

LUKAS CERNY

Eine kurze Geschichte der Strafe

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht
42*

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge zum Strafrecht

Band 42



Lukas Cerny

Eine kurze Geschichte der Strafe

Ein historisch-kritischer Beitrag
zur Strafrechtstheorie

Mohr Siebeck

Lukas Cerny, geboren 1993, Studium der Rechtswissenschaften in Regensburg (2012–2017), Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht von Prof. Dr. Tonio Walter, RiBayObLG in Regensburg (2018–2021), Rechtsreferendariat am OLG Nürnberg (2021–2023), seit 2023 Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft München I.

ISBN 978-3-16-162626-5 / eISBN 978-3-16-162674-6

DOI 10.1628/978-3-16-162674-6

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Sie befindet sich bis auf kleinere Änderungen im Verlagsverfahren auf dem Stand ihrer Einreichung im Frühjahr 2021.

Die Grundidee für die „kurze Geschichte der Strafe“ reifte – ebenso wie die Arbeit selbst – in meiner Zeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tonio Walter. Ihm als Doktorvater gilt aus vielerlei Gründen mein erster, aufrichtiger Dank. Zum einen hätte ich mir in fachlicher Hinsicht keine bessere Betreuung wünschen können. Zum anderen war er aber auch verantwortlich für die Atmosphäre und Zusammensetzung am Lehrstuhl und damit dafür, dass ich jeden Tag meiner Promotionszeit voller Vorfreude ins Büro gekommen bin. Insofern danke ich auch allen meinen damaligen Lehrstuhlkollegen, die mittlerweile zu Freunden geworden sind. Besonderer Dank gilt dabei meinem Büronachbarn Johannes Makepeace für die zahlreichen anregenden Diskussionen, seinem Vorgänger Patrick Michler für den unerschütterlichen Ehrgeiz in den täglichen Bürogolf-Duellen, Martin Schuhmacher für sein akribisches Korrekturlesen und nicht zuletzt Martina Kellermann (wobei der Platz hier nicht ausreichen würde, um aufzuzählen wofür).

Bevor der geneigte Leser nun aber auf eine kurze Reise durch die lange Geschichte der Strafe aufbricht, möchte ich noch den wichtigsten Dank aussprechen. Er gilt zunächst meiner geliebten Frau Katja, ohne die ich ohnehin nie wüsste, was ich tun sollte. Und schließlich gilt er meinen Eltern Christiane und Michael: für ihre Gene, ihre Liebe und ihre bedingungslose Unterstützung auf meinem bisherigen Lebensweg. Euch dreien ist dieses Buch gewidmet.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einführung: Der Sinn und Zweck der Strafe	1
Teil I: Die Geschichte der Strafe und Straftheorie bis hin zur Entstehung von Herrschaft und Staat	7
<i>Kapitel 1: Die Geburt der Strafe</i>	9
<i>Kapitel 2: Strafe in vorstaatlichen Gesellschaftsformen</i>	36
<i>Kapitel 3: Strafe und Staat</i>	64
Teil II: Die Geschichte der Strafe und Straftheorie von der Völkerwanderungszeit bis zur Gegenwart	89
<i>Kapitel 1: Von den Anfängen: Die Völkerwanderung und die erste Krise der Strafe</i>	91
<i>Kapitel 2: Die Entzauberung der Straftheorie</i>	111
<i>Kapitel 3: Naturrecht und Aufklärung</i>	139
<i>Kapitel 4: Die Kodifikationsbewegung und der „Deutsche Idealismus“</i>	159
<i>Kapitel 5: Der Fortgang des 19. Jahrhunderts und der Schulenstreit</i>	189
<i>Kapitel 6: Die Zeit des Nationalsozialismus</i>	217
<i>Kapitel 7: Nachkriegszeit und Strafrechtsreform</i>	226
<i>Kapitel 8: Der Siegeszug der positiven Generalprävention</i>	242
<i>Kapitel 9: Gegenwärtige Entwicklungen des Strafrechts</i>	262
Fazit: Was bleibt?	283
Schrifttum	289
Materialien	329
Register	331

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 Einführung: Der Sinn und Zweck der Strafe	 1
I. Die Pattsituation in der Straftheorie	1
II. Die wichtigste Frage des Strafrechts	2
III. Die Geschichte der Strafe	3
1. Eine neue Perspektive	3
2. Aus der Geschichte lernen	4
3. Der Gang der Darstellung	6
 Teil I: Die Geschichte der Strafe und Straftheorie bis hin zur Entstehung von Herrschaft und Staat	 7
<i>Kapitel I: Die Geburt der Strafe</i>	9
I. Das Quellenproblem	9
II. Der ethnologische Ansatz	10
1. Die Ethnologie und die „komparative Methode“	10
a) Methodische Bedenken	11
b) Der Neoevolutionismus	12
2. Die Universalitätsthese	13
3. Soziologische und ethnologische Kritik	14
4. Ein bloßer Streit um Worte?	15
5. Ein weiter Strafbegriff	16
6. Ist Strafe ewig?	17
III. Der psychologische und soziobiologische Ansatz	17
1. Schnelles Denken, langsames Denken	18
2. Der intuitive Charakter von Strafbedürfnissen	19
3. Die Macht der Intuition	20
4. Die Wurzeln der Intuition	22
a) The survival of the fittest	22

b) Die evolutionäre Spieltheorie	23
c) Die Evolution der Kooperation	24
aa) Das Gefangenendilemma	25
(1) „Tit for Tat“	26
(2) Altruistisches Strafen	28
bb) Kooperation, Vertrauen und Strafe	31
cc) Empirisches Feedback	31
(1) Der Blick ins Tierreich	31
(2) Neurowissenschaftliche Erkenntnisse	32
5. Die Wurzeln der Strafe	34
<i>Kapitel 2: Strafe in vorstaatlichen Gesellschaftsformen</i>	36
I. Jäger und Sammler	36
1. Die erste Wohlstandsgesellschaft – Leben und Konflikt in der Altsteinzeit	37
a) Kooperationsverhältnisse	38
aa) Die Rolle der Familie	38
bb) Die Horde und die Jagd	39
b) Eigentum und Diebstahl	40
c) Kriegerische Konflikte	41
2. Hordenspezifisches „Strafrecht“	41
a) Die Akzeptanz der Strafe	42
aa) Die „absolut“ gerechte Strafe	43
bb) Die „relativ“ gerechte Strafe	44
b) Die Kosten der Strafe	46
c) „Physische“ Privatstrafen	46
d) Alternative Strafmechanismen	47
aa) Ausschluss und Fluktuation	48
bb) Stigmatisierung	48
II. Segmentäre Gesellschaften	51
1. Die neolithische Revolution	51
a) Soziostrukturelle Veränderungen	51
aa) Soziale Dichte und (familiäre) Abhängigkeiten	52
bb) Segmentierung	53
b) Eigentum	53
2. Konflikt	54
3. Konfliktlösung und Reaktion	55
a) Die alten Mechanismen	55
b) Neue Methoden	57
aa) Bußleistungen	57

bb) Verhandlung	58
III. Straftheorie in vorstaatlichen Gesellschaften	59
1. Strafe und Religion	59
a) Die Legitimation altruistischer Strafe	60
b) Strafende Götter	61
c) Soziale Kontrolle	62
2. Implizierte und faktische Wirkungen der Strafe	62
a) Vergeltung als Strafzweck	62
b) Abschreckung und Kooperationssicherung	63
<i>Kapitel 3: Strafe und Staat</i>	64
I. Herrschaft und Macht	65
1. Macht und Einfluss	65
2. Herrschaft als institutionalisierte Macht	66
II. Die Entstehung von Herrschaft und Staat	66
1. Konflikttheorien	66
2. Die notwendige Beschränktheit der Entstehungstheorien	67
3. Die Krise der Strafe und ihre Lösung im Staat	68
a) Die Anfänge der Massenkooperation	68
b) Das Versagen der alten Mechanismen	69
aa) Der Ausfall der „alternativen“ Strafmechanismen	70
bb) Das Akzeptanzproblem in (zusammen-)wachsenden Gesellschaften	70
c) Herrschaft und Staat als Lösung	71
d) Die Institutionalisierung der Macht	72
III. Verbrechen und Strafe	73
1. Frühstaatliches Strafrecht	73
a) Politisierung des Strafrechts	74
b) Neue Strafformen	75
c) Schadensersatz und Strafe	76
2. Die ersten „Gesetzestexte“	77
a) Die Erfindung der Schrift	77
b) Der Codex Hammurabi	78
c) Die Rechtsnatur der Codices	79
3. Frühstaatliche Straftheorie	82
a) Theokratische Straftheorien	83
b) Die Anfänge der Reflexion: die „Griechische Aufklärung“	85

