschleierung von Herrschaftsverhältnisse möglicherweise auch etwa unausgewiesene partikuläre Moralvorstellungen), ist für diese Arbeit vor allem das „wie“ einer solchen Norm-„Manifestation“ (Hegel) bzw. „-Verdeutlichung“ (Jakobs) in der positiven generalpräventiven Strafkonzepktion bemerkenswert.

Wenn man den Menschen wirklich als vernünftiges Wesen behandeln wollte, so müsste die Nahelegung von Normen eine Form haben, in der es der *aktiven Entscheidung* der Person überlassen bliebe, auch anders zu denken bzw. handeln.

Nur wenn man eine Person als freies Individuum anerkennt, ihr den vollen Handlungsspielraum gibt, und rein darauf vertraut, dass die Person *aus freien Stücken* vom Verbrechen absieht, wenn man ihr gute Gründe dafür nennt, *nur dann* ist die Person tatsächlich als „vernünftiges Wesen“ respektiert. Anderenfalls ist Anerkennung mit Unterwerfung identisch – und dies ist der Fall wenn die Norm mittels Strafe „einsichtig“ gemacht werden soll. Gewiss ist die Konzeption der Bestrafung zur Abschreckung nicht weniger repressiv, allerdings hält sie die Trennung von Legalität und Moralität aufrecht, indem sie zwar mit Konsequenzen droht, aber keine moralischen Urteile aufzwingt. Was in kritischer Absicht für die heutige Strafpraxis vielfach „aufgedeckt“ wurde, nämlich dass sie im großen und ganzen bloß symbolische Funktionen erfüllt, wird von den Vertretern der positiven Generalprävention in affirmativer Wendung dieser Kritik wiederholt: Ziel der Strafe ist die repressive Durchsetzung eines Bewusstseins – und nicht nur einer bloßen Verhaltensweise. (Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 258).

Der Bürger werden entsprechend der Theorie der positiven Generalprävention somit in der Tat *nicht* zum Hund degradiert, gegen den man den Stock erhebt (wie Hegel dies für die Abschreckungstheorie herausstellt), sondern degradiert zum „Hund, den man zum freiwilligen Stöckchenholen abrichtet“ (Müller Tuckfeld, Integrationsprävention, 69). Anders als die (in dieser Hinsicht) liberale Straftheorie Feuerbachs, spricht die positive Generalprävention dem Staat das explizite Recht zur Schaffung eines die eigene Reproduktion befördernden Bewusstseins aufseiten der Bürger zu.

Anstelle einer Vermittlung von besonderem Bewusstsein und allgemeinen Bewusstsein läuft die Theorie der positiven Generalprävention also letztlich tendenziell auf einen totalitären Etatismus hinaus.

Es gibt nur eine Möglichkeit die positive Generalprävention als normative Theorie "zu retten": Indem man unterstellt, dass „Strafe“ nicht notwendig eine *über die Erzwingung von Entschädigungsleistungen hinausgehende* Repression gegenüber dem Normbrecher bedeuten muss, sondern auch die Form einer *ausschließlich* symbolischen bzw. kommunikativen Negation der Straftat (in Kombination mit einer Entschädigungsleistung für den faktischen Schaden) annehmen kann. Ginge es *tatsächlich* beim staatlichen Strafen um die Bestätigung der Gültigkeit der Norm bzw. um die symbolische Negation der mit dem Verbrechen einhergehenden Botschaft, wäre schließlich eine andersartige Kundmachung (etwa eine Presseaussendung oder andere Formen öffentlicher Kommunikation) gewiss funktionaler als das, was üblicherweise mit „Strafe“ gemeint ist, nämlich die Geld- oder Freiheitsstrafe.

## VII. Literaturverzeichnis

Braithwaite, John/Pettit, Philip: *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford: Clarendon Press 1990.

Garland, David: *Frameworks of Inquiry in the Sociology of Punishment*, in: *The British Journal of Sociology* 41 (März 1990), Bd. 1., 1-15.

Garland, David: *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: The University of Chicago Press 2001.

Hösle, Vittorio: *Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität*, 2., erw. Aufl., Hamburg: Meiner 1998.

Meinhof, Ulrike / Enslin, Gudrun, u.a.: *Brief an 883: Die Rote Armee aufbauen*, in: *Agit 883* (5.6.1970). [online zu finden unter: <http://labourhistory.net/raf/search-de.php>]

Mohr, Georg: *Unrecht und Strafe (§§ 82–104, 214, 218–220)*, in: Ludwig Siep (Hrsg.), *G.W.F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin: Akademie Verlag 1997, 95–124.

Hassemer, Winfried: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München: Beck 1990.

Hirsch, Andrew von: *Censure and Sanctions*, Oxford: Clarendon Press 1993.

Hirsch, Andrew von/ Jareborg, Nils: *Strafmaß und Strafgerechtigkeit: die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn 1991.

Hegel, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt/Main: Suhrkamp 1986.

Honneth, Axel: *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, 2. Aufl., Frankfurt/Main: Suhrkamp 1998.

Jakobs, Günther (1995): *Strafrecht zwischen Funktionalismus und Prinzipiendenken*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 107 (1995), Heft 4, 843-876.

Jakobs, Günther (1991): *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin, New York: De Gruyter 1991.

Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt/Main: Suhrkamp 1977.

Lüderssen, Klaus: *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?*, in: ZStW 107 (1995), Heft 4, 877-906.

Müller-Tuckfeld, Jens-Christian: *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt/Main: Peter Lang 1998.

Rawls, John: *Two Concepts of Rules*, in: Philosophical Review 44 (1955), 3-13.

Roxin, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1., 4. Aufl., München: C.H. Beck 2006.

Schnädelbach, Herbert: *Hegels praktische Philosophie*, Frankfurt/Main: Suhrkamp 2000.