

Methodische Probleme rechtswissenschaftlicher Straftheorien der Generalprävention¹⁾

Friedrich von Freier *

Die folgenden Ausführungen zur Straftheorie beschränken sich auf die Lehre von der Generalprävention. Sie enthalten also keine Auseinandersetzung mit der spezialpräventiven Straftheorie – einer Strafbegründung²⁾, die nach einer gewissen Ernüchterung empirisch und normativ überzogener Erwartungen an die Möglichkeit von Zwangsbesserung und Kriminalprognose³⁾ in selbständiger Form nunmehr vor allem in weitreichenden Sicherheitskonzepten eines reinen Täterstrafrechts der „Unschädlichmachung“⁴⁾ oder gar eines vermeintlichen „Feindstrafrechts“⁵⁾ fortlebt, also dort, diese kritische Seitenbemerkung sei hier gestattet, wo Pathologisierung oder ein rechtlich kaum noch zu bändigender Kampf an die Stelle von Freiheit und Rechtsstrafe treten.

Traditionell werden zwei generalpräventive Formen der Einwirkung auf Dritte durch die Bestrafung des Täters unterschieden. Beruht diese Wirkung auf der Erzeugung von Furcht ist die Rede von negativer Generalprävention durch Abschreckung: Durch die Strafe oder ihre Androhung wird jeder Tatgeneigte gezwungen, nach Entdeckungswahrscheinlichkeit und zu erwartender Strafhöhe bemessene Kostenrisiken in sein zweckrationales Nutzenkalkül einzustellen, so dass ihm die Tat im Idealfall als unprofitabel erscheint⁶⁾. Nach der Lehre von

編集部注 * ハンブルク大学助手 本稿は、2007年9月27日開催された法学研究所第35回公開講座の報告原稿に加筆修正したものである。

- 1) Überarbeitete und mit Fußnoten versehene Fassung eines am 27.09.2008 an der Kansai Universität (Osaka) gehaltenen Vortrages.
- 2) Was nichts gegen ihre Aufhebung in einer retributiven Strafbegründung, nämlich nicht als *Legitimation* der Strafe als Zwangsbesserung, sondern in der *Ausgestaltung* des Freiheitsstrafenvollzuges als Resozialisierungsangebot, besagt.
- 3) Vgl. *Bock*: Prävention und Empirie - Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, JuS 1994, S. 89; *Streng*: Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl., Stuttgart 2002, Rn. 61 ff., 225 ff., 263 ff., 429 ff., 608 ff.
- 4) v. *Liszt*: Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 23, im deutschen Recht namentlich in problematischem Verhältnis zur Schuldstrafe durch die Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) verwirklicht.
- 5) Auch insoweit dient gerade die Sicherungsverwahrung als Beleg, vgl. *Jakobs*: Feindstrafrecht? - eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 2006, S. 289, 296.
- 6) Die utilitaristische Basis dieser Theorie macht sie vor allem für den Reduktionismus einer ökonomischen

der positiven Generalprävention beeinflusst die Strafe das öffentliche Bewusstsein, indem sie durch Normbestätigung Lerneffekte auslöst, das Normvertrauen stärkt und den Rechtsfrieden erhält⁷⁾. Allen Ausprägungen der präventiven Straftheorie ist es eigen, den Sinn der Strafe nicht immanent auf die Rechtsgeltung als solche zu beziehen, sondern dem Anspruch nach aus ihren *empirisch* bestimmbaren Wirkungen auf einen als nützlich oder wertvoll vorausgesetzten Zustand künftiger Sicherheit und Stabilität der Gesellschaft⁸⁾ zu schließen. Es handelt sich nach der moralphilosophischen Klassifikation um folgenorientierte (konsequentialistische) Theorien, Theorien also, welche die Güte bzw. die Berechtigung der Strafhandlung nach ihrer Nützlichkeit für einen der Handlungsregel der Täters und der Gesetzherrschaft übergeordneten Zweck oder Nutzen bemessen. Insofern unterscheiden sich die präventiven Theorien von der absoluten Theorie der Vergeltung⁹⁾, welche in noch näher auszuführender Weise die bestimmte Verletzung

Straftheorie attraktiv und scheint sich daher zumindest für Wirtschaftsdelikte besonders zu empfehlen (vgl. *Spindler*: Zivilrechtliche Verantwortlichkeit statt Unternehmensstrafbarkeit, in: *Hettinger* (Hg.): Verbandsstrafe. Bericht der Arbeitsgruppe „Strafbarkeit juristischer Personen“, Baden-Baden 2002, S. 351 ff. m. w. Nachw.). Es läuft dann auf die Formel hinaus, die Abschreckungswirkung ergebe sich aus der zu erwartenden Einbuße multipliziert mit Entdeckungs- und Verfolgungswahrscheinlichkeit. Zu den Brechungen solcher Modelle (Wissensbasis, normativer Hintergrund, Wertebasis, Sozialisation, Situativität, Habitualisierung etc.) vgl. etwa *Koller*: Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung, ZStW 91 (1979), S. 45, 73 ff.

- 7) Siehe nur die Darstellung bei *Jakobs*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (Studienausgabe), Berlin u.a. 1993, 1/Rn. 4 ff.
- 8) *Pawlik*: Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: *Rogall* u.a. (Hg.): Festschrift Rudolphi, München 2004, S. 219: „Verbesserung des gesellschaftlichen Sicherheitsniveaus“. Der Unterschied ist maßgeblich für die Abgrenzung von „relativen“ und „absoluten“ Straftheorien, die verzeichnet ist, wenn sie mit Zweckmäßigkeit und Zweckfreiheit assoziiert wird: Einmal ist der rechtsimmanente Zweck der Gerechtigkeit durch Wiederherstellung des Rechts maßgeblich, im anderen Fall der genannte normexterne Zweck (siehe *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, Berlin 2004, S. 12). Treffend insoweit *Jakobs*: Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: *Eser* u.a. (Hg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 45, 49: „Rechtlichkeit und Sicherheit sind nun einmal nicht dasselbe“.
- 9) Ausgehend von *Kant*: Metaphysik der Sitten (Ausgabe Weischedel Bd. 8), Rechtslehre, Allgemeine Anmerkung E, S. 452 ff., und *Hegel*: Grundlinien der Philosophie des Rechts (Ausgabe Moldenhauer/Michel Bd. 7), §§ 90 ff., S. 178 ff. Zu aktuellen Ausprägungen und Fortentwicklungen der Vergeltungstheorie siehe *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung: erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg 1983; *ders.*: Der Begriff der Strafe, Heidelberg 1986; *ders.*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1997; *Kahlo*: Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1990; *Kleszczewski*: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlin 1991; *Pawlik*: Person (Fn. 8); *E.A. Wolff*: Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 786 ff; *Zaczyk*: Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989. Nahestehend auch die Ausführungen von *Frisch*: Strafkonzep, Strafzumessungstatsache und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Roxin (Hg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. IV, S. 277 f. Weitere Nachweise zur

des Rechts als Recht im besonderen Willen des Täters als notwendigen und *hinreichenden* Grund zur Wiederherstellung des Rechts durch Strafe ansieht, die Strafe nach Grund und Maß also keinem weiteren davon unabhängigen Zweck unterordnet. Nur von hier aus gewinnen Tat- und Schuldprinzip der Strafbegründung und Tat- und Schuldproportionalität der Strafe ihren Sinn.

Die hier vorzutragende Kritik rechtswissenschaftlicher Theorien der Generalprävention soll sich nicht in dem unverändert berechtigten *inhaltlichen* Einwand erschöpfen, eine Strafe auf dieser Grundlage missachte den Selbstwert des Täters als Subjekt in seinen Rollen als Person und Bürger, mache ihn zu einem bloßen Objekt zur Motivierung anderer¹⁰). Vielmehr soll die hinter dem Argument stehende, in theoretischer und praktischer Hinsicht konstitutiv-selbstzweckhafte Bedeutung des menschlichen Subjekts, der Bedingungen seines Wollens und Erkennens in seinen rechtlichen Verhältnissen zu anderen, über das Verhältnis vom Täter zur verfassten Gesellschaft und ihrem Rechtsstab hinaus auch auf die *methodologische* Bestimmung strafrechtswissenschaftlicher Theoriebildung bezogen werden. Es geht also um das Problem der Neutralität *rechtswissenschaftlicher* Aussagen, kurz: das Positivismusproblem. Dies ist *das* methodologische Problem, wenn in der deutschen Strafrechtswissenschaft diskutiert wird, ob man rechtswissenschaftliche Straftheorie aus der Perspektive des Beobachters gleichsam in Kontemplation „von außen“ als theoretische Wissenschaft unter strikter Trennung von Subjekt (Wissenschaftler, Rechtsstab) und Objekt (Täter, Bevölkerung) auch zur Grundlegung funktionaler Einsicht oder zweckrationaler Instrumentalisierung betreiben kann, oder ob hierfür unverzichtbar auch die Teilnehmer- oder Entscheidungsperspektive „von innen“ im Sinne einer praktischen Wissenschaft unter dem Anspruch (auch) auf Richtigkeit eingenommen werden muss¹¹); eine Frage, die besonders die Debatte um die positive Generalprävention, besonders in ihrer systemtheoretisch-funktionalistischen Spielart¹²), aber auch den Methodenstreit zum

Aktualität der Vergeltungstheorie bei *Pawlik*, a.a.O., S. 45 ff.

10) *Kant* (Fn. 9), Rechtslehre Allgemeine Anmerkung E, S. 453.

11) Zur Bedeutung der Perspektiven für die Rechtswissenschaft erhellend *Mastronardi*: Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft. Freiheit und Verantwortung im Spannungsfeld von Naturwissenschaft und Geisteswissenschaft, in: *Senn/Puskas* (Hg.): Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, Stuttgart 2006, S. 39 ff.; vgl. auch *Alexy*: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München 1992, S. 47 ff., 63 ff.