Teil II: Die Geschichte der Strafe und Straftheorie von der Völkerwanderungszeit bis zur Gegenwart 89

Kapitel 1: Von den Anfängen: Die Völkerwanderung und die erste Krise der Strafe 91

I. Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen.. . . .	91
Das Aufeinandertreffen der Rechte	91
1. Die Germanen	92
a) Vorstaatliche Krieger-Bauern	92
b) Frühgermanisches Recht	94
2. Das römische Reich	95
a) Eine sterbende Weltmacht	95
b) Römisches Recht	95
3. Das Christentum	97
a) Eine neue Staatsreligion	97
b) Der Widerspruch der Testamente	97
II. Eine neue Ordnung	99
1. Neue Könige	100
2. Neues Recht	101
a) Das internationale Strafrecht der fränkischen Zeit	101
b) Frühstaatliches Strafrecht	103
c) Die Sanktionen	104
III. Die theokratische Straftheorie	104
1. Augustinus prägt die Geschichte der Straftheorie	105
a) Die Legitimation der Herrscher(-Richter)	105
b) Die Legitimation der Strafe	106
aa) Die göttliche Strafe	106
bb) Die weltliche Strafe	108
2. Die Straftheorie des (frühen) Mittelalters	109

Kapitel 2: Die Entzauberung der Straftheorie 111

I. Erste Risse in der Theokratie	111
1. Die wirtschaftliche Revolution	111
2. Das Theater des Schreckens	112
a) Neue Herausforderungen	112
aa) Die landschädlichen Leute	112
bb) Das blühende Fehdewesen	112
cc) Das Strafverfahren	112
dd) Die Relativität der Strafe	113
b) Versuche einer Rationalisierung des Rechts	114

aa) Gottes- und Landfrieden	114
bb) Der Inquisitionsprozess	114
cc) Die Universitäten	115
dd) Die Rechtsspiegel	115
c) Die willkürliche Strafpraxis	116
d) Die Constitutio Criminalis Carolina (Teil 1)	118
3. Strafrecht – Der Beginn der Säkularisierung	119
a) Kirche und Staat	119
b) Glaube und Wissen	120
c) Thomas von Aquin und die Antwort der Kirche	121
aa) Die göttliche Wahrheit und die Vernunft	122
bb) Die Strafrecht des Thomas von Aquin	123
(1) Aristotelisch ausgleichende Gerechtigkeit	123
(2) Die Trennung von göttlicher und weltlicher Strafe	124
d) Nützlich ist, was gerecht ist – Die Constitutio Criminalis Carolina (Teil 2)	126
e) Die Strafrecht des ausgehenden Mittelalters	127
II. Die letzten Züge der theokratischen Strafrecht	128
1. Göttliche Gerechtigkeit und die „Poena extraordinaria“	128
2. Das Vordringen humanistischer Einflüsse	130
a) Die Voraussetzungen für den Bedeutungsgewinn des Präventionismus	130
aa) Das „Ratsuchen“	130
bb) Die Spaltung der Kirche	131
cc) Der Verfall religiöser Wahrheitsansprüche	132
b) Die neue Strömung der Präventionisten	133
aa) (Noch) keine Alternative	133
bb) Die Einigkeit der Konfessionen in der Strafrecht	134
c) Benedikt Carpzov	135
d) Der Fortgang der theokratischen Strafrecht	136
<i>Kapitel 3: Naturrecht und Aufklärung</i>	<i>139</i>
I. Die „wissenschaftliche Revolution“	139
1. Der Blick in die Zukunft	139
2. Die menschliche Vernunft	140
II. Das frühe Naturrecht	141
1. Hugo Grotius und die endgültige Trennung der weltlichen von der göttlichen Strafe	142
a) Das Recht auf Strafe	143
b) Die vernünftige Strafe	144

c) Straftheorie und Gesellschaftsvertrag	144
2. Der gemeine Nutzen als oberste Maxime	145
3. Die Straftheorie im frühen Naturrecht	146
III. Die Aufklärung	147
1. Der Epochenwechsel	147
a) Sapere Aude! Der Durchbruch des neuen Naturrechts	147
b) Europäische Einflüsse	148
2. Die Straftheorie der Aufklärung	149
a) Die Herrschaft der relativen Straftheorien	149
b) Gerech ist, was nützlich ist!	150
3. Die Folgen der Herrschaftsübernahme	151
a) Das Ende des „Theaters des Schreckens“	151
aa) Entkriminalisierung und das Ende der Folter	151
bb) Neue und mildere Strafen	152
b) Humanismus als Triebkraft der Aufklärung?	153
aa) Zweckrationalistische Argumentationsmuster	153
bb) Der Primat des gemeinen Nutzens	154
c) Der Beginn neuer Schrecken	155
aa) Neue Delikte und Strafen	155
bb) Ein neues Strafrecht ohne Grenzen	156
cc) Das Ende der „Relativität der Strafe“	157
<i>Kapitel 4: Die Kodifikationsbewegung und der „Deutsche Idealismus“</i>	159
I. Die Kodifikationsbewegung	160
1. Der ursprüngliche Zielkonflikt	161
2. Die Kodifikationswelle	161
3. Das Verhältnis von Spezialprävention und Gesetzesbindung	162
4. Paul Johann Anselm von Feuerbach und die Theorie vom psychologischen Zwang	163
a) Feuerbach und der „Deutsche Idealismus“	163
b) Feuerbachs Straftheorie	164
aa) Der physische Zwang	165
bb) Der psychologische Zwang	165
cc) Die (oberflächliche) Vereinigung von Philosophie und Positivismus	166
c) Der Einfluss Feuerbachs auf das Strafrecht	167
II. Der „Deutsche Idealismus“	196
1. Immanuel Kant	169
a) Absolute oder relative Straftheorie Kants?	170
b) Was kann ich wissen?	172

aa) Kants Transzendentalphilosophie	172
bb) Moral und Recht	173
c) Kant und die Strafe	174
aa) Das „höchste Gut“	174
bb) Der Maßstab sittlichen Handelns	175
cc) Die Verbindung von Glückswürdigkeit und Glückseligkeit	176
dd) Die Absolutheit der Straftheorie Kants	177
d) Was soll ich tun?	178
2. Georg Wilhelm Friedrich Hegel	180
a) Die grenzenlose Erkenntnis des Geistes	180
b) Der dialektische Prozess der Erkenntnis	181
c) Hegels Straftheorie	182
aa) Die notwendige Verbindung von Verbrechen und Strafe	182
(1) Freiheit und Recht	182
(2) Recht und Strafe	183
bb) Die Bestimmung der Strafe	185
<i>Kapitel 5: Der Fortgang des 19. Jahrhunderts und der Schulenstreit</i>	<i>189</i>
I. Die Entwicklung der „klassischen Schule“	189
1. Das Erbe Feuerbachs	189
2. Der aufkommende Liberalismus und der Sieg des Positivismus	192
3. Die „klassische Schule“	193
a) Ein idealistisches Menschenbild	193
b) Der Kodifikationsgedanke	194
c) Die Rückkehr der Vergeltung	194
II. Die Entwicklung der „modernen“ Schule	196
1. Das Ende des philosophischen Zeitalters	196
a) Die industrielle Revolution und die soziale Frage	196
b) Die hohlen Phrasen des Idealismus	197
2. Die Wissenschaft vom Verbrechen und der Strafe	198
a) Der Empirismus	199
b) Der Blick auf den Täter	199
c) Die Kriminologie	200
3. Franz von Liszt und die „moderne Schule“	201
a) Die Marburger Schule	201
b) Das Marburger Programm	202
aa) Die Rückkehr des Zweckgedankens	202
(1) Sicherungsprävention	203
(2) Positive Spezialprävention	204
(3) Negative Spezialprävention	205

