

# Strafrecht ohne Strafschmerz!

## Warum, wie und mit welcher Gesellschaft?<sup>1</sup>

### I. Programm: Den schwachen Abolitionismus ausbuchstabieren

Menschen intentional Schmerzen zuzufügen mutet wie ein Atavismus an. Es ist jedenfalls ein Fremdkörper in einer Gesellschaft wie der unseren, die hochsensibel ist für Gewaltphänomene – man denke schlagwortartig an gewaltfreie Erziehung, Sprache als Form der Gewalt, Mobbing als Körperverletzung, Gewalt, die in Strukturen und Institutionen liegt. Die Selbstverständlichkeit, mit der auf die Gewalt einer Straftat mit staatlicher Gewalt reagiert wird, also die Selbstverständlichkeit des Instituts der Kriminalstrafe, erscheint angesichts dieser Sensibilität geradezu erstaunlich. Auf Gewaltanwendung mit Gewaltzufügung zu antworten, klingt nach Spiegelung und daher befremdlich. Dieses Gefühl der Befremdung ist nicht nur Kern der viel zu leicht bei Seite geschobenen Pointierung des Problems durch die Philosophie zum Strafen von der Antike bis zur Aufklärung: »Weshalb Übel mit Übel vergelten«; »Warum ein zweites Übel?«. Es ist auch nicht nur eine Erkenntnis derer, die dem Recht skeptisch gegenüberstehen – die Recht insgesamt als Unternehmen der Gewalt ansehen und den Rechtszwang als problematischen Einstieg in eine Spirale der Gewalt – die die Unmöglichkeit des Einsatzes von Gewalt als *Technik* betonen, die ein Abrutschen in die Gewalt als *Praxis* hervorheben, so etwa *Judith Butler* mit *Walter Benjamin*.<sup>2</sup> Vielmehr wird deutlich, dass das Infrage-Stellen des Strafschmerzes zunehmend in der Binnenperspektive des Rechts, also von Personen, die innerhalb der Praxis des Rechts denken und agieren, ebenfalls als fragwürdig erachtet wird. Als Gradmesser mag insofern herhalten, dass das Phänomen des Strafschmerzes zunehmend als wirkliches Rechtfertigungsproblem

- 1 Für Anregungen danke ich allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Workshops am 12./13. Oktober 2023 an der Goethe-Universität Frankfurt a.M., besonders Benno Zabel.
- 2 Judith Butler, *The Force of Non-Violence*, London/New York: Verso 2020, S. 62. Die Kritik der Polizeigewalt stammt von Walter Benjamin, »Kritik der Gewalt«, in: Rolf Tiedemann/Hermann Schweppenhäuser (Hg.), *Walter Benjamin. Gesammelte Schriften*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag 1991, S. 179–204.

betrachtet wird. Auch in der Straftheorie wird also nicht mehr ausschließlich die Frage adressiert, *wie* die Schmerzzufügung sich am besten begründen lässt, welche Spielart der präventiven oder retributiven Theorienfamilie am ehesten überzeugt. Sondern es wird auch die vorgängige Frage des *Ob* adressiert, also die Frage, *ob* sich die intentionale Zufügung von Schmerzen überhaupt rechtfertigen lässt.<sup>3</sup>

Erachtet man den Strafschmerz als problematisch, so kann das Positionen motivieren, die im Recht ganz generell Gewalt erkennen und diese bannen wollen, also die Zwangsbefugnis des Rechts überhaupt – und dadurch auch das Strafrecht – in Frage stellen. Für das Strafrecht ist das die Position eines starken Abolitionismus.<sup>4</sup> Daneben existieren Versionen des schwachen Abolitionismus, die rechtsintern – also innerhalb des Systems subjektiver Rechte – nach alternativen Formen der Konfliktregulierung suchen.

Nicht behandeln möchte ich in dem vorliegenden Text, welche Gesichtspunkte zugunsten eines starken und welche zugunsten eines schwachen Abolitionismus streiten. Das erscheint mir jedenfalls in der Abstraktheit schon deswegen wenig zielführend, weil man erst bestimmten müsste, zwischen welchen Optionen denn genau gewählt werden soll. Was bedeutet starker Abolitionismus, welche Formen der Konfliktregulierung treten an die Stelle des abgeschafften Strafrechts, welche Formen treten an die Stelle des Rechts? Sollen diese neuen Strukturen das Recht für alle Arten der Sozialbeziehungen ablösen oder nur für manche? Aufgrund dieser zuvor klärungsbedürftigen Fragen möchte ich mich an dieser Stelle darauf konzentrieren, eine Lesart des schwachen Abolitionismus auszubuchstabieren – und dadurch aufzeigen, weshalb dieser gegenüber nicht-abolitionistischen Positionen des *Status quo* vorzugs-würdig ist – und wo konkrete Ansatzpunkte der Veränderung in der gegenwärtigen rechtlichen Praxis zu finden sind.

Dazu werde ich in einem ersten Schritt herausstellen, dass Kriminalstrafe als wesentlich kommunikativer Vorgang zu verstehen ist – und

- 3 Exemplarisch dafür stehen die nachstehend bei II. behandelten Positionen der Straftheorie – aber auch neuerdings Kristina Peters, »Wie aktuell ist Hegels Straftheorie?«, in: Markus Abraham/Martin Brecher/Philipp-Alexander Hirsch (Hg.), *Vernünftiges Strafen?*, Bonn: Max-Planck Institut 2023; in Vorbereitung; Benno Zabel, *Kritik der strafenden Vernunft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2025.
- 4 S. etwa Herman Bianchi, *Alternativen zur Strafjustiz*, München: Kaiser 1988, S. 72f.; vgl. den Überblick zu Formen des Abolitionismus bei Stephen Garvey, »Alternatives to Punishment«, in: John Deigh/David Dolinko (Hg.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, S. 493–519; Jeldrik Mühl, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, S. 51ff.

analysieren, was hier kommuniziert wird (II.). Die besagte Charakterisierung des Vorgangs des Strafens *als Akt der Kommunikation* steht allerdings, wie ich argumentieren werde, noch weitgehend neutral zur Frage des Strafschmerzes. Daher werde ich in einem zweiten Schritt markieren, worin der Unterschied besteht zwischen Theorien, die Strafen als kommunikativ und gleichwohl schmerzzufügend begreifen, und solchen Theorien, die das zweitgenannte Element bestreiten: Der Unterschied liegt, kurz gesagt, im Selbstverständnis einer Gesellschaft und ihrer Personen (III.). In einem dritten Schritt werde ich dann darlegen, wie die kommunikative Struktur des Strafens zu vervollständigen ist: Sie ist nämlich als vierstufiger kommunikativer Vorgang zu fassen (IV.). Sodann entwickle ich, was das für die Fortentwicklung der aktuellen Praxis des Strafens heißt, wie also die Entwicklung hin zu einer Strafe ohne Strafschmerz konkret ansetzen kann (V.). Bevor ich ein kurzes Fazit ziehe, adressiere ich zwei Einwände (VI.).

## II. Strafe als Kommunikation

Wer straft, will damit etwas sagen. Dieses kommunikative Element, die Missbilligungskomponente, findet in der Kriminalstrafe ihren Ausdruck im Schulterspruch. Buchstabiert man die in ihm enthaltene Aussage aus, gelangt man zu folgender idealtypischer Beschreibung: (i) Der Schulterspruch deklariert erstens die Tat allgemeinverbindlich als Unrecht und schreibt der verurteilten Person die Verantwortung dafür zu. (ii) Zweitens entlastet der Schulterspruch die übrigen Akteure, insbesondere die von der Tat Verletzten – er spricht sie gewissermaßen von Verantwortung frei. Auch werden durch ihn andere Erklärungsnarrative (Unglück, Zufall) zurückgewiesen. (iii) Der verurteilten Person, der verletzten Person wie auch der Öffentlichkeit wird drittens durch den Schulterspruch signalisiert, dass das Tatgeschehen nicht reaktionslos hingenommen wird, sondern dass trotz des Normverstoßes die rechtlichen Verhaltenserwartungen weiterhin den relevanten Orientierungsmaßstab abgeben.<sup>5</sup>

Nun ist es so, dass die meisten modernen Straftheorien dieser Beschreibung nicht widersprechen dürften. Vielmehr lassen sich Theorien »expressiv« oder »kommunikativ« verstehen. Denn der Umstand, dass Strafe ein *auch*-kommunikativer Vorgang ist, lässt sich ohne Weiteres in Einklang bringen mit der Ansicht, dass die Kriminalstrafe daneben eben