12) Vgl. die von *Zieschang*, ZStW 107 (1995), S. 907, 924 f., referierten Diskussionsbeiträge *Amelungs*, *Burgstallers* und *Giehriings* und die Entgegnung von *Jakobs*, ebd., S. 928, von der Strafrechtslehretagung 1995. Siehe auch *Stübinger*: Nicht ohne meine „Schuld“. Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs, Kritische Justiz 1993, S. 33, 39 ff.; *Neumann*: Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention, in: *Schünemann* u.a. (Hg.): Positive Generalprävention, Heidelberg 1998, S. 147 ff.: Begründungs- und Legitimationsdefizite der sozialtechnologisch-externen Perspektive; *Sacher*: Systemtheorie und Strafrecht. Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, ZStW 118 (2006), S. 574, 597 ff.; *Zabel*: Schuldtypisierung als Begriffsanalyse.

sogenannten Feindstrafrecht bestimmt¹³⁾. Nicht auf die notorischen Schwierigkeiten eines empirischen Nachweises generalpräventiver Wirkungen¹⁴⁾ spielt also der Titel dieses Beitrages an, sondern auf dieses methodische Verhältnis von Deskription und Normativität.

Aktueller Hintergrund dieser Schwerpunktsetzung ist, dass in der deutschen straftheoretischen Diskussion, sieht man einmal von der bereits erwähnten Wiederkehr der Unschädlichmachung ab, eine deutliche Relativierung spezialpräventiver oder negativ-generalpräventiver Strafreoriebildungen zu verzeichnen ist. Ja, es ist sogar die Rede von einer „Renaissance der absoluten Strafreorie“¹⁵⁾. Für diese Einschätzung gibt es sicherlich gute Gründe, die je nach Standpunkt befürchtete oder erhoffte Renaissance bleibt aber häufig eingerahmt von funktionalistischen oder zweckrationalen Bestimmungen der (positiven) Generalprävention, welche die Anliegen der absoluten Strafreorie zwar aufnehmen, aber funktionalistisch überformt – schlagwortartig: Prävention durch gerechte Strafe bzw. Vergeltung¹⁶⁾. Diese Anverwandlung der Vergeltungstheorie und des Schuldstrafrechts, so die These, ist aber methodisch un schlüssig.

In einem ersten Schritt sind Aufgabe und mögliche Reflexionsebenen der rechtswissenschaftlichen

Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin 2007, S. 25 ff., 137, 295 ff., 316 f., 327 ff.

- 13) Namentlich in Auseinandersetzungen darüber, ob es sich bei diesem naturzuständlichen Einsatz staatlicher Gewalt im Innern, also außerhalb der kriegerischen Konfrontation im herkömmlichen Sinne, in der Perspektive seines prominentesten Analytikers Günter *Jakobs* um eine eher kritische (so wohl *Jakobs*: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751, 784: „nur als ein ausnahmsweise geltendes Notstandsstrafrecht legitimierbar“), eine analytisch-deskriptive (so wohl *Jakobs* (Fn. 5), HRRS 2006, S. 289: beschreibende Bestandsaufnahme, S. 290: „deskriptiv gemeint, nicht präskriptiv“, S. 297: es fehle jeder rechtspolitische Impetus) oder um eine affirmative Begriffsbildung (so wohl *Jakobs*: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88, 92: „was man gegen Terroristen tun muß, wenn man nicht untergehen will“) handelt.
- 14) *Bock* (Fn. 3), S. 95 ff.; *Streng* (Fn. 3), Rn. 54 ff. Umfassende Nachw. zur Kritik an der empirischen Bestätigung der Theorien positiver Generalprävention bei *Pawlik*, Fs Rudolphi (Fn. 8), S. 225 Fn. 68. Verbreitet wird dem aus konsequentialistischer Sicht entgegengehalten, dass das Schuldstrafrecht nicht minder unter Bestimmungsschwierigkeiten leide. Der Einwand trifft das Problem nicht: Das Schuldstrafrecht behauptet nicht die Erkennbarkeit eines empirischen Sachverhaltes, sondern die wechselseitige Anerkennung von Freiheit in der Zurechnung zur Schuld. Dafür stehen Zurechnungsprinzipien zur Verfügung, deren objektive Bestimmtheit sicherlich auch an Grenzen stößt. Das Präventionsstrafrecht nimmt dagegen für sich eine hinreichende empirische Grundlage zweckrationaler Sozialsteuerung durch Folgenkalkulation in Anspruch, ja speist ihre Legitimation *allein* daraus, ohne dem Anspruch aber in abstracto auf Ebene der sog. Kriminalpolitik und Strafgesetzgebung oder in concreto bei der konkreten Bestimmung der einzelnen Strafe auch nur annähernd gerecht werden zu können. Gemessen am eigenen Anspruch, der sich nicht mit common sense oder allgemeiner Lebenserfahrung begnügen kann, muss man also Willkür konstatieren.
- 15) *Schünemann*: Aporien der Strafreorie in Philosophie und Literatur, in: *Prittowitz* u.a. (Hg.): Festschrift Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 327.
- 16) Dazu ausführlich *Kalous*: Positive Generalprävention durch Vergeltung, Regensburg 2000.

Straftheoriebildung zu benennen und daraus erste methodologische Anforderungen abzuleiten (I). In einem zweiten Schritt wird zu zeigen versucht, dass die Theorie negativer Generalprävention an diesen Anforderungen scheitert (II.). Gleiches gilt, wenn auch nicht so offensichtlich, für die Theorie positiver Generalprävention, wie abschließend begründet werden soll (III.).

I.

Das Nachdenken über die Rechtsstrafe nimmt seinen Ausgang von der Härte der Übelzufügung in der Rechtsminderung des Täters. Zur Rechtfertigung gegenüber dem Täter ist dem nagenden Verdacht zu begegnen, dem Übel der Tat werde hier sinnloser Weise nur ein weiteres hinzugefügt¹⁷⁾, ohne dass doch das Geschehene ungeschehen gemacht oder durch Strafe handgreifliche Folgen ausgeglichen¹⁸⁾ oder unmittelbar abgewehrt¹⁹⁾ werden könnten. Die Frage zielt auf mehr als auf die Bewältigung des Unbehagens praktisch tätiger Strafrechtler, die sich gleichsam privat der Legitimität ihrer Aufgabe versichern wollen: Auch konkrete Gesetzesanwendung und strafrechtliche Dogmatik fordern Systembildung, um widerspruchsfreies und damit gerechtes Entscheiden zu ermöglichen. Im Fluchtpunkt dieser Systematisierungsbemühungen liegt die Frage nach dem legitimen Grund der Strafe. Methodisch unumgänglich ist dabei der Rückgriff auf die Reflexionsebene vorpositiven Rechts zumal dann, wenn die Auslegungsarbeit am positiven Recht auf erhebliche Unbestimmtheit oder Widersprüchlichkeiten stößt²⁰⁾, die der prinzipiengeleiteten Konkretisierung oder Auflösung bedürfen - so im deutschen Recht in erster Hinsicht besonders in den Instituten der Zurechnungslehre, in letzter Hinsicht besonders beim ungeordneten Nebeneinander von Prävention und Schuldgleich im Recht der Straftatfolgen. Die unabdingbar geforderte *prinzipielle* Ordnung im Ausgang von einem konsistenten Begriff der Strafe umfasst dann notwendig weiteres: Strafe und Strafrecht sind *sekundäre* Phänomene, reflektieren auf unabhängig vom Strafrecht bestehendes objektives Recht, dies allerdings unter der genuin strafrechtlichen Perspektive der praktischen Geltungsbedingungen und der qualifizierten Formen

17) Vgl. *Hegel* (Fn. 9), § 99, S. 187 f.: Wird nicht beim Zusammenhang Unrecht-Gerechtigkeit angesetzt, sondern utilitaristisch bei der Zufügung eines Übels, dann muss nach kompensierender bzw. übersteigender Nützlichkeit gesucht werden.

18) Insbesondere durch den zivilrechtlichen Schadensersatz. Zum Unterschied vgl. *Hegel* (Fn. 9), § 98, S. 186.

19) Die reduktionistische Gleichsetzung von Personen mit Gefahrsachverhalten nach Art natürlicher Gefahren durch die Präventionstheorien nimmt insoweit freilich eine weitgehende Gleichstellung vor. Aber auch hier wird von Vermittlungsprozessen ausgegangen, die dem unmittelbaren Unrechtsverhinderungszwang fehlen.

20) Vgl. *Köhler*: Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung (Fn. 9), S. 11 ff.; *ders.*: Begriff der Strafe (Fn. 9), S. 2 ff.

ihrer Verletzung²¹⁾. Rechts- und Staatsbegriff sind dann in hier nicht näher auszuführender Weise notwendige Bestandteile einer angemessenen Strafretheorie. Ganz in diesem Sinne hat man den Strafretheorien auch attestiert, „Übersetzungsmedien“ zu sein zwischen übergreifenden Welt- und Menschenbildern und den gegebenen strafrechtlichen Regelungen²²⁾. Sie sind Ausdruck immanent unvermeidlicher Reflexion auf die rechtliche Praxis, durch die das Wissen um richtiges Recht erst auf den Begriff gebracht wird – sofern es sich den schlüssig begrifflich erfassen lässt. Wo die Rechtswirklichkeit nicht mehr auf den Begriff gebracht werden kann, da ist sie unvernünftig geworden; es herrschen Unfreiheit und in einem bestimmten Sinne Unrecht. Rechtswissenschaftliche Begriffsbildung wird zur Kritik.

Auch angesichts des praktischen Anlasses straftheoretischer Reflexion, der Legitimation gegenüber dem Täter, scheint es ganz selbstverständlich, dass ein solcher prinzipienorientierter gestufter Legitimationszusammenhang mit der *allgemeinen* Begründung des Rechtsinstituts der Strafe in der Abfolge von Recht, Staat und Strafe, zugleich auch wesentliche Gründe der *konkreten* Strafverhängung benennt, dass also in den Worten Feuerbachs, die Gründe der Strafe in abstracto auch die Gründe der Strafe in concreto sein müssen²³⁾; dass sich also nicht nur die konkrete dogmatische Arbeit und Rechtskonkretisierung, etwa in der Zurechnungslehre, aber auch den Instituten des besonderen Teils, in diesen Zusammenhang schlüssig einfügen muss und von ihm bestimmt wird, sondern ganz besonders auch Struktur und Maß der Verhängung von Straftatfolgen bis hin zu den Modalitäten ihrer Vollstreckung²⁴⁾. Und schließlich muss ein solcher Begriff demnach auch als kritischer Maßstab gegenüber positiver Strafgesetzgebung dort in Anschlag gebracht werden können, wo begriffliche Einheit und damit Strafgerechtigkeit verloren gegangen sind.

