

Oliver Hallich
Strafe

Grundthemen Philosophie



Herausgegeben von
Dieter Birnbacher
Pirmin Stekeler-Weithofer
Holm Tetens

Oliver Hallich

Strafe



DE GRUYTER

ISBN 978-3-11-073751-6

e-ISBN (PDF) 978-3-11-073261-0

e-ISBN (EPUB) 978-3-11-073265-8

ISSN 1862-1244

Library of Congress Control Number: 2021932976

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2021 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

www.degruyter.com

Inhalt

Vorwort — 1

Einleitung — 3

I Das Problem der Strafrechtfertigung — 7

- 1 Zum Begriff des Strafens — 7
- 2 Staatliches und soziales Strafen — 17
- 3 Zum Begriff der Rechtfertigung — 21
- 4 Moralische und nicht-moralische Rechtfertigungsgründe — 24

II Prävention als Strafrechtfertigung? — 29

- 1 Eine Charakterisierung der Präventionstheorie — 29
- 2 Haben Strafen einen Präventionseffekt? — 34
- 3 Was spricht für eine Präventionstheorie? — 41
- 4 Einwände gegen eine Präventionstheorie — 42
 - 4.1 Instrumentalisierung — 42
 - 4.2 Die Bestrafung Unschuldiger — 45
 - 4.3 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip — 56
- 5 Präventionstheorien des Strafens – Reichweite und Grenzen — 63

III Expression, Kommunikation, Resozialisierung — 65

- 1 Expression — 65
- 2 Kommunikation — 76
- 3 Resozialisierung — 82

IV Strafe als Vergeltung — 89

- 1 Eine Charakterisierung der Vergeltungstheorie — 89
- 2 Begründungen des nicht-konsequentialistischen Retributivismus — 92
 - 2.1 Auge um Auge, Zahn um Zahn – das Talionsprinzip — 93
 - 2.2 Verdienst als Rechtfertigungsgrund für Strafe? — 102
 - 2.3 Angemessenheit der Strafe als Rechtfertigungsgrund? — 91
- 3 Symmetrie des Leidens – Vergeltung als ästhetische Kategorie? — 107

VI — Inhalt

- 4 Strafe *als* Vergeltung – Plädoyer für einen hermeneutischen Retributivismus — **109**
 - 4.1 Was heißt „hermeneutischer Retributivismus“? — **110**
 - 4.2 Vergeltung und Prävention — **115**
 - 4.3 Vergeltungsstrafen und Sinn — **119**

V Der emotionsbasierte Retributivismus — 123

- 1 Nietzsches Diagnose: Retributive Emotionen als Grundlage des Strafens — **123**
- 2 Der Wert retributiver Emotionen — **127**
- 3 Retributive Emotionen und Strafrechtfertigung — **133**
 - 3.1 Konsequentialistischer Retributivismus — **133**
 - 3.2 Die Angemessenheit retributiver Emotionen — **137**

VI Strafen ohne moralische Schuld (1):

Strafen bei kausaler Verantwortlichkeit — 145

- 1 Schuld, Verantwortung, Strafe – drei Ebenen — **146**
- 2 Kausale Schuld und Strafen — **156**
 - 2.1 Kausale Schuld und staatliches Strafen: strenge Erfolgshaftung (*strict liability*) — **156**
 - 2.2 Kausale Schuld und soziales Strafen — **163**
 - 2.3 *Agent-regret* und soziales Strafen — **170**
- 3 Strafen ohne moralische Schuld und das „Paradox des Retributivismus“ — **175**

VII Strafen ohne moralische Schuld (2): Strafen ohne moralische und ohne kausale Verantwortlichkeit — 179

- 1 Kollektivstrafe — **179**
- 2 „Seinsschuld“ und Strafen — **186**

VIII Entschuldigungsgründe (1): Freiheitseinschränkungen — 191

- 1 Warum Strafen nicht nur Präventionsmaßnahmen sind — **192**
- 2 Moralische Schuld und Entschuldigungsgründe — **200**
- 3 Freiheitseinschränkung als Einschränkung der Handlungsfreiheit? — **204**

- 4 Freiheitseinschränkungen als Einschränkungen der freien Willensbildung — **209**
 - 4.1 Einschränkung der freien Willensbildung als Verursachtsein? — **209**
 - 4.2 Freie Willensbildung und „praktische Identität“ — **212**
 - 4.3 Fehlende Zumutbarkeit — **214**
 - 4.3.1 Einschränkung der freien Willensbildung und Zumutbarkeit — **214**
 - 4.3.2 Fehlende Zumutbarkeit (1): Fehlende Fähigkeiten — **217**
 - 4.3.3 Fehlende Zumutbarkeit (2): Unzumutbarkeit der Ausübung einer Fähigkeit — **223**

IX Entschuldigungsgründe (2): Fehlende Absichtlichkeit — 229

- 1 Absichtlichkeit – einige Vorbemerkungen — **229**
- 2 Fehlende Absichtlichkeit, Schuldminderungen und Entschuldigungen — **234**
- 3 Vier Stufen der Absichtlichkeitseinschränkung — **238**
 - 3.1 Erste Stufe: Fehlende Absichtlichkeit bei vorhandener Wissenlichkeit — **238**
 - 3.2 Zweite Stufe: Eventualvorsatz — **240**
 - 3.3 Dritte Stufe: Fehlende Vorsätzlichkeit bei Fahrlässigkeit — **241**
 - 3.4 Vierte Stufe: Entschuldigungen — **243**
- 4 Entschuldigungsgründe und das Schuldprinzip — **245**
- 5 Entschuldigungsgründe und das Verhältnismäßigkeitsprinzip — **248**

X Schluss: Strafrechtfertigung im Spannungsfeld zwischen moralischen und nicht-moralischen Gründen — 255

- 1 Das Problem der Strafrechtfertigung – bilanzierende Bemerkungen — **255**
- 2 Vorrang der Moral? — **257**
- 3 Plädoyer für ein Strafen mit schlechtem Gewissen — **263**

Anmerkungen — 267

Literatur — 299

Namensregister — 313

Sachregister — 317

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung stellt den Versuch dar, eine kritische Einführung in Theorien der Strafrechtfertigung mit einer eigenen Straftheorie zu verbinden. In den Kapitel II–V werden klassische philosophische Positionen zum Problem der Strafrechtfertigung rekonstruiert und kritisch untersucht, um diejenigen Elemente in ihnen zu isolieren, die sich als kritikresistent erweisen. Diese werden in den Kapiteln VI–X im Sinne eines „wohlwollenden Eklektizismus“ zu einer eigenen Theorie der Strafrechtfertigung zusammengeführt. Das Resultat ist eine Theorie, die erstens am Präventionsgedanken als Kriterium der Strafrechtfertigung orientiert ist, aber am Retributivismus in einer spezifischen Lesart, die ich als „hermeneutischen Retributivismus“ zu bezeichnen vorschlagen werde, festhält und die zweitens zwischen moralischen und nicht-moralischen Gründen der Strafrechtfertigung unterscheidet und anerkennt, dass es ein nicht aufhebbares Spannungsverhältnis zwischen nicht-moralischen Gründen für das Strafen und moralischen Gründen dagegen gibt.

Für hilfreiche Gespräche und die kontinuierliche kritisch-konstruktive Begleitung dieser Arbeit danke ich vor allem Dieter Birnbacher. Auch Felicitas Krämer und Susanne Hiekel möchte ich für Gespräche und kritische Rückmeldungen danken. Und mein Dank gilt Burkhard Sieburg von der JVA Essen und den Teilnehmern des Kurses „Philosophieren im Gefängnis“, die mir ebenso verstörende wie lehrreiche Einblicke in die Welt hinter den Gefängnismauern ermöglichten.

Einleitung

Strafen ist ein Alltagsphänomen. Es umfasst weit mehr als den Bereich der vom Staat verfügbaren „handgreiflichen“ Strafmaßnahmen wie Geldstrafen oder Freiheitsentzug und bestimmt unser Miteinander in häufig sehr subtiler Form. Eltern strafen ihre Kinder, Lehrer ihre Schüler, Partner können einander mit dem Entzug von Zuneigung strafen. Wir können einander durch Gesten der Verachtung oder Geringschätzung, durch kalte Abwendung oder Passivität, durch Beschämung und Demütigung strafen.

In diesem Buch wird, bezogen auf staatliches wie auch auf soziales Strafen, von neuem eine zentrale Frage der philosophischen Strafrechtstheorie gestellt, und es wird versucht, sie zu beantworten: diejenige, ob und, wenn ja, wie sich Strafen rechtfertigen lassen. Dass die Rechtfertigungsfrage seit jeher im Zentrum der philosophischen Strafrechtstheorien steht, liegt auf der Hand. Strafen stellen im Allgemeinen Leidenszufügungen dar, die als solche einer Rechtfertigung bedürfen. Diese Leidenszufügungen können, wenn es sich um staatliches Strafen handelt, massive und auch äußerlich fühlbare Formen wie eine Geldstrafe, einen langjährigen Freiheitsentzug oder den staatlich verordneten Tod annehmen. Aber auch die Nicht-Einladung zu einer Party, ostentatives Ignorieren einer anwesenden Person oder eine schneidende Bemerkung können als Strafmaßnahmen jenseits von staatlichen Institutionen wirksam werden und erhebliche Leidenszufügungen darstellen, die als solche die Frage nach ihrer Rechtfertigung aufwerfen.¹

Ausgangspunkt der vorliegenden Abhandlung ist die Verwunderung darüber, dass in der extensiven philosophischen Literatur zur Strafrechtstheorie der Rechtfertigungsbegriff im Allgemeinen unhinterfragt im Sinne *moralischer* Rechtfertigung aufgefasst wird. Damit, so der Verdacht, wird die Idee der Strafrechtstheorie unnötigerweise auf eine bestimmte Form der Rechtfertigung enggeführt, und andere mögliche Formen der Strafrechtstheorie werden ignoriert. Versteht man unter einer Rechtfertigung die Angabe eines rechtfertigenden Grundes – und ein Rechtfertigungsgrund ist, allgemein gesprochen, „etwas, was für etwas spricht“ (vgl. z. B. Scanlon 1998, 17; Stemmer 2008, 88–90) –, dann ist nicht ersichtlich, warum diese Rechtfertigung notwendig moralischer Art sein, also sich auf moralische Normen und Werte als Begründungsgrundlage berufen müsste. Eine Hauptthese, die in diesem Buch vertreten und entwickelt wird, ist, dass Strafen einer Rechtfertigung zugänglich sind, dass es sich dabei aber um eine nicht-moralische Rechtfertigung handelt. Strafen lassen sich zweckrational rechtfertigen, und zweckrationale Gründe sind gerade keine moralischen Gründe.