5 Joel Feinberg, »The Expressive Function of Punishment«, *The Monist* (1965), S. 401ff.; Klaus Günther, »Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe«, in: Cornelius Prittwitz u. a. (Hg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002, S. 205ff.

auch eine »stumme Seite«<sup>6</sup> beinhaltet. Die Anerkennung der kommunikativen Komponente der Strafe ist vereinbar mit der Sichtweise, dass Strafe spürbar sein muss, dass wir den zu Bestrafenden leiden machen wollen, dass es gerade das ist, worum es beim Strafen geht: »strafen« von (germ. *\*strappon*), *straff ziehen* streng behandeln *punishment, pain, poena*, peinliches Recht.<sup>7</sup> Dafür, dass neben die Kommunikation der Schmerz treten muss, spricht auch das Alltagdogma, das sich tief in unser Bewusstsein eingearbeitet hat: »Wer nicht hören will, muss fühlen.«<sup>8</sup>

Ganz im Sinne dieser Doktrin taucht der Strafschmerz auf bei den gegenwärtigen Theorien, die zur Legitimation der Strafe vorgetragen werden. Sie behandeln den Strafschmerz als Verstärker.<sup>9</sup> Der Strafschmerz bringt die bloßen Worte zur Wirklichkeit, lässt den Sprecher der kommunikativen Botschaft der Strafe erst als wahrhaftig erscheinen.<sup>10</sup> Die Verbindung von kommunikativer und »stummer Seite«<sup>11</sup> lässt sich etwa so formulieren:

»Wir (als Gemeinschaft der Personen) stehen auf deiner Seite, verehrtes Opfer. Dass wir es ernst meinen, kannst du daran sehen, dass wir das nicht nur so sagen, dass wir also das Tatverhalten nicht nur verbal missbilligen, sondern dass wir den Täter diese Missbilligung auch spüren lassen, Strafschmerzen zufügen.«

In dieser Weise argumentiert etwa *Tatjana Hörmle*: Die Ernsthaftigkeit des Unwerturteils lasse sich nicht durch Worte, sondern nur durch »handfeste

- 6 Günther Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot 2008, S. 113.
- 7 Daniel Spycher, *Die Legitimation der retributiven Kriminalstrafe*, Taunusstein: Dr. H. H. Driesen 2013, S. 23 mit Verweis auf Jacob Grimm/Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch. Der digitale Grimm*, Online-Version 2002, Spalte 701.
- 8 Dazu Markus Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, Berlin: Duncker & Humblot 2018, S. 21ff.; dazu jüngst Philipp-Alexander Hirsch, »Wer nicht hören will, muss fühlen!« Strafschmerz bei Kant, oder: Die konsequente Denkungsart der Lehre vom höchsten Gut«, in: Andree Hahmann/Stefan Klinger (Hg.), *Festschrift für Bernd Ludwig*, Hamburg: Meiner 2024, S. 254–275.
- 9 Ausführliche Auseinandersetzung mit den im Folgenden behandelten Theorien bei Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 58–138.
- 10 Vgl. zur Verdeutlichungsaufgabe des Gegenzwangs bei Hegel Benno Zabel, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, Berlin: Duncker & Humblot 2007, S. 79: »Vielmehr muss die Störung des Verhältnisses [des Rechtsverhältnisses als Gegenseitigkeitsverhältnis], und damit auch die nur scheinbar rechtliche Existenz des gewalttätigen Willens dadurch aufgehoben werden, dass man deren Untragbarkeit sowohl für den Zwingenden als auch für die Gemeinschaft erkennt und verdeutlicht.«.
- 11 Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, S. 113.

Übelszufügung<sup>12</sup> verdeutlichen. In umgekehrter Form könnte man dieses Konzept, dass Worte der Verstärkung bedürfen und so erst das Gemeinte zum Ausdruck bringen, bei der Praxis des Auszeichnens sehen: Beim Verleihen eines Preises werde die verbale Würdigung mittels Preisgeld verdeutlicht.<sup>13</sup> Für das Strafen gelte eben, dass die Botschaft erst dann angemessen zum Ausdruck komme, wenn »tangible[] Güter[]« entzogen würden.<sup>14</sup> Schmerz verdeutlichte den Ernst. Wenn auch das Ausmaß einer solchen Verstärkung des Verbalen dem Wandel unterliege, könnte man auf eine derartige Untermauerung der verbalen Missbilligung einfach nicht verzichten.<sup>15</sup>

Auch andere gegenwärtige Straftheorien leiten die Begründung des Strafschmerzes von der kommunikativen Aussage des Schuldspruchs ab, indem sie dem Strafschmerz die Funktion zuweisen, die kommunikative Aussage in einer bestimmten Form zu stützen. Nach *Jean Hampton* etwa setzt der Täter durch die Tat den Anschein, dass die verletzte Person weniger wert sei als der Täter, also gewissermaßen unter ihr stehe. Dem Strafschmerz kommt nun die Funktion zu, diesen Anschein zu widerlegen, also klarzustellen, dass Opfer und Täter gleichwertig sind. Strafschmerz dient hier also zum Beweis des wahren Wertes der verletzten Person.<sup>16</sup> Die Rolle des Strafschmerzes, Beweismittel zu sein, erhält der Strafschmerz auch in der Straftheorie von *Michael Pawlik*. Hier ist der Strafschmerz nämlich Mittel, einen grundlegenden gesellschaftstheoretischen Zusammenhang *zu demonstrieren*: Unser aller Freiheit wird erst durch unser aller Mitwirken konstituiert. Dadurch, dass wir uns alle grundsätzlich legal verhalten, tragen wir dazu bei, dass eine Ordnung von Freiheit und Frieden existiert. Dass dieser Zusammenhang besteht, dass also Freiheit nur bei allseitiger Mitwirkung real ist, wird klargemacht, indem auf Nicht-Mitwirkung mit Freiheits-Verlust begegnet wird. Durch diese Entgegnung werde der besagte Zusammenhang von Mitwirkung und Freiheit demonstriert, werde »die Wechselbezüglichkeit von Loyalitätspflichterfüllung und Freiheitsgenuss bestätigt«.<sup>17</sup> Auch gemäß der Straftheorie von *Günther Jakobs* hat der Strafschmerz die Funktion, die Aussage des Schuldspruchs zu unterstreichen: Während der Schuldspruch

<sup>12</sup> Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, S. 42 (der Ausdruck des Handfesten findet sich in der aktuellen Auflage [2017] nicht mehr).

<sup>13</sup> Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, S. 44f. (der explizite Bezug auf Preisverleihung findet sich nur in der Vorauflage von 2011, S. 42f.).

<sup>14</sup> Hörnle, *Straftheorien*, 2017, S. 44.

<sup>15</sup> Ebd., S. 45.

<sup>16</sup> Jean Hampton, »An Expressive Theory of Retribution«, in: Wesley Cragg (Hg.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 1992, S. 19.

<sup>17</sup> Michael Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlin: Duncker & Humblot 2004, S. 97.

dem Täter widerspricht, also die Tat als nicht-anschlussfähig deklariert, schaffe erst der Strafschmerz, dass diese Deklaration in der Wirklichkeit Wirkung entfaltet: Strafschmerz ist dafür nötig, dass die potentiellen Opfer sicher sein können, dass sich auch diejenigen Personen künftig an die für weiterhin geltend erklärte Norm halten werden, die sich um den rein verbalen Widerspruch nicht scheren.<sup>18</sup>

Es lässt sich also konstatieren, dass der Abschied vom Strafschmerz nicht allein deswegen folgt, weil Kriminalstrafe richtigerweise als kommunikativer Akt zu charakterisieren ist. Gleichwohl, und das ist nicht wenig, wird durch die Charakterisierung als kommunikativer Akt die Komponente des Strafschmerzes in ihrer erhöhten Legitimierungsbedürftigkeit noch deutlicher erkennbar. Denn ohne diese Einsicht droht man leicht einem legitimatorischen Fehlschluss zu erliegen: Argumente, die die kommunikative Komponente der Kriminalstrafe plausibel begründen (wie etwa: Es ist nötig, dass Unrechtsverhalten nicht unwidersprochen bleibt), legitimieren eben erst einmal ausschließlich die *verbale* Komponente. Weshalb diese Begründungen auch in der Lage sind, die *stumme* Seite des Strafens zu rechtfertigen, ist damit nicht dargetan, sondern bedarf der Erklärung.

