

Tatjana Hörnle
Straftheorien



Tatjana Hörnle

Straftheorien

2., überarbeitete Auflage

Mohr Siebeck

Tatjana Hörnle, geboren 1963; Studium der Rechtswissenschaften, Eberhard-Karls-Universität Tübingen, und Criminal Justice, Rutgers State University of New Jersey (M.A. in Criminal Justice); 1998 Promotion und 2003 Habilitation an der Juristischen Fakultät der LMU München; 2003–2009 Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Ruhr-Universität Bochum; seit 2009 Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-3-16-155578-7

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

1. Auflage 2011

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort zur zweiten Auflage

Die Frage, ob es für die Androhung und Verhängung von Kriminalstrafe gute Gründe gibt, begleitet mich, seitdem ich mich wissenschaftlich mit dem Strafrecht in seinen empirischen und rechtsphilosophischen Bezügen beschäftige. In diesem kleinen Buch formuliere ich eine Zwischenbilanz meiner Überlegungen zum Thema Straftheorie. Die Herausgeber und Betreiber von www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net hatten freundlicherweise gestattet, dass mein zunächst für diese Internetseite verfasster Text auch als Druckwerk erscheinen kann. Für die zweite Auflage habe ich, auch in Reaktion auf neuere Literatur, einige Passagen überarbeitet, insbesondere zu den expressiven Straftheorien und zur Legitimierbarkeit von Kriminalstrafe gegenüber den Bestraften. Meinen Mitarbeitern an der Humboldt-Universität, Rita Vavra, Sascha Holznagel, Johannes Lenzen und Viktor Volkmann, danke ich herzlich für Korrekturen.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	I
1. Die Fragestellung	I
2. Die Struktur der Untersuchung	3
II. Was ist der Zweck der strafgesetzlichen Normen?	9
III. Sind Strafnormen gegenüber Betroffenen legitim?	13
IV. Welcher Sinn kommt strafgerichtlichen Verurteilungen zu?	17
1. „Absolute“ Theorien	17
a) Die verbreitete Fokussierung auf „Kant und Hegel“	17
b) Ansätze, die man als „absolut“ bezeichnen könnte	18
2. Prävention von zukünftigen Straftaten	22
a) Spezialprävention	22
b) Generalprävention	26
aa) Negative Generalprävention	26
bb) Positive Generalprävention	27
cc) Fazit	30
3. Expressive Straftheorien	31

Inhaltsverzeichnis

a) Normorientierte expressive Straftheorien	31
b) Personenorientierte expressive Straftheorien: Kommunikation mit dem Täter	34
c) Personenorientierte expressive Straftheorien: Die Bedeutung des Unwerturteils für das Opfer.	36
d) Auffangen von Gefühlen der Empörung bei Dritten.	42
e) Warum Unwerturteil plus Strafübel?	43
V. Ist die Verhängung von Kriminalstrafe gegenüber den Bestraften legitim?	47
1. Notwendigkeit einer Rechtfertigung.	47
2. Einwilligung des Täters durch die Tat	50
3. Anders-Handeln-Können bei der Tat	51
4. Wiedergutmachungspflichten nach der Tat	53
5. Gesellschaftsvertragliche Begründungen	54
6. Demokratietheoretische Überlegungen	55
7. Loyalitätspflichten und genossene Vorteile.	56
VI. Zusammenfassung: Thesen.	61
Literaturverzeichnis	65

I. Einleitung

1. Die Fragestellung

Der Frage: „Warum Kriminalstrafe?“ kann man sich in einer *deskriptiven* Weise nähern. Wer so vorgeht, beschreibt die Praxis staatlichen Strafens aus einer rechts- oder kultursoziologischen Perspektive oder beschäftigt sich mit (sozial-)psychologischen Erklärungen, die die emotionalen, teilweise unbewussten Antriebe entschlüsseln, die hinter gesellschaftlichen und individuellen Strafbedürfnissen stehen. Bedürfnisse, die tiefenpsychologisch und psychoanalytisch zu erklären sind, können Quellen strafrechtlicher Praktiken sein (Haffke 1976; Streng 1980; Morselli 2001). Aus einer religionssoziologischen Sicht können Strafbedürfnisse als Indiz für die tiefe Verankerung religiöser Vorstellungen gewertet werden, die durch Verachtung „sündiger Menschen“ als „Feinde Gottes“ gekennzeichnet sind (Lüderssen 2010, S. 479).