Das heißt natürlich nicht, dass moralische Aspekte bei Fragen der Strafrechtfertigung keine Rolle spielen würden. Sie tun dies durchaus. Insofern wir nämlich, so werde ich argumentieren, Strafen nicht nur als gerechtfertigt, sondern als *moralisch* gerechtfertigt ansehen, nehmen wir auch moralische Haltungen gegenüber dem Gestraften ein, die sich in Reaktionen wie moralischer Empörung oder moralischer Verachtung dokumentieren. Diese Haltungen sind insofern voraussetzungshaltig, als sie auf Unterstellungen in Bezug auf Freiheit und Absichtlichkeit beruhen. Diese Unterstellungen aber können sich als falsch erweisen und der Korrektur bedürfen. Erweisen sie sich als falsch, ist dies ein Grund dafür, die moralischen Haltungen, die mit Strafen, die wir als moralisch gerechtfertigt ansehen, einhergehen, zu modifizieren und die Strafen selbst zu modifizieren oder von ihnen abzusehen.

Es soll also gezeigt werden, dass moralische und nicht-moralische Erwägungen auf verschiedenen Ebenen der Strafrechtfertigung zur Geltung kommen. Wie vor allem der britische Rechtsphilosoph und wohl bedeutendste Straftheoretiker des 20. Jahrhunderts Herbert Hart betont hat, kann die Frage der Strafrechtfertigung sowohl auf die Institution des Strafens als ganze als auch auf einzelne Strafhandlungen bezogen werden (vgl. Hart 1958b, 80–83; Hart 1959, 3–9); sie umfasst dann zumindest die folgenden Fragen:

1. Wie ist die Institution des Strafens zu rechtfertigen?
2. Wie lassen sich einzelne Strafhandlungen rechtfertigen?
 - a. Wie lässt sich ein bestimmtes Ausmaß der Strafe, z. B. die Höhe einer Gefängnisstrafe oder die Stärke moralischen Tadels, rechtfertigen?
 - b. Wie lässt es sich rechtfertigen, dass eine bestimmte Person bestraft wird? Wer darf bestraft werden?

Mit (1) wird nach der Rechtfertigung der (staatlichen oder sozialen) Institution des Strafens und gerade nicht nach der Rechtfertigung einzelner Akte der Strafverhängung gefragt. Es wird zu zeigen sein, dass zur Beantwortung dieser Frage nicht-moralische Gründe angeführt werden können. Fragt man hingegen mit (2a) und (2b) nach der Rechtfertigung einzelner Strafakte – und somit bereits unter der Voraussetzung, dass die Institution des Strafens grundsätzlich gerechtfertigt ist –, so fragt man, ob und wie es gerechtfertigt ist, *diese Person in dieser Weise* zu strafen. Dürfen wir eine Person nur dann bestrafen, wenn sie moralisch schuldig ist? Und wie lässt sich ein bestimmtes Strafmaß als angemessen begründen? Bezieht man sich auf die Ebene einzelner Strafhandlungen, dann, so wird argumentiert werden, kommen genuin moralische Fragen der Strafrechtfertigung zum Tragen.

Der Argumentationsgang der Arbeit ist folgender. Im einleitenden Kapitel wird deutlich gemacht, worin das Problem der Strafrechtfertigung besteht. Hierzu werden die Begriffe des Strafens und der Strafrechtfertigung erläutert. In den Kapiteln II bis V werden zentrale philosophische Positionen zu Fragen der Strafrechtfertigung kritisch diskutiert. In Kapitel II werden Präventionstheorien untersucht. Es wird gezeigt, dass diese ein durchaus plausibles Kriterium der Strafrechtfertigung offerieren, allerdings nur dann, wenn man diese Strafrechtfertigung nicht als moralische Rechtfertigung auffasst. In Kapitel III werden drei Theorien thematisiert, die ebenso wie die Präventionstheorien auf Straffolgen Bezug nehmen, allerdings nicht auf Straffolgen in Form von Präventionswirkungen. Es wird argumentiert, dass die Expressionstheorie in Bezug auf einen sehr eng umgrenzten Bereich von Strafhandlungen plausibel ist, dass die Kommunikationstheorie, jedenfalls in ihrer plausibelsten Lesart, mit einer Variante der Präventionstheorie, nämlich einer Theorie der positiven Spezialprävention, zusammenfällt und dass die Resozialisierungstheorie als Ergänzung einer Präventionstheorie angesehen werden sollte. Kapitel IV thematisiert retributivistische Theorien der Strafrechtfertigung. Es wird gezeigt, dass Vergeltung keinerlei Grundlage für eine Strafrechtfertigung ist, allerdings eine wichtige hermeneutische Kategorie darstellt, d. h. eine mögliche Weise bezeichnet, Strafen zu verstehen. In Kapitel V werden moderne Varianten einer Retributionstheorie diskutiert, die sich auf retributive Emotionen als Rechtfertigungsgrundlage des Strafens beziehen. Diese überzeugen, so wird gezeigt, weder wenn diese Emotionen als Vergeltungsbedürfnisse interpretiert werden noch wenn versucht wird, gerechtfertigte Strafen dadurch zu charakterisieren, dass sie ein angemessener Ausdruck retributiver Emotionen sind. In den Kapiteln VI und VII wird der in Auseinandersetzung mit den Präventionstheorien entwickelte Gedanke einer nicht-moralischen Strafrechtfertigung durch die Präventionswirkung der Strafe aufgegriffen und weiter verfolgt. Gefragt wird hier, inwiefern es gerechtfertigt sein kann, jemanden zu strafen, ohne ihm *moralische* Schuld zuzuschreiben. In Kapitel VI wird, bezogen auf staatliches wie auf soziales Strafen, gezeigt, dass und wie, wenn man den Rechtfertigungsbegriff entmoralisiert, Strafen auch im Falle nicht moralischer, sondern bloß kausaler Schuld durchaus gerechtfertigt sein können. In Kapitel VII wird thematisiert, in welchem (sehr begrenzten) Ausmaß Strafen auch in Abwesenheit moralischer *und* kausaler Schuld – wiederum in einem nicht-moralischen Sinne von „rechtfertigen“ – gerechtfertigt sein können. Eine nicht-moralische Strafrechtfertigung gerät jedoch in einen erheblichen Widerspruch zu unseren moralischen Intuitionen. Insbesondere sieht sie sich dem Vorwurf ausgesetzt, weder dem Prinzip, dass man nur die moralisch Schuldigen strafen darf, noch dem Prinzip, dass die

Schwere einer Strafe der Schwere des Normverstoßes zu entsprechen hat, gerecht werden zu können. Daher wird im Folgenden gefragt, welche Rolle moralische Erwägungen bei der Strafrechtfertigung spielen. Wie bereits erwähnt, spielen sie dann eine Rolle, wenn wir uns nicht auf Strafen als Institution, sondern auf einzelne Akte der Strafverhängung beziehen. Wir sehen dann den Gefrahten nicht als Schaltstelle in einem sozialen Regulationsmechanismus, sondern als *Person* an, der gegenüber wir moralische Haltungen einnehmen. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sie mit der Zuschreibung moralischer Verantwortlichkeit und der Unterstellung von Freiheit und Absichtlichkeit einhergehen. Auf dieser Ebene können Entschuldigungsgründe als Strafeinschränkungs- oder Strafaufhebungsgründe zum Tragen kommen. Entschuldigungsgründe sind Gründe, die dafür sprechen, diese Haltungen zu modifizieren, da die mit ihnen einhergehenden Annahmen in Bezug auf Freiheit und Absichtlichkeit nicht zutreffen. Diesen Gründen zu folgen bedeutet, jemanden *nicht* den negativen Maßnahmen auszusetzen, denen er auszusetzen wäre, um eine maximale Präventionswirkung zu erzielen. In den Kapiteln VIII und IX werden zwei Arten von Entschuldigungsgründen untersucht. Die erste besteht in Freiheitseinschränkungen, mit Bezug auf die wir Strafeinschränkungen begründen können. Die zweite besteht in Einschränkungen der Absichtlichkeit, die ebenfalls einen Grund für das Absehen von Strafe oder jedenfalls – als zwar nicht entschuldigende, aber schuld mindernde Gründe – für eine Strafreduzierung darstellen können. Im abschließenden Kapitel wird das Spannungsverhältnis zwischen nicht-moralischen Gründen für das Strafen und moralischen Gründen gegen das Strafen zum Gegenstand gemacht und gezeigt, dass dieses sich nicht über die These auflösen lässt, dass moralische Gründe notwendig als vorrangig gegenüber nicht-moralischen aufzufassen seien. In Anerkennung dieses Spannungsverhältnisses steht am Ende des Buches ein Plädoyer für ein „Strafen mit schlechtem Gewissen“.

I Das Problem der Strafrechtfertigung

Im folgenden Kapitel wird das Problem der Strafrechtfertigung erläutert. Dazu wird zunächst der Begriff des Strafens geklärt (1), um dann zwischen staatlichen und sozialen Strafen zu unterscheiden (2). Abschließend gilt es, den Rechtfertigungsbegriff selbst zu präzisieren (3) und die für die folgende Argumentation wichtige Differenz zwischen moralischen und nicht-moralischen Rechtfertigungsgründen zu erläutern (4).