### III. Wir verstehen uns als normative Wesen – *all the way*

Überzeugt nun die dargestellte, in verschiedenen Facetten vorgetragene Theorie vom Strafschmerz als Verstärker? *Klaus Günther* ist der Sichtweise, dass Worte eben der Verstärkung bedürfen, im Fall der Strafe also Strafschmerz neben Schuldspruch treten müsse, entgegengetreten: Die Kontrastierung von Handeln und bloßen verbalen Bekundungen, allgemeiner: der Gegensatz von Tun und Sprechen, sei vergröbernd. Es sei nämlich nicht der Fall, dass Worte allein keine Wirkung entfalten würden: Worte binden vielmehr ebenfalls.<sup>19</sup>

Die Sprengkraft der Kritik wird deutlich, wenn man sich die hinter den Positionen stehenden Konzepte von der Gesellschaft und deren Personen vor Augen führt. Den gegenwärtigen Straftheorien, die von der Verstärkung des Schuldspruchs durch den Strafschmerz ausgehen, unterliegt die Vorstellung eines zweigeteilten Wesens, die manichäische Vorstellung, halb Vernunftwesen und halb Triebwesen zu sein. Diese Annahme tritt bei den einzelnen Theorien mehr oder weniger explizit zu Tage.

18 Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, S. 113.

19 Klaus Günther, »Criminal Law, Crime and Punishment as Communication«, in: *Normative Order Working Paper (2014/02): Normative Orders, Cluster of Excellence at Goethe University*, Frankfurt a.M.: Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft 2014, S. 19.

Bei *Hörnle* etwa lässt sich dies erahnen: Bei der Kriminalstrafe müsse sich die Gesellschaft bei der Kommunikation mit den Normadressaten nicht

»an den hohen moralischen Ansprüchen für einen mitmenschlichen Umgang ausrichten (...). Pragmatischere Standards, die sowohl moralische Ansprechbarkeit als auch die Neigung zur Vermeidung von Nachteilen voraussetzen, sind insoweit nicht verwerflich.«<sup>20</sup>

Ganz explizit wird das Personenkonzept bei *Günther Jakobs*: Jakobs teilt die Person ein in das *Individuum*, das nach dem Modus Lust/Unlust operiert, und in die *Person*, für die das Ordnungsschema Pflicht/Willkür relevant ist. Der verbale Widerspruch, den die Kriminalstrafe enthalte, gebe der Person alles, lasse jedoch das Individuum unbefriedigt zurück – denn das Individuum braucht drastische Mittel der Unlust, den Strafschmerz.<sup>21</sup> Den gegenwärtigen Straftheorien und ihrer Legitimation des Strafschmerzes liegt also die Vorstellung zu Grunde, dass beide Komponenten zu bedienen sind, die Sphäre der Worte und die Sphäre der Taten.

Die Kritik von *Günther* basiert nun im Kontrast dazu darauf, dass wir als Menschen eben nicht notwendig nach dem Muster leben, dass neben Worte – gewissermaßen als Wahrmacher – deren Verstärkung treten muss. Es ist nicht zwangsläufig so, dass es Normen gibt, die der Verstärkung durch Nicht-Normatives bedürfen. Wir sind vielmehr in der Lage, uns als normative Wesen *all the way* zu verstehen. Es lässt sich plausibilisieren, dass nicht die Relevanz der Worte, die Relevanz des Schuldspruchs dasjenige ist, das merkwürdig und künstlich erscheint.<sup>22</sup> Merkwürdig und künstlich ist vielmehr die Vorstellung von Gewalt als Wahrmacher, als unterstreichende Geste, die Vorstellung vom Strafschmerz als Mittel, das den SchuldSpruch verstärkt. Diese Konzeption des Unterstreichens ist das Merkwürdige. Der Strafschmerz ist das Hintzutretende, das artifiziell Hinzugefügte: ein konventionelles Additivum.

Bei *Günther* hängt die These, dass Kriminalstrafe etwas Sprachliches sein kann – und eben ausschließlich etwas Sprachliches – mit zwei Einsichten zusammen. Erstens ist sie verbunden mit der erwähnten sprachanalytischen Einsicht (etwa zum Ausdruck gebracht in der Sprechakttheorie), dass Sprechen zugleich Tun ist, dass etwas zu sagen zugleich eine Handlung darstellt. Und dabei entfaltet nach *Günthers* Analyse jeder Sprechakt durch den Umstand, dass er in die Praxis des Gebens und Nehmens von Gründen eingebunden ist, eine bindende Wirkung von

<sup>20</sup> Hörnle, *Straftheorien*, 2017, S. 15 (H.i.O.).

<sup>21</sup> Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, S. 52; Kritik bei Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 92ff.

<sup>22</sup> Günther, »Criminal Law, Crime and Punishment as Communication«, S. 17 et passim.

genereller Natur (und zwar wegen der Möglichkeit, für einen aufgestellten Sprechakt Gründe fordern zu können).<sup>23</sup> Zusammenzulesen ist diese Einsicht von der generellen Bindungswirkung zweitens mit Günthers demokratietheoretischer Überlegung: Wir sind nicht nur Adressatinnen und Adressaten von (Rechts-)Normen, sondern gleichzeitig deren Autorinnen und Autoren.<sup>24</sup> Insofern wird, um den Kontrast zu den anderen Straftheorien scharfzustellen, im Akt der Kriminalstrafe nicht ein negativer Reiz gegenüber dem Individuum gesetzt, sondern allein mit einer Person in ihrer Rolle als Normadressatin kommuniziert, die stets auch an ihre Zustimmung erinnert werden kann, die sie als Normautorin erteilte.<sup>25</sup> Günthers Vorstellung vom Kommunikationsvorgang des Schuld-spruchs lässt sich daher wie folgt kondensieren:

»Dein Verhalten war normwidrig und daher zu missbilligen. Für diese Beurteilung kann ich dir einen Grund geben, an den du als Akteur, der Gründen folgt, gebunden bist. Der Grund ist der, dass du zur Normbefolgung verpflichtet warst, denn als Mitautor der Normen hattest du die Möglichkeit, deine (zu begründende) Ablehnung der Norm über den formalisierten Weg der Gesetzgebung/Klage einzubringen.«<sup>26</sup>

Die Rolle der Einzelperson bei der Schaffung von Normen lässt sich überzeugend insbesondere auf die formale Gesetzgebung beziehen: Wir wählen Repräsentierende, die Gesetze entwerfen und verabschieden, wir regieren uns indirekt selbst. Das lässt sich für die den Strafgesetzen zugrundeliegenden Verhaltensnormen plausibel annehmen: Als Normautorinnen legen wir fest, welches Verhalten als sozialethisch missbilligenswert erscheint. Wir legen auch fest, was die Voraussetzungen dafür sind, einen solchen Vorwurf zu machen. An diese Beteiligungsmöglichkeit darf man als potentieller Normbrecher erinnert werden.

Man mag gegen diese Überlegung von der Normautorstellung einwenden, dass es sich um eine »gerechtigkeitstheoretische Exaltation« handelt,<sup>27</sup> die nicht der Realität entspreche. Freilich wäre darüber zu streiten, dem Einwand ließe sich etwa mit Verweis auf den Modellcharakter der demokratietheoretischen Annahme entgegentreten. Statt dies zu vertiefen, möchte ich hier zur Stützung der Überlegung eine weitere

<sup>23</sup> Ebd., S. 19f.

<sup>24</sup> Klaus Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M.: Klostermann 2005, S. 245.

<sup>25</sup> Genauer ist es bei Günther so, dass er aus der zumutbaren Möglichkeit zur ablehnenden Stellungnahme gegenüber der Norm eine Normbefolgungspflicht folgt, ebd., S. 254.

<sup>26</sup> Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 176.

<sup>27</sup> Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012, S. 108, Fn. 594; primäre Grundlage strafrechtlicher Verpflichtungen sei die Gehorsamspflicht, nicht das Teilhaberecht.

Perspektive, wenn man so will eine Überlegung von unten, nämlich die Perspektive unserer menschlichen Alltagspraktiken, zur Seite stellen.