Nicht ausreichen kann es, mit Rechtsprechung und vielfach vertretener Lehre unterschiedliche, ja nach Grund und Maß antinomische Strafzwecke ohne Bestimmung eines einheitlichen Ganzen einfach zusammenzufügen²⁵⁾. Eine so verstandene „Vereinigung“ lebt von der Versicherung, so würden durch wechselseitige Begrenzung der Strafziele ihre jeweiligen Nachteile vermieden. Besonders scheint die Maßlosigkeit und Kontingenz der eskalierenden Prävention im Hinblick auf Anlass, Mittel, Anwendungsbereich und Adressaten der Strafe, welche die rechtlich garantierte Freiheit gänzlich infrage zu stellen droht, durch den Einbau des Tat- und Schuldprinzips

21) Zur Abfolge vgl. *Köhler*: Strafrecht AT (Fn. 9), S. 9 ff. Objektives Unrecht, das grundsätzlich unabhängig von der Sanktionsfrage für sich genommen gültig ist, ist also zwar vorausgesetzt, erschöpft aber nicht den Begriff des Strafunrechts.

22) *Bock* (Fn. 3), S. 89.

23) *Feuerbach*: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Teil 1, 1799, S. 196.

24) Siehe dazu *Köhler*: Strafrecht AT (Fn. 9), S. 37 ff., 578 ff.

25) Zur Kritik siehe *Köhler*: Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung (Fn. 9), S. 20 ff.; *Lesch*: Sinn und Zweck der Strafe, JA 1994, S. 595.

gebannt²⁶⁾. Solche Begrenzungen bleiben jedoch ganz äußerlich und damit willkürlich. So ist insbesondere nicht ersichtlich, warum das Schuldprinzip, seiner Herkunft nach Ausdruck absolut strafbegründender Gerechtigkeit²⁷⁾, einer präventiven Strafzweckbestimmung als bloße *Begrenzung* aufgepfropft werden könnte²⁸⁾. Angesichts der unaufgelösten Widersprüche kann auch gar nichts mehr Bestimmtes gesagt werden: Welcher Gesichtspunkt – Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit – den Ausschlag gibt, soll durch *Abwägung* zu ermitteln sein²⁹⁾. Aus Begriffs- und Standpunktlosigkeit tritt so an die Stelle einer schlüssigen Legitimation eine verlegene Machtapologetik.

Das Bemühen um solche „Vereinigung“ ist folgenorientierten Strafbegründungen freilich, jedenfalls in einer liberal-demokratisch rechtsstaatlichen Ordnung, gewissermaßen von außen aufgezwungen. Denn gerade Theorien auf einer empiristisch-positivistischen Grundlage kommen nicht daran vorbei, die derzeitige positiv-rechtliche und faktisch-kulturelle Geltung des aus ihrer Perspektive theoriefremden Schuldprinzips konstatieren zu müssen. Allgemeiner gesprochen: Auch eine Theorie, welche Nützlichkeit zum alleinigen Maß richtigen Handelns macht, muss sich mit dem auch empirisch beglaubigten Phänomen auseinandersetzen, dass in Fragen der Gerechtigkeit praktisch wirksam unbedingte und damit unverrechenbare Geltungsansprüche erhoben werden, die angesichts der Kontingenz von Handlungsfolgen nicht unmittelbar folgenorientiert begründet sein können – man denke nur an die Vertragsbindung im Zivilrecht.

26) Es ist insoweit in problematischer Weise von der Limitierung oder auch Domestizierung des zweckrationalen Programms die Rede.

27) Eine durchgängige Beachtung des Schuldprinzips kann vom Utilitarismus nicht konsistent begründet werden, so dass Kollisionsmöglichkeiten bleiben, die eine Entscheidung erforderlich machen, also nicht in harmonistischer Vereinigung aufzulösen sind. Vgl. dazu ausführlich *Henke*: Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, Bonn 1990.

28) Zum Argument siehe die Nachw. in Fn. 25. Der jeweilige Begründungsanspruch wird so notwendig relativiert und damit nicht ernstgenommen. Wird Schuld präventionistisch ausgedeutet, kann sie die Prävention nicht begrenzen. Hat sie ein eigenes Maß, muss sie sich aus anderen Gründen speisen, ohne dass dann aber noch ersichtlich wäre, wie sie etwas begrenzen könnte, mit dem sie nichts zu tun hat und zu dem sie damit in einem unbestimmten Verhältnis steht: Ohne Verhältnis aber auch keine Verhältnismäßigkeit! Treffend insoweit, wenn auch nicht in der eigenen Auflösung, *Kunz*: Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), S. 823 ff.

29) Siehe etwa *Neumann* (Fn. 12), S. 149 f.: Zwar müsse der mit dem externen Standpunkt der funktionalistischen Theorie positiver Generalprävention einhergehende sozialtechnologische Begründungsabbruch vermieden werden. Aber auch der interne Standpunkt erlaube konsequentialistische Erwägungen. Der mögliche Konflikt intrinsischer und konsequentialistischer Gründe soll lösbar sein, indem es nicht um ein Entweder-Oder gehe, sondern um ein Mehr oder Weniger, so dass das zweckfreie Maßprinzip der Schuld mit den Gründen zweckhaften Strafens abzuwägen sei. Verbunden wird das mit der Auflösung nach Relevanzstufen, also der intrinsischen Begründung für den Tadel und der zweckrationalen des „hard treatment“. Zur Kritik der letztgenannten Trennung treffend *Pawlik*: Person (Fn. 2), S. 50 ff.

Dieses Phänomen fordert den Utilitarismus seit jeher auch nach seinem eigenen Selbstverständnis heraus, muss doch das theorieimmanent unerklärliche Selbstverständnis der Akteure zweckrational eingeholt bzw. überboten werden³⁰).

Zwei methodologische Versuche, diese Unverfügbarkeiten - gezwungenermaßen - zu integrieren, ohne aber die Folgenorientierung gegenüber der Vergeltungstheorie preiszugeben, werden im Folgenden zu erörtern sein: Teils wird unterschieden zwischen der präventiven Rechtfertigung der Strafe als Rechtsinstitut (oder auch nur ihrer Androhung) und der konkreten einzelnen Strafverhängung nach Maßgabe eines retributiven, also im Kern gerade nicht auf die künftige Sicherheit bezogenen, Tat- und Schuldprinzips. Teils wird davon ausgegangen, dass die rechtswissenschaftliche Theoriebildung nicht nur auf einer anderen Reflexionsebene als die rechtspraktische erfolge, sondern auch aus einer fundamental anderen Perspektive wissenschaftlicher *Beobachtung* des Rechts als *Gegenstand*.

II.

Gegen die negativ-generalpräventive Strafbegründung wird seit Kant zu Recht geltend gemacht, eine Strafverhängung zur Abschreckung der anderen missbrauche den Täter für Zwecke, über die er keine Kontrolle habe und für die er keine Verantwortung trage, nämlich die Beeinflussung der Tatneigung anderer: Sie mische, so Kant, den Täter unter die Gegenstände des Sachenrechts³¹. Maß genommen wird insoweit an einem Verhältnis von Freien und Gleichen, also gegenseitig anerkannter Freiheit, auch im Verhältnis zum Täter, der diesen fundamentalen

30) Vgl. den Versuch von *Mill*: Utilitarismus, Ausgabe Birnbacher, Stuttgart 2006, Kap. 5, das Gerechtigkeitsproblem, „die einzig wirkliche Schwierigkeit der utilitaristischen Moralphilosophie“ (S. 191), zu lösen, indem die damit verbundenen Vorstellungen von Unbedingtheit und Unverrechenbarkeit fundiert werden in einem besonders starken Gefühl, welches dann dafür Sorge trägt, dass das normale Nützlichkeitskalkül zur moralischen Notwendigkeit wird (S. 163), diese Gefühle also „in der Skala der sozialen Nützlichkeiten einen höheren Platz einnehmen und deshalb in höherem Maß verpflichtend sind“ (S. 190 f.). Die Vorstellung einer „unbedingteren“ (vgl. S. 193: „more absolut“!) Nützlichkeiten, wohl gedacht als ein Umschlagen gradueller in qualitative Unterschiede, indiziert das begriffliche Scheitern. Dies bleibt auch dem Regelutilitarismus nicht erspart. Zwar soll dann die unmittelbare Regelanwendung vom individuellen Nützlichkeitskalkül des Handlungsutilitaristen entkoppelt sein. Da die Regel aber ihrerseits ausschließlich konsequentialistisch begründet wird, kann nicht nur angesichts der Abhängigkeit der Regelbildung vom Abstraktionsniveau immer eine neue Regel gebildet werden, sondern muss es angesichts des leitenden Prinzips auch, sobald die Folgen der Regelbeachtung negativ zu bilanzieren sind. Genau genommen bezeichnet jedes Recht (wie auch die Strafe) prima facie gegenüber der rechtlich nicht gehinderten Glückssuche ein Übel, welches auszugleichen ist, was wiederum durch die Gewähr von Sicherheit erfolgt (vgl. *Hofmann*: Politik des aufgeklärten Glücks, Berlin 2002, S. 21).

31) *Kant* (Fn. 9), S. 453. Siehe auch *Hegel* (Fn. 9), § 99, S. 187 ff., insbesondere im Gans'schen Zusatz (S. 190).