1 Zum Begriff des Strafens

Mit Blick auf die im Zentrum dieser Arbeit stehenden Rechtfertigungsfragen ist eine Definition des Strafbegriffs aus zwei Gründen vonnöten. Zum einen entbehrt eine Diskussion über Rechtfertigungsfragen ohne eine vorhergehende Verständigung über den Gegenstand der Rechtfertigung jeder Grundlage; daher muss offensichtlich geklärt werden, wovon die Rede ist, wenn nach der Rechtfertigung von Strafen gefragt wird. Zum anderen ist eine Definition des Strafbegriffes nötig, weil es begriffliche Fragen von denjenigen Fragen zu unterscheiden gilt, zu deren Beantwortung substantielle normative Argumente anzuführen sind. Es ist das eine, sich darüber zu verständigen, was Strafen sind, und es ist etwas ganz anderes zu fragen, unter welchen Bedingungen Strafen gerechtfertigt sind. Mit einer Definition des Strafbegriffes kann der Gefahr vorgebeugt werden, strittige normative Annahmen unter der Hand in den Strafbegriff eingehen zu lassen und damit zu suggerieren, dass diese keiner Rechtfertigung mehr bedürften. Dies geschieht beispielsweise, wenn es schon als Teil des *Strafbegriffs* reklamiert wird, dass „nur die moralisch Schuldigen bestraft werden dürfen“, oder wenn es als begriffliche Bedingung für Strafen gilt, dass jemand nur für das, was er selbst getan hat, bestraft werden darf. In diesem Fall wird etwas in den Strafbegriff hineingelesen, was (kontroverser) Teil der Rechtfertigungsbedingungen des Strafens sein könnte.

Als Ausgangspunkt für eine Definition von „strafen“ eignet sich folgende, weitgehend unkontroverse Beobachtung: Wenn wir strafen, beabsichtigen wir, jemandem ein Leiden zuzufügen. Mit dieser Feststellung wird zum einen deutlich gemacht, dass Strafen an soziale Beziehungen und Interaktionen gebunden sind. Ein Leiden, das jemanden in Folge schicksalhaft eintretender äußerer Ereignisse, etwa einer Naturkatastrophe, trifft, ist kein Strafleiden. Nur dann, wenn das Leiden von einer strafenden Instanz zugefügt wurde, die dieses Leiden intendiert hat, ist es ein Strafleiden. Zwar besteht eine psychologisch leicht

nachvollziehbare Tendenz, ein Leiden, das nicht erklärt werden kann und für das man eine Erklärung sucht, als Strafe zu interpretieren und damit auf die Absichten einer strafenden Instanz zurückzuführen, die als solche rational und verstehbar sein können – etwa wenn eine Heuschreckenplage als Strafe Gottes interpretiert wird. Ein Leiden als Strafleiden zu interpretieren kann ihm, wie noch auszuführen sein wird, einen (sozialen) Sinn verleihen und es verstehbar machen. Aber ein solches als Strafleiden interpretiertes Leiden *ist* kein Strafleiden, weil es de facto nicht von einer äußeren Instanz zugefügt wurde.

Zum anderen wird mit der obigen Feststellung deutlich gemacht, dass Strafen begrifflich nicht an eine faktische Leidenszufügung gebunden ist, sondern an die *Absicht*, Leiden zuzufügen. Nicht immer realisiert sich die Absicht, auf die hin etwas getan wird. Nicht immer wenn wir beabsichtigen, Leiden zuzufügen, werden wir dies auch erreichen. Es kann daher sein, dass eine Strafe dem Bestraften faktisch kein Leid zufügt. Wenn ein Obdachloser es zu schätzen weiß, dass es im Gefängnis im Winter warm ist, er dort regelmäßig Nahrung erhält und für einen geregelten Tagesablauf gesorgt ist, wird die Absicht, ihm durch eine Gefängnisstrafe Leiden zuzufügen, nicht realisiert werden; gleichwohl handelt es sich um eine Strafe. Wenn die Mutter der Tochter als Strafe für zu schlechte Noten in der Schule den Discobesuch verbietet, werden wir auch dann sagen, dass sie die Tochter mit diesem Verbot „bestraft“, wenn wir wissen, dass die Tochter Discobesuche insgeheim verabscheut und unter deren Verbot durchaus nicht leidet. „Strafen“ ist kein Erfolgsverb; es impliziert nicht das Eintreten des durch das Strafen intendierten Resultats. Dies dürfte in der Praxis selten ein Problem darstellen – denn im Allgemeinen schätzen Menschen Gefängnisaufenthalte nicht, und im Allgemeinen wissen Eltern, wie sie ihre Absicht, ihren Kindern Leiden zuzufügen, auch wirkungsvoll realisieren können –, aber es ist für Fragen der Strafrechtfertigung durchaus relevant: Es bedeutet, dass diejenigen Strafhandlungen, mit denen eine Leidenszufügung beabsichtigt, aber nicht erreicht wird, anders zu rechtfertigen sind als diejenigen, mit denen diese Leidenszufügung auch erreicht wird. In Bezug auf die erstgenannten Strafhandlungen ist es nicht notwendig, eine faktische Leidenszufügung zu rechtfertigen, da diese ja gar nicht eintritt.

Zu sagen, dass von Strafen auch beim Fehlen faktischer Leidenszufügung gesprochen werden sollte, ist eine terminologische Regelung, die als solche stipulativ ist. Es handelt sich um eine definitorische Festsetzung, und Definitionen können als solche nicht wahr oder falsch, sondern nur adäquat oder inadäquat, nützlich oder unnützlich, für einen bestimmten Zweck geeignet oder ungeeignet sein. Es ist zuzugestehen, dass man diese terminologische Regelung auch anders vornehmen könnte.² Man könnte in den oben genannten Fällen davon

sprechen, dass der Staat den Obdachlosen, der die Vorzüge des Gefängnisaufenthaltes schätzt, und dass die Mutter die Discobesuche verabscheuende Tochter nicht bestraft, sondern, da faktisch kein Leiden zugefügt wird, lediglich zu strafen versucht. Oder man kann, wie von Leo Zaibert vorgeschlagen, die Verwendbarkeit des Verbs „strafen“ an die Erste-Person-Perspektive binden und in Bezug auf die genannten Fälle behaupten, dass es sowohl zutrifft, dass der Staat den Obdachlosen bestraft bzw. dass die Mutter die Tochter bestraft, als auch, dass der Obdachlose *nicht* vom Staat bestraft bzw. die Tochter *nicht* von der Mutter bestraft wird. Demnach wäre also „A straft B“ konsistent mit „B wird nicht von A gestraft“ (Zaibert 2006a, 28–30). Der Grund dafür, die Festsetzung nicht auf diese Weise, sondern wie oben vorgeschlagen vorzunehmen – also von Strafen auch bei nur beabsichtigtem, nicht realisiertem Leiden zu sprechen – ist vor allem, dass diese terminologische Regelung eine große Nähe zur Alltagssprache wahrt und dass man die Alltagssprache nicht ohne guten philosophischen Grund reformieren sollte. Wir sagen im Allgemeinen nicht, dass der Richter es im oben genannten Fall versäumt hat, den Obdachlosen zu strafen. Wir sagen auch nicht, dass jemand, der sich an die Einschränkungen des Gefängnislebens so weit gewöhnt hat, dass er nicht mehr darunter leidet, eben dadurch die Strafe vermeidet und infolge seiner Gewöhnung nicht mehr gestraft wird. Wir sagen vielmehr, dass er sich „an die Strafe gewöhnt“. Zudem ist es – dies spricht gegen den soeben genannten Vorschlag Zaiberts – aus begriffspragmatischen Gründen sinnvoll, die von Zaibert in Kauf genommene Konsequenz der möglichen Wahrheit von „A straft B“ bei gleichzeitiger Falschheit von „B wird von A bestraft“ zu vermeiden. Es ist sinnvoll, den Ausdruck „strafen“ so zu verwenden, dass eine Handlung eindeutig, d. h. nicht perspektivenabhängig als Strafhandlung identifiziert werden kann. Andernfalls wären verwirrende Konsequenzen in Kauf zu nehmen: Würde z. B. der genannte Obdachlose nach zehn Jahren entlassen, weil er nur infolge eines Justizirrtums inhaftiert wurde, hätte er keinen Anspruch auf Haftentschädigung, weil er ja überhaupt nicht bestraft wurde. Sein Gefängnisaufenthalt wäre vielmehr als eine vom Staat finanzierte Beherbergung anzusehen. Zudem müssten wir, um entscheiden zu können, ob nicht nur A B straft, sondern auch B von A gestraft wird, wissen, ob B die Strafe auch als solche empfindet, was häufig schwer bis unmöglich zu ermitteln sein dürfte. Daher sollte man „strafen“ nicht als perspektivenrelatives Verb auffassen.

Eine Strafe besteht also darin, ein Leiden zu beabsichtigen. Zu betonen ist, dass damit zweierlei *nicht* impliziert ist. Zum einen ist nicht impliziert, dass der Strafende auch eine Strafabsicht, d. h. eine Absicht zu strafen hat. Eine bloße Strafabsicht ist ebenso wenig ein Strafen, wie eine Heiratsabsicht eine Heirat

ist; die Absicht, Leiden zuzufügen, in der das Strafen besteht, ist aber keine bloße Strafabsicht und sollte mit einer solchen nicht verwechselt werden. Es wird also mit der vorgeschlagenen Definition die Möglichkeit offengelassen, dass wir strafen, ohne zu beabsichtigen, jemanden zu strafen (vgl. hierzu ausführlich Zaibert 2006a, 49–52). Zum anderen ist damit nicht impliziert, dass der Gestrafte, um gestraft zu werden, die Strafe auch als solche empfinden muss. Dass jemand gestraft wird, aber die Strafe nicht als solche empfindet, ist ebenso wenig widersprüchlich wie dass jemand *de facto* kritisiert oder verspottet wird, aber die Kritik oder den Spott nicht als solche bzw. solchen empfindet. Die Tochter wird im genannten Beispiel das Verbot von Discobesuchen nicht als Strafe empfinden; trotzdem handelt es sich um eine Strafe, da damit ein Leiden intendiert ist. Die Verweigerung einer Verbeugung mag in bestimmten Kulturen eine soziale Strafe sein, ohne von dem mit den Grußritualen dieser Kultur Unvertrauten als Strafe empfunden zu werden.