Die Überlegung, dass wir sprachliche Wesen sind, und daher nicht von der Spur der Kommunikation (zusätzlich) auf die Spur des Strafschmerzes zurückgreifen sollten, lässt sich auch entwickeln, wenn wir unsere menschliche Tätigkeit als Gesamtphänomen in den Blick nehmen: Schauen wir nämlich darauf, was uns als Menschen auszeichnet, so ist das – mit *Robert Brandom* betrachtet – die Praxis des Sprechens, genauer die des gegenseitigen Gebens und Nehmens von Gründen. Analysiert man diese Praxis des Sprechens, so wird deutlich, dass es sich dabei um Praxis handelt, bei der der grundlegendste Akt das Aufstellen einer Behauptung ist.<sup>28</sup> Das Interessante ist dabei nun, dass diese Akte der Behauptung nicht einfach isoliert stehen, Kommunikation sich also nicht einfach in einer Aneinanderreihung von Behauptungsakten erschöpft. Vielmehr ist Kommunikation grundlegend normativ, das heißt, wir nehmen wechselseitig zu den von uns aufgestellten Behauptungen Stellung, halten diese für *berechtigt* oder für *nicht-berechtigt*, weisen dem Gegenüber einen normativen Status zu (nämlich zur Aussage berechtigt oder eben dazu nicht-berechtigt zu sein). Und die Zuweisung dieses normativen Status, etwa ein *Für-berechtigt-Halten* hat dann – gemäß den in einer Gemeinschaft konventionell geltenden Normen – Auswirkung darauf, zu welchen *weiteren* Behauptungen man eine Person für berechtigt oder nicht-berechtigt erachtet.<sup>29</sup> Ein einfaches Beispiel: Halte ich Person P für berechtigt zu sagen »Dies ist mein Buch«, dann halte ich sie auch – unterstellt die Existenz von §§ 903, 433 ff. BGB – für berechtigt, dieses Buch an eine andere Person zu verkaufen.

Wenn wir sprechen, bleiben wir unseren eigenen Behauptungen und den Behauptungen der anderen Personen »auf den Fersen« und beurteilen deren Richtigkeit anhand der Schlussfolgerungsbeziehungen, die innerhalb der jeweiligen Gemeinschaft der Sprechenden gelten.<sup>30</sup> Eine nähere Ausführung des Modells und der Implikationen kann hier nicht geleistet werden,<sup>31</sup> vielmehr vermag ich lediglich die Pointe zu benennen, die für die hiesige Frage relevant ist: Nämlich die Analyse, dass unsere Sprachpraxis eine grundlegend durch Sanktionen strukturierte Praxis

<sup>28</sup> Robert Brandom, *Expressive Vernunft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2000, S. 260f.

<sup>29</sup> Vgl. zum Modell dieses »deontischen Kontoführens« Brandom, *Expressive Vernunft*, S. 272ff.; knappe Rekonstruktion bei Jochen Bung/Markus Abraham, »Sprachphilosophie: Davidson und Brandom« in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, Tübingen: UTB 2020, S. 95ff.

<sup>30</sup> Brandom, *Expressive Vernunft*, S. 219ff. (Zitat S. 220).

<sup>31</sup> Vgl. dazu Bung/Abraham, »Sprachphilosophie: Davidson und Brandom«, S. 95ff.

ist. Inwiefern ist sie durch Sanktionen? Dies liegt schlicht daran, dass der grundlegendste Zug, der mit dem Aufstellen einer jeden Behauptung einhergeht, derjenige ist, diese Behauptung in einem gewissen Sinne zu sanktionieren: Wir halten die Aussage für berechtigt, sanktionieren sie also positiv oder halten sie für nicht-berechtigt, sanktionieren sie also negativ.<sup>32</sup> Lernen lässt sich daraus, dass wir als sprachliche Wesen eine grundlegend – in diesem sehr weiten Sinne – *durch Sanktionen* strukturierte Praxis betreiben.

Was folgt nun daraus für die Frage des Strafschmerzes? Wir können aus dem Umstand, dass unsere grundlegendste soziale Praxis durch Sanktionen strukturiert ist, etwas darüber lernen, wie wir Kriminalstrafe betreiben könnten – und auch betreiben sollten. Die grundlegende Sanktion unserer Praxis des Sprechens ist das Für-nicht-berechtigt-Halten einer Behauptung. Wenn die Beschreibung zutrifft, wir uns also ganz entscheidend als Wesen interpretieren, die sich durch normative Bezüge zueinander und das Zuweisen normativer Status auszeichnen, so hat dieses Selbstverständnis auch Auswirkung darauf, was eine angemessene Reaktion auf Normverstöße bildet. Es erscheint nämlich naheliegend, dass wir bei unserer Praxis des Strafens innerhalb der Welt normativer Wesen, innerhalb der Sprache bleiben, und dass wir *keine zweite Spur* eines die Unlust adressierenden triebhaften Individuums benötigen.<sup>33</sup> Vielmehr ist die zweite Spur sogar ein Fremdkörper: Die Stabilisierung einer gesellschaftlichen Normordnung, die von den Mitgliedern als Gemeinschaft normativer Wesen interpretiert wird, kann schwerlich durch nicht-normative Mittel, also die Zufügung von Schmerzen, erreicht werden, sondern widerspricht dem Selbstverständnis der Akteure als Gründen folgender Akteure.<sup>34</sup>

#### IV. Vierte Phase der Kommunikation: Weshalb Feststellung (in unserer gegenwärtigen Gesellschaft) nicht genug ist

Nach *Klaus Günther* folgt aus den hier skizzierten Überlegungen zur Sprache und zur Demokratie, dass Kriminalstrafe als dreistufiger kommunikativer Vorgang zu rekonstruieren ist.<sup>35</sup> Wir haben erstens als Normautoren gewisse Normen festgelegt (i). Die Täterin verstieß zweitens gegen

32 Brandom, *Expressive Vernunft*, S. 262ff., 272ff.

33 Dieser Gedanke wird entwickelt an dem Konzept »interner Sanktionen« (Brandom, *Expressive Vernunft*, S. 269ff.) bei Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 188ff.

34 Vgl. dazu näher ebd., S. 217ff.

35 Günther, »Criminal Law, Crime and Punishment as Communication«, S. 12ff.

diese Normen, kommuniziert also die Nicht-Achtung dieser Festlegung (ii). Wir stellen drittens im Schulterspruch gegenüber ihr als Normadressatin fest, dass ihr Widerspruch ein Kommunikationsakt war, der nicht hingenommen wird (iii).

Diese Feststellungsfunktion des Schulterspruchs (iii) scheint in der Tat die entscheidende Komponente im Vorgang des Strafens zu sein. Die Feststellung ist nicht lediglich von statischer Natur, also eine selbstgenügsame Einordnung des Verhaltens. Unter anderem schließt die Feststellung nämlich auch künftige Verhaltensakte aus, die an den missbilligten Verhaltensakt anschließen, sich also aus dem Verhaltensakt, so er unwidersprochen bliebe, herleiten ließen. Für die Vergangenheit bedeutet die Feststellung des Unrechts die Annulierung der Tat. Die Feststellung berechtigt nämlich zu rückabwickelnden Akten, beispielsweise die Rückgabe des Gestohlenen fordern zu können, Zahlung von Schadensersatz verlangen zu dürfen. Die Feststellung erschöpft sich also nicht in der bloßen Einordnung, sondern legitimiert auch Akte, die den *Status quo ante* wiederherstellen.

Kann diese Feststellung durch den Schulterspruch – also die verbale Zuschreibung von Verantwortung und die damit einhergehende Entlastung von Dritten und die Absage an die Möglichkeit, dass es sich bei der Tat um ein zufälliges Unglück handelte – nun aber alles sein, was legitimerweise auf eine Straftat folgt? Günthers oben (bei III.) skizzierende Vorstellung von der Bindungswirkung von Sprechakten sowie sein demokratietheoretischer Hinweis, der Täter habe es unterlassen, bei der Normgenese seinen Widerspruch anzumelden, müsse sich jetzt als Normadressat daran festhalten lassen, legen diese Sichtweise nahe.

Bei aller Zustimmung mit Blick auf die Relevanz des Schulterspruchs – scheint mir dies eine zu weitreichende Annahme zu sein. Wenn wir in einer Gesellschaft leben würden, in der Rückabwicklung von Verhaltensakten perfekt oder mit nur geringen Verlusten oder Belastungen möglich wäre, spräche in der Tat vieles dafür, es als Reaktion auf eine Straftat bei der missbilligenden Feststellung zu belassen. Selbst die Missbilligung wäre dann wohl nur noch deswegen legitimierbar, weil selbst in einer solchen Gesellschaft die Normübertretung die Ausnahme bleiben müsste.<sup>36</sup> Vor allem weil eine solche annährend vollständige Rückabwicklung (noch?) nicht möglich ist – was zum einen an der fehlenden vollständigen Reversibilität von Verletzungen liegt und zum anderen an der partiellen Nicht-Aufdeckung von Straftaten –, dürfte die reine Feststellung von vorwerfbarem Unrecht in etlichen Fällen als Reaktion nicht ausreichen.