bb) Gerecht ist, was notwendig ist!	205
III. Der „Schulenstreit“	206
1. Der Angriff der Spezialprävention	206
a) Die Parallelen zur letzten Herrschaftsübernahme	206
b) Neuer Gegenwind	207
2. Ein Kampf ohne Sieger	207
3. Zugeständnisse in Kriminalpolitik und Strafrecht	210
a) Die Zweispurigkeit des strafrechtlichen Rechtsfolgensystems	211
b) Die Geldstrafengesetzgebung	213
c) Das Jugendgerichtsgesetz und die Bewährung	213
4. Der Vergeltungsgedanke und das Schuldprinzip	214
5. Die Erfolge der „modernen Schule“ als Versprechen für die Zukunft	215
<i>Kapitel 6: Die Zeit des Nationalsozialismus</i>	<i>217</i>
I. Kontinuität und Radikalisierung	217
II. Nationalsozialistische Strafrecht	219
1. Die Radikalisierung der „modernen Schule“	220
a) Der Schutz des Volkes	220
b) Vom Tat- zum Täterstrafrecht	221
2. Die Radikalisierung der „klassischen Schule“	223
a) „Gerechtigkeit“ und „gesundes Volksempfinden“	223
b) „Nullum crimen sine poena“ – Die Abschaffung des Gesetzlichkeitsprinzips	224
3. „Gerecht ist, was dem deutschen Volke frommt!“	224
<i>Kapitel 7: Nachkriegszeit und Strafrechtsreform</i>	<i>226</i>
I. Sozialistisches Strafrecht	226
II. Aufarbeitung und Neubeginn in der BRD	227
III. Die Vereinigung der Strafzwecke	229
IV. Die „Große Strafrechtsreform“ und die Phase der spezialpräventiven Euphorie	231
1. Der Entwurf E 1962	231
a) Die Herrschaft der „klassischen Schule“	231
aa) Die Spielraumtheorie	231
bb) Vergeltungsgedanke und Schuldbegriff	232
b) Das Strafrecht als Instrument der Sittenbildung	233
2. Der Alternativ-Entwurf 1966	234
a) Die antiautoritäre Bewegung der 60er Jahre	234
b) Die Phase der Behandlungs- und Resozialisierungseuphorie	235
c) Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer von 1966	236

aa) Die Herrschaft der Spezialprävention	236
bb) Präventionsgedanke und Schuldbegriff	237
3. Die Gesetze zur Reform des Strafrechts	237
a) Die Straftheorie	238
b) Liberalisierung von Rechtsfolgen und materiellem Recht	239
<i>Kapitel 8: Der Siegeszug der positiven Generalprävention</i>	<i>242</i>
I. Das schnelle Ende der Behandlungseuphorie	242
1. „Nothing works!“ und die (erneute) Legitimationskrise	242
2. Der Abolitionismus	243
3. Die Stunde der Soziologie	244
II. Die negative Generalprävention	244
1. Normative Einwände	245
2. Empirische Einwände	246
a) Das (sichere) Wissen von den Straffolgen	247
b) Der „homo oeconomicus“	248
3. Das Abschreckungsdenken in Theorie und Praxis	249
III. Die „klassische Schule“ im neuen Gewand	249
1. Die Renaissance der absoluten Theorien	251
2. Positive Generalprävention	252
a) Günther Jakobs und die kommunikative Strafe	254
b) Die Vergeltung im neuen Gewand	255
aa) ... ne peccetur.	256
bb) ... quia peccatum est.	257
3. Retributive Generalprävention	259
<i>Kapitel 9: Gegenwärtige Entwicklungen des Strafrechts</i>	<i>262</i>
I. Geschichte und Zukunft der Strafe	262
II. Die Relativität des Strafrechtssystems	263
1. Die moderne (Un-)Sicherheitsgesellschaft	264
2. Die Strafe als politisches Allheilmittel: die „Präventions-Formel“	266
a) Die Expansion des Strafrechts	269
aa) Neukriminalisierung	269
bb) Symbolische Einzelfallgesetzgebung	271
cc) Die Europäisierung des Strafrechts	273
b) Das moderne Strafrecht als großer Flickenteppich	274
aa) Die Größe des Teppichs	274
bb) Die Flicker des Teppichs	276
c) Das Problem der Strafungleichheit	277
3. Die Wahrnehmung der fehlenden Relativität	279

Fazit: Was bleibt?	283
I. Was kann ich wissen?	283
II. Was soll ich tun und was darf ich hoffen?	285
Schrifttum	289
Materialien	329
Register	331

Einführung

Der Sinn und Zweck der Strafe

I. Die Pattsituation in der Straftheorie¹

Strafe ist allgegenwärtig. Sie begegnet uns täglich, sei es im näheren sozialen Bereich (etwa der Kindererziehung), sei es in der morgendlichen Tageszeitung, den nachmittäglichen Gerichtsschows, dem abendlichen Fernsehkrimi oder dem Gute-Nacht-Kriminalroman.² Es ist das Unerwartete, das uns in Gestalt des Verbrechens abschreckt, vielleicht ängstigt, dessen Faszination uns aber dennoch in seinen Bann zieht. Kriminalität und untrennbar mit ihr verbunden ihre selbstverständlich erscheinende Folge: die *Strafe*, sind insofern ein fester Teil unserer Gesellschaft.³

Woher aber kommt diese enge Verbindung? Warum reagieren wir auf unerwünschtes Verhalten ausgerechnet mit *Strafe*? Seit Jahrtausenden haben sich die großen Denker aller Epochen mit dieser grundlegenden Frage beschäftigt. Bis heute haben sie keine Antwort gefunden, die sich als der Wahrheit letzter Schluss erwiesen hätte.

Einigkeit besteht inzwischen zumindest in zwei Punkten: der Überzeugung, dass (staatliche) Strafe – wenn auch nicht in ihrer jetzigen Ausgestaltung – sein müsse. Und der Erkenntnis, dass sie – welchen Sinn und Zweck auch immer sie habe – jedenfalls nicht um ihrer selbst willen da sei(n dürfe). Ob die Strafe aber der *Vergeltung* für vergangene Taten diene oder ob sie besonders wichtige *Rechtsgüter* schütze. Ob gestraft wird, *weil gesündigt wurde* („quia peccatum est“) oder *damit nicht gesündigt werde* („ne peccetur“). All dies ist bis heute letztlich nicht geklärt. Zahlreiche Ansätze und Theorien stehen sich mittlerweile mit immer

¹ Von einer solchen „Pattsituation“ sprechen ausdrücklich etwa *Kaspar* (in: Strafen „im Namen des Volkes“, S. 61–90 [61]) und *Rodríguez Horcajo* (GA 2018, 609–622 [609]).

² Einen amüsanten Einblick in die verschiedenen medialen Darstellungsformen und in die „verzerrte, von den Medien konstruierte Wirklichkeit“ gibt *Bernsmann*, in: *Entwicklungen*, S. 27–42 (27 ff.); siehe dazu auch *Garland*, *Kultur*, S. 287 ff.

³ Zu dieser „Faszination des Kriminellen“ vgl. *Hassemer/Neumann*, NK-StGB, Vor § 1 Rn. 15 ff.; *Garland* (in: *Soziologie*, S. 36–68 [61 ff.]; *ders.*, *Kultur*, S. 257 ff.) diagnostiziert den westlichen Gesellschaften „der späten Moderne“ (den „high crime societies“) einen „Kriminalitätskomplex“.

gleichen Argumenten gegenüber oder werden in unterschiedlichen Variationen „vereint“.⁴ Nach einem Jahrhundert, gar Jahrtausende währenden Streit ist die zwischenzeitliche Euphorie in der Suche nach dem Sinn und Zweck der Strafe heute weitestgehend einer breiten Ernüchterung gewichen, in der sich – jedenfalls in Deutschland – die Gegensätze eingeebnet haben.⁵

II. Die wichtigste Frage des Strafrechts

Man mag das wenig problematisch finden, immerhin bleibt ja die grundsätzliche Einigkeit darüber, dass staatliche Strafe sein muss. Warum das so ist, scheint auf den ersten Blick also erst einmal zweitrangig zu sein. Die Frage nach dem Sinn und Zweck des Strafens stellt sich aber freilich nicht nur auf abstrakter Ebene. Vielmehr zwingt das Grundgesetz den Staat bei jedem einzelnen Eingriff in die Rechte seiner Bürger zu einer *Legitimation*. Gerade wenn er mit dem Strafrecht zu seinem wohl schärfsten Schwert greift, sollte er also grundsätzlich wissen, welches Ziel er damit verfolgt und ob die Strafe das geeignete, erforderliche und angemessene Mittel zur Verfolgung dieses Zweckes ist.⁶

Welche Aufgabe erfüllt das Strafrecht in der Gesellschaft? Welche konkreten Verbote sollten mit Strafe bewehrt werden, damit das Strafrecht dieser Aufgabe nachkommen kann? Welche Strafen sind sinnvoll, und wie hoch sollten sie ausfallen? All diese Fragen münden vielleicht in einer letzten, der „Gretchenfrage“ des Strafrechts: (Wann) ist Strafe *gerecht*? Und all diese Fragen kann der Staat in

⁴ Zu den (modernen) Vereinigungstheorien mit zahlreichen Nachweisen *Hassemer/Neumann*, NK-StGB, Vor § 1 Rn. 286 f.; *Jescheck/Weigend*, § 8 V (S. 75 ff.); Versuche die verschiedenen Straftheorien zu „vereinen“ gab es freilich schon immer, vgl. *Hassemer*, in: *Positive Generalprävention*, S. 29–50 (29); *Montenbruck*, *Straftheorie*, S. 17 ff., 78 ff.; eine allgemeine Übersicht zu den Straftheorien findet sich etwa bei *Hörnle* (*Straftheorien*) und bei *Roxin/Greco* (§ 3 Rn. 1 ff.).