Eine Strafe besteht also darin, ein Leiden zu beabsichtigen, aber es ist möglich, dass mit der Strafe *de facto* kein Leiden zugefügt wird. *Im Allgemeinen* aber wird die Leidenszufügung nicht nur beabsichtigt werden, sondern das Leiden wird mit der Strafhandlung tatsächlich zugefügt werden. In solchen Fällen verlangt die Rechtfertigung der Strafe nicht nur die Rechtfertigung einer Absicht, jemandem ein Leiden zuzufügen, sondern die Rechtfertigung der (beabsichtigten) Leidenszufügung selbst.³ Wenige moralische Ansichten aber werden so weitgehend akzeptiert und scheinen so über jeden Zweifel erhaben wie diejenige, dass die beabsichtigte Zufügung von Leiden ohne einen gravierenden Grund moralisch falsch ist. Jemanden absichtlich leiden zu lassen, ohne dafür einen rechtfertigenden Grund zu haben, gilt als Grausamkeit und daher als moralisch verwerflich. Die Frage nach der Rechtfertigung des Strafens lässt sich daher auch so pointieren, dass damit danach gefragt wird, was es eigentlich ist, das Strafen von Grausamkeit unterscheidet. Wieso ist Strafen *kein* Fall einer bloßen Leidenszufügung um ihrer selbst willen? Gefragt ist damit nicht nur nach einem deskriptiven Unterscheidungsmerkmal von Strafen und Grausamkeit, sondern nach einem normativ relevanten, d. h. einem solchen, das deutlich macht, wieso im Falle von Strafen, anders als bei Grausamkeit, Leiden zugefügt werden *darf* oder sogar *soll*. Ethische Straftheorien widmen sich dieser Frage und untersuchen, ob es Bedingungen gibt, bei deren Vorliegen wir von einer normativ relevanten Differenz zwischen Strafen und bloßer Grausamkeit sprechen können, und wenn ja, um welche Bedingungen es sich dabei handelt.

Mit dem Hinweis darauf, dass Strafen intendierte Leidenszufügungen sind, ist aber natürlich nur eine notwendige, keine hinreichende Bedingung dafür genannt, dass wir eine Handlung eine Strafhandlung nennen können. Strafen

sind nicht irgendwelche intendierten Leidenszufügungen, sondern solche, mit denen der Leiden Zufügende auf einen *angenommenen Normverstoß* reagiert. Der Ausdruck „Normverstoß“, der einen weiteren Anwendungsbereich hat als „Vergehen“ oder „Tat“, macht dabei deutlich, dass Strafhandlungen auf Verstöße gegen Normen jedweder Art reagieren können. Es kann sich um Verstöße gegen Rechtsnormen, aber auch um solche gegen Moralnormen und nicht-moralische soziale Normen, etwa Rollennormen oder Etikettennormen oder ästhetische Normen oder auch Spielnormen handeln. Bestraft werden kann man für Mord oder einen anderen Verstoß gegen eine Rechtsnorm, aber auch dafür, dass man als Jüngerer den Älteren nicht zuerst begrüßt hat, also eine Etikettennorm verletzt hat, dafür, dass man als Bundestagspräsident eine in dieser Funktion nicht angemessene Rede gehalten, also gegen eine Rollennorm verstoßen hat, dafür, dass man in einem hierarchischen Gefüge dem Höherstehenden den Gehorsam verweigert, also eine aus einer Rollennorm abgeleitete soziale Norm, die Unterordnung fordert, verletzt hat, dafür, dass man jemandes ästhetische Vorstellungen durch das Tragen unangemessener Kleidung beleidigt, also gegen eine ästhetische Norm verstoßen hat, oder dafür, dass man Spielregeln nicht eingehalten hat. Dass es sich um einen *angenommenen Normverstoß* handelt, bedeutet, dass dieser nicht tatsächlich vorliegen muss. Es ist keine notwendige Bedingung des Strafens, dass jemand das, wofür er gestraft wird, auch tatsächlich getan hat. Zwar ist es eine naheliegende und zumindest prima facie plausibel erscheinende Annahme, dass es eine Bedingung für *gerechtfertigtes* Strafen ist, dass jemand das, wofür er gestraft wird, auch getan hat (wenngleich, wie sich zeigen wird, auch diese Annahme sich als korrekturbedürftig erweisen wird), aber die potentiellen Rechtfertigungsbedingungen für Strafen dürfen nicht schon in den *Strafbegriff* eingeschrieben werden. Auch ein vermeintlicher Bankräuber kann für Bankraub bestraft werden, und die Mutter kann ihre Tochter für ein Vergehen strafen, das diese gar nicht begangen hat.

Das bedeutet, dass – wenn man sich vorläufig die vereinfachende Gleichsetzung von „Person, die den Normverstoß, für den sie bestraft wird, begangen hat“ mit „Schuldiger“ erlaubt – es keineswegs als begriffliche Wahrheit reklamiert werden kann, dass nur die Schuldigen bestraft werden können.⁴ Will man also die Behauptung, dass nur die Schuldigen bestraft werden dürfen, verteidigen, muss man dafür substantielle *normative* Argumente vorbringen und darf sich nicht einfach darauf berufen, dass die Bestrafung Unschuldiger schon aus begrifflichen Gründen gar nicht als Bestrafung anzusehen sei.⁵ Wohl aber ist es eine begriffliche Wahrheit, dass man nur dann jemanden strafen kann, wenn man ihn, ob zu Recht oder zu Unrecht, *für schuldig hält*. Wer beabsichtigt, jemandem Leiden zuzufügen, ohne dies auf einen angenommenen Normverstoß

zu beziehen und dem Adressaten der Handlung Schuld für diesen Normverstoß zuzuschreiben, straft nicht. Allerdings ist der Informationswert der Aussage, dass man jemanden nur dann strafen kann, wenn man ihn für schuldig hält, noch sehr gering, denn völlig offen bleibt dabei, was „schuldig sein“ bedeutet und in welchem Sinne von „schuldig sein“ man jemanden, den man straft, für schuldig hält. In Abweichung von der üblichen und uns alltagssprachlich geläufigen Gleichsetzung von „Schuld“ und „moralischer Schuld“ ist zu betonen, dass Schuld keineswegs moralische Schuld sein muss. Mit der Aussage, dass man jemanden nur dann strafen kann, wenn man ihn für schuldig hält, ist also keineswegs gesagt, dass man jemanden nur dann strafen könne, wenn man ihn für *moralisch* schuldig halte. Strafen ist nicht auf Schuld, aber auf die *Annahme* von Schuld, allerdings nicht notwendig auf die Annahme *moralischer* Schuld angewiesen, da man jemanden auch bloß für kausal schuldig oder in einem von der Idee moralischer und der Idee kausaler Schuld ganz unabhängigen Sinne für schuldig halten kann. Von den verschiedenen Formen der Schuld, die hier zu unterscheiden sind, wird in Kapitel VI die Rede sein.

In diesem Zusammenhang ist auch die Formulierung „in Reaktion auf“ in der Formulierung „Strafen ist eine beabsichtigte Leidenszufügung in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß“ zu erläutern, und es ist auf eine kaum beachtete, aber inhaltlich wichtige Mehrdeutigkeit dieses Ausdrucks hinzuweisen. Dass wir jemandem „in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß“ ein Leiden zuzufügen beabsichtigen, ihn also strafen, kann bedeuten, dass wir ihn *für* diesen angenommenen Normverstoß oder dass wir ihn *aufgrund* dieses angenommenen Normverstoßes strafen. Sagt man, dass jemand *aufgrund* eines angenommenen Normverstoßes gestraft wird, so heißt das, dass die Annahme des Normverstoßes die kausale Ursache für die Strafe ist. Sagt man hingegen, dass jemand *für* einen angenommenen Normverstoß bestraft wird, so sagt man damit, dass dieser Normverstoß ihm (in einem noch zu präzisierenden Sinne) zugeschrieben wird. Er wird ihm als etwas zugeschrieben, für das er (in einem ebenfalls noch zu präzisierenden Sinne) verantwortlich ist. „Strafen für“ und „strafen aufgrund von“ müssen nicht notwendig zusammenfallen. Zwar gilt, dass, wenn jemand *für* einen angenommenen Normverstoß bestraft wird, er auch *aufgrund* dieses angenommenen Normverstoßes bestraft wird, d. h. dass dann dieser angenommene Normverstoß auch die Ursache der Strafe ist. Wird z. B. jemand *für* einen angenommenen Banküberfall bestraft, wird er auch *aufgrund* des angenommenen Banküberfalls bestraft. Das heißt nicht, dass die Tatsache, dass der Gestrafte die Bank überfallen hat, die Strafe verursacht, sondern nur, dass die (möglicherweise irrige) *Annahme*, dass der Gestrafte die Bank überfallen hat, die Strafe verursacht. Auch wenn jemand aufgrund eines Justiz-

irrtums irrtümlich für diesen Banküberfall verurteilt und bestraft wird, impliziert das, dass er aufgrund des angenommenen Banküberfalls bestraft wird. In diesem Sinne impliziert „strafen für“ „strafen aufgrund von“. Aber es gilt nicht umgekehrt, dass „strafen aufgrund von“ „strafen für“ impliziert. Es ist auch möglich, dass jemand nur *aufgrund* eines angenommenen Normverstoßes bestraft wird, ohne *für* ihn bestraft zu werden. In diesem Fall ist der Normbruch aus der Sicht des Strafenden die kausale Ursache für die Bestrafung der Person, ohne dass dieser aber der Person als *ihre* Tat zugeschrieben würde. So ist es möglich, dass eine Person *aufgrund* dessen, was jemand anders getan hat, aber nicht *dafür* bestraft wird. Wenn z. B. ein Kind in der Schule von seinen Mitschülern und Lehrern gehänselt und gedemütigt wird, weil seine alkoholranke Mutter beim letzten Klassenfest betrunken aufgetaucht ist und gegen alle nur denkbaren sozialen Normen verstoßen hat, dann wird es (ungerechtfertigterweise) mit sozialer Ausgrenzung bestraft, weil seine Mutter gegen soziale Normen verstoßen hat. Aber man käme nicht auf die Idee, die Normverstöße der alkoholkranken Mutter dem Kind als *seine* Handlungen zuzuschreiben. Es wird *aufgrund* der Handlungen der Mutter bestraft, aber nicht *für* sie.⁶