<sup>36</sup> Schlicht für das reibungslose Funktionieren der Gesellschaft und der Ressourcenschonung (Rückabwicklung ist mit Kosten verbunden) wäre es erforderlich, dass Interaktionen regelmäßig ohne Normübertretung bleiben, dass etwa eine Begegnung in der Regel ohne Körperverletzung abläuft.

Neben dieser Überlegung der fehlenden Reversibilität erscheint die Annahme, die Feststellung allein sei genügend, aber auch aus einem konzeptuellen Grund zu weitreichend. Sie ist zu weitreichend jedenfalls für unsere gegenwärtige Gesellschaft und für das ihr zugrundeliegende Verständnis der Personen. Denn nach dem demokratietheoretischen Ideal müsste die Person, deren Verhalten als Unrechtstat festgestellt wurde, diese Feststellung selbstständig für ihr vergangenes und künftiges Verhalten als relevant erachten. Der Person dürfte eine solche Zuschreibung nicht egal sein, sie müsste aus freien Stücken für das vergangene Verhalten Verantwortung übernehmen und für die Zukunft das in der Zuschreibung zum Ausdruck Gekommene als Orientierungspunkt des Handelns nehmen. Das Modell der dreistufigen Kommunikation setzt also Akteure voraus, die sensibel mit Blick auf die im Schulterspruch stattgefundene Zuschreibung sind, die die Missbilligung annehmen. In Gesellschaften, die enge Sozialbeziehungen und Abhängigkeiten aufweisen, mag es die natürliche Reaktion auf ein soziales Missbilligungsurteil sein, diese Missbilligung aus freien Stücken anzunehmen und konstruktiv zu wenden. In unserer gegenwärtigen Gesellschaft steht jedoch in vielen Fällen wohl nicht zu vermuten, dass die Akteure *aus sich heraus* so reagieren werden. Und für die Hoffnung, dass ein solches Annehmen mithilfe des Umfelds oder der Inanspruchnahme professionell Helfender gelingen möge, fehlt es an Anreizen dafür, diesen mühevollen Prozess zu unternehmen.<sup>37</sup> Kurz gesagt: Die Vorstellung, dass die reine Feststellung von Unrecht als Reaktion auf kriminelles Verhalten hinreicht, ist theoretisch einleuchtend, setzt allerdings eine Transformation der Gesellschaft voraus: Sie setzt Akteure voraus, die mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit Akte der Zuschreibung von Verantwortung ernst nehmen und eigenständig ihr künftiges Verhalten im Großen und Ganzen im Einklang mit dieser Zuschreibung ausrichten. Die Praxis der reinen Unrechtsfeststellung setzt also Akteure voraus, die für Feststellungen sensibel sind und ihnen Relevanz beimessen.

Der hier verfolgte Ansatz versucht einen Weg zu einer Praxis des Strafens ohne Strafschmerz aufzuzeigen, *ohne* eine drastische Transformation der Gesellschaft und ihrer Akteure vorauszusetzen. Das Selbstverständnis der Akteure, so die hier verfolgte These, muss sich nicht grundlegend ändern, bevor der Strafschmerz tentativ abgeschafft werden kann. Vielmehr sind die Fähigkeiten zur dahingehenden Entwicklung bereits gegenwärtig existent.

Die Aussicht, dass die Person, der ein Missbilligungsvorwurf gemacht wurde, sich für die Vergangenheit und Zukunft entsprechend verhält,

<sup>37</sup> Das unmittelbare soziale Umfeld dürfte vielmehr nicht selten den Täter, den eine Verantwortungszuschreibung durch Gerichtsurteil trifft, in der Ablehnung oder Neutralisierung dieser Zuschreibung bestärken.

kann nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden. Gleichwohl ist eine Sichtweise zu überwinden, die versucht, diese Aussicht durch Abschreckung, also die Auferlegung von Strafschmerz, wahrscheinlicher zu machen. Vielmehr lässt sich diese Aussicht dadurch herstellen, dass dieser Person Vertrauen (wieder) eingeräumt werden kann.<sup>38</sup> Es geht daher, so mein Verständnis des Kerns des Strafvorgangs, darum, dass dem Täter – im Akt des Schuldspruchs verkörpert – das Vertrauen entzogen wird, für die Sphäre des Rechts ein vertrauenswürdiger Akteur zu sein. Der kommunikative Vorgang des Strafens endet daher nicht mit dem Feststellungsurteil seitens der Gemeinschaft, also mit der Feststellung, dass die Tat vorwerfbares Unrecht war. Der kommunikative Vorgang ist vielmehr um eine vierte Stufe zu ergänzen, nämlich um die Reaktion der Täterin/des Täters, die mittels eigener verbaler und non-verbaler Akte derartige Bedingungen herstellt, die das entzogene Vertrauen wieder zurückerlangen lassen – und zwar in einem rechtlich geregelten Verfahren.<sup>39</sup>

## V. Refiduzierung als Ansatzpunkt der Alternative zum Strafschmerz

Welche Konsequenzen ergeben sich daraus? Wie sieht die Alternative zur Praxis des Strafschmerzes aus und was setzt sie voraus? Die hier geschilderte Vorstellung des Strafens setzt *nicht* erst voraus, dass die Gesellschaft oder ihre Mitglieder sich zunächst grundlegend transformieren. Vielmehr setzt die Vorstellung an der bereits gegenwärtigen Selbst-Interpretation der Akteure an, nämlich sprachliche Wesen zu sein. Gleichwohl ist der Wegfall des Strafschmerzes als ein Wegfall einer Konvention, die gegenwärtig gesellschaftlich etabliert ist, realistisch betrachtet ein *tentativer* Vorgang.

Die im vorherigen Kapitel skizzierte vierte Stufe des kommunikativen Vorgangs des Strafens, der Kommunikationsakt der verurteilten Person, setzt voraus, dass sie Gründe liefert, weshalb es angemessen ist, ihr wieder Vertrauen zu gewähren, ein zuverlässiger rechtlicher Akteur zu sein. Die Zentralstellung dieser vierten Stufe verschiebt den Schwerpunkt der strafrechtlichen Sanktionierung: Statt darum, dass die Gemeinschaft der Täterin/dem Täter Schmerzen zufügt, geht es darum, dass die Täterin/der Täter *sich wieder als vertrauenswürdig*

<sup>38</sup> Dies gilt zumindest insoweit, als die Gesellschaft auf Vertrauen, der Norm-verstoß werde unterbleiben, angewiesen ist (anders z.B. bei Maßnahmen der *situational crime prevention*, die Normverstöße durch entsprechendes Setting objektiv unmöglich machen).

<sup>39</sup> Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 212ff., 263ff.

erweist.<sup>40</sup> Die Gemeinschaft stellt den Normbruch lediglich fest. Das der Feststellung nachfolgende Verhalten liegt nicht bei der Gemeinschaft, sondern bei der verurteilten Person. Insofern verschiebt sich das Zentrum der Aktivität – es geht darum, Bedingungen zu schaffen, unter denen die Wiedergewährung von Vertrauen (*ridare fiducia*) möglich ist: Es geht um *Refiduzierung*.<sup>41</sup>

Um das Versprechen, sich künftig legal zu verhalten, als glaubhaft zu erweisen, sind gegebenenfalls konstruktive Akte erforderlich, die die Form der Wiedergutmachung annehmen können, sich allerdings darin nicht erschöpfen müssen. Ein Beispiel: Bei Taten etwa, die wirtschaftlich motiviert sind, könnte die Widerherstellung des Vertrauens eine Leistung erfordern, deren Höhe auch das Ausmaß miteinbezieht, zu dem der Täter/dem Täter die Entdeckung der Tat wahrscheinlich erschien. Dabei ist das Erfordernis solcher Leistungen kein Rückfall in die Praxis der Zufügung von Strafschmerz,<sup>42</sup> dient vielmehr dazu, Bedingungen zu schaffen, unter denen auf die Bereitschaft, rechtlichen Gründen zu folgen, wieder vertraut werden kann.<sup>43</sup> In den Worten von *Klaus Lüderssen*:

»[D]aß die Gesellschaft beruhigt, das Opfer versöhnt und entschädigt, der Täter fähig gemacht wird, zu seinem eigenen und anderer Nutzen in der Gesellschaft frei von – jedenfalls – schwersten Konflikten zu leben – diese Zwecke sind durchweg so beschaffen, dass sie auch ohne Übelzufügung erreicht werden können.«<sup>44</sup>

Welche konkreten Auswirkungen ergeben sich nun für die Rechtspraxis? Es sei vorausgeschickt, dass die hier propagierte Praxis der Rückgewährung von rechtlichem Vertrauen aus Perspektive rechtsstaatlicher Garantien zwei Vorbedingungen erfüllen muss: Die konstruktive Einbeziehung der verurteilten Person setzt erstens voraus, dass die Einschätzung darüber, was für die Einräumung erneuten Vertrauens in die Legalität des Verhaltens notwendig ist, durch eine dazu legitimierte Instanz beurteilt wird und in einem rechtlich strukturierten Verfahren abläuft.<sup>45</sup> Freie Formen des Aushandelns drohen allzu schnell in oppressive Strukturen

<sup>40</sup> Am Gedanken des Vertrauens zeigt sich ein grundlegender Unterschied zur Idee der Resozialisierung: Die angepasst lebende, gut sozialisierte Wirtschaftssträterin mag keiner »Resozialisierung« bedürfen, aber in ihrem Willen, zuverlässige rechtliche deontische Kontoführerin zu sein, ist sie unsicher geworden.