⁵ So auch das Urteil von *Thomas Weigend* (FS Frisch, S. 17–30 [19]), der dort ferner ernüchternd prognostiziert: „Aber diese Fragen werden nicht mehr so stark im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Debatte stehen wie im vergangenen Jahrhundert, und ich möchte auch bezweifeln, dass auf diesem Gebiet noch fundamental neue Entdeckungen gemacht werden.“; vgl. auch *Rodríguez Horcajo* (GA 2018, 609–622 [609]), der konstatiert: „Die verschiedenen Rechtfertigungslehren [...] scheinen gegen ihre wechselseitige Kritik zu bestehen, aber offensichtlich hat keine die schlagenden Argumente, um das Unentschieden aufzubrechen.“

⁶ *Kaspar*, S. 351 ff.; vgl. auch *Hassemer*, *Strafe*, S. 94, *Ladogny*, S. 275 ff.; trotz dieser Evidenz spielt eine ausdrücklich abwehrrechtliche Grundrechtsüberprüfung in der Literatur aber meist nur eine geringe Rolle, vgl. *Appel*, S. 40; *Weigend*, FS Hirsch, S. 917–938 (917); ferner *Tiedemann*, S. 3 ff.; auch das *Bundesverfassungsgericht* selbst lässt diesbezüglich keinen roten Faden erkennen; vgl. (als positives Gegenbeispiel) aber BVerfGE 90, 128 (ff.) („Cannabis-Entscheidung“).

einem verfassungsrechtlichen Legitimationsprozess nur beantworten, wenn er den Sinn und Zweck von Strafe und Strafrecht benennen kann.

Vor diesem Hintergrund erscheint die gegenwärtige Pattsituation im straftheoretischen Diskurs mehr als unbefriedigend. Zwar ist die Notwendigkeit des staatlichen Strafens im Grunde anerkannt und wird dem Gesetzgeber bezüglich der möglichen Wirkungen von Strafe daher ein weiter Beurteilungsspielraum zugesprochen.⁷ Prognostiziert wird vom Kriminalgesetzgeber allerdings herzlich wenig. Vielmehr wird die Frage in jedem neuen Gesetzgebungsverfahren fast schon traditionell ausgeschwiegen. Verwiesen wird allenfalls floskelhaft auf einige Gemeinplätze, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen – in aller Regel politisch motivierten – Vorhaben meist nicht weiter hinterfragt werden und die mit dem Stand der wissenschaftlichen Forschung oft nur schwer zu vereinbaren sind.⁸

Bedenklich ist das aber nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Perspektive. Vielmehr droht ein solch unreflektierter Rückgriff auch dazu zu führen, dass das Strafrecht seine wichtigen gesellschaftlichen Funktionen – sollte es diese denn geben – nicht mehr erfüllen kann, ihnen vielleicht sogar zuwiderläuft. Und schließlich kann – „abgesehen von haltloser Routine und einfacher Befolgung der Tradition“⁹ – einzig das Wissen um den Sinn und Zweck von Strafrecht und Strafe dem *Gesetzgeber*, dem *Rechtswissenschaftler* und dem *Richter* einen tauglichen Maßstab für deren *Inhalt* und *Umfang* an die Hand geben. Richtet man das gesamte Strafrecht (richtigerweise) also *funktional* aus – heißt: an den mit ihm verfolgten Zwecken –¹⁰, so bleiben die grundlegenden, aber bis heute ungeklärten Fragen der Straftheorie nicht nur aus legitimatorischer Sicht die wichtigsten des aktuellen Strafrechts.¹¹

III. Die Geschichte der Strafe

1. Eine neue Perspektive

Der vergleichsweise geringe Stellenwert, den die Frage nach dem Sinn und Zweck des Strafens in der heutigen politischen und wissenschaftlichen Debatte einnimmt, lässt sich letztlich nur durch eine Art Kapitulation im lange währen-

⁷ Vgl. *Kaspar*, S. 126 ff.

⁸ Dazu Teil II – Kapitel 9II.2.

⁹ *von Bar*, S. 203.

¹⁰ Die Rede ist in diesem Sinne von einem „funktionalen Strafrechtssystem“, vgl. jeweils mit zahlreichen Nachweisen *Roxin/Greco*, § 7 Rn. 26 ff.; *T. Walter*, LK-StGB, Vor § 13, Rn. 7.

¹¹ Zur Rolle der Strafzweckfrage speziell in der *Dogmatik* vgl. *T. Walter*, FS Merkel, S. 545–564 (554 f.).

den Streit der Straftheorien erklären. Einem Streit, in dem bis heute kein Sieger in Aussicht steht. Auch diese Arbeit kann und will einen solchen nicht küren. Sie soll den Streit aber auf einem in dieser Form noch nicht beschrittenen Weg neu beleuchten und so neue Argumente und Blickwinkel in die wichtige Diskussion bringen.

Die neue Perspektive, die hier eingenommen werden soll, entfernt sich zunächst von den immer ausdifferenzierteren Theoriegebilden – von den Feinheiten der kriminologischen, philosophischen und soziologischen Ansätze. Sie richtet den Blick in der gegenwärtigen Pattsituation vielmehr zurück auf das große Ganze, um erstmals die großen Entwicklungslinien zu beleuchten und so den Blick für das Wesentliche wieder zu schärfen. In diesem Sinne beschreibt die „Kurze Geschichte der Strafe“ parallel auftretende Veränderungen in der *Gesellschaft*, in der *Strafe* und im *straftheoretischen Fundament*. Freilich können auch diese Zusammenhänge den in großen Teilen eben auch „zufälligen“ Gang der Geschichte nicht allumfassend erklären. Sie können aber die wesentlichen Bedingungen beschreiben, die den Weg der Geschichte zur jeweiligen Zeit geebnet haben – die „Bedingungen der Möglichkeit“, wie *Kant* sie vielleicht genannt hätte.¹² Und nur in diesem historischen und geistesgeschichtlichen Kontext lassen sich die großen Entwicklungslinien erkennen und die großen Denker und Straftheorien wirklich verstehen.¹³

2. Aus der Geschichte lernen

Ein erstes Ziel dieser Arbeit ist es also, einen neuen Blickwinkel auf die verschiedenen Straftheorien zu eröffnen – freilich in der Hoffnung, dass ein besseres Verständnis zu neuen Argumenten und zu frischem Wind in der festgefahrenen Diskussion führen wird. Ein zweites Ziel aber ist es, die entsprechenden Erkenntnisse, die sich aus den „großen Linien“ ableiten lassen, auf die Gegenwart zu übertragen, problematische Entwicklungen zu kennzeichnen und – wo möglich – auch Handlungsmöglichkeiten anzudeuten. Letztlich geht es also in gewisser Weise darum, *aus der Geschichte zu lernen*.

Der (methodischen) Problematik dieses Unterfangens bin ich mir durchaus bewusst. Sie betrifft zunächst die Quellenlage, welche gerade für die frühen Stadien der menschlichen Geschichte doch weiterhin sehr dürtig ist. Diesem Punkt widmet sich ausführlicher das erste Kapitel zur „Geburt der Strafe“. Jederzeit geht es bei der *Auswahl* und der *Auswertung* dieser Quellen aber auch um *Inter-*

¹² Vgl. dazu *Fögen*, JJZG 4 (2002/2003), S. 3–6 (5 f.); zu *Kant* und seinen „Bedingungen der Möglichkeit“ siehe Teil II – Kapitel 4II.1.b) aa).

¹³ Vgl. auch *Schild*, in: *Justiz in alter Zeit*, S. 7–38 (16).

pretation.¹⁴ So war es bei der *Auswahl* des Materials stets nötig, „Wesentliches“ von „Unwesentlichem“ zu trennen, um die „typischen“ geistigen Grundlagen der Zeit zu ergründen.¹⁵ Das ist einerseits unproblematisch, da gerade sie es sind, die die jeweiligen Epochen entscheidend geprägt haben. Es verschleiert aber in gewisser Weise, dass sich die großen Geistesströmungen nie einfach schlagartig so abgelöst haben, wie es die hiesige Darstellung vereinzelt vielleicht implizieren mag:

„In jeder voll entfalteten Kultur leben noch die Reste vergangener Formen und wirken bereits die Keime einer anderen, die sie einst ablösen wird.“¹⁶

Zu jeder Zeit wird es Menschen gegeben haben, die ihrer Zeit voraus waren. Menschen, die sich zumindest insgeheim nicht den herrschenden Doktrinen angeschlossen haben – besonders in einem von Haus aus so konservativen Bereich wie dem *Recht*.¹⁷ So wird mit hoher Wahrscheinlichkeit etwa nicht jeder mittelalterliche Ketzerichter davon überzeugt gewesen sein, dass der Verurteilte mit *Satan* im Bunde stand. Will man das Gesamtbild der Entwicklung von Strafe und Straftheorie verstehen, sind es dennoch gerade die *typischen* geistigen Grundlagen der jeweiligen Zeit, die nachgezeichnet werden müssen.¹⁸ Ich habe an einigen Stellen versucht, dies auch in den geschichtlichen Darstellungen zu verdeutlichen. Bereits an dieser Stelle sei aber auf die möglichen Verzerrungen einer solch typisierenden Betrachtung hingewiesen.