Allerdings ist zuzugeben, dass wir es mit dieser Differenzierung zwischen „bestrafen für“ und „bestrafen aufgrund von“ alltagssprachlich nicht sehr genau nehmen. Wird eine Person aufgrund eines Normbruchs bestraft, neigen wir dazu zu sagen, dass sie auch für diesen bestraft wird. So läge es in Bezug auf das soeben genannte Beispiel sehr nahe, sich darüber zu empören, dass „das Kind für die Verfehlungen seiner Mutter bestraft wird“. Es handelt sich bei der Unterscheidung zwischen „strafen für“ und „strafen aufgrund von“ also um eine den alltäglichen Sprachgebrauch präzisierende und ihn partiell korrigierende Festsetzung. Sie legitimiert sich dadurch, dass sie eine alltagssprachlich verdeckte, aber sachlich relevante Unterscheidung einfängt. Relevant ist diese Unterscheidung, weil die Rechtfertigungsbedingungen für ein Strafen für einen Normverstoß und für ein Strafen aufgrund eines angenommenen Normverstoßes jeweils unterschiedliche sein werden. Offensichtlich ist es für die Rechtfertigung des „Strafens aufgrund von“ nicht erforderlich, die durch „für“ ausgedrückte Zuschreibung des Normverstoßes an den Gestraften zu rechtfertigen, für die Rechtfertigung des „Strafens für“ hingegen sehr wohl. Daher *sollten* wir im obengenannten Fall nicht sagen (obwohl wir es de facto tun), dass das Kind für die Verfehlungen der Mutter gestraft wird, sondern dass es *aufgrund* dieser Verfehlungen gestraft wird.

Hält man an der Unterscheidung zwischen „strafen für“ und „strafen aufgrund von“ fest, wird dies in manchem eine Korrektur der etablierten Terminologie beim Reden über Strafen nach sich ziehen. Dies zeigt sich insbesondere in

Folgendem. Rechtlich wird zwischen Untersuchungshaft und Sicherungsverwahrung auf der einen Seite und Strafhaft auf der anderen Seite unterschieden (vgl. hierzu z. B. Roxin 1994, 1, 59–63; Erber-Schropp 2016, 1f., 26f.). Untersuchungshaft gilt – wenngleich bei einer rechtskräftigen Verurteilung eines Untersuchungshäftlings dessen Untersuchungshaft „auf die Strafe angerechnet“, also rückblickend zur Strafhaft umdefiniert werden kann – *nicht* als Strafe, denn der noch nicht verurteilte Untersuchungshäftling gilt als unschuldig, der Strafshäftling nicht. Auch sind beide Formen des Haftvollzuges deutlich voneinander unterschieden. Auch eine Sicherungsverwahrung im Anschluss an eine verbüßte Haftstrafe galt lange Zeit rechtlich unumstritten *nicht* als Strafe, sondern als Maßregel, also als Freiheitsentzug, der zum Schutze der Öffentlichkeit weiterhin nötig ist, nachdem der Häftling „seine Strafe abgebußt“ hat. Gemäß dieser etablierten Unterscheidung zwischen Strafen und Maßregeln sind Maßregeln, anders als Strafen, indifferent gegenüber Schuld und ausschließlich am Präventionsgedanken orientiert. Ist aber eine Strafe eine beabsichtigte Leidenszufügung in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß und bedeutet „in Reaktion auf“ hier entweder „für den angenommenen Normverstoß“ oder „aufgrund des angenommenen Normverstoßes“, gilt, der offiziellen Terminologie zum Trotz: Sowohl Untersuchungshaft als auch Sicherungsverwahrung *sind* Strafen. Mit ihnen wird ein Leiden zugefügt, und diese Leidenszufügung ist beabsichtigt. Und es handelt sich um eine beabsichtigte Leidenszufügung aufgrund eines angenommenen Normverstoßes – aufgrund dessen, was die Person, die in Untersuchungshaft oder in Sicherungsverwahrung ist, (mutmaßlich oder tatsächlich) getan hat. Die Definitionsmerkmale für „strafen“ sind also erfüllt. Der Sicherungsverwahrte wird zwar nicht mehr für den angenommenen Normverstoß, aber aufgrund dessen bestraft; der Untersuchungshäftling wird noch nicht für den angenommenen Normverstoß (der ihm infolge der Unschuldsvermutung noch gar nicht zugeschrieben werden kann), aber bereits aufgrund dessen bestraft. Es handelt sich also in beiden Fällen zwar nicht um ein „strafen für“, wohl aber um ein „strafen aufgrund von“. (In Kapitel IV wird, die Differenzierung zwischen „strafen für“ und „strafen aufgrund von“ fortführend, dafür plädiert werden, dass es sich in diesen Fällen zwar um Strafen handelt, wir aber nicht von Vergeltungsstrafen sprechen sollten, d. h. dass es sich nicht um Strafen handelt, die wir als Vergeltung verstehen.)

Dem Strafcharakter von Sicherungsverwahrung trägt erstmals das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung vom 17.12.2009 Rechnung (EGMR 2009). Anlass dieses Urteils war die Beschwerde eines 1986 wegen versuchten Mordes zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren Inhaftierten, der nach Verbüßung seiner Frei-

heitsstrafe wegen anhaltender Gefährlichkeit in Sicherungsverwahrung kam. 2001 wurde seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über die bis zu einer Änderung des § 67d Absatz 3 StGB im Jahr 1998 geltende Höchstgrenze von 10 Jahren hinaus verlängert. Das Gericht gab der Beschwerde gegen die nachträgliche Anwendung dieses die Höchstgrenze der Sicherungsverwahrung aufhebenden Paragraphen statt. Es stellte fest, dass „diese Form der Haft [durch Sicherungsverwahrung] genau wie eine gewöhnliche Haftstrafe einen Freiheitsentzug bedeutet“ (EGMR 2009, 3) und als „eine der härtesten Maßnahmen, die nach dem StGB angewendet werden können“ (EGMR 2009, 4) anzusehen ist. Es schlussfolgerte, dass es sich „bei der Sicherungsverwahrung um eine Strafe im Sinne von Artikel 7 § 1 [der Europäischen Konvention für Menschenrechte] handelt“ (EGMR 2009, 4).⁷ Im Anschluss an dieses Urteil stufte der EGMR in mehreren Entscheidungen die nachträgliche Sicherungsverwahrung – auch unabhängig von der Problematik der nachträglichen *Verlängerung* der Sicherungsverwahrung – als Verstoß gegen das Verbot rückwirkender Bestrafung nach Artikel 7 § 1 der EMRK ein und bestätigte damit die Einstufung von Sicherungsverwahrung als Strafe (EGMR 2012a und EGMR 2012b).⁸ Das Gericht stellte also – wendet man die von mir vorgeschlagene Terminologie an – in diesen Urteilen fest, dass es sich bei Sicherungsverwahrung zwar nicht mehr um ein Strafen *für* einen Normverstoß, wohl aber um ein Strafen *aufgrund* eines Normverstoßes handelt. Dementsprechend forderte das Gericht auch einen Kausalzusammenhang zwischen Normverstoß und Sicherungsverwahrung als Legitimationsgrundlage für die Sicherungsverwahrung, indem es im Urteil von 2009 monierte, dass es „keinen ausreichenden Kausalzusammenhang zwischen der Verurteilung des Beschwerdeführers und seinem fortdauernden Freiheitsentzug“ (EGMR 2009, 3) gegeben habe. Diese Forderung ist nur sinnvoll, wenn man annimmt, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung nicht um eine rein zukunftsbezogene Maßnahme mit Blick auf Präventionseffekte, sondern um ein Strafen aufgrund eines vergangenen Normverstoßes handelt. In diesem Fall muss die Sicherungsverwahrung auch an diesen Normverstoß gebunden werden. Eine Sicherungsverwahrung muss daher in Deutschland seit 2011⁹ schon bei der Verurteilung des Täters angeordnet oder vorbehalten werden, kann aber nicht nachträglich angeordnet werden.¹⁰

Abschließend sind noch zwei Anmerkungen zum Begriff des Strafens am Platz. Zum einen: Die Ausdrücke „Strafe“ und „Sanktion“ werden häufig synonym verwendet; es empfiehlt sich jedoch, beides voneinander zu unterscheiden. Eine Sanktion ist eine Maßnahme, die eingesetzt wird, *um* zu strafen, genauer: um die für Strafen konstitutive Absicht, ein Leiden zuzufügen, zu realisieren. Sanktion und Straferfolg stehen in einem Mittel-Zweck-Verhältnis:

Eine Gefängnisstrafe, eine Ohrfeige, die Nicht-Einladung zu einer Geburtstagsparty oder Führerscheinentzug sind Sanktionen, die eingesetzt werden (können), um den Zweck der durch die Strafe intendierten Leidenszufügung zu erreichen.¹¹ Diese Differenzierung zwischen Sanktion und Strafe ist inhaltlich relevant vor allem mit Blick auf die Bestimmung der Strafschwere. Die Strafschwere bemisst sich (auch) an dem Leiden, das einer Person durch eine Strafe entsteht.¹² Weil aber zwei Personen in unterschiedlichem Ausmaß unter ein- und derselben Sanktion leiden können, ist die Strafschwere von der Sanktionschwere zu unterscheiden. Bei gleicher Sanktionschwere kann die Strafschwere für verschiedene Individuen unterschiedlich sein. Es ist etwas anderes, ob ein Millionär oder ein Hartz-IV-Empfänger zu einer Geldstrafe von 1000 Euro verurteilt wird; für letzteren wird, obwohl die Sanktionsmaßnahme die gleiche ist, die Strafschwere größer sein als für ersteren. Und entsprechend können unterschiedlich schwere Sanktionen eine gleiche Strafschwere nach sich ziehen, wenn man unter der Strafschwere das durch die Strafe bewirkte Leiden versteht. Wenn der Hartz-IV-Empfänger zu 100 Euro Geldstrafe verurteilt wird, wird ihm dadurch vielleicht ungefähr soviel Leiden entstehen, wie dem Millionär entsteht, wenn dieser zu einigen Tausend Euro Geldstrafe verurteilt wird. In diesem Fall differiert die Sanktionsstärke, aber die als Leidensausmaß verstandene Strafschwere ist gleich.¹³ Es mag daher berechtigt sein, zwei Individuen mit unterschiedlich starken Sanktionen zu belegen, um bei beiden die gleiche Strafschwere zu bewirken.