Status von Menschenwürde und Rechtspersönlichkeit auch durch die Tat nicht verliert, dem gegenüber also *durchgehend* ein Rechtsverhältnis und damit ein Rechtfertigungsbedarf besteht. Die Abschreckungsdoktrin vermag diesen nicht einzulösen, weil ihr die eingangs erwähnte rein instrumentelle Verhältnisbestimmung individueller Nutzenkalkulierer zugrunde liegt. Unterstellt werden muss, dass die anderen Tatgeneigten nur als zweckrationale Kalkulierer ihres eigenen Vorteils angesprochen werden können, letztlich also ausschlaggebend in ihrer Triebhaftigkeit und Bedürftigkeit, mag diese auch nicht wie beim Tier gänzlich einer biologischen Teleologie des Lebens folgen, sondern klug verwaltet werden³²). Da sich die Tatgeneigten nicht mit Bestimmtheit ausmachen lassen, *alle* im Kern als befangen aufgefasst werden müssen und damit permanent durch die Möglichkeit eines Nutzenüberschusses in Versuchung geführt, wenn nicht gar getrieben sind, sind *alle* anderen als potentiell Tatgeneigte einbezogen. Recht und Staat verdanken sich danach der individuell nützlichen Interessenkooperation, die freilich auch nur so weit verbindlich ist, wie der Nutzen reicht. Von einer Unbedingtheit der Rechtsform kann insoweit keine Rede sein. Das rächt sich, wenn die Strafe gegenüber dem Täter begründet werden soll, liegt sie doch in aller Regel nicht in seinem aktuellen Interesse³³). Die Strafe verteidigt dann nur die Sicherheit eines Ganzen im Sinne des allseits Interessengerechten, welches den Täter freilich nicht mehr umfasst. Die nackte zweckrationale Kooperation bleibt ein unüberbrückter Interessengegensatz und lässt den Sieg dem Mächtigeren: Kooperation lohnt sich oder eben nicht³⁴). Nach ihren Prämissen kann die Abschreckungsdoktrin nicht auf ein

32) Vgl. dazu *Wolff* (Fn. 9), S. 792 ff.

33) *Pawlik*, Festschrift Rudolphi (Fn. 8), S. 216 f. Mangels einer denkbaren verbindlichen Einheit der Einzelnen und der Unmöglichkeit des interpersonellen Nutzenvergleichs ist im Utilitarismus der unvermittelte Übergang auf das Ganze und seine absolute Dominanz angelegt, so insbesondere die völlige Abhängigkeit individueller Rechte von der allgemeinen Nützlichkeit (vgl. *Mill* (Fn. 30), S. 161). Zum Problem siehe den guten Überblick über den Diskussionsstand bei *Eidenmüller*: *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. Tübingen 2005, S. 207 ff.

34) Lehrreich ist insofern das Scheitern der Strafbegründung bei *Hobbes*. Sind die Akteure allein als naturzuständliche Inhaber eines Rechts auf alles begriffen, kann der kriegerische Naturzustand allein aufgrund zweckrationaler Kalküle der Einzelnen in einen Zustand der Sicherheit überführt werden. Freilich kann es dann komplementär zur Absolutheit des Souveräns und seiner uneingeschränkten Strafgewalt (vgl. *Leviathan* (Ausgabe Euchner), Frankfurt a.M. 1984, S. 136 u. Kap. 28) keine Pflicht zur Duldung der Strafe geben, da das Recht auf unbedingte Selbstverteidigung gerade nicht aufgegeben werden kann (vgl. ebd., S. 165, 168). Die Strafgewalt beruht daher nicht auf einem Akte der Übertragung auf den Souverän (ebd., S. 237), sondern im unvermittelten Gegeneinander unbeschränkter Rechte des Souveräns und des Betroffenen. Strafe kann somit nicht als Rechtsverhältnis begriffen werden, als wechselseitige Zuordnung von Rechten und Pflichten, sondern nur als Einbruch des Naturzustandes, als Kampf (vgl. ebd.: „Da sie (die Anklage, Verf.) Gewalt darstellt, ist niemand verpflichtet, auf Widerstand zu verzichten“; vgl. dazu *Hüning*: *Freiheit und Herrschaft in der Rechtsphilosophie des Thomas Hobbes*, Berlin 1998, S. 237 ff., besonders S. 244). Die Grenzziehung zur Bekämpfung des Feindes, um die sich *Hobbes* bemüht (*Leviathan*, Kap. 28, S. 239, 242),

verbindliches und die Zeit (zwischen Tat und Strafverhängung) überspannendes Fundament zurückgreifen, welches es erlaubte, dem Täter ohne Prinzipienbruch im Hinblick *auf die vergangene Tat* einen Missbrauch seiner Freiheit *vorzuwerfen*³⁵⁾.

Jeglicher Begründungsanspruch ist in einem so bestimmten Verhältnis demontiert, weil eine Begründung auf Seiten des Begründenden wie auf der des Begründungsadressaten bestimmte Kompetenzen voraussetzt, die über die zweckrationale Bedürfnisverfolgung hinausgehen. Ein solcher Reduktionismus ist daher auch gar nicht durchzuhalten, weder auf der Ebene rechtlicher Praxis noch auf der rechtswissenschaftlicher Reflexion. Unzweifelhaft sind bereits auf der Ebene der Rechtspraxis in der Gestalt des strafenden Richters Kompetenzen vorausgesetzt, nach Gründen zu handeln, welche die eigenen Bedürfnisse und Interessen einem allgemeinen und reflektierbaren Anliegen unterordnen³⁶⁾. Mitglieder des Rechtsstabes könnten nicht widerspruchsfrei bei Urteilsverkündung die Strafverhängung damit begründen, abgeschreckt werden zu wollen, wenn damit doch „Selbstabschreckung“, also Selbsttranszendierung bzw. Selbstverpflichtung in einem ganz anderen Sinne, möglich ist. Ohne Grund würde dies aber Täter und Öffentlichkeit als Adressaten einer „Begründung“ im selben Atemzug abgesprochen, so dass an die Stelle einer Begründung willkürlich angemaßte Herrschaft träte. Diesem Vorwurf ist auch die rechtswissenschaftliche Theorie der Abschreckung ausgesetzt³⁷⁾. Denn auch die Theorie selbst kann nach ihren eigenen Prämissen nur beanspruchen, auf andere zu *wirken*, muss aber auch in Kauf nehmen, sich selbst als *bewirkt* zu verstehen. Anschaulicher: Wenn auch wissenschaftliches Handeln *Handeln* ist, zumal wenn praktisch bedeutsame Geltungsansprüche erhoben werden wie bei der Legitimation der Strafe, müsste sich doch auch dieses Handeln allein einem Nutzenkalkül verdanken, was in theoretischer Hinsicht den Wahrheitsanspruch in Frage stellte, in praktischer Hinsicht aber bedeutete, einen unausgewiesenen Herrschaftsanspruch zu formulieren. In *beiden Hinsichten* muss also ein Standpunkt ausgewiesen werden, der dem zweckrationalen Kalkül enthoben ist und auch von anderen eingenommen werden kann, weil nur

kann auf dieser Grundlage nicht gelingen.

35) Treffend *Pawlik*, Festschrift Rudolphi (Fn. 8), S. 217.

36) *Mastronardi* (Fn. 11), S. 44: „Das Verfahren der juristischen Methodik setzt voraus, dass die Juristin und der Jurist die Fähigkeit haben, Vorurteile (...) zu hinterfragen und zu korrigieren. Was das Recht bei den Bürgerinnen und Bürgern voraussetzt, verlangt die Rechtswissenschaft von den Juristinnen und Juristen: die Fähigkeit zu Freiheit und Verantwortung.“

37) Vgl. *Wolff* (Fn. 9), S. 793: „Nun darf man sich nicht damit begnügen, die Lehre von der Generalprävention auf eine instrumentale Theorie zu reduzieren (...); denn die Generalprävention ist immerhin eine Straftheorie der Rechtswissenschaft. Sie muß folglich Auskunft über die Berechtigung der Rechtsgutsverletzung geben, die mit der Strafe dem Täter angetan wird (...). Insofern muß sich jede rechtswissenschaftliche Straftheorie darüber erheben, eine relative zu sein.“ Ansonsten werde ein geistiger Unterschied zwischen Herrschern und Beherrschten, Freien und Unfreien angenommen (vgl. ebd., S. 798 Fn. 24).

Verhältnisse, die von einem solchen Standpunkt aus gestaltet sind, es ermöglichen Richtigkeits- und Wahrheitsansprüche überhaupt sinnvoll zu erheben. Ohne dies ist also an verbindliche Begründungen und Vorwurf und Kritik als ihre Kehrseite gar nicht zu denken. Der Wissenschaftler und die Akteure müssen also in anderer, anspruchsvollerer Beschaffenheit gedacht werden, und mit ihnen der Begriff des Rechts und die Legitimation von Strafe.

Ein eingangs erwähnter Rettungsversuch besteht darin, die Legitimation des Rechtsinstituts von derjenigen der konkreten Strafverhängung abzuspalten und nur ersteres durch Abschreckung zu begründen. Abschreckung würde dagegen in diesem Modell zur Begründung der konkreten Strafverhängung gegenüber dem Täter nicht herangezogen werden können. Das hätte den argumentationsstrategisch unschätzbaren weiteren Vorteil, die Theorie von der Bürde des empirisch in Wahrheit nicht einlösbaren Nachweises eines bestimmten Abschreckungseffekts im Einzelfall zu entlasten: Man könnte sich vielmehr damit begnügen, dass Strafe irgendwie aufs Ganze gesehen abschreckend wirken könnte und durch einen solchen generellen Effekt hinreichend begründet wäre. Die Annahme sogenannter Androhungsprävention, wonach der Abschreckungseffekt im Wege des psychologischen Zwangs nur die Strafandrohung legitimiert, beruht auf einer vergleichbaren Erwägung³⁸⁾. Nützlichkeit und Gerechtigkeit (Instrumentalisierungsverbot) kommen sich, so die Idee, nach beiden Modellen gar nicht ins Gehege, weil sie verschiedene Bereiche beherrschen.

Nun wird die Unschlüssigkeit des reduktionistischen Grundmodells nicht dadurch beseitigt, dass man es für die Androhung oder das Rechtsinstitut insgesamt reserviert, sondern sie verlagert sich nur auf die Androhung oder das Institut der Strafe im Allgemeinen. In den Worten Hegels bleibt die polemische Frage, wie es mit der Rechtlichkeit der Drohung stehe, wenn es sich doch nach dieser Begründung der Strafe verhielte, als „wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt“³⁹⁾. Mit dem Reduktionismus bleibt der Theorie auch in dieser Form der Instrumentalisierungseinwand erhalten.