Hingewiesen sei ferner auf die vielleicht zentrale Problematik im Umgang mit historischen Quellen: ihre *Auswertung*. Sämtliche Quellentexte geben nämlich Antworten auf Fragen, die nicht einfach so im Raum stehen, sondern vom Leser erst gestellt werden müssen.¹⁹ Jede Interpretation erfolgt insofern durch die Brille des jeweiligen Interpreten, wird also von seinem konkreten Vorverständnis ebenso beeinflusst wie von den spezifischen (auch rechtlichen) Gegebenheiten der Zeit, in der er die Quellen untersucht.²⁰

¹⁴ Dazu und zum Folgenden *Vormbaum*, Strafrechtsgeschichte, S. 14 ff.; *ders.*, in: Juristische Zeitgeschichte, S. 69–81 (79 ff.).

¹⁵ Dazu *Gehrke*, in: Geschichte der Welt, S. 1–40 (17); *Vormbaum*, Strafrechtsgeschichte, S. 15.

¹⁶ *Valjavec*, Aufklärung, S. 69 f.

¹⁷ Vgl. *Fögen*, JJZG 4 (2002/2003), S. 3–6 (3).

¹⁸ *Schild*, in: Justiz in alter Zeit, S. 7–38 (16).

¹⁹ Dazu und zum Folgenden *Wehler*, S. 16 f.

²⁰ Zu diesem „hermeneutischen Zirkel“ vgl. *Vormbaum*, Strafrechtsgeschichte, S. 15 f.; *ders.*, in: Juristische Zeitgeschichte, S. 79 ff.; vgl. auch *Gehrke* (in: Geschichte der Welt, S. 1–40 [17]), der dies als unvermeidlich betrachtet: „Man müsste ‚die Gegenwart töten‘ – aber das wäre zugleich ein Selbstmord des recherchierenden und reflektierenden Historikers.“

Wenngleich ich an dieser Stelle sagen kann, dass ich mir die beschriebenen Gefahren stets vor Augen gehalten und mich ihnen mit bestem Gewissen entgegenzustellen versucht habe, so bin ich doch Realist genug, um zu erkennen, dass derartige Einflüsse jede wissenschaftliche Arbeit vermutlich mehr prägen, als sie es sollten. Aus diesem Grund auf das Vorhaben zu verzichten, war aber freilich keine Alternative. Und so handelt es sich bei der nun folgenden Geschichte der Strafe um ein historisches Gesamtbild – wie wohl jedes seiner Art gemalt aus eigenen wie aus fremden Interpretationen, denen ich mich angeschlossen habe.

Natürlich kann uns der Blick in die Geschichte allein keine fertigen Lösungen für aktuelle Probleme präsentieren. Zu komplex, zu unvergleichbar sind die historischen Gegebenheiten. Jedenfalls aber kann er das Wissen mehren, auf dessen Basis wir Entscheidungen treffen. Er kann uns große Entwicklungslinien aufzeigen. Er kann das Problembewusstsein schärfen. Und schließlich kann er auf diesem Weg vielleicht vor zu „einfachen“ Antworten schützen. In diesem Sinne ist das „historisch gesättigte Denken und Entscheidungshandeln“ der „auf die Herausforderungen der Gegenwart kurzsichtig und kurzatmig reagierenden Antwort“ allemal überlegen.²¹ Und in diesem Sinne kann wie ich meine auch jeder Einzelne – mag er sich den einzelnen Interpretationen und den daraus gezogenen Schlüssen nun anschließen oder auch nicht – aus der nun folgenden „kurzen Geschichte der Strafe“ *etwas* lernen.

3. Der Gang der Darstellung

Das Ergebnis dieser Überlegungen ist eine mehr oder weniger kurze Geschichte der Strafe, die sich in zwei Teile gliedert:

Teil I beginnt – anders als es klassische rechtshistorische Darstellungen zur Strafe zu tun pflegen – nicht bei den *Germanen* oder im Mittelalter. Er setzt vielmehr an in den Anfängen der Menschheitsgeschichte und widmet sich den großen Linien der Entwicklungsgeschichte bis hin zur Entstehung von Herrschaft und Staat.

Teil II grenzt die untersuchten Gesellschaften sodann ein und widmet sich unserer „eigenen“ Geschichte. Ausgehend vom Staatsentstehungsprozess in der Völkerwanderungszeit beleuchtet er die Geschichte der Strafe und Strafrecht der letzten knapp 2000 Jahre. Schließlich rücken die gegenwärtigen Entwicklungen und Probleme in den Fokus und werden vor dem Hintergrund der historischen Erkenntnisse kritisch eingeordnet.

²¹ Wehler, S. 11 ff.; generell zu den Möglichkeiten juristischer Zeitgeschichte Vormbaum, in: Juristische Zeitgeschichte, S. 69–81 (74 ff.); vgl. auch Baldus, JZ 2019, 633–639.

Teil I

Die Geschichte der Strafe und Straftheorie bis hin zur Entstehung von Herrschaft und Staat

Kapitel 1

Die Geburt der Strafe¹

Die hiesige Geschichte der Strafe beginnt mit der Suche nach ihren Anfängen. Wo diese Anfänge liegen, scheint nach einem kurzen Blick in die einschlägige Literatur hochumstritten. Insbesondere in der Soziologie ist die Idee der Strafe als „Herrschaftsidee“ weit verbreitet. Strafe sei demnach zu verschiedenen Zeiten mit der Entstehung herrschaftlicher Strukturen entstanden.² Der Jurist *Viktor Achter* wird präziser und datiert die „Geburt der Strafe“ in seiner gleichnamigen Monografie auf das 12. Jahrhundert der modernen Zeitrechnung. Auch den Geburtsort – Südfrankreich – meint er identifiziert zu haben.³ Die deutsche Strafrechtswissenschaft hingegen – und mit ihr vermutlich die gesellschaftliche Allgemeinheit – betrachtet Strafe nahezu einhellig als „anthropologische Konstante“, ist also der Auffassung, dass es sie schlicht bereits zu allen Zeiten des menschlichen Daseins gab.⁴ Doch wie kommt es zu diesen sich vermeintlich unvereinbar gegenüberstehenden Thesen? Und wurde die Strafe nun *geboren*? Handelt es sich um eine menschliche *Erfindung*? Oder ist sie in der Geschichte der Menschheit tatsächlich „ewig“?⁵

I. Das Quellenproblem

Will man diesen Fragen auf den Grund gehen, steht man vor einem methodischen Grundproblem, denn über die Anfänge des menschlichen Seins gibt es wenig gesicherte Erkenntnisse. Die ersten archäologischen Funde, die Rückschlüsse auf die Verwendung menschlicher Werkzeuge zulassen, sind ca. 2,7 Mil-

¹ Nach der gleichnamigen Monographie von *Viktor Achter*.

² „Die Idee der Strafe ist den Mitgliedern herrschaftsfreier Gesellschaften fremd, sie erweist sich als eine Herrschaftsidee.“ (*Hess/Stehr*, in: *Erfindung*, S. 41–79 [42] mit weiteren Nachweisen); vgl. auch *Scheerer*, in: *Strafrechtswissenschaft*, S. 345–355 (349 [Fn. 10]).

³ *Achter*, S. 26 ff.; der *Begriff* „Strafe“ tritt tatsächlich erstmals in diesem Zeitraum in Erscheinung, vgl. *Weitzel*, in: *Strafgedanke*, S. 21–35 (23) mit zahlreichen Nachweisen.

⁴ Dazu näher Teil I – Kapitel III.2.