<sup>41</sup> Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 267f.

<sup>42</sup> Vgl. zu Einwänden hiergegen dann bei VI.

<sup>43</sup> Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 248.

<sup>44</sup> So – bezogen auf die präventiven Strafzwecke – Klaus Lüderssen, »Die Perspektive der Wiedergutmachung«, in: Klaus Lüderssen (Hg.), *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995, S. 156.

<sup>45</sup> Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 265.

auszulaufen. Zweitens setzt eine Praxis konstruktiver Miteinbeziehung voraus, dass Erkenntnisverfahren und Rechtsfolgenausspruch zweigeteilt werden, also ein Strafzumessungs-Interlokut existiert.<sup>46</sup> Nur so ist es für die angeklagte Person möglich, bei der Beweisaufnahme eine verteidigende Haltung unter Wahrung ihrer Grundrechte (Passivität, *nemo tenetur*) einzunehmen, später dann – nach dem Schulterspruch – eine konstruktive Haltung.

Betrachtet man nun das gegenwärtig existierende Sanktionenrecht, ist der wohl wichtigste Ansatzpunkt für eine Praxis der Wiederherstellung des Vertrauens das Institut der Bewährung. Um ganz konkret zu werden, möchte ich drei Ansatzpunkte nennen.<sup>47</sup>

Erstens ist zu überlegen, wie vom bereits existenten Spielraum in der Bestimmung der Rechtsfolge in stärkerem Maße Gebrauch gemacht werden kann: Bereits nach gegenwärtiger Rechtslage ist es möglich, dass die verurteilte Person sich aktiv einbringt und Zusagen für die künftige Lebensführung macht oder Genugtuungsleistungen anbietet, die das Gericht davon absehen lassen, Weisungen oder Auflagen zu erteilen.<sup>48</sup> Derartige von der verurteilten Person angebotene Leistungen und Zusagen lassen sich genau so interpretieren, was hier als Kern der vierten Stufe des Strafvorgangs beschrieben wurde: Sie etablieren Bedingungen, nach denen das Legalversprechen einer verurteilten Person als konsistent und glaubhaft erachtet werden kann, also ihr das entzogene Vertrauen wiedergewährt werden kann.

Zweitens ist der Anwendungsbereich des Instituts der Bewährung auszudehnen. Dies folgt bereits aus der konzeptuellen Überlegung, dass Kern der Strafe die Rückgewährung von Vertrauen infolge einer konstruktiven Leistung seitens der Tatperson ist. Denn nur das Institut der Bewährung ermöglicht eine solche konstruktive Reaktion. Die Sinnhaftigkeit einer Ausweitung ergibt sich aber auch aus einer empirisch-pragmatischen Überlegung: Es wurde gezeigt, dass gerade im obersten derzeit aussetzungsfähigen Strafbereich von zwei Jahren Freiheitsstrafe der Anteil derer, die eine günstige Legalprognose erhalten, groß ist. Diese Beobachtung stützt nach *Enrico Weigelt* die Annahme, dass auch im Bereich der Strafen, die über den Strafausspruch von zwei Jahren Freiheitsstrafe hinausgehen, ebenfalls eine erhebliche Anzahl an Personen zu finden sein dürfte, von denen nur geringe Rückfallgefahr ausgeht.<sup>49</sup>

46 Vgl. dazu Michael Kilchling, *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg i.Br.: Ed. iuscrim 1995, S. 703f.

47 Vgl. näher zu Bewährung, aber auch zu weiteren Ansatzpunkten, nämlich der Feststellungsfunktion des Schulterspruchs (Absehen von Strafe, § 60 StGB; Verwarnung nach § 59 StGB) sowie der Berücksichtigung von Verletzteninteressen, Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 251ff.

48 Siehe die Möglichkeit in § 56b Abs. 3 und § 56c Abs. 4 StGB.

49 Siehe Enrico Weigelt, *Bewähren sich Bewährungsstrafen?*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen 2009, S. 297f.

Drittens dürfte ein wichtiger Ansatzpunkt sein, das Angebot der Bewährungshilfe zu verbessern. Was hier konzeptionell verbessert werden könnte, werden Expertinnen und Experten der Bewährung vermögen zu benennen (s. dazu auch sogleich bei VI.). Was jedoch offenkundig als verbessерungsbedürftig erscheint, ist die personelle Ausstattung der Bewährungshilfe. Die derzeitigen Belastungszahlen sind immens hoch, liegen bei etwa siebzig Probanden je Bewährungshelfer/Bewährungshelferin.<sup>50</sup> Eine aufwändige, intensive und tiefgreifende Hilfe ist so von vornherein nicht vorstellbar. Hier wären also Strukturen zu schaffen, innerhalb derer der Prozess der Rückgewinnung von Vertrauen, auch was die Möglichkeit zu zeitlicher Befassung und Interaktion betrifft, sich wirklich unterstützen lässt.

## VI. Zwei Einwände: Schmerz der Einsicht und Schmerz der Bewährung

Ansatzpunkte für eine Strafpraxis ohne Strafschmerzzufügung lägen, so habe ich vorgebracht, insbesondere in einer reformierten und ausgeweiteten Idee der Bewährung. Doch wird der Strafschmerz so wirklich überwunden? Adressieren möchte ich zwei Einwände, die – abstrakt formuliert – darin bestehen, dass der vorgeschlagene Ansatz zur *Sublimierung* (i) und zur *Verschiebung* des Strafschmerzes (ii) führt, nicht jedoch zu dessen *Überwindung*.

Der erste Einwand (i) lässt sich folgendermaßen entwickeln: Strafrechtliche Reaktion ist, und das gilt auch für die vorgeschlagene Praxis des Entzuges und der Wiedereinräumung von Vertrauen, eine Instanziierung der Praxis des Zum-Vorwurf-Machens, des Beschuldigens. Das Beschuldigen als allgemeine soziale Praxis hat *Miranda Fricker* untersucht. *Fricker* analysiert, dass die paradigmatische Grundform des Beschuldigens ein »communicative blame« ist, nämlich ein illokutionärer Sprechakt innerhalb einer Zwei-Personen-Beziehung, ein Urteil, das bei jemandem einen Fehler in dessen Verhalten findet.<sup>51</sup> Der Sprechakt habe den spezifischen Zweck (Ilokutionärer Witz), bei den Beschuldigten

- 50 In Hamburg lag die durchschnittliche Fallzahl zum Stichtag 5.2.2018 bei 67, vgl. die Antwort des Senats auf eine große Anfrage, Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 21/11826. In Bayern im Jahr 2014 bei 75,8 Probanden pro Bewährungshelfer, Konrad Bess/Cornelia Schuh-Stötzel/Andreas Maltry, »Quo vadis, Bewährungshilfe Bayern?«, *Bewährungshilfe* (2016), S. 64.
- 51 *Miranda Fricker*, »What's the Point of Blame? A Paradigm Based Explanation«, *Noûs* (2016), S. 171f. Den Hinweis darauf verdanke ich Klaus Günther.

Bedauern über das Getane hervorzurufen. Es solle »jene Mischung aus Urteilsvermögen und moralischem Gefühl geweckt werden, die als Reue bezeichnet wird«.<sup>52</sup> Das Beschuldigen könne dies bewirken, weil es das Potential habe, die Beurteilung der Geschehnisse durch die Beschuldigten und deren Beurteilung von Handlungsgründen an die Sichtweise der Beschuldigenden anzunähern.<sup>53</sup> Und die damit konventionell ausgelöste Wirkung des Sprechaktes ist es (Perlokutionärer Witz), bei den Beschuldigten eine Verhaltensänderung zu bewirken.