Zum anderen ist anzumerken, dass in der vorgeschlagenen Definition des Strafbegriffes bewusst auf die Verwendung des Ausdrucks „Autorität“ verzichtet wurde. Häufig wird der Autoritätsbegriff in eine Strafdefinition aufgenommen, und es wird gesagt, dass von Strafen nur dann die Rede sein könne, wenn eine Autorität, also eine von anderen autorisierte Person oder Gruppe von Personen, die Leidenszufügung in Reaktion auf den angenommenen Normverstoß beabsichtige.¹⁴ Dass dies hier nicht geschieht, hat zwei Gründe. Zum einen leistet der Autoritätsbegriff der Beschränkung des Strafbegriffes auf staatliches Strafen Vorschub, die aber im Folgenden gerade vermieden werden soll. In Bezug auf staatliches Strafen mag es plausibel sein anzunehmen, dass dieses eine Autorisierung einer strafenden Instanz durch andere (z. B. das Volk oder einen Alleinherrscher) voraussetzt, in Bezug auf soziale Strafen ist dies nicht der Fall. Zum anderen gilt in Bezug auf soziale Strafen, dass nicht ersichtlich ist, warum nur jemand, „der Autorität hat“ oder genauer: „dem Autorität zugeschrieben wird“, strafen können sollte. Zwar wird es häufig der Fall sein, dass eine Person, der Autorität zugeschrieben wird, eine andere Person straft, der keine Autorität zugeschrieben wird, z. B. wenn Eltern ihre Kinder strafen. Aber

nichts spricht dagegen, dass man auch „gegen ein Autoritätsgefälle“ strafen kann, also eine Person, die keine Autorität hat – oder sich nicht in einer Situation befindet, in der ihr diese zugeschrieben wird –, eine Person, der Autorität zugeschrieben wird, bestrafen kann. Eltern können ihre Kinder strafen, aber auch Kinder können ihre Eltern strafen, etwa durch vorsätzliches Ignorieren von Geburtstagen, renitentes Verhalten oder verletzendes Bemerkungen. Der Dirigent, dem aufgrund seiner Stellung Autorität zukommt, kann die Orchestermusiker strafen, indem er sie bloßstellt und beschämt, aber auch umgekehrt können diese jenen bestrafen, indem sie sich seinen Weisungen widersetzen und seine Autorität bewusst untergraben. Die Möglichkeit des Strafens ist nicht an Autoritätszuschreibungen an die strafende Instanz gebunden.¹⁵

Man straft also, wenn man beabsichtigt, jemandem in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß Leiden zuzufügen, wobei „in Reaktion auf“ heißen kann: „für“ oder „aufgrund von“. Dies ist die Definition von „strafen“, von der im Folgenden ausgegangen werden soll.

2 Staatliches und soziales Strafen

Staatliches Strafen ist im Allgemeinen durch Rechtsnormen institutionell geregelt. Es gibt Vorgaben dafür, wer die Strafe verhängen darf – nur die dazu befugten Personen wie Richter, nicht Privatpersonen, dürfen z. B. eine Freiheitsstrafe verhängen –, und es ist z. B. im Strafgesetzbuch festgehalten, welchen Normen die Strafverhängung zu gehorchen hat, welches Delikt in welchem Strafrahmen zu bestrafen ist. Neben staatlichen Strafen gibt es aber, wie bereits deutlich wurde, auch soziale Strafen. Strafen ist nicht nur eine staatliche, sondern auch eine soziale Institution. Wir können jemanden mit Verachtung strafen, ihm mit strafenden Blicken begegnen, ihn strafen, indem wir ihm die kalte Schulter zeigen, ihn nicht zur Geburtstagsparty einladen, betont distanziert mit ihm umgehen, Argwohn und Misstrauen erkennen lassen, ihm mit schneidender Ironie begegnen.¹⁶

Wodurch genau unterscheiden sich soziale Strafen von staatlichen, und wo liegen die Gemeinsamkeiten? Häufig werden soziale Strafen als „informelle Strafen“ bezeichnet. Damit wird nahegelegt, dass sie weniger stark regelgeleitet seien als staatliches Strafen. Das stimmt jedoch nur sehr eingeschränkt. Zwar sind soziale Strafen nicht wie staatliche durch rechtliche Rahmenbedingungen reguliert, und ihre Normierung ist daher nicht so engmaschig wie im Falle rechtlicher Normen. Aber auch soziale Strafen sind normiert – nicht durch rechtliche, sondern durch soziale Normen. So gibt es in vielen Kontexten recht eindeutige Normierungen dafür, wann moralische Empörung zu artikulieren

sozial angemessen ist. Wer es z. B. in einer Abendgesellschaft versäumt, sich von einer rassistischen Bemerkung dadurch zu distanzieren, dass er denjenigen, der die Bemerkung gemacht hat, durch eine scharfe Entgegnung sozial ausgrenzt oder mit strafenden Blicken bedenkt oder durch Missachtung straft, wird seinerseits mit einer sozialen Strafe als einer „sekundären Sanktion“ zu rechnen haben, d. h. mit einer sozialen Strafe dafür, dass er es unterlassen hat, die rassistische Bemerkung sozial zu strafen (vgl. zu diesen sekundären Sanktionen Stemmer 2000, 155f.; Hallich 2020, 66f.). Strenger noch als im privaten Bereich sind soziale Strafen im kollektiven Bereich normiert, wie z. B. die genaue Abstufung diplomatischer Schritte zum Ausdruck von Ablehnung, Boykott, Embargo etc. dokumentiert. Auch soziale Strafen sind also regelgeleitet.

Es gibt jedoch – abgesehen von der offensichtlichen Differenz, dass im einen Fall der Staat straft, im anderen nicht – zwei wesentliche Unterschiede zwischen staatlichen und sozialen Strafen. Der erste besteht darin, dass in sozialen Strafen sehr viel unverstellter *Gefühle* und *Einstellungen* wie Abneigung, Verachtung und Hass zum Ausdruck kommen als in staatlichen Strafen. Darum ist es im Falle sozialer Strafen sehr viel schwieriger, sie von unmittelbar spontanen Gefühlsreaktionen, die, weil nicht absichtsgeleitet, gerade keine Strafen sind, abzugrenzen, als im Falle von staatlichen Strafen (vgl. zu diesem Abgrenzungsproblem auch Stemmer 2008, 153f., 307f.; Shoemaker 2013, 116). Wir können häufig kaum entscheiden, ob eine Verhaltensweise spontan-affektiv oder als bewusste Kundgabe eines Gefühls oder einer Haltung willensgesteuert ist. Nur im letztgenannten Fall aber handelt es sich um eine intendierte Leidenszufügung, also eine soziale Strafe. Ist ein böser Blick eine unwillkürliche Reaktion auf ein sozial anstößiges Verhalten oder ein bewusst eingesetztes Mittel, um den Adressaten als Reaktion auf seinen Normverstoß Ablehnung spüren zu lassen? Nur im letztgenannten Fall würde er als Sanktion, also strafend eingesetzt. Ist das Nicht-Beantworten einer E-Mail – nur dann ist es eine soziale Strafe – ein bewusst eingesetztes Mittel der Distanzierung und der Bekundung abnehmender Sympathie? Ist die Abwendung von einer Person Folge eines unmittelbaren Affektes der Enttäuschung oder Sanktion, also Strafmittel? Diese Fragen zu beantworten wird häufig schwer fallen. Der Übergang zwischen sozialen Strafen und spontanen Gefühlsreaktionen ist fließend, während die Institutionalisierung staatlichen Strafens und ihre Formalisierung in Form genau festgelegter Verfahrensweisen diese Differenz zu spontanen Gefühlsreaktionen sehr augenfällig macht.

Dass soziale Strafen sich vergleichsweise schwer von spontanen Gefühlsreaktionen abgrenzen lassen, heißt nicht, dass diese Abgrenzung unmöglich wäre. Sie ist möglich, wenn man berücksichtigt, dass es niemals die Gefühle und

Haltungen selbst sind, mit denen wir jemanden strafen, sondern dies ausschließlich durch die *Kundgabe* dieser Gefühle und Haltungen mittels verbaler oder nonverbaler Handlungen geschieht. Die Tatsache allein, dass man angesichts des aufdringlichen Verhaltens einer Person Verachtung für diese Person spürt oder dass man aufgrund einer rassistischen Bemerkung Empörung empfindet, stellt noch keine Strafe dar. Man kann diese Gefühle ja auch für sich behalten. Erst wenn man diese Gefühle artikuliert und jemanden durch einen (verbalen oder nonverbalen) Äußerungsakt bewusst wissen lässt, dass man sie hat, kann man beabsichtigen, ihm durch diese Artikulation in Reaktion auf den von ihm begangenen Normverstoß Leiden zuzufügen – also ihn zu strafen. Die Kundgabe dieser Gefühle und Einstellungen ist aber, anders als es diese Gefühle und Einstellungen selbst sind, durchaus steuerbar und willentlichem Einfluss zugänglich. Wir können uns vielleicht nicht dagegen wehren, Verachtung zu empfinden, aber wir können uns, jedenfalls im Normalfall, durchaus entscheiden, uns dieses Gefühl anmerken zu lassen oder es für uns zu behalten. Daher handelt es sich bei sozialen Strafen nicht bloß um spontane Gefühlsreaktionen.