⁵ Vgl. zu dieser Formulierung *Scheerer*, in: *Muss Strafe sein?* S. 79–90 (86 ff.); *Fabricius*, *Kriminalwissenschaften II*, S. 276.

tionen Jahre alt.⁶ Eine befriedigende Rekonstruktion sozialer Verhaltensweisen wie der Strafe lässt sich anhand derartiger Relikte der materiellen Kultur allerdings nicht vornehmen. Erst die Erfindung der Schrift vor rund 5.000 Jahren verschafft erstmals tiefere Einblicke in das menschliche Innenleben. Neben schriftlichen Zeugnissen der jeweiligen Zeitgeschichte finden sich hier auch Berichte antiker Autoren über Nachbarvölker und vergangene Kulturen. Selbst wenn man die Motive ignoriert, aus denen heraus diese Berichte verfasst wurden, erhellen schriftliche Quellen aber eben allenfalls den letzten Wimpernschlag der menschlichen Geschichte.⁷

Den Großteil des vorangegangenen, erkenntnismäßig „dunklen“ Abschnittes nennen wir *Paläolithikum* – die Altsteinzeit, die vor etwa 12.000 Jahren endete. Erst dann, mit der sogenannten *Neolithischen Revolution*, begannen Menschen sich langsam von ihrem Dasein als Jäger und Sammler zu verabschieden, sesshaft zu werden und immer größere Gesellschaften zu bilden, die uns schließlich auch schriftliche Zeugnisse hinterlassen sollten.⁸ Für die vorangegangenen, immer noch knapp 2,7 Millionen Jahre steht die Forschung also vor einem Quellenproblem, welches gesicherte Angaben über die frühe Menschheitsgeschichte erschwert.

Um ein wenig Licht in das große Dunkel der vorschriftlichen Zeit zu bringen, stehen dem Historiker dennoch einige Möglichkeiten zur Verfügung. Pionierarbeit leistete dabei insbesondere die *ethnologische* Forschung (sogleich II.). Neuerdings zeigen aber auch und gerade die moderne *Psychologie* und *Soziobiologie* vielversprechende Ansätze auf, die dabei helfen können, sich den Wurzeln der Strafe zu nähern (III.).

II. Der ethnologische Ansatz

1. Die Ethnologie und die „komparative Methode“

Der zentrale Ansatz im Kampf gegen das beschriebene Quellenproblem greift zurück auf die Völkerkunde – die Ethnologie. Sie liefert Erkenntnisse über die wenigen herrschaftsfreien (akephalen) Gesellschaften, die sich dem Prozess moderner gesellschaftlicher Ordnung bis heute widersetzt haben. Die sogenannte *komparative Methode* vergleicht sodann die vorhandenen Informationen über diese Gesellschaften und zieht aus den ethnographischen Beobachtungen (zum

⁶ Dazu und zum Folgenden Gehrke, in: Geschichte der Welt, S. 1–40 (12 ff.); vgl. auch Parzinger, in: Geschichte der Welt, S. 41–262 (45 ff.).

⁷ Zu diesem rechtshistorischen Problem auch Meyer, S. 117 ff.

⁸ Dazu näher Teil I – Kapitel 2II.1.

Teil verbunden mit archäologischen Erkenntnissen) Rückschlüsse auf das Leben der Frühgeschichte. Zugrunde liegt diesem Vorgehen der Gedanke, dass gemeinsame Grundstrukturen, die sich etwa in allen noch vorhandenen „Jäger und Sammler-Kulturen“ nachweisen lassen, letztlich auch das Leben dieser Gesellschaften in der Altsteinzeit geprägt haben müssten.⁹

a) Methodische Bedenken

Ob dieser Schluss aus wissenschaftlicher Sicht zulässig ist, war allerdings lange Zeit umstritten, und noch heute begegnet die *komparative Methode* einer gewissen Skepsis. Der Gegenwind weht(e) insbesondere aus zwei Richtungen:

Zum einen birgt die *komparative Methode* seit jeher die Gefahr der *ideologischen Instrumentalisierung*. Die Vorstellung von universell beobachtbaren Gesetzmäßigkeiten in der Entwicklung menschlicher Gesellschaften verkörpert im Grunde den Evolutionsgedanken auf sozialer Ebene. Der Weg von der *deskriptiven* Feststellung von *Gemeinsamkeiten* hin zur *wertenden* Feststellung von *Fortschritt* war allerdings schon immer ein kurzer. Und so legitimierte die Pervertierung des Grundgedankens – nicht zuletzt in ihrer vielleicht schärfsten Form des Sozialdarwinismus – ein ethnozentristisches Weltbild, und damit Imperialismus, Kolonialismus und schließlich in gewisser Weise auch das nationalsozialistische Denken im Dritten Reich. Diese historische Bürde hatten die Vertreter eines universalistischen Entwicklungsgedankens lange Zeit zu tragen.¹⁰

Die *komparative Methode* als Werkzeug der Evolutionisten stand aber vor allem aus anderen Gründen in der Kritik. Die Frage war – und sie ist es in gewisser Weise noch heute –, ob sich die von Ethnologen beschriebenen Kulturen der Neuzeit tatsächlich mit den archaischen Gesellschaften vergleichen lassen. Es gibt gute Gründe, die so gezogenen Schlüsse mit Vorsicht zu genießen: So konnten sich heutige Jägergesellschaften hauptsächlich in ökologischen Nischen behaupten. Selbst dort blieben sie ferner selten völlig unberührt vom Einfluss sesshafter Nachbarstämme und angrenzender Agrar- und Industriegesellschaften.¹¹ Zwar ist auch der Einfluss anderer Gesellschaftsformen in der Entwicklungsgeschichte nichts Neues – mit zunehmender Bevölkerungsdichte gar typisch. Für die *komparative Methode* aber verfälscht er Ergebnisse potentiell, je weiter man in der Menschheitsgeschichte zurückgeht.

Hinzu kam deutliche Kritik an der Wissenschaftlichkeit der frühen Ergebnisse, insbesondere an der Vollständigkeit des ethnographischen Materials und seiner

⁹ Dazu und zum Folgenden *Petermann*, S. 465 ff.; *Harari*, S. 61 ff.; *Wesel*, Frühformen, S. 36 ff.; *ders.*, Geschichte, S. 15 f. (Rn. 2).

¹⁰ *Petermann*, S. 465 ff., 550 ff.; vgl. auch *Schott*, in: Kriminologie, S. 191–205 (191 f.).

¹¹ *Harari*, S. 62; *Wesel*, Frühformen, S. 38.

spekulativen Deutung.¹² So verlor die *komparative Methode* – dem legitimierenden Reiz des Evolutionismus zum Trotz – zunehmend an Bedeutung und wich der Vorstellung, dass beobachtbare Gemeinsamkeiten eher aus der gegenseitigen Beeinflussung verschiedener Gesellschaften, der sogenannten *Diffusion*, resultierten. Zumindest in der Ethnologie und in den Sozialwissenschaften lief dieser *Diffusionismus* dem *Evolutionismus* in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts daher vermehrt den Rang ab.¹³

b) Der Neoevolutionismus

Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs konnten sich neue Formen des *Evolutionismus* allerdings wieder etablieren. Möglich machte diesen *Neoevolutionismus* unter anderem das Aufleben der *komparativen Methode*. Verschiedene neue Erkenntnisse aus dem Vergleich früher Hochkulturen hatten sie zurück auf den Plan gebracht. Dabei legte die Forschung erstaunliche Gemeinsamkeiten in verschiedensten Stadien menschlicher Entwicklung offen. Da diese Entwicklungen sowohl zeitlich als auch geographisch weit voneinander entfernt stattfanden, konnte *Diffusion* als Ursache ausgeschlossen werden. Weitere Studien zeigten verblüffende Parallelen in der gesellschaftlichen Entwicklung verschiedener Völker und bekräftigten die Existenz sozialer *Evolution*, ohne den Gedanken der *Diffusion* dabei zu verwerfen.¹⁴

Die moderne Ethnologie hat ihre ideologischen Fesseln mittlerweile abgelegt und sich von der (ab-)wertenden Deutung anderer Kulturen als niederer, evolutionär rückständiger Gesellschaftsformen völlig befreit.¹⁵ Es besteht deshalb heutzutage wohl wieder Einigkeit, dass gewisse Rückschlüsse aus der *komparativen Methode* zulässig sind, wenn die gesellschaftliche Struktur der Vergleichsgruppen übereinstimmt.¹⁶ Für die frühe Altsteinzeit bleibt das Quellenproblem zwar weitgehend bestehen – hier fehlt es heutzutage schlicht an vergleichbaren Gesellschaften. Bei richtiger Anwendung kann die Ethnologie das Dunkel der vor-

¹² Malinowski, S. 10 f.; Petermann, S. 472, 643 ff., 884.

¹³ Petermann, S. 550 f.; Wesel, Frühformen, S. 37; ohnehin hatte der „Appetit nach mehr Entwicklung“ in der Bevölkerung mit Aufkommen der „Sozialen Frage“ im 19. Jahrhundert stark nachgelassen. Auch der Legitimationsdruck des Kolonialismus war abgeflacht. Es ging nun vielmehr darum, die vorhandenen Kolonien zu verwalten. Zum Ganzen und dem in diesem Sinne aufkommenden *Funktionalismus* als einer Art „Verwaltungswissenschaft“ vgl. Malinowski, S. 10; Petermann, S. 884; Wesel, Frühformen, S. 13 ff.