Unklar wird zudem, wie das Beispiel der Androhungsprävention zeigt, das Verhältnis zur Verhängung der konkreten Strafe, denn der unaufgelöste Widerspruch dauert fort: Die konkrete Strafverhängung hängt nach Grund und Maß nicht von der Abschreckungswirkung ab, kann dann aber nur um der Effektivität der Drohung willen erfolgen, wobei die Drohung ihrerseits allein aus Abschreckung legitimiert sein soll. Solange es sich um einen Handlungszusammenhang handelt, der als Strafe bestimmt wird, ist nicht einzusehen, dass der Grund eines Rechtsinstituts für seine Konkretisierung bedeutungslos sein könnte. Die Behauptung, nur die tat- und schuldangemessene

38) Vgl. zur Theorie Feuerbachs die Ausführungen von Wolff (Fn. 9), S. 797 f., und Pawlik, Festschrift Rudolphi (Fn. 8), S. 217 f.

39) Hegel (Fn. 9), § 99 Zusatz, S. 190.

Strafe sei nützlich (für die Abschreckungswirkung) ist unzutreffend⁴⁰). Denn jeder Zweck hat sein eigenes Maß⁴¹), und das Maß der negativen Generalprävention verfehlt die Allgemeinbedeutung der Tat⁴²): Wer für einen kleinen Geldbetrag mordet, mag durch eine etwas darüber liegende Geldstrafe abgeschreckt werden, wer mittels eines geringfügigen Ehr- oder Körperverletzungsdelikts seine Ehe oder seine Karriere retten will, dagegen nur durch jahrelange Haft⁴³). Wird das angedroht, was auch verhängt werden soll, könnte nach der Theorie der Androhungsprävention nach Grund und Maß nur die tat- und schuldangemessene Strafe angedroht werden, die dem präventiv Erforderlichen freilich nicht entsprechen muss. Oder es müsste etwas angedroht werden, was gar nicht verhängt wird. Dann wären aber beide Prinzipien verletzt: Das Schuldprinzip setzt das Gesetzlichkeitsprinzip voraus. Die täuschende Drohung würde niemand mehr ernst nehmen können.

III.

Angesichts der schweren Mängel der Abschreckungstheorie hat in der deutschen Diskussion die Lehre von der positiven Generalprävention an Einfluss gewonnen.

Gemeinsam ist allen Lehren von der positiven Generalprävention, dass die maßgeblichen Größen von Normvertrauen und Rechtsfrieden das Richtigkeitswissen und die Überzeugungen der Bevölkerung nicht außer lassen können, die normative Strukturierung der bestehenden Handlungspraxis wird gerade nicht vollständig auf das schlichte Modell des homo oeconomicus und die Nützlichkeit von Kooperation und Kommunikation heruntergebracht, die sich in ihrer Ausschließlichkeit ja letztlich als Prinzipien der Unverbindlichkeit und des Gegensatzes erwiesen haben. Entscheidend kommt es allerdings darauf an, wie das Verhältnis der Bürger zur Einheit des Rechts und seiner Institutionen genau bestimmt wird, das ja offenbar von einem gewissen Maß an Einsicht und Fähigkeit der Bürger zur Selbsttranszendierung (Intersubjektivierung, Objektivierung) abhängen soll, die konsequenter Weise auch den Bestraften, den Strafenden und den Rechtswissenschaftler einschließen⁴⁴). Was verbirgt sich also genau hinter der Abfolge von Störung und Erhaltung des Rechtsfriedens durch Lernen, Bestätigung und Konfliktverarbeitung? Deutlicher wird die Bedeutung dieser Frage, wenn man sich zunächst in Grundzügen die Antwort

40) Siehe bereits oben Fn. 27.

41) *Wolff* (Fn. 9), S. 790.

42) Vgl. *Jakobs*: Strafrecht AT (Fn. 7), Kap. 1/Rn. 29.

43) Beispiele nach *Jakobs*, Strafrecht AT (Fn. 7), Kap. 1/Rn. 30. Vgl. auch die Beispiele bei *Wolff* (Fn. 9), S. 799 Fn. 25: Aufgrund der erhöhten Gefahr, dass andere die Tatbegehung als verständlich ansehen, müsste die Strafe umso schärfer ausfallen, je geringer die Schuld des Täters ist.

44) Grundlegend dazu *Wolff* (Fn. 9), S. 799 ff.

der Vergeltungstheorie vergegenwärtigt⁴⁵⁾: Die Vergeltungstheorie geht aus von der Fähigkeit *der Subjekte* als den reflexionsfähigen Zentren, rollenübergreifenden leiblich-geistigen Einheiten und Konstituenten der Rechtswirklichkeit, welche die Rollen als Bedürfniswesen, Rechtsperson und Staatsbürger mit hervorbringen und ausdifferenzieren⁴⁶⁾, die immer schon in der Geltungsdifferenz von gut und böse, gerecht und ungerecht, also nach Regeln handeln⁴⁷⁾, zu freier Selbstbestimmung auch in allgemeinen Formen, in denen sich die Subjekte zueinander hin selbst überschreiten. Nur unter der wechselseitigen Richtigkeitsperspektive werden Verhaltenswartungen normativ, so dass es in der Perspektive systemtheoretischer Normtheorie ausgeschlossen ist, sich damit zu begnügen, die Prognose über das Verhalten der anderen einfach dem Normbruch anzupassen⁴⁸⁾. Recht, Rechtsgesellschaft und Staat erweisen sich in ihrer konkret-lebendigen Existenz als handlungspraktische Formen solcher allgemein-wechselseitiger Anerkennung. Sie werden als geistige Formen äußerer Freiheit, als gemeinsame Bewusstseinsleistung in denkpraktischer Verwirklichung durch die menschlichen Subjekte wirklich. Diese konstitutive Mitformung und -gestaltung freier Lebens- und Rechtsverhältnisse durch die einzelnen Subjekte, vom bloßen Unterlassen von Verletzungen bis hin zur demokratischen Mitbestimmung, ist freilich Anlass, sie in ihrer Rolle als Personen und Bürger auch als besonders verantwortlich für das Ganze zu erachten. Danach wird der Täter mit Strafe belastet, wenn er wesentliche⁴⁹⁾ fremde Rechte verletzt, dies aber in der qualifizierten Weise, um die Verletzung zu wissen, sie also zu wollen (personales Unrecht), und dies kraft freier Entscheidung im Bewusstsein des Unrechts (Schuld), also unter Anmaßung einer tätig

45) Vgl. dazu die in Fn. 9 genannten Autoren.

46) Jedenfalls also Wesen sind, welche diese Ausdifferenzierung bewusst vollziehen oder auch nur nachvollziehen, also erfahren und begreifen können, die im Miteinander auch überhaupt erst die Differenz von Objektivität und Subjektivität zu thematisieren in der Lage sind. Insoweit geht es also um menschliche Subjekte, die aus eigenem Recht als Personen auftreten, und nicht allein um die abstrakte Person als formelle Träger von Rechten und Pflichten im Sinne einer Funktion oder eines normativen Konstrukts der Rechtsordnung, deren Privilegwirkung bei der Enttäuschung „einer gewissen kognitiven Untermauerung“ revoziert werden könnte.

47) Weil die Frage nach dem Richtigen und Unrichtigen immer schon gestellt ist und in der Handlungsperspektive Antwort verlangt, lässt sie sich nicht positivistisch abschneiden und vom Recht fernhalten. Zum vorpositiven Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft vgl. *Hruschka*, *JZ* 1992, S. 429 ff.

48) Vgl. *Kalous* (Fn. 16), S. 73 ff.

49) Unzutreffend ist der Einwand, die absolute Theorie sei nicht in der Lage, einen vom schlichten Faktum irgendeiner Normverletzung geschiedenen Begriff der Straftat zu entwickeln (so der Einwand *Schünemanns*, *Festschrift Lüderssen* (Fn. 15), S. 330 f.), denn maßgeblich ist für den Verbrechensbegriff auch insoweit, ob in objektiv-subjektiver Einheit in der Tat eine fundamentale Geltungsanmaßung (Negierung des Allgemeinen) zum Ausdruck kommt, was ein objektives, wenngleich nicht abstrakt abschließend bestimmbares Gewicht der Rechtsverletzung voraussetzt.

umgesetzten widersprüchlichen Gegenregel, kurz: schuldhaft. Denn *in ihm* als Konstituenten der Rechtsgeltung, in seiner Handlungsregel tritt der zu verantwortende „Schaden“ an Rechtsgeltung für die Rechtsverhältnisse ein, in denen er steht; er handelt widersprüchlich, indem er *formell* die Anerkennung seiner Regel durch die Allgemeinheit bzw. die anderen beansprucht und damit die Allgemeinheit als Instanz der Anerkennung schon anerkannt haben muss - *material* aber die Instanz, deren Anerkennung er beansprucht, die verfasste Allgemeinheit und gegebenenfalls ihre besonderen Konstituenten/Repräsentanten in der Person individueller Opfer, gerade nicht anerkennt. Für die Vergeltungstheorie ist der notwendige, aber auch hinreichende *Strafgrund*, dass der Widerspruch aufgelöst, die Geltungsanmaßung als unwirklich erwiesen und das vom Täter gewusste Richtige zur Geltung gebracht wird, das Recht also wiederhergestellt wird. Einesteils wird der Täter an seiner formell-konstitutiven Rolle kraft Kompetenz der Selbsttranszendierung und Verallgemeinerung, *seiner* Gesetzgebungskompetenz, festgehalten: indem sein Status in bestimmt-begrenzter Weise und proportional zur eigenen, in der Tat ausgedrückten Unrechtsregel als *Selbstminderung* praktisch vollzogen wird. Verlangt wird entgegen der vom Täter verweigerten Verallgemeinerungsleistung die wertproportionale Einbeziehung in die eigene Regelungsleistung, um so den vom Täter gewussten, aber ausgeblendeten Widerspruch zwischen formeller Regelungskompetenz und fehlender Verallgemeinerbarkeit der eigenen Handlungsregel zu manifestieren, die eigensinnige Geltungsanmaßung und Vorordnung individueller Bedürfnisse als ungültig zu erweisen⁵⁰. Dieser Exkurs zur absoluten Theorie war erforderlich, um den feinen, aber doch entscheidenden Unterschied zur Lehre von der positiven Generalprävention zu verdeutlichen. Diese ordnet nämlich der Abfolge Normkonstitution, Geltungsverlust und Strafe die allgemeine Zweckbestimmung der Stabilisierung und Selbsterhaltung der *Gesellschaft* vor⁵¹. Die Strafe ist

50) Wenn von Vergeltung als Wiederherstellung des Rechts die Rede ist, kann sich die Strafe allerdings nicht in dieser „Negation der Negation“ (Hegel, (Fn. 9), § 97 Zusatz, S. 186) erschöpfen, welche den Täter allein in seiner formellen Vernünftigkeit respektieren würde. Der Anerkennung auch als *bedürftiges* Wesen entspricht es, Perspektiven zu bieten, der eigenen Verantwortung für das Recht wieder gerecht werden zu können. Die dafür erforderliche Leistung muss der Täter im Wesentlichen selbst erbringen, da sie auf freier Entscheidung beruht - geschuldet sind ihm aber Hilfsangebote, die in Deutschland als Resozialisierungsaufgabe des Strafvollzugs verfassungsrechtlich garantiert sind (BVerfGE 35, 202; 45, 187; 98, 169; 116, 69).