Eine zweite Differenz zwischen staatlichen und sozialen Strafen besteht darin, dass die Wirksamkeit sozialer Strafen im Allgemeinen sehr viel stärker von der Rezeptivität des Adressaten der Strafmaßnahme für die angesetzte Sanktion abhängt als diejenige staatlicher Strafen. Die Möglichkeit, dass jemand einen vom Staat verhängten Freiheitsentzug gleichmütig hinnimmt oder sogar gutheißt, besteht zwar, ist aber eher theoretischer Natur. Im Allgemeinen werden daher staatliche Strafen das damit beabsichtigte Leiden auch tatsächlich bewirken – zumal sie mit einem im Namen der Gesellschaft ausgesprochenen Vorwurf und einer entsprechenden Stigmatisierung verbunden sind. Hingegen hängt die Wirkung der Bekundung von Befremden oder Missfallen stärker von dem Ausmaß ab, in dem der Adressat auf das Geschätztwerden und Akzeptiertwerden durch andere angewiesen ist. Dieses variiert individuell. Manche Menschen sind vergleichsweise autark und indifferent gegenüber sozialer Bestätigung; sie werden daher durch soziale Strafen weniger erreichbar und beeindruckbar sein als diejenigen, die stärker auf soziale Anerkennung angewiesen sind.¹⁷ Dabei gilt: Je subtiler die Ausdruckshandlungen sind, mit denen ein Gefühl zum Ausdruck gebracht wird, und je interpretationsoffener diese sind, desto mehr wird die Wirksamkeit der sozialen Strafe von der – individuell sehr unterschiedlichen – Rezeptivität für diese Ausdruckshandlung auf seiten des zu Strafenden abhängen. Während „handgreifliche“ soziale Strafen wie Schläge unschwer als Ausdruck eines entsprechenden Gefühls identifiziert werden können, bedürfen ironische Bemerkungen einer Rezeptionsleistung auf seiten des Adressaten, um (z. B.) als Ausdruck der Verachtung oder Gering-

schätzung erkannt werden zu können. Auch ein strafender Blick wird nicht immer als ein solcher von seinem Adressaten identifiziert werden. Nicht alle, aber viele soziale Strafen unterscheiden sich also von staatlichen Strafen signifikant dadurch, dass ihre Wirksamkeit stärker von der Sensibilität ihres Adressaten für die eingesetzte Sanktion abhängt als die Wirksamkeit staatlichen Strafs.¹⁸

Zwischen staatlichen und sozialen Strafen bestehen aber nicht nur Differenzen, sondern auch Ähnlichkeiten. Soziale Strafen können den sehr handgreiflichen Strafmaßnahmen, die vom Staat verhängt werden, qualitativ sehr ähnlich sein. Die zum sozialen Strafen eingesetzten Sanktionen, die keinesfalls nur in der verbalen Kundgabe von Gefühlen oder Einstellungen bestehen müssen, können ebenfalls einen solchen handgreiflichen Charakter haben. Die Prügelstrafe ist der körperlichen Züchtigung durch den Staat, der Stubenarrest einer Freiheitsstrafe und die Taschengeldkürzung der Geldstrafe durchaus vergleichbar. Zudem sollten die genannten Differenzen zwischen staatlichen und sozialen Strafen nicht den Blick auf die Möglichkeit verstellen, dass staatliches Strafen, wenngleich in eher verdeckter Form, genau die negativen Gefühle und Haltungen gegenüber einem Normbruch, die auch in sozialen Strafen kundgetan werden, zum Ausdruck bringen könnte. In diesem Falle bestünde zwischen sozialem und staatlichem Strafen eher ein gradueller als ein kategorialer Unterschied. Zwar stimmt es, dass, wie oben erwähnt, Gefühle und Einstellungen in sozialen Strafen sehr viel *unverstellter* zum Ausdruck kommen als in staatlichen Strafen. Aber möglicherweise ist dies nur deswegen der Fall, weil staatlichem Strafen genau die negativen Gefühle und Haltungen gegenüber einem Normbruch, die auch in sozialen Strafen kundgetan werden, zugrunde liegen, aber aufgrund zivilisatorischer Überformungen weniger leicht als Grundlage des Strafs zu identifizieren sind als im Falle sozialer Strafen. So etwa drängt sich der Verdacht auf, dass beim Vollzug der staatlichen Todesstrafe in den USA – filmisch eindrücklich dargestellt z. B. in dem Spielfilm *Dead Man Walking*¹⁹ – unter der Oberfläche penibler rechtsstaatlicher Verfahrensregeln für den Vollzug der Strafe genau die Gefühle des Hasses und der Verachtung des Täters wirksam werden, die auch in nicht staatlich institutionalisierten sozialen Strafen, wenngleich sehr viel direkter und unabhängig von staatlichen Reglementierungen, zum Ausdruck kommen. Staatliche Strafen unterscheiden sich dann nicht grundsätzlich von sozialen Strafen, sondern nur durch das Ausmaß an Offenheit, mit dem Emotionen wie Hass und Wut durch die Strafhandlungen kenntlich gemacht werden. Es sind vor allem zwei Theorien der Strafrechtfertigung, denen diese Vermutung zugrunde liegt: die Expressionstheorie der Strafe und eine bestimmte Variante eines emotionsbasierten Retributivismus. Erstere

sieht staatliches Strafen als Mittel an, eine Haltung der Missbilligung gegenüber einer Tat oder einem Täter auszudrücken, und nähert staatliches Strafen damit sozialem Strafen an. Letztere fasst staatliches Strafen als Ausdruck „retributiver Emotionen“ wie Hass und Übelnehmen auf und interpretiert es damit ebenfalls so, dass es nicht kategorial verschieden von sozialen Strafen, sondern diesen strukturgleich ist. Von diesen beiden Straftheorien wird in den Kapiteln III und V dieser Arbeit die Rede sein.

3 Zum Begriff der Rechtfertigung

Da im Zentrum der philosophischen Auseinandersetzung mit Strafe die Rechtfertigungsfrage steht, gilt es an dieser Stelle auch, den Rechtfertigungsbegriff und die verschiedenen Weisen einer möglichen Strafrechtfertigung zu klären. Rechtfertigen ist etwas Defensives, ein Verteidigungsschritt (vgl. Stemmer 2010, 112). Man rechtfertigt eine Handlung gegen den Verdacht eines Normverstoßes, indem man zu zeigen versucht, dass sie – entgegen dem Verdacht, der die Rechtfertigungsfrage aufkommen lässt – nicht mit einer akzeptierten moralischen oder nicht-moralischen Norm kollidiert. Rechtfertigung setzt also einen prima facie begründeten Vorwurf eines Normverstoßes voraus, gegen den man die Handlung „in Schutz nehmen“ möchte. Im Falle des Strafens ist klar, um welchen Vorwurf es sich handelt: um den Vorwurf, gegen die moralische Norm zu verstoßen, die eine beabsichtigte Leidenszufügung verbietet.

Eine Handlung zu rechtfertigen heißt also, sie gegen den Vorwurf eines Normverstoßes zu verteidigen. Eine Rechtfertigung stellt eine bestimmte Art der Verteidigung gegen diesen Vorwurf dar. Diese geht über eine Verteidigung hinaus, die in dem bloßen Nachweis besteht, dass keine Kollision mit der Norm vorlag, weil die Handlung nicht unter diejenigen Handlungen zu subsumieren ist, die von der Norm verboten werden. Gegen den Vorwurf, eine Tötungshandlung begangen zu haben, könnte sich jemand verteidigen, indem er nachweist, dass das, was er getan hat, keine Tötungshandlung war, weil das vermeintliche Opfer der Tat gar nicht zu Tode gekommen ist. Mit dieser Verteidigung würde er seine Handlung aber noch nicht rechtfertigen. Er hätte damit noch keine Gründe angeführt, die für seine Handlung sprechen. Jemand rechtfertigt eine Handlung nicht schon dann, wenn er zeigt, dass sie nicht mit der fraglichen Norm kollidiert, sondern erst dann, wenn er Gründe dafür anführt, dass es *richtig* war, die Handlung auszuführen. Ein Polizeibeamter könnte eine Folterhandlung – die prima facie dem Vorwurf ausgesetzt ist, gegen die moralische Norm des Folterverbots zu verstoßen – dadurch rechtfertigen, dass er zwar konzidiert, dass es sich tatsächlich um eine Folterhandlung handelte, aber auch darauf

verweist, dass die Handlung notwendig war, um das Leben eines unschuldigen Kindes zu retten. Wird die Rechtfertigung als solche akzeptiert, heißt das, dass die Norm, dass eine Folterhandlung *immer* verboten ist, modifiziert wird. Sie gilt dann nicht mehr in dieser Allgemeinheit, sondern nur noch mit Ausnahmen. Wer die Rechtfertigung akzeptiert, wird dann der Meinung sein, dass Folterhandlungen außer in den spezifizierten Fällen, in denen sie als gerechtfertigt gelten, verboten sind. Und entsprechend gilt: Die Rechtfertigung von Strafhandlungen wird darin bestehen, Gründe für eine Modifikation der Norm anzuführen, die eine absichtliche Leidenszufügung verbietet, also zu zeigen, dass und warum es manchmal richtig ist, gegen diese Norm zu handeln. Zwischen „rechtfertigen“ und „begründen“ besteht daher kein Gegensatz, wie dies Stemmer (2010, 114) nahelegt. Auch Rechtfertigungen bestehen in Begründungen einer bestimmten Art. Sie bestehen in der Angabe rechtfertigender Gründe.

Rechtfertigende Gründe sind dabei von erklärenden Gründen zu unterscheiden. Rechtfertigende Gründe sind Gründe, die für eine Handlung – dafür, dass die Handlung erlaubt oder sogar geboten ist – sprechen, Erklärungsgründe sind solche, die eine Handlung verstehbar machen, aber nicht in dem Sinne für sie sprechen, wie es rechtfertigende Gründe tun. Ein Angeklagter könnte auf die Frage, warum er eine Vergewaltigung begangen hat, mit dem Hinweis auf ödipale Konflikte und Ambivalenzen in seiner Mutterbindung reagieren. Damit würde er möglicherweise einen überzeugenden Erklärungsgrund für seine Handlung anführen, da der Normverstoß vielleicht tatsächlich auf diese Weise erklärt werden kann. Es würde sich aber nicht um einen überzeugenden Rechtfertigungsgrund handeln. Dementsprechend ist ein die Strafe rechtfertigender Grund von einem die Strafe erklärenden Grund zu unterscheiden. Insbesondere der Hinweis auf Motive des Strafens, etwa Vergeltungswünsche, liefert zwar einen Erklärungsgrund für Strafen und macht verständlich, warum Menschen strafen, aber er stellt deswegen noch keinen Rechtfertigungsgrund für Strafen dar. Vielmehr gilt, dass die Rechtfertigungsfrage auch in Bezug auf Strafmotive selbst, die ihrerseits Erklärungsgründe für Strafhandlungen sind, gestellt werden kann: Wir können fragen, ob wir gerechtfertigt darin sind, aus Motiven wie Vergeltungswünschen heraus zu strafen.