¹⁴ Zum Ganzen Wesel, Frühformen, S. 38 ff.

¹⁵ Vgl. dazu auch Deus, FIB 1/2014, S. 60–72 (61 ff.).

¹⁶ Wesel, Frühformen, S. 44 ff.; ders., Geschichte des Rechts, S. 16; zum Ganzen auch Meyer, S. 119 f.

schriftlichen Zeit aber durchaus erhellen und die *komparative Methode* liefert so wichtige Erkenntnisse über die Anfänge der Geschichte der Strafe.¹⁷

2. Die Universalitätsthese

Auch die verschiedenen Theorien zur „Geburt der Strafe“ haben ihre Wurzeln in den Erkenntnissen der Ethnologie. Was die These von der „Universalität der Strafe“ – also der „gleichmässige[n] Wiederkehr der primitiven Strafe auf allen Anfangsstufen menschlicher Geschichte“¹⁸ – betrifft, schreibt etwa im Jahr 1882 der berühmte deutsche Rechtswissenschaftler und Kriminologe *Franz von Liszt* (Cousin und Patenkind des gleichnamigen Komponisten):

„Wäre die Strafe, was wir in Abrede stellen, eine Erfindung menschlicher Klugheit, dann könnten wir sie unmöglich überall, in der Urgeschichte aller Völker, in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt nachweisen, wie dies der vergleichenden Rechtswissenschaft, trotz aller Lückenhaftigkeit ihres Materials, trotz der Unsicherheit ihrer Bewegungen, bereits in so glänzender, überzeugender Weise gelungen ist.“¹⁹

Wenn von *Liszt* von der „vergleichenden Rechtswissenschaft“ spricht, so bezieht er sich insbesondere auf die Arbeiten von *Albert H. Post*, einem Vorreiter der deutschen Rechtsethnologie.²⁰ Bei ihm und anderen frühen Völkerkundlern, die „immer behaupteten, daß das Kriminalrecht das einzige Recht bei den Wilden sei“²¹, finden sich die Wurzeln der Vorstellung von Strafe als anthropologischer Konstante.²² Lange Zeit bauten auf ihren Gedanken die Arbeiten verschiedener Rechtswissenschaftler und Soziologen auf – wie etwa die französische Schule *Durkheims*.²³ Bis heute spiegelt diese Vorstellung im Grunde die *opinio communis* in der deutschen Strafrechtswissenschaft und die seltenen (internen) Versuche, die Universalitätsthese anzuzweifeln, blieben allesamt ohne Erfolg. So schrieb etwa *Karl Siegfried Bader* in seiner Besprechung von *Viktor Ahters* „Geburt der Strafe“:

„Die Strafe“, die im 12. Jahrhundert nach des Verfassers Überzeugung zuerst im südlichen Frankreich, im Languedoc, ‚geboren‘ wurde, ist nie geboren worden. Strafe als soziale Reaktion war immer da, weil ohne sie eine Rechtsordnung nicht möglich ist.“²⁴

¹⁷ Ein Überblick über die ethnologische Forschung (bis zum Jahr 1966) findet sich bei *Schott*, in: *Kriminologie*, S. 191–205; zum Ganzen ferner *Newman*, S. 1 ff.

¹⁸ von *Liszt*, *ZStW* 3 (1883), 1–47 (8).

¹⁹ A. a. O., S. 7.

²⁰ A. a. O., S. 8 (Fn. 1).

²¹ *Malinowski*, S. 20.

²² *Scheerer*, in: *Strafrechtswissenschaft*, S. 345–355 (347).

²³ Vgl. *Malinowski*, S. 11.

²⁴ *Bader*, *ZRG (GA)* 69 (1952), S. 438–442 (440); vgl. zum Ganzen auch *Stübinger*, S. 327 ff.

Ein knappes Jahrhundert nach der Rede von Liszts' konstatierte schließlich Jürgen Baumann – treibende Kraft des Alternativentwurfs zum Strafgesetzbuch (AE-StGB 1966)²⁵ –, „dass noch kein Staat und keine Gesellschaft ohne Strafe oder strafähnliche Massnahmen ausgekommen ist“.²⁶

3. Soziologische und ethnologische Kritik

Kritik an der Universalitätsthese gibt es aber durchaus; und zwar – in der Rechtswissenschaft kaum zur Kenntnis genommen²⁷ – von außerhalb. Überwiegend handelt es sich um Kritik der „modernen“ soziologischen und ethnologischen Forschung an ihren eigenen Vorläufern.

Dabei geht es in erster Linie um das damals verfügbare Material. A. H. Post und seine Kollegen etwa konnten nur auf die Angaben einiger früher Ethnographen (anfangs oft schlicht „Reisende“) zurückgreifen, die sich bei ihrer Forschung weder über ihre Methode noch über das Ziel im Klaren waren.²⁸ Umfassendes Datenmaterial aus der professionellen Feldforschung gab es nicht, und so gelten diese Beobachtungen von Laien – ebenso wie die später daraus gezogenen Schlüsse – mittlerweile als überholt.²⁹

Die neoevolutionistische Ethno- und Soziologie geht aber noch einen Schritt weiter. Sie verwirft nicht nur die frühen Forschungen, welche die Universalitätsthese einst ins Leben riefen. Sie betrachtet die Vorstellung von Strafe als anthropologischer Konstante gar als von der modernen Wissenschaft widerlegt. Es sei daher in der wissenschaftlichen Diskussion heute „unbestritten, daß Strafrecht und Kriminalstrafen keineswegs universale Formen sozialer Kontrolle sind.“³⁰ Die Forschungen moderner Ethnographen hätten vielmehr offengelegt, dass die „Idee der Strafe“ den Mitgliedern herrschaftsfreier Gesellschaften fremd sei.³¹ In gewisser Weise konsequent wird den Kollegen der Rechtswissenschaft deshalb vorgeworfen, dass „trotz aller einschlägigen Befunde der Ethnologie“ weiter am Mythos der Universalität festgehalten werde.³² Dieser Irrtum sei schließlich nur durch wissenschaftliche Mängel zu erklären: Wer an besagtem Glauben festhalte, nutze entweder veraltete Quellen oder stütze sich ausschließlich auf Belege

²⁵ Vgl. dazu Teil II – Kapitel 7IV.2.

²⁶ Baumann, GS Noll, S. 27–36 (28).

²⁷ Vgl. Lüderssen, in: Strafanspruch, S. 235–269 (268 [Fn. 132]).

²⁸ Malinowski, S. 10.

²⁹ Malinowski (S. 11) spricht bereits im Jahr 1926 davon, dass diese Beobachtungen in einem so abstrakten und komplizierten Gebiet wie dem des primitiven Rechts „wertlos“ seien; vgl. auch Schott, in: Kriminologie, S. 191–205 (193).

³⁰ Scheerer, in: Strafrechtswissenschaft, S. 345–355 (348).

³¹ Hess/Steher, in: Erfindung, S. 41–79 (42).

³² Steher, in: Healthy Justice, S. 11–20 (13).

aus bereits herrschaftlich organisierten Gesellschaften, die dann unzulässig verallgemeinert würden.³³

4. Ein bloßer Streit um Worte?

Der vermeintlich unlösbare Widerspruch zwischen Ethno-/Soziologie und Rechtswissenschaft entpuppt sich – wie ich meine – allerdings in weiten Teilen recht bald als Scheinkonflikt. Bei näherem Hinsehen dürften den verschiedenen Positionen größtenteils schlicht unterschiedliche Definitionen von „Strafe“ zugrunde liegen.

Die Ethno- und Soziologie etwa greifen in aller Regel auf eine *enge* Strafdefinition zurück. Man wendet sich in diesem Sinne in erster Linie – und in unterschiedlicher Terminologie – gegen die Universalität der *staatlichen Kriminalstrafe*.³⁴ *Achter* engt den Strafbegriff in seiner „Geburt der Strafe“ noch weiter ein und spricht von einer „Strafe im modernen Sinn“³⁵, welche er mit einem persönlichen Schuldvorwurf verknüpft.³⁶

Dass auf Verstöße gegen gesellschaftliche *Normen* seit jeher mit gewissen *Sanktionen* reagiert werde, erkennen hingegen auch die modernen Sozio- und Ethnologen im Grunde einstimmig an.³⁷ Und eben im Sinne einer solch *weiten* Strafdefinition lassen sich dann auch die Texte der Strafrechtswissenschaft ver-

³³ *Scheerer*, in: Strafrechtswissenschaft, S. 345–355 (348); „Die Vertreter der Universalitätsthese von Durkheim bis Höffe suchen sich ihr Material entweder aus den längst als irrig widerlegten Deutungen von ‚theoretisch schöpferischen Ethnologen‘ des 19. Jahrhunderts oder aus bereits in Klassen gespaltenen, [proto-]staatlich organisierten ‚Hochkulturen‘, ignorieren aber alle empirischen Forschungsergebnisse der vergleichenden Rechtsanthropologie von E. E. Evans-Pritchard über E. A. Hoebel und Lucy Mair bis M. Barkun und R. Harako. Sonst kämen sie auch nicht umhin festzustellen, daß sich diejenigen Elemente sozialer Ordnung, die nur der Teilgruppe der staatlich organisierten Gesellschaften gemeinsam sind, zweifellos nicht ernsthaft als Universalien menschlicher Gesellschaften bezeichnen lassen.“ (ebd., Fn. 9).