51) Vgl. dazu die bei *Kalous* (Fn. 16) im Einzelnen dargestellten Einkleidungen: Sie beziehen sich auf den Bedarf an Konfliktverarbeitung, Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität in bestimmter normativer Identität, die verträgliche Abarbeitung von Rachegefühlen und Bestrafungsbedürfnissen und so die Beruhigung gesellschaftlicher Irritation zur Vermeidung von Desorientierung. Der Diskurs des gegenseitigen praktischen Umgangs, wechselseitiger Anerkennung, Zurechnung, Geltungsbehauptung und des Austauschs von Gründen, aus dem bzw. aus dessen Grundlagen sich der Zusammenhang von Tat und Strafe (und Irritation, Desorientierung etc.) erst speist, kommt so freilich nur in objektivistisch gebrochener Weise zur Geltung. Denn die Selbsterhaltung wird nicht aus der Handlungsperspektive entwickelt, welche die Frage als

ein *mögliches* Mittel der Normbestätigung unter vielen zur Konfliktverarbeitung nach der Irritation und Störung durch den Rechtsbruch. So werden Recht und Rechtsgeltung nicht als Verhältnisbestimmungen zwischen selbstzweckhaften Wesen, nämlich menschlichen Subjekten als dem Quell aller Normativität, begriffen, deren Selbstzweckhaftigkeit sich auch ihren Verhältnissen als Verhältnissen allgemeiner wechselseitiger Anerkennung in Freiheit mitteilen müsste, mithin auch der immanenten Notwendigkeit ihrer Wiederherstellung durch Strafe. Diese Perspektive wird gemieden, weil eine solche Sichtweise mit überholter und unwissenschaftlicher Metaphysik assoziiert wird. Aber diesen Verzicht oder auch nur einen Agnostizismus (namentlich in der Freiheitsfrage) kann man sich in normativ fundamentalen Fragen nicht leisten, wie schon der Umstand zeigt, dass auch dieser Verzicht durch eine, wenn auch andere Standpunktnahme erkauft wird: An die Stelle selbstzweckhafter Rechtsgeltung zwischen selbstzweckhaften Personen tritt der Sache nach die Selbstzweckhaftigkeit von Gesellschaft als *sozialem Faktum*, wengleich in kontingenter Form. Die Selbsterhaltung von Gesellschaft ist damit als das maßgebliche Gut rein *objektiv* gesetzt, mag dabei auch auf ihre jeweilige normative Identität Bezug genommen werden⁵²). Rechtsnorm und Rechtsgeltung verdanken sich damit nicht originär einer Leistung freier menschliche Subjekte in ihrer gemeinsamen Praxis, sondern einer davon abgelösten systemisch-objektiven Erzeugtheit, aus welcher sich die Freiheit *ableitet*⁵³) und auf welche die Bürger im Wesentlichen mit *Anpassungsleistungen* zu reagieren haben, um widrigenfalls strafbegründend, wie im normativen oder funktionalen Schuldbegriff, ein rein *objektives* Defizit an Anpassung vorgehalten zu bekommen⁵⁴). Normgeltung und Geltungsschaden

eine normative (soll Selbsterhaltung dieser Gesellschaft sein?) eben doch wieder an die geltungsreflektierenden Akteure zurückbinden müsste (treffend *Kalous*, S. 111). Auch wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass hier letztlich nur Vergeltung in zweckrationaler oder deskriptivem Gewand betrieben wird (so eindringlich *Kalous*, z.B. S. 113 ff., 153 ff.) wird die Einkleidung problematisch, sobald sie sich aus eigenem Recht zur Geltung bringt. Ist dies prinzipiell ausgeschlossen, sollte sie freilich redlicher Weise ganz fallen gelassen werden.

52) Vgl. *Jakobs*: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 853: „Aber die funktionale Sicht ist auf kein bestimmtes Modell festgelegt“.

53) Ebd.: Das freie Subjekt werde nicht verdrängt, sondern die Theorie verhalte sich dazu neutral, auch in der Erkenntnis, daß die gesellschaftlichen Konstitutionsbedingungen für Subjektivität konstitutiv seien. Aber auch dies ist der Satz eines Subjekts, seine Äußerung die Handlung eines Subjekts, dessen Selbstbezug die angemahnte Neutralität nicht verträgt, wenn Wahres und Richtiges gesagt werden soll. Treffend *Schild*, Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch, Neuwied 1990, §§ 20, 21 Rn. 70: „Es ist daher auch nicht „die“ Gesellschaft, sondern der Theoretiker als selbst-reflexiv RECHTLICH denkender, politischer Mensch, der dieses Maß als Selbst-Bestimmung der Freiheit konkret begründet und vertritt (und auch zu begründen und zu vertreten hat“ (Hervorhebung dort).

54) Zur Kritik des normativen Schuldbegriffs siehe *Arthur Kaufmann*: Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961, S. 174 ff.; *Köhler*: Strafrecht AT (Fn. 9), S. 370 f.; *Köhler*: Der Begriff der Zurechnung, in: *Weigend* u.a. (Hg.): Festschrift für H.J. Hirsch, Berlin u.a. 1999, S. 65 ff.

werden dann rein objektiv gedacht, so dass es gar nicht mehr thematisiert werden kann oder braucht, ob subjektive Festlegungen getroffen oder verfehlt werden⁵⁵): Schuld und personales Unrecht werden inhaltsleer oder verdoppeln nur die Feststellung objektiven Unrechts und objektiver Pflichtverletzung, objektiven Nicht-Sein-Sollens.

Nun ähneln die konkreten dogmatischen *Ergebnisse* und Schlussfolgerungen der Theorien positiver Generalprävention vielfach denen, die auch aus absoluten Theorien abgeleitet werden könnten. Das ist trotz des genannten Unterschieds in der Begründung nicht verwunderlich: Der *funktionale* Bezug auf die verobjektivierte Stabilität der Gesellschaft lässt bei konsequenter Handhabung offen, wie diese Gesellschaft beschaffen ist. So ist auch die Möglichkeit einer Ordnung, die sich aus allgemeiner Freiheit legitimiert und daher gemäß der absoluten Theorie das Schuldprinzip respektiert, keineswegs ausgeschlossen: Im Hinblick auf die *formale* Stabilisierungsfunktion von Strafe sind alle Gesellschaften und Gesellschaftsformen gleich. Von diesem Standpunkt aus ist es aber ein Zufall, dass es sich etwa bei den westlichen Gesellschaften um solche handelt, die sich aus der Freiheit ihrer Bürger legitimieren und daher auch retributiv auf das Tat- und Schuldprinzip rekurrieren. Inhaltlich ausgefüllt werden kann die Funktion aber nur unter Rückgriff auf die konkret vorhandenen und praktizierten Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen, Strafbedürfnisse und die ihnen korrespondierende Zurechnungspraxis, selbst wenn sich diese aus Sicht der Akteure gerade durch ihre fehlende Zweckrationalität oder Funktionalität auszeichnen. Durch diesen gedanklichen, freilich theorieimmanent nicht begründbaren Schritt von der formalen Funktion zur bestimmten Funktionsweise scheint die Möglichkeit eröffnet, die Errungenschaften und schützenden Formen der absoluten Straftheorie losgelöst von ihren Gründen funktional zu „legitimieren“, sich also einerseits den Instrumentalisierungsvorwurf der Vergeltungstheorie durch Übernahme ihrer Errungenschaften zu ersparen, andererseits den Metaphysikvorwurf der Konsequentialisten gegenüber der absoluten Straftheorie unter Hinweis auf die kontingente soziologisch oder sozialpsychologisch diagnostizierte Faktizität der Gesellschaft. Die wissenschaftliche Neutralisierung scheint Wissenschaftler oder Rechtsanwender damit einen Weg zu eröffnen, sich der Selbstreflexion, des wechselseitigen praktischen Geltungsdiskurses und der dafür erforderlichen Standpunktnahme zu entheben und auf die ausgetauschten Gründe nur noch in psychologischer oder sozialer Brechung Bezug nehmen zu können. Das ist aber zugleich das Absehen von einer Auseinandersetzung um die Richtigkeit, so dass eben doch nur „Sekundärphänomene“⁵⁶

55) Vgl. treffend *Zabel*: Die Objektivität des Rechts und ihre subjektive Verarbeitung, HRRS 2007, S. 257: „Die Rede und Anwendung herkömmlicher Schuld(ausschluß)formen muß immer den Zurechnungsaspekt der personalen Selbstfestlegung und den Zuschreibungsaspekt und das insoweit mögliche Spannungsverhältnis umfassen.“

56) *Frisch*: Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit

benannt werden können, mag auch noch so sehr eine kommunikative Orientierung anstelle der kritisierten sozialtechnologischen Perspektive beschworen werden⁵⁷⁾.