Die Haltung der *Reue*, die das Beschuldigen bezieht,<sup>54</sup> sei nun durchaus mit Schmerz verbunden: Wenn wir nämlich erkennen, welches sozial-ethische Unrecht in unserem vergangenen Tun liegt, ist das eine schmerzhafte Einsicht.<sup>55</sup> Und da die Beschuldigung eben darauf zielt, dass eben jene Einsicht einsetzt, zielt sie darauf, Schmerzen beizubringen. Solange wir, so könnte man den Einwand zusammenfassen, an der Praxis des Vorwurf-Machens festhalten, bleiben wir der Praxis des Strafschmerzes – in sublimierter Form – verhaftet.

Wie lautet der zweite Einwand (ii), der den Strafschmerz als lediglich *verschoben* erachtet? Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass die hier entwickelte Sichtweise das Paradigma der strafenden Schmerzzufügung in der Gefängnisstrafe ausmacht. Nach dem Überwinden von Strafen explizit physischer Peinigung ist gegenwärtig das Gefängnis Ort der intentionalen Schmerzzufügung. Die Inhaftierung ist mit Schmerzen verbunden, die aus verschiedenen Deprivationen herrühren: Deprivation von Freiheit, Gütern und Dienstleistungen, einvernehmlichen sexuellen Beziehungen, Autonomie, Sicherheit.<sup>56</sup> Zu diesen – nach Abschaffung der Körperstrafe nunmehr psychisch vermittelten – Schmerzen der Deprivation ist überdies der »Prognosedruck« hinzuzunehmen: Die Gefangenen lebten wegen der Möglichkeit der Reststrafen-Aussetzung unter ständigem Druck, eine positive Prognose zu erhalten – und würden dazu getrieben, einen »Penal Avatar« auszubilden, der den Desiderata von intramuralen Behandlungsprogrammen genügt.<sup>57</sup> Der Einwand (ii) lautet

<sup>52</sup> Ebd., S. 172f. (Übers. d. Verf.).

<sup>53</sup> Ebd., S. 175ff.

<sup>54</sup> Vgl. zum Hervorrufen von Reue als Strafziel auch die Straftheorie von Anthony Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press USA 2001.

<sup>55</sup> Fricker, »What's the Point of Blame? A Paradigm Based Explanation«, S. 173 und S. 167.

<sup>56</sup> Gresham Sykes, *The Society of Captives*, Princeton: Princeton University Press 1958/2007, S. 63ff. (dort: heterosexuelle Beziehungen).

<sup>57</sup> Christine Graebisch, »Behandlung von Gefangenen im Strafvollzug«, in: AK HochschullehrerInnen Kriminologie/Straffälligenhilfe in der Sozialen Arbeit (Hg.), *Kriminologie und Soziale Arbeit*, Weinheim: BELTZ Juventa 2022, S. 233.

nun, dass nicht nur der Gefängnisstrafe die angeführten Strafschmerzen zukommt. Vielmehr ergäben sich auch bei ambulanten Sanktionsformen vergleichbare Strafschmerzen, wie eben bei der Bewährung. In einer Studie konnten *Wendy Fitzgibbon, Christine Graebisch* und *Fergus McNeill* mittels der Methode der Photo-Elicitation bei Adressaten einer ambulanten Sanktion schmerzvolle Erfahrungen nachweisen. Die Überwachung werde als Fortsetzung der Bestrafung verstanden,<sup>58</sup> was verschiedene Wahrnehmungen belegten:<sup>59</sup> Die Unterordnung unter die Autorität der Bewährungshilfe werde teilweise als dehumanisierende Gehorsamsbeziehung empfunden, die vermeintliche Unterstützung der Beaufsichtigenden als infantilisierend und entmündigend. Schmerhaft sei auch die Wahrnehmung, rein objektivierend als Träger von Risikofaktoren angesehen zu werden. Die ambulante Überwachung entfalte einen »alldurchdringenden Einfluss«, was in Zusammenschau mit der permanenten enormen Drohung des Bewährungswiderrufs als schmerhaft empfunden werde.<sup>60</sup> Auch *Ioan Durnescu* berichtet in seiner interviewgestützten Untersuchung von den *Pains of probation* und benennt eine Reihe von Deprivationserfahrungen, insbesondere Autonomie-Einschränkungen, Stigmatisierungs-Effekte, und das wiederholte Zurückgeworfen-Werden auf die zugrundliegende Tat.<sup>61</sup> Der zweite Einwand (ii) lautet also zusammengefasst: Ambulante Sanktionen sind nicht frei vom Strafschmerz, die Deprivationen des Gefängnisses existieren dort in abgewandelter Form, führen zu einer ausgrenzenden Beziehung als »Halbbürger:in«.<sup>62</sup>

Die Einwände erscheinen mir ganz berechtigt. In der Tat könnte man die darin zum Vorschein kommende These unterstreichen, dass die hier propagierte Abschaffung des Strafschmerzes die Abschaffung allein des Gefängnisstrafschmerzes ist, aber keine Abschaffung der Schmerzzufügung generell, also bestenfalls eine tentative Reduktion. Gleichwohl erscheint mir eine weniger defensive Antwort auf die Einwände überzeugender. Die Antwort besteht darin, genauer darzulegen, was unter der zu überwindenden Praxis intentionaler Schmerzzufügung zu verstehen ist. Es ist völlig zutreffend: Solange wir uns an der Praxis des Beschuldigens beteiligen, zielen wir darauf, dass der oder die Beschuldigte die von *Fricker* analysierte, schmerzhafte Realisierung macht, dass das eigene

58 Wendy Fitzgibbon/Christine Graebisch/Fergus McNeill, »Alldurchdringendes Strafkontinuum«, *Kriminologisches Journal* (2022/3), S. 199.

59 Ebd., S. 207ff.

60 Ebd., S. 215f.

61 Ioan Durnescu, »Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights«, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* (2011/4), S. 534ff.

62 Fitzgibbon/Graebisch/McNeill, »Alldurchdringendes Strafkontinuum«, S. 216.

vergangene Tun aus gegenwärtiger (oder erst zu gewinnender) Einschätzung als Unrecht erscheint. Um den Strafschmerz zu überwinden, wäre es demnach erforderlich, dass wir uns von der Praxis des Beschuldigens lossagen – und auf das Beobachten beschränken. Dieser Beobachtungsmodus mag für das eigene Lebensglück durchaus empfehlenswert sein.<sup>63</sup> Im Angesicht begangener gravierender Straftaten dürfte das bloße Beobachten allerdings eine problematische Untätigkeit darstellen und sich als Solidarisierung mit dem Unrecht auffassen lassen. Solange wir als Gesellschaft die Praxis des Beschuldigens daher richtigerweise nicht aufgeben, zielen wir auf den *Schmerz der Einsicht*.

Doch erstens könnte man sich fragen, ob der Schmerz der Einsicht wirklich in dieselbe Kategorie wie der Schmerz der Freiheitsstrafe passt, oder ob hier nicht eher die begriffliche Distanz angemessen wäre, man bei ersterem also statt vom Strafschmerz eher von einer *unangenehmen Empfindung* sprechen sollte. Unbenommen von diesem Argument spricht zweitens folgende Überlegung gegen die Bedenklichkeit des Einsicht-Schmerzes: Zu versuchen, eine Person zur Einnahme einer reuenden Haltung zu bewegen, ist nicht dasselbe, wie wenn es *uns gerade darum geht*, ihr Schmerzen beizubringen.<sup>64</sup> Es kommt uns nämlich nicht darauf an, dass die Person durch ihre Reue eine schmerzhafte Erfahrung macht, sondern darauf, dass sie sich von ihrem vergangenen Verhalten distanziert.<sup>65</sup> Bei der Rede von der Überwindung des Strafschmerzes geht es also darum, die Leitvorstellung des Leiden-machen-Wollens zu überwinden. Diese Leitvorstellung liegt auch den gegenwärtigen Theorien zur Strafe zu Grunde, seien sie tendenziell präventiv oder tendenziell retributiv ausgerichtet: Es geht dort darum, eine Person Leiden machen zu wollen, um sie oder andere abzuschrecken – oder darum, jemanden Leiden machen zu wollen, weil sie das Opfer leiden machte (und nun verdient, selbst zu leiden). Diese Leitvorstellung intentionaler Schmerzzufügung ist es, die es zu überwinden gilt. Insofern ist dem Einwand entgegenzuhalten, dass die schmerzhafte Einsicht tatsächlich notwendiger Bestandteil der Praxis des Beschuldigens ist, gleichwohl jedoch nicht der Schmerz Dasjenige ist, das intendiert wird, sondern die Einsicht.