Da die im Folgenden zu entwickelnde Idee einer Strafrechtfertigung wesentlich auf der Idee einer nicht-moralischen Rechtfertigung des Strafens beruht, ist an dieser Stelle zu betonen, dass der Begriff der Rechtfertigung nicht per se ein moralischer Begriff ist. Eine rechtfertigende Begründung kann moralischer oder nicht-moralischer Natur sein. Ob eine Rechtfertigung moralischer oder nicht-moralischer Natur ist, ist *nicht* dadurch festgelegt, ob die Rechtfertigung auf einen angenommenen Verstoß gegen eine moralische oder gegen eine nicht-

moralische Norm reagiert. Es ist, mit anderen Worten, möglich, einen Verstoß gegen eine nicht-moralische Norm moralisch zu rechtfertigen. Es ist aber auch möglich, einen Verstoß gegen eine moralische Norm nicht-moralisch zu rechtfertigen. Dass die erstgenannte Möglichkeit besteht, ist recht evident und unstrittig. So kann der Verstoß gegen eine Etikettennorm, also eine nicht-moralische Norm, moralisch gerechtfertigt werden. Wer z. B. in nachlässiger Kleidung auf einem Abendempfang erscheint, verstößt damit möglicherweise gegen eine Norm der Etikette, also eine nicht-moralische Norm, ist darin aber gerechtfertigt, wenn dies ein Ausdruck des moralischen Protests gegen die Apartheitspolitik derer ist, die den Empfang veranstalten. Dass aber auch die Möglichkeit besteht, einen Verstoß gegen eine moralische Norm nicht-moralisch zu rechtfertigen, ist weniger evident. Wenn jemandem vorgehalten wird, gegen eine moralische Norm verstoßen zu haben, wird er seine Handlungsweise *manchmal* moralisch rechtfertigen. Der Arzt, der die körperliche Integrität des Patienten verletzt, also *prima facie* gegen eine moralische Norm verstößt, die die Respektierung körperlicher Integrität gebietet, kann dies unschwer durch das ebenfalls moralische Gebot der Leidensvermeidung rechtfertigen. Der Verstoß gegen eine moralische Norm kann aber manchmal auch nicht-moralisch gerechtfertigt werden. Hierfür hat Williams das berühmte Beispiel des (etwas stilisierten) Malers Gauguin ins Feld geführt, der seine Frau und seine Kinder verlässt, um sich auf Tahiti einem Künstlerleben zu widmen (Williams 1976, 22–26). Indem er seine Familie verlässt, verstößt Williams' Gauguin gegen eine moralische Norm, nämlich diejenige, die Loyalität gegenüber Familienangehörigen fordert. Seine Rechtfertigung dieses Verstoßes besteht aber im von Williams entworfenen Szenario gerade *nicht* in der Berufung auf eine andere moralische Norm.²⁰ Vielmehr beruft er sich auf sein Künstlertum und seine Ambitionen als Maler, also auf Ziele und Werte, die hochgradig persönlicher Natur und durchaus *nicht* moralischer Art sind. Es handelt sich um eine *rational justification*, die einer *moral justification* gerade entgegengesetzt ist (vgl. Williams 1993, 256f.).²¹ Eine *rational justification* besteht nicht in der Berufung auf zu realisierende moralische Werte oder zu beachtende moralische Normen. Sie besteht vielmehr in der Berufung auf die Tatsache, dass eine Handlung zweckrational relativ zu einem nicht-moralischen Ziel ist. Gauguin würde das Verlassen seiner Familie, mit dem er gegen eine moralische Norm verstößt, mit dem persönlichen Ziel der Realisierung seiner künstlerischen Ambitionen rechtfertigen. Da „rechtfertigen“ kein Erfolgsverb ist, heißt das natürlich nicht, dass man diese Rechtfertigung auch als solche akzeptieren müsste. Man mag Gauguins Rechtfertigungsversuch als einen erfolglosen kritisieren. Aber dies ändert nichts daran, dass er mit der Bezugnahme auf sein Künstlertum einen

nicht-moralischen *Grund* dafür anführt, gegen die moralische Norm verstoßen zu haben, etwas, was (aus seiner Sicht) dafür spricht, gegen diese moralische Norm zu verstoßen.

Das Übersehen der Möglichkeit, einen Verstoß gegen eine moralische Norm auf nicht-moralische Weise zu rechtfertigen, mag verantwortlich dafür sein, dass in der Literatur das Problem der Strafrechtfertigung fast durchweg als Problem der moralischen Strafrechtfertigung konzipiert wird. Da Strafhandlungen prima facie einen Verstoß gegen eine *moralische* Norm darstellen, nämlich gegen das moralische Verbot, jemandem absichtlich Leiden zuzufügen, wird angenommen, dass auch die Strafrechtfertigung moralischer Natur sein müsse. Aber das ist nicht der Fall. Ähnlich wie in Williams' Gauquin-Fall kann der Verstoß gegen die moralische Norm, die es verbietet, eine Leidenszufügung zu beabsichtigen, auch auf nicht-moralische Weise gerechtfertigt werden – wobei offen ist, ob diese Rechtfertigung auch als solche akzeptiert wird, also erfolgreich ist. Die Frage der Strafrechtfertigung ist also keinesfalls mit der Frage der moralischen Strafrechtfertigung zu identifizieren.

4 Moralische und nicht-moralische Rechtfertigungsgründe

Im Hauptteil dieser Abhandlung wird für die auf den ersten Blick befremdlich anmutende These argumentiert werden, dass es gute nicht-moralische Rechtfertigungsgründe für Strafen gibt, hingegen gleichermaßen gute moralische Gründe nicht als positive Gründe für Strafen in Anschlag gebracht werden können. Vielmehr sprechen moralische Gründe *gegen* das Strafen, und diese moralischen Gründe müssen, wenn wir strafen, den nicht-moralischen Gründen für das Strafen untergeordnet werden. Die Differenzierung zwischen moralischen und nicht-moralischen Strafrechtfertigungen ist also für die folgende Argumentation von einiger Wichtigkeit. Wie aber lassen sich moralische und nicht-moralische Rechtfertigungsgründe voneinander unterscheiden?

Zur Erläuterung dieser Unterscheidung bietet sich der Rückgang auf das von Kant genannte Definitionsmerkmal der *Kategorizität* moralischer gegenüber nicht-moralischen Urteilen an.²² Bekanntlich unterscheidet Kant in der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* zwischen kategorischen und hypothetischen Imperativen, wobei letztere „die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, dass man es wolle), zu gelangen [vorstellen]“, der kategorische Imperativ hingegen „der sein [würde], welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen anderen Zweck, als objektiv notwendig vorstellte“ (GMS [AA IV, 414]). Ein hypothetischer Imperativ würde z. B. in Form einer Klugheits-

regel den Verzicht auf Nikotingenuss als notwendig für den Erhalt der eigenen Gesundheit – etwas, was man im Allgemeinen will, aber keinesfalls notwendig wollen muss – vorschreiben, während ein kategorischer Imperativ gemäß Kants Definition nicht relativ auf solche kontingenten Zwecke wäre.

Legt man diese Unterscheidung zugrunde, heißt die Institution des Strafens auf nichtmoralische Weise zu rechtfertigen nichts anderes als nachzuweisen, dass diese Institution geeignet ist, bestimmte kontingente Zwecke zu realisieren, dass also ihre Implementierung von hypothetischen Imperativen geboten ist. Gelänge eine solche Rechtfertigung, wären damit normative Sätze wie „Strafen ist geboten“ oder „Man soll Normverstöße bestrafen“ begründet. Diese normativen Sätze wären jedoch ebenso als nicht-moralische Sätze aufzufassen wie z. B. der Sollenssatz „Man soll auf Nikotin verzichten“. So wie dieser Satz als implizit konditional aufzufassen ist und auszubuchstabieren ist als „Man soll auf Nikotin verzichten, wenn man gesund bleiben will“, wäre auch „Man soll Normverstöße bestrafen“ als impliziter Konditionalsatz aufzufassen. Der Satz könnte – nimmt man an, dass sich Strafen, wie noch ausführlich zu zeigen sein wird, durch den Präventionsgedanken begründen lassen – ausbuchstabiert besagen: „Man soll Normverstöße bestrafen, sofern man zukünftige Normverstöße minimieren will“. Damit würde ein Zweck benannt, auf den der Sollenssatz relativiert ist und den man zwar realisieren wollen kann, aber keineswegs realisieren wollen muss.

Was aber heißt es, die moralischen Gründe gegen das Strafen als *moralische* Gründe zu klassifizieren? Hält man sich an die oben genannte Unterscheidung zwischen hypothetischen und kategorischen Imperativen, lautet die Antwort hierauf: Es handelt sich um moralische Gründe, weil das Verbot, eine Leidenszufügung zu beabsichtigen, kein hypothetisches, sondern ein kategorisches ist. Es ist nicht relativiert auf kontingente Zwecksetzungen individueller Akteure, sondern unabhängig davon. Allerdings sieht sich diese Antwort mit dem Einwand konfrontiert, dass die Vorstellung eines *nicht* auf kontingente Zwecksetzungen individueller Akteure relativierten Imperativs dunkel bleibt. Die Unterscheidung zwischen hypothetischen und kategorischen Imperativen ist viel und mit guten Argumenten kritisiert worden, insbesondere mit dem Hinweis darauf, dass auch die vorgeblich kategorischen Imperative durchaus relativ auf ein Wollen, auf einen durch die Handlung angestrebten Zweck, und damit verkappt hypothetisch sind.²³

Die Einsicht in die (verkappte) Hypothetizität moralischer Urteile muss jedoch nicht dazu nötigen, die Idee der Kategorizität moralischer Urteile aufzugeben. Diese kann so rekonstruiert werden, dass zwar auch moralische Urteile relativ auf ein Wollen, auf angestrebte Zwecke sind, allerdings nicht auf in der