Das Gerechtigkeitsanliegen verträgt diese folgenorientierte Einkleidung nicht⁵⁸⁾. Der Objektivismus der Theorie hat zur Folge, dass die konstitutive Rolle der Subjekte und mit ihr die Reflexivität rechtlicher Begriffsbildung ausgeblendet werden und der Instrumentalisierungseinwand keineswegs ausgeräumt wird. Der Täter kann doch nicht verantwortlich gemacht werden für *Normeinsicht*, -vertrauen und -praxis der anderen⁵⁹⁾ - ebenso wenig oder eigentlich angesichts der vorausgesetzten Selbstbestimmtheit und Vernünftigkeit der anderen noch weniger als für die Tatneigung anderer in der Theorie negativer Generalprävention. Die anderen werden in ihren Gründen ebenso wenig ernst genommen, wenn die Strafe nur dazu dienen soll, sie zu *beruhigen* und zu besänftigen. Nähme man sie gewissermaßen auf Augenhöhe ernst, bliebe ja auch unklar, wie durch Tat und Strafe auf die handlungspraktische Einsicht der anderen konkret und in einer von der Abschreckung unterschiedenen Weise⁶⁰⁾ *gewirkt* wird, müsste sich doch begründete Einsicht autonom einstellen.

Nicht zufällig verflüchtigt sich also in den Theorien der positiven Generalprävention die empirische Bestimmung des Wirkzusammenhangs von allgemeiner Rechtsgeltungsstörung und ihrer Beseitigung durch strafende Normbestätigung - zuweilen bis hin zu seiner völligen, in dieser Hinsicht von der Vergeltungstheorie kaum noch zu unterscheidenden Normativierung in dem Eingeständnis, dass die Strafe die Erhaltung oder Wiederherstellung von Normgeltung ist⁶¹⁾, sie also nicht in davon unabhängigen weiteren Wirkungen auf andere zu suchen ist. Für die Entscheidung im Einzelfall können ohnehin weder die Vertrauensstörung durch die Tat noch die Störungsbeseitigung in der Bevölkerung verbindlich operationalisiert oder empirisch nachgewiesen werden⁶²⁾, zumal die einzelne Tat zumeist weiten Teilen der Bevölkerung gar

des „Abschieds von Kant und Hegel“, in: *Schünemann* (Fn. 12), S. 125, 136.

57) Etwa bei *Neumann* (Fn. 12), S. 152. Ähnlich der Versuch einer dialogischen Lösung bei *Kunz* (Fn. 28), ZStW 98 (1986), S. 832 ff.

58) Es besteht hier eine enge Verwandtschaft zum Scheitern des Regelutilitarismus in der utilitaristischen Doktrin. Siehe dazu oben Fn. 30.

59) *Frisch* (Fn. 56), S. 138.

60) Daran schließt nicht nur die Frage an, wie sich denn die konkrete „Wirkung“ von den Mechanismen der negativen Generalprävention unterscheiden könnte (siehe etwa *Koller* (Fn. 6) ZStW 91 (1979), S. 45, 72). Sondern weitergehend steht vielmehr in Frage, ob die Theorie der positiven Generalprävention als rechtswissenschaftliche Theorie der Strafe nicht „am Ende mit leeren Händen“ dasteht (*Pawlik*, Fs. Rudolphi (Fn. 8), S. 228).

61) *Jakobs* (Fn. 52), ZStW 107 (1995), S. 844: Strafe *nicht als Mittel* der Erhaltung gesellschaftlicher Identität, sondern sie sei „bereits diese Erhaltung selbst“.

62) Zusammenfassend *Kalous* (Fn. 16), S. 70 ff. (besonders 86 f.), 141, 153 ff., 165; *Köhler*: Zusammenhang (Fn. 9), S. 42 ff.; *Frisch* (Fn. 56), S. 128 ff., der im Übrigen treffend schon die fehlende Bestimmbarkeit

nicht bekannt wird, geschweige denn das Normvertrauen der Bevölkerung zu erschüttern vermag. So bleibt der Praxis der positiven Generalprävention gar nichts anderes als im Einzelfall ganz entkoppelt von der legitimierenden Funktionsbestimmung zu verfahren, weil für die Sanktionsbestimmung konkretes empirisches Wissen über messbare normbestätigende Wirkungen auf die Haltung der anderen nicht zur Verfügung steht. Auch die funktionale Rechtfertigung der Strafe durch positive Generalprävention bezieht sich damit allein abstrakt auf das *Institut* des Strafrechts im Allgemeinen und auf lange Sicht, also auf *Summationseffekte*⁶³⁾, und tendiert in der Konkretion zum Hinweis auf die schuldangemessene Strafe⁶⁴⁾.

Formale Funktionalität und inhaltlich bestimmte Praxis widersprechen sich, wenn die Gesellschaft von nicht-funktionalen Prinzipien ausgeht, welche die funktionale Betrachtung zwar berücksichtigen muss, ohne aber sie und damit die Akteure ernst nehmen zu können⁶⁵⁾. Die funktionale Einrahmung muss jedenfalls in der Rechtspraxis ausgeblendet bleiben. Die Urteilsbegründung des Richters, der dem Täter die Strafe nach Grund und Maß mit dem Umstand begründet, auch er, der Richter, wolle dadurch in *seinem eigenen* Normvertrauen gestärkt werden, wäre anstößig. *Sofern die Gesellschaft so beschaffen ist*, ist dort allein nach der Schuldstrafe unter der Vorstellung begründeter individueller Verantwortlichkeit und des ihr entsprechenden Maßes zu verfahren. Die legitimierende Funktionalität der Strafe wäre unter diesen Umständen, wie vielfach bemerkt wurde, sogar schon bei öffentlichem Aussprechen ihres Legitimationsanspruchs gefährdet, lässt sie doch die Selbstorientierung der Akteure als sinnlos erscheinen⁶⁶⁾. Häufig wird so formuliert, dass latente Funktionen nicht ohne Funktionsverlust manifest gemacht werden können⁶⁷⁾. Die funktionale Begründung verlangt unter diesen Umständen nach einem „System öffentlicher Unwahrheit“⁶⁸⁾, welches den der Binnenperspektive verhafteten Bürgern Kompetenz, Einsicht und Freiheit auf Augenhöhe mit dem Rechtsstab oder dem Rechtswissenschaftler gerade abspricht. Nicht viel besser ist es um den entgegengesetzten Fall bestellt: Würden alle Bürger funktionalistisch denken, käme dem Funktionalismus schlicht der Inhalt abhanden, ohne den es keine handlungspraktisch bestimmte Selbstorientierung gibt.

Damit schließt sich der Kreis zum objektivistischen Ausgangspunkt der Theorie, der jede Selbstdurchsichtigkeit der Gesellschaft für unmöglich erklärt: Die entschiedene und selbstwerthafte Normativität der Akteure wird in der straflegitimierenden Theorie systematisch

eines Sollzustandes moniert, an welche die Mängel geeigneter und erforderlicher Sanktionierung anschließen.

63) *Newmann* (Fn. 12), S. 151.

64) *Frisch* (Fn. 56), S. 134 f.: „Austausch der Hintergrunderklärung für die Schuldstrafe“.

65) Zusammenfassend *Pawlik*, Fs Rudolphi (Fn. 8), S. 226 f.

66) *Wolff* (Fn. 9), S. 803 m. Fn. 41; *Pawlik*, Fs Rudolphi (Fn. 8), S. 226 f.

67) Zusammenfassend *Schneider*: Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Berlin 2004, S. 335 ff.

68) *Wolff* (Fn. 9), S. 803.

neutralisiert. Aber die Akteure, Rechtsstab, Täter und Öffentlichkeit, können nicht davon absehen, dass sie in einer *bestimmten* Gesellschaft leben, konkret in einer von Menschenwürde und individueller Freiheit geprägten Gesellschaft. Sie können sich nicht mit einem Funktionsmodus zufrieden geben, der gegenüber jeder Bestimmtheit dieser Gesellschaft indifferent ist, dessen Geltung ohne Abstriche auch durch die Strafe in einem totalitären System erfüllt wird, weil der Selbstzweck nunmehr nicht die allgemeine und wechselseitige Garantie von Freiheit ist, sondern der abstrakt-gesellschaftliche Selbsterhalt. Die inhaltliche Bestimmung der Zurechnungsprinzipien des Zumutbaren, Vermeidbaren usf. ist nur aus dieser Perspektive möglich.

Das, was damit in der Rechts*praxis* der Gesellschaft niemals bedeutsam werden kann und darf, könnte aber als *wissenschaftliche* Theoriebildung gegenüber den immanenten Richtigkeitsmaßstäben der Akteure sein Recht behaupten, diese also berechtigt zu *faktischem* Richtigkeitsglauben und *sozialpsychologischen* Erwartungsmustern neutralisieren. Während die praktische Entscheidungsperspektive der Geltungsdifferenz von richtig und unrichtig nicht entkommen kann, könnte die auf einer anderen Reflexionsebene operierende Wissenschaft dem auf der Suche nach *Wahrheit* durch bloße *Beobachtung* und *Erklärung* der gesellschaftlichen Funktionsmechanismen enthoben sein. Propagiert wird die anteilnahmslose Beschreibung⁶⁹⁾. Um einen solchen theoretischen Anspruch der funktionalistischen Aussage in der Geltungsdifferenz von wahr und falsch erheben zu können, muss auch hier der Standpunkt des Beobachters außerhalb funktionaler Zusammenhänge ausgewiesen werden: Erklärt sich die Theorie selbst durch die Erfüllung von Funktionen, kann sie nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Wahrheit diskutiert werden, weil die Distanzierung zum Gegenstand fehlt oder eine Mystik der Selbstbeobachtung von Systemen angenommen wird.