Deskriptive Ansätze fördern eine distanzierte bis skeptische Einstellung gegenüber der Institution Kriminalstrafe (s. z.B. Kunz 2004). Wer sich der historischen Faktoren und sozialpsychologischen Mechanismen bewusst ist, die hinter Wertungen stehen, ist meist weniger geneigt, diese als unhinterfragbare

Selbstverständlichkeit zu behandeln. Die entscheidende Frage ist dann, ob Strafe *nur* Ausdruck von (möglicherweise atavistischen) Emotionen und/oder *nur* Produkt kontingenter historischer Prozesse und dadurch geprägter Geisteshaltungen ist. Wäre dem so, müsste diese Erkenntnis entweder zu abolitionistischen Forderungen oder zum resignierten Sich-Abfinden mit dem Hässlichen, aber Unvermeidbaren führen. Oder gibt es Rechtfertigungen, die so weit zu überzeugen vermögen, dass man sie nicht als scheinrationale Verhüllungen des Gewachsenen und Irrationalen zu den Akten legen kann? Diese *normative Perspektive* soll im Folgenden zugrunde gelegt werden. Das Ergebnis kann an dieser Stelle schon angedeutet werden: Eine Straftheorie, die einen einfachen Ansatz „aus einem Guss“ präsentiert, ist nicht in überzeugender Weise zu begründen. Wenn man jedoch bereit ist, sich auf komplexere Überlegungen einzulassen, ist es möglich, Argumente zu entwickeln, die *insgesamt* die Notwendigkeit und Legitimität von staatlicher Strafe hinreichend begründen (anders Lüderssen 1995, S. 387 ff.).

Die folgende Abhandlung beschränkt sich auf die Institution der Kriminalstrafe, während die Berechtigung eines „zweispurigen Systems“, das auch Maßregeln der Besserung und Sicherung vorsieht, ausgeblendet bleibt. Der Schwerpunkt liegt bei einer normativen Betrachtungsweise und nicht bei rechtstatsächlichen Umständen, die Untersuchungsgegenstand der Kriminologie sind. Zwar ist auch bei der Beschäftigung mit

I. Einleitung

Straftheorien die Frage nach den Wirkungen von Sanktionen unvermeidbar, darauf kann aber nur kurzorisch eingegangen werden.

2. Die Struktur der Untersuchung

In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist die Aufteilung in sog. „absolute“ und „relative“ Straftheorien verbreitet. Überblicksaufsätze und Lehrbücher arbeiten oft mit diesem Schema (Momsen/Rackow 2004; Frister 2015, S. 18 ff.; Rengier 2016, S. 10 ff.; krit. Hörnle 2011; Roxin 2015). Die Zweiteilung in „relative“ und „absolute“ Straftheorien vermag allerdings schon deshalb nicht zu überzeugen, weil nicht geklärt ist, was das „Absolute“ einer Theorie ausmacht. Es überzeugt nicht, alle Begründungen als „absolut“ zu bezeichnen, die nicht auf das Ziel „Prävention von Straftaten“ setzen. Damit wird übersehen, dass es neben dem Anliegen der Deliktsprävention weitere rationale, an Allgemein- und Individualinteressen ausgerichtete Begründungen für Kriminalstrafe gibt. Diese passen besser unter die Überschrift „expressive Straftheorien“ (s. S. 31 ff.) als unter das Etikett „absolut“ (s. auch Hassemer/Neumann 2013, Vor § 1 Rn. 105).

Außerdem ist die allgemein formulierte Frage nach dem Zweck der Strafe ungeeignet, einer Untersuchung sinnvolle Form zu geben. Vielmehr ist es erforderlich, sie in Einzelfragen aufzufächern, um zu verhindern, dass Ausführungen zum „Sinn der Strafe“ gemacht

werden, die nur Teilaspekte betreffen. Zu unterscheiden ist zum einen zwischen dem Eingriff, der bereits im Strafgesetz steckt, und dem Eingriff, der in der Verhängung einer Strafe liegt (Greco 2009, S. 228f.). Zum anderen ist zu differenzieren zwischen den Fragen: „*Soll* der Staat Strafen androhen und verhängen? Gibt es in Anbetracht der finanziellen Lasten für die Allgemeinheit überzeugende Gründe, die Praxis staatlichen Strafens aufrechtzuerhalten?“ und „*Darf* es in Anbetracht dessen, was den dadurch belasteten Personen zugemutet wird, strafrechtliche Verbote und strafgerichtliche Verurteilungen geben?“. Kriminalstrafe ist sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber dem Straftäter zu rechtfertigen (Pérez-Barbera 2014, S. 507). Auf diese unterschiedlichen Dimensionen des Projekts „Rechtfertigung von Strafe“ ist differenzierend einzugehen, was in straftheoretischen Abhandlungen nicht immer geschieht. Unterschiedliche Fragen bedingen unterschiedliche Antworten. Wer dagegen nach einer einheitlichen Formel für *die* Strafrechtstheorie sucht (für „axiologische Geschlossenheit“ Pawlik 2004a, S. 53), geht explizit oder implizit davon aus, dass Überlegungen zur *Begrenzung* staatlicher Eingriffe den Überlegungen zur *Begründung* dieser Maßnahmen entsprechen müssten (so etwa Kaufmann 1967, S. 555 f.). Diese Annahme ist jedoch falsch (Greco 2009, S. 248f.). Vielmehr setzt eine umfassende Begründung staatlicher Zwangseingriffe voraus, offensichtlich konträren Interessenlagen gerecht zu werden. Es kann nicht genügen, nur auf die Interessen aller