Dem Vorstehenden ließe sich wiederum entgegenhalten, dass man nicht herauspicken könne, was Bezugssubjekt der Intention ist – und, dass die Akteure einer Praxis, von der man sicher weiß, dass sie mit

63 Vgl. auch Fricker, »What's the Point of Blame? A Paradigm Based Explanation«, S. 180.

64 Nathan Hanna, »Say What? A Critique of Expressive Retributivism«, *Law and Philosophy* (2008), S. 144 (in Bezug auf Duffs Straftheorie, vgl. Duff, *Punishment, Communication and Community*).

65 Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen*, S. 169f.

Schmerzen verbunden ist (hier: Schmerzen der Einsicht), sich die Intention eben nolens volens zuschreiben lassen müssen – im Sinne eines dolus directus zweiten Grades. Um hier eine Antwort zu formulieren, ist es erforderlich, näher darzulegen, was mit der hier kritisierten Praxis intentionaler Schmerzzufügung gemeint ist. Genauer gesagt fordert der Einwand dazu heraus, zu behaupten, dass es möglich ist, eine Grenzlinie zu ziehen zwischen einer Praxis intentionaler Schmerzzufügung und einer davon differenten Praxis der Sanktionierung, die auch belastend ist und von den Adressaten als schmerhaft empfunden werden kann. Mit Blick auf den *Schmerz der Einsicht* lässt sich die Möglichkeit einer solchen Differenzierung bei den von *Durnescu* gefundenen Ergebnissen erahnen: Während die Zumutung, wiederholt auf die begangene Tat zurückgeworfen zu werden, von den Adressaten in der Tat als belastend und schmerhaft beschrieben wurde, brachten gleichzeitig einige Probanden selbst zum Ausdruck, dass sie dieses Zurückkommen für die Verarbeitung mit Blick auf künftige Desistenz als essentiell erachteten würden.<sup>66</sup>

Der Verweis darauf, dass die erwähnte Grenzziehung möglich ist, scheint zugleich eine Antwort hinsichtlich des zweiten Einwands zu liefern (ii). Nicht nur die Gefängnisstrafe, sondern auch ambulante Sanktionen können auf eine Praxis der intentionalen Schmerzzufügung hinauslaufen beziehungsweise in sie umschlagen. Das ist jedoch nicht zwangsläufig der Fall. Aus der hier entwickelten Perspektive wäre als entscheidendes Kriterium anzusehen, ob eine Belastung von den betroffenen Personen auch nicht als intentional zugefügter Strafschmerz, sondern als positiver (durchaus belastender) Impuls im Rahmen des transformativen Prozesses der Vertrauensrückgewinnung verstanden werden kann. Und ob das der Fall ist, hängt entscheidend von der inhaltlichen Ausgestaltung der Bewährung ab. Die Grenzziehung sei hier beispielhaft an einigen Aspekten versucht: Legitimierbare Belastung wäre die Zumutung der Beschäftigung mit der vergangenen Tat, unzulässige Schmerzzufügung hingegen, wenn die genannte Beschäftigung auf abwertende Urteile gegen die Person hinausläuft.<sup>67</sup> Zulässig wäre es, mit Blick auf Faktoren sozialer Integration Ausstiegsprozesse und positive Identitäts-Entwürfe zu ermöglichen;<sup>68</sup> auf unzulässige Schmerzzufügung liefe es hinaus, wenn eine solche Analyse die betroffene Person nicht als Menschen wahrnimmt, sondern lediglich objektivierend betrachtet, nämlich

66 *Durnescu*, »Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights«, S. 537.

67 Zu dieser Wahrnehmung *Fitzgibbon/Graebisch/McNeill*, »Alldurchdringendes Strafkontinuum«, S. 214.

68 Vgl. zu dieser Wahrnehmung *Graebisch*, »Behandlung von Gefangenen im Strafvollzug«, S. 234. Diskutiert wird hier, anstelle eines *Risk-Need-Responsivity-Model* auf ein *Good Lives Model* zu setzen, ebd., S. 230f. Zum *Good Lives Model*: *Tony Ward*, »Good lives and the rehabilitation of offenders. Promises and problems«, *Aggression and Violent Behaviour* (2002), S. 513–528;

als eine Ansammlung kriminonalenter und kriminoresistenter Faktoren.<sup>69</sup> Zulässig wäre es, die Einhaltung von Normen einzufordern, die innerhalb der unterstützenden Beziehung erforderlich sind; unzulässig wäre es hingegen, wenn der Normgehorsam in einer infantilisierenden Weise<sup>70</sup> verlangt wird – ohne dass ein gemeinsames Verständnis für die Bewährungssituation entwickelt wird.<sup>71</sup> Zulässig wäre es, wenn darauf hingewiesen wird, dass das Verhalten des Probanden Folgen hat; unzulässig hingegen wäre es, wenn als Drohkulisse bewusst Angst vor dem Widerruf der Bewährung geschürt und instrumentalisiert wird.<sup>72</sup>

Kurz: Es erscheint möglich, die Praxis der Vertrauensrückgewinnung als belastend zu begreifen, ohne den Akteuren die Intention zur Schmerzzufügung zuzuschreiben zu müssen. Entscheidend ist, dass die Praxis so ausgestaltet ist, dass sie sich berechtigterweise als eine Praxis beschreiben lässt, der es gerade nicht um die intentionale Beibringung von schmerzlicher Erfahrung geht.<sup>73</sup> Der Maßstab für diese Einschätzung, dürfte sich dabei nicht – jedenfalls nicht allein – aus Wahrnehmungen derjenigen ergeben, die unmittelbar an der Praxis teilnehmen, sondern auch aus der Perspektive beobachtender Dritter.

Überblick bei Fritzjof von Franqué/Peer Briken, Das »Good Lives Model (GLM)«, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* (2013), S. 22–27.

69) Graebisch, »Behandlung von Gefangenen im Strafvollzug«, S. 234. Eindrücklich auch Fitzgibbon/Graebisch/McNeill, »Alldurchdringendes Strafkontinuum«, S. 215: »Die ham da so vorgegebene Fragenkataloge, die sie dann haben. [...] Ich bin zum Beispiel, sag ich mal, ›Ohne Sozialkontakte‹ in einer Schublade... Ohne Arbeit. [...] Der [Bewährungshelfer] hat mich nicht gefragt, wie es mir damit [dem Jobverlust] geht im Augenblick ohne Arbeit. Der hat nur diesen Gedanken gehabt, dass bei mir alles schiefläuft, ich dann querschlagen würde. Also ist wieder ein stabilisierender Faktor weggefallen, ne?«.

70) Vgl. Fitzgibbon/Graebisch/McNeill, »Alldurchdringendes Strafkontinuum«, S. 214.

71) Ebd., S. 209: »Dabei zeigt er [ein Teilnehmer], dass mit der Bewährungshelferin ein gemeinsam geteiltes Verständnis zu entwickeln dazu beitragen könne, die Schmerzen abzumildern, die dadurch entstehen veranlasst oder gezwungen zu werden, sich ihrer Autorität unterzuordnen.«.

72) Durnescu, »Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights«, S. 538: »In their practice, probation services use a very large repertoire of tools to amplify the fear of imprisonment.« Vgl. auch zur problembehafteten Vorstellung negativer Motivation mittels Drohungen, die eher dazu ermutige »to play the system«, ebd., S. 542.

73) Nun könnte man auf den Gedanken kommen, ob sich nicht auch die Gefängnisstrafe in der besagten nicht-schmerzzufügenden Weise interpretieren ließe. Das ist allerdings nicht der Fall, denn das strukturelle Setting des Gefängnisses als totale Institution und die deprivierenden Aspekte sind der Gefängnisstrafe derart eigentümlich, dass sie einer solchen konstruktiven Deutung nicht zugänglich ist.

## VII. Kurzfazit

Ein Strafrecht ohne Strafschmerz ist möglich und nötig. Vorgeschlagen wurde hier, ein Modell der Rückgewinnung von Vertrauen zu entwickeln, das durchaus mit Belastungen verbunden ist, jedoch nicht mehr eine – nicht zu legitimierende – Praxis intentionaler Schmerzzufügung abgibt. Ob dieses Modell, wie hier behauptet, eine erstrebenswerte Alternative zur gegenwärtigen Strafpraxis ist, ob es sich, wie hier behauptet, ohne eine fundamentale Transformation der Gesellschaft, vielmehr mit der gegenwärtigen Gesellschaft und ihren Akteuren umsetzen lässt, und ob die hier behauptete Grenze zwischen zulässiger Belastung (Vertrauensrückgewinnung) und unzulässiger Oppression (Schmerzzufügung) überzeugend gezogen werden kann, soll zur Diskussion gestellt sein.