Ein solcher Anspruch vollständig fehlender Anteilnahme ist allemal dann fragwürdig, wenn aus der Beobachtung bestimmte praktische Folgerungen abgeleitet werden, wie es von der Lehre von der positiven Generalprävention für die Unrechts-, Zurechnungs- und namentlich Schuldlehre, das Verständnis der Strafausschließungsgründe und Strafmaßfragen ganz selbstverständlich beansprucht wird⁷⁰⁾. Sobald konkrete *Entscheidungsvorschläge* gemacht werden, ist die

69) *Jakobs*, HRRS 2007, S. 234: „beschreibende oder erklärende Herangehensweise an einen Gegenstand, die eine Formulierung von Sätzen ermöglicht, die vor dem Grundverständnis der Zeit wahr sind“. Erforderlich sei die methodische *Entscheidung* zwischen rechtsphilosophischem, rechtswissenschaftlichem und rechtlichem Argument (ebd.). Natürlich kann es nicht darum gehen, alle Ebenen unvermittelt in eins zu setzen. Aber ihre strikte Trennung ist einer praktischen Wissenschaft eben doch unangemessen. Vgl. auch *Jakobs* (Fn. 52), ZStW 107 (1995), S. 867: „anteilnahmslose Beschreibung, dieser Ausschluss von Utopie“ – ein Ausschluss, den sich freilich das deutsche Grundgesetz gem. Art. 1 iVm. Art. 79 Abs. 3 GG (sog. Ewigkeitsgarantie) versagt.

70) Überblick über die diskutierten Fragen bei *Frisch* (Fn. 56), S. 128 ff. Zum Argument siehe auch *Zabel* (Fn.

beanspruchte, Objektivität verbürgende Distanzierung vom Gegenstand nicht mehr gewahrt, handelt es sich nicht mehr um eine bloße „Deutung“ oder „Umdeutung“ der internen Geltungsansprüche von außen, sondern um die Mitformung der Rechtspraxis.

Aber selbst wenn sich mit der Deutung, Beobachtung oder Konstruktion das Anliegen verbindet, über einzelne dogmatische Fragen hinaus den *Sinn* der Strafe zu bestimmen und sie zu rechtfertigen, wird der „Gegenstand“ einer praktischen Wissenschaft, auf sich reflektierender Freiheit, um den es geht, mitgestaltet. Es ist nicht zu erwarten (und nicht gewollt), dass der „Gegenstand“ von der Deutung unbeeinflusst bleiben könnte, zumal doch eine Vielzahl von Deutungen konkurriert und um Anerkennung wirbt⁷¹). Genauer wird man sagen müssen, dass das Recht als „Gegenstand“ schon verfehlt wird, wenn von den damit vollständig aus der Binnenperspektive erhobenen Richtigkeitsansprüchen abstrahiert wird. Anders formuliert: Es geht dann um einen anderen Gegenstand.

In einer Arbeit über den vielfach⁷²), wenngleich zu Unrecht, als Kronzeugen der Enthaltbarkeit bemühten Max Weber heißt es dazu treffend:

„Der Funktionalismus wird zur Ideologie, wenn er aus positivistischer Abstinenz gegenüber Werthaltungen auf deren Gleichwertigkeit schließt bzw. sie faktisch als gleichrangig traktiert, weil das nicht nur im Widerspruch steht zur Motivationslage der kulturell Agierenden, sondern in der praktischen Konkretion auf eine Koalition mit den jeweils stärkeren Bataillonen hinauslaufen muss. Daß sich auf diese Weise

12), S. 300 ff., *Schild* (Fn. 53), Rn. 73.

71) Vgl. deutlich *Paulik*: Person (Fn. 8), S. 47, „Straftheorie muß im Hinblick auf ihre normativen Prämissen Farbe bekennen“. Ebenso *Paulik*, Fs Rudolpi (Fn. 8), S. 227: die Lehre der positiven Generalprävention komme als Straftheorie nicht umhin, die von ihr festgestellte Auffassung der Bevölkerung anhand eigener Maßstäbe zu bewerten. Siehe auch *Schild* (Fn. 53), Rn. 73 f.: „Die RECHTliche Vernunft kommt so nur als Bauplan, als Programm des Systems, in Betracht, damit als ein der Jurisprudenz gegenüberstehender Gegenstand, der nur objektiv und wertneutral beschrieben und auf funktionale Zusammenhänge untersucht wird, wodurch sich die Jurisprudenz als rationale, ja vielleicht sogar exakte Wissenschaft vorkommen kann. Diese Qualität ist aber Schein, eine Scheinrationalisierung (...). Verloren geht dabei die Einsicht, daß der Jurist selbst zu dieser vernünftigen Bevölkerung gehört und gehören muß, will er über das RECHT öffentlich-politisch sprechen. Die RECHTliche Vernunft ist nicht eine fremde, beschreibbare, sondern die eigene Vernunft des Juristen (...), der in seiner Arbeit immer auch politisch (nämlich: RECHTlich) argumentiert. Deshalb steht er nicht dem System gegenüber, sondern steckt selbst in ihm drinnen, bestimmt sogar dessen Bauplan und dessen normatives Programm. Daher ist es angemessener (aber wohl altmodisch), unmittelbar mit dem RECHT zu beginnen und auf den modernen (und modischen) Umweg der methodischen Verkleidung und Verklammerung zu verzichten. (...). Der Zweckrationalismus ist doch nur die Wand, hinter der dann die RECHTlich-vernünftige Darlegung (und damit auch das eigene politische Engagement des Juristen) versteckt werden (...)“ (Hervorhebung dort). Zum Argument jetzt ausführlich Zabel (Fn. 12), insbesondere S. 25 ff., 63 ff., 295-302, 316 f., 327 ff.

72) Im vorliegenden Zusammenhang *Jakobs* (Fn. 52), ZStW 107 (1995), S. 855.

methodologisch begründete Neutralität als Parteinahme verwirklicht, gehört zu jener Dialektik, die anzuerkennen der Positivismus stets verweigert hat.“⁷³⁾

Es bleibt ein unüberbrückter Hiatus zu den Akteuren, der eine Legitimation von Strafe im Allgemeinen und im Besonderen ebenso ausschließt wie ein adäquates Verständnis von Zurechnung. Auch Zurechnung ist wohlverstanden Ausdruck gegenseitiger Anerkennung von Freiheit und nicht allein objektivistische Zuschreibung von etwas „an sich“ nicht Existentem⁷⁴⁾. Der Rechtswissenschaftler kann sich nicht hinter soziologischen oder sozialpsychologischen „Spiegelungen“⁷⁵⁾ der maßgeblichen Gründe und Entscheidungen verstecken, sondern muss sich in die reflexive Systematik, den Austausch der Gründe und Begriffsbildungen mit einbeziehen, teilnehmen an und in wechselseitiger Anerkennung von Freiheit und der Entwicklung ihres institutionellen Korrelats, einer Ordnung mit dem Anspruch, alle in Gesetzlichkeit zu repräsentieren. Ansonsten erhebt er strukturell einen Herrschaftsanspruch über eine mit den Mitteln des Behaviorismus zu steuernde, weil ansonsten als überfordert und desorientiert geltende, Bevölkerung.

Hier gibt es keinen Mittelweg: Ein (auch) aus der *reflektierten* Teilnehmerperspektive entwickelter Strafbegriff, also unter direkter *Affirmation* wesentlicher Grundprinzipien bestehender rechtlicher Vergesellschaftung (Menschenwürde, Freiheit, Rechtsstaatlichkeit) und damit auch der Errungenschaften absoluter Straftheorien in Gestalt von Tat- und Schuldprinzip, kann nicht unverbunden Momente zweckhaften Strafens in sich aufnehmen. Ob man die absoluten und zweckhaften Momente durch methodisch unkontrollierbare Abwägung⁷⁶⁾ oder „Verhältnismäßigkeit“, durch die Differenzierung von (zweckrationaler) abstrakter Legitimation der Strafe als Institution im Allgemeinen und (vergeltungstheoretischer) Begründung der konkreten Strafe⁷⁷⁾, durch Verteilung auf verschiedene Stufen des Strafvorganges (Drohung - Verhängung - Vollstreckung), oder gar in der Verhängung noch differenzierend nach dem

73) *Vahland*, Max Webers entzauberte Welt, Würzburg 2001, S. 169.

74) *Hruschka*: Strukturen der Zurechnung, Berlin. New York 1976, S. 7, 13. Zu den maßgeblichen Differenzierungen im Begriff der Zurechnung siehe *Köhler*: Der Begriff der Zurechnung (Fn. 54), S. 65 ff. Treffend *Schild* (Fn. 53), Rn. 65, gegen die vermeintlich kritische Parole des „Alles ist Zurechnung“, wenn sie in Gegensatz gebracht wird zu einer „an sich“ anderen Wirklichkeit.

75) So charakterisiert *Frisch* (Fn. 55), S. 135, die neutralisierende Differenzierung, um dann fortzufahren: „Die Erwartung ist das Spiegelbild bestimmter Prinzipien, die man für sachgerecht hält. Dann kann man aber auch gleich von diesen Prinzipien ausgehen und die psychologische Einkleidung weglassen.“ Es werde ein „Sekundärphänomen“ benannt (S. 136) und eine „zweckrationale Verkleidung“ des Prinzips vorgenommen (S. 137).

76) So etwa *Neumann* (Fn. 12), S. 150, der damit dem eigenen Anliegen zuwider den sozialtechnologischen Standpunkt eben gerade nicht (gänzlich) hinter sich lässt.

77) Dazu bereits oben. Siehe zum Argument *Fletcher*: Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 (1989), S. 803, 813 f., m. w. Nachw.

tadelnden Schuldspruch und dem „hard treatment“⁷⁸⁾ oder durch die Unterscheidung von Erhaltung der Normgeltung und kognitiver Untermauerung⁷⁹⁾ zueinander bringt – die äußere Zusammenstellung von Unvereinbarem gelangt nicht über die gescheiterten Versuche der in der deutschen Strafrechtswissenschaft sogenannten Vereinigungstheorie hinaus.

Auch wenn also bessernde, sichernde, abschreckende und das Normvertrauen bestätigende Wirkungen der Strafe hochwillkommen sind, können sie nicht die *rechtswissenschaftliche Begründung* der Strafe in einer Gesellschaft freier Bürger tragen oder gar ersetzen. Sie sind, was immer auch aus der Perspektive anderer Wissenschaften dazu zu sagen sein mag, Reflexwirkungen gerechten Strafen, deren Logik somit unmittelbar ausgehend von der absoluten Theorie zu entwickeln ist.

78) Vgl. *Neumann*(Fn. 12), ebd., S. 151.

79) Vor allem im Zusammenhang der Diskussion des Feindstrafrechts *Jakobs*: Staatliche Strafe, Paderborn 2004, S. 40 ff.