I. Einleitung

oder einiger vom Eingriff Profitierender zu verweisen, sondern es muss auch gegenüber denjenigen, die gegen ihren Willen Eingriffsadressat werden, begründet werden, warum *sie* ausgewählt, warum *sie* für die Verfolgung der Interessen anderer zuständig sein sollen (Schünemann 1998, S. 114; Frisch 1998, S. 142; Neumann 1998, S. 150). Umgekehrt gilt, dass Argumente zur Zuständigkeit der Eingriffsadressaten nur eine notwendige, aber keine hinreichende Begründung sind (Schünemann 2002, S. 330). Sie können nicht begründen, warum die Allgemeinheit die Kosten zur Unterhaltung eines Strafjustizsystems auf sich nehmen sollte. Diese Kosten sind in rechtsstaatlichen Systemen, die einen hohen Grad an Professionalität und Kontrollmechanismen erfordern, beträchtlich, und nur vertretbar, wenn auf einen Nutzen für die Allgemeinheit verwiesen werden kann. Es wäre schon deshalb nicht überzeugend, präventive Effekte von Kriminalstrafe nur als unbedeutende Sekundär- und Begleitphänomene einzuordnen (so aber Frisch 1998, S. 140f., 144f.; Walter 2011, S. 645).

Die Frage nach dem „Sinn der Strafe“ ist in folgende Teilfragen zu präzisieren:

1. Was ist der Zweck der strafgesetzlichen Normen? (S. 9ff.)
2. Sind Strafnormen gegenüber Betroffenen legitim? (S. 13ff.)
3. Welcher Sinn kommt strafgerichtlichen Verurteilungen zu? (S. 17ff.)

4. Ist die Verhängung von Kriminalstrafe gegenüber den Bestraften legitim? (S. 47 ff.)

Erschöpfend ist das Thema „staatliche Strafe“ damit nicht abgehandelt. Es bleibt die fünfte Frage, wie Strafe ausfallen soll. Hier wären die Grundsätze zu begründen, die für die Art der Sanktionen, die Strafzumessung und die Gestaltung des Vollzugs leitend sein sollen. Im Hinblick auf den beschränkten Raum konzentriert sich meine Abhandlung auf die vier Punkte, die die Strafrecht im engeren Sinn betreffen. Strafzumessung und Vollstreckung sind davon getrennt zu erörtern. Zwar wird häufig mindestens implizit angenommen, dass die Wahl der straftheoretischen Argumente die Leitlinien für die Strafzumessungstheorie präjudiziere. Diese Annahme liegt etwa der These zugrunde, dass negative Generalprävention nicht in die Strafrecht integriert werden könne, weil sich hieraus für die Strafzumessung Folgeprobleme ergeben würden (Jakobs 1991, 1. Abschn. Rn. 29 ff.; Köhler 1997, S. 44; Pawlik 2004b, S. 218; Momsen/Rackow 2004, S. 337), oder dass die Theorie der positiven Generalprävention abzulehnen sei, weil sie keine Orientierung für Art und Höhe der Strafe erlaube (Frisch 1998, S. 134 ff.). Die These, dass Strafzumessungsregeln aus der Strafrecht im engeren Sinne abzuleiten seien, ist jedoch nicht überzeugend. Das einzelfallbezogene Unwerturteil kann und muss anderen Regeln folgen als die Begründung dafür, dass es gesetzliche Strafdrohungen und eine Praxis des staatlichen Strafens geben sollte (s. zu der Differenzierung zwischen der

I. Einleitung

Rechtfertigung der Existenz einer Institution und der Rechtfertigung von Organisations- und Verteilungsregeln gegenüber denjenigen, die vom Betrieb der Institution persönlich betroffen sind, Hart 1968, S. 3 ff.; Hoerster 1970, S. 278; Ashworth 1998, S. 67f.; von Hirsch 2005, S. 45).