³⁴ *Scheerer* (in: *Muß Strafe sein?* S. 79–90 [88]) etwa spricht insofern von der „Strafe im engeren Sinne des Strafrechts“.

³⁵ *Achter*, S. 34.

³⁶ *Achter* (S. 18 f.) verbindet den Strafbegriff mit der Ethik und so letztlich mit der persönlichen Schuld, da das „was wir Strafe nennen, [...] ohne sittliche Beurteilung nicht zu denken“ sei. Ihm geht es also explizit um die sittliche Beurteilung des *Täters*, und nicht der *Tat* (a. a. O., S. 19, 137). Seine Habilitationsschrift, die später unter dem bekannten Namen „Die Geburt der Strafe“ veröffentlicht wurde, trug in diesem Sinne ursprünglich noch den Namen „Von der Automatik der Sühne zur Bestrafung des Täters“, vgl. dazu *Holzhauser*, in: *Überlieferung*: S. 179–192 (180).

³⁷ *Hess/Stehr*, in: *Erfindung*, S. 41–79 (42 ff.); *Popitz*, S. 86 ff.; *Scheerer*, in: Strafrechtswissenschaft, S. 345–355 (348); *ders.*, in: *Muß Strafe sein?* S. 79–90 (88) (mit Verweis darauf, dass es sich insofern um ein „soziales Totalphänomen“ im Sinne des Soziologen *Marcel Mauss* handele).

stehen – etwa wenn *Baumann* generalisierend von „vergeltenden Reaktionen“ oder von „strafähnlichen Massnahmen“ spricht.³⁸ Ob Strafe tatsächlich „ewig“ ist oder doch zu irgendeiner Zeit „geboren“ wurde, scheint auf der Grundlage des aktuellen Quellenmaterials also im Kern eine semantische Frage zu sein.³⁹

Belanglos ist die Kontroverse deshalb natürlich nicht, dafür ist die Macht der Worte zu groß. Betrachtet man Strafe nämlich als anthropologische Konstante – verbindet man sie also untrennbar mit dem menschlichen Dasein –, so versieht man jegliche Kritik an der Institution von vornherein mit einem gewissen „Stigma der Unvernunft“.⁴⁰

Diese „Immunität“ greift in der Diskussion aber nur allzu leicht auf jegliche Formen von Strafe über und trifft insofern auch schnell die Kritik an der *staatlichen Kriminalstrafe*. Da für diese der „Universalitätsbonus“ aber eben von vornherein keine Daseinsberechtigung hat, wohnt der strafrechtswissenschaftlichen Universalitätsthese durchaus die Gefahr einer ungesunden Reformträgheit inne.

5. Ein weiter Strafbegriff

Die eben beschriebenen Gefahren eines *weiten* Strafbegriffs vor Augen, soll dieser Arbeit aber nun doch gerade ein solcher zugrunde liegen. Geschuldet ist dies zum einen dem intendierten Blick auf die „großen Entwicklungslinien“. Zum anderen soll inhaltlichen Fragen, welche im weiteren Verlauf erst noch untersucht werden sollen, nicht bereits durch Einschränkungen auf der Definitionsebene vorgegriffen werden.⁴¹ Die „Geschichte der Strafe“ widmet sich ja gerade bewusst den frühen Stadien menschlicher Geschichte, in denen von *Staatlichkeit* noch keine Rede sein kann. Insofern soll auch der hiesige Strafbegriff zunächst nicht an sie gebunden sein.

Unter „Strafe“ verstehe ich im Folgenden deshalb jedes Übel, das einem anderen auferlegt wird als Reaktion auf ein missbilligtes Verhalten (und das sich nicht

³⁸ *Baumann*, GS Noll, S. 27–36 (27f.).

³⁹ Zu dieser „semantische[n] Undeutlichkeit“ des Strafbegriffs vgl. *Fabricius*, Kriminalwissenschaften II, S. 273 ff.

⁴⁰ *Scheerer*, in: Strafrechtswissenschaft, S. 345–355 (349). Für den Kriminologen *Sebastian Scheerer* machte es gar – die Richtigkeit der These erst einmal unterstellt – genauso wenig Sinn, die Institution der Strafe zu kritisieren, „wie wenn man [...] die Tatsache kritisiert, daß Menschen lediglich zwei Augen im Kopf zu haben pflegen, die zudem auch noch beide nach vorne gerichtet sind (statt auch noch über Augen am Hinterkopf und an den Schläfen zu verfügen).“ (ebd., Fn. 11).

⁴¹ Vgl. auch *Hörnle*, Handbuch des Strafrechts I, § 12 Rn. 20 mit Hinweis auf den dafür von *H. L. A. Hart* geprägten Begriff des „definitional stop“.

im bloßen Schadensersatz⁴² oder in der Durchsetzung etwaiger Ansprüche erschöpft).⁴³

6. Ist Strafe ewig?

Legt man diese weite Definition des Strafbegriffs zugrunde, finden sich derartige Reaktionen tatsächlich übergreifend in sämtlichen ethnographischen Daten.⁴⁴ Soweit die *komparative Methode* zuverlässige Rückschlüsse erlaubt, können wir an dieser Stelle also tatsächlich mit *von Liszt* konstatieren, dass sich Strafe in der Urgeschichte aller Völker in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt nachweisen lässt.

Auch die Mittel der Ethnologie aber gelangen an ihre Grenzen, wenn man nur weit genug in der Menschheitsgeschichte zurückgeht. So sehr die Ethnologie und die *komparative Methode* also in den nächsten Kapiteln dazu beitragen können, das Dunkel der vorschriftlichen Zeit zu erhellen; auf der Suche nach der „Geburtsstunde der Strafe“ können auch sie keine endgültigen Erkenntnisse liefern.

III. Der psychologische und soziobiologische Ansatz

Tatsächlich hat man sich wohl von dem Gedanken zu verabschieden, eine solche „Geburtsstunde“ datieren zu können. Will man sich den Ursprüngen der Strafe weiter nähern, hat man neue Wege zu gehen. Einen möglichen Ansatz hierfür bietet die moderne psychologische und soziobiologische Forschung. Dafür zunächst einige fiktive Fallbeispiele:

(1) In ihrer Heimatstadt wird ein kleines Mädchen Opfer eines Verbrechens. Auf dem Schulweg lauert ihr der Täter T auf, vergewaltigt und tötet sie.

⁴² In den Worten *Karl Bindings* (Die Normen I, S. 288) soll die Strafe „eine Wunde schlagen“ und „der Schadensersatz eine andere heilen“; zu dieser Trennung auch *Jung*, S. 23 ff.

⁴³ Im Wesentlichen entspricht dies der noch heute vielfach angeführten Strafdefinition des *Hugo Grotius* aus dem Jahr 1625: „Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis.“ (*Grotius*, De Iure Belli ac Pacis, Buch 2, Kap. 20, I 1 [S. 346]; generell zum Strafbegriff auch *Spycher*, S. 22 ff.; *Hoerster*, S. 11 ff.). Die Definition ist freilich weit älter, bezog sich doch schon *Grotius* auf *Augustinus* und *Thomas von Aquin* – eine Entwicklung, die im zweiten Teil dieser Geschichte näher erläutert werden wird (siehe Teil II – Kapitel III.1; Kapitel 21.3.c] und Kapitel 3II.1). Die moderne Abgrenzung zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht – zwischen Strafe und Geldbuße –, soll an dieser Stelle außen vor bleiben. Der zentrale Unterschied liegt hier heutzutage letztlich im fehlenden ehrenrührigen und autoritativen Urwerturteil über die Verhaltensweise des Täters – dem fehlenden *Schuldspruch* (vgl. BVerfGE 27, 18 [30] und 51, 60 [74]; dazu Rosenkötter/Louis, S. 19 ff.).

⁴⁴ Dazu Teil I – Kapitel 2.