

Demenz und Strafen

Dementia and Punishment

OLIVER HALLICH, ESSEN

Zusammenfassung: Gibt es rechtfertigende Gründe dafür, demente Menschen für ihre im früheren Zustand der Kompetenz begangenen Taten staatlich zu strafen? Im folgenden Beitrag wird für eine bejahende Antwort auf diese Frage plädiert. Zunächst werden drei zentrale Straftheorien daraufhin befragt, ob das von ihnen verteidigte Kriterium der Strafrechtfertigung in Anwendung auf die Bestrafung Dementer erfüllt, also die Bestrafung Dementer ihnen zufolge gerechtfertigt sein kann: die Retributionstheorie (1.1), die Präventionstheorie (1.2) und die Expressionstheorie (1.3). Es zeigt sich, dass einzig der Expressionstheorie zufolge die Bestrafung Dementer gerechtfertigt sein kann. Im Folgenden wird für die These argumentiert, dass die Expressionstheorie, obwohl nicht überzeugend als allgemeine Theorie der Strafrechtfertigung, in Bezug auf einen bestimmten Teilbereich von Strafhandlungen plausibel ist. Dabei handelt es sich um diejenigen Strafhandlungen, mit denen wir beabsichtigen, ein Leiden zuzufügen, die aber de facto kein Leiden bewirken. Da die Bestrafung Dementer in diese Klasse von Strafhandlungen fällt, lässt sie sich auf der Grundlage einer Expressionstheorie rechtfertigen (2). Vier Einwände gegen diese These werden diskutiert und entkräftet (3). Abschließend wird auf praktische Konsequenzen dieser Ansicht verwiesen (4).

Stichwörter: Demenz – Strafe – Expressivismus

Abstract: Are we justified in keeping the demented in prison for crimes they committed when they were still healthy? In this paper, I defend the view that there are justificatory reasons for punishing the demented for their past crimes. First, I examine three theories of punishment – retributivism, preventionist theories and expressivism. I argue that only expressivism succeeds in providing such justification. Second, I attempt to show that expressivism, though not convincing as a *general* theory of punishment, is plausible when applied to *some* acts of punishment. More precisely,

Alle Inhalte der Zeitschrift für Praktische Philosophie sind lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.



expressivism, or so I argue, is plausible with regard to those acts of punishment that consist in intending to inflict suffering *without* actually inflicting suffering. Since the punishment of demented patients falls within this class, it can be justified on an expressivist basis. I then consider four objections to my view and rebut them. Lastly, I deal with some practical implications of the view.

Keywords: Dementia – punishment – expressivism

Gibt es rechtfertigende Gründe dafür, demente Menschen für ihre im früheren Zustand der Kompetenz begangenen Taten staatlich zu strafen? Im folgenden Beitrag wird für eine bejahende Antwort auf diese Frage plädiert. Zunächst werden drei zentrale Straftheorien daraufhin befragt, ob das von ihnen verteidigte Kriterium der Strafrechtfertigung in Anwendung auf die Bestrafung Dementer erfüllt, also die Bestrafung Dementer ihnen zufolge gerechtfertigt sein kann: die Retributionstheorie (1.1), die Präventionstheorie (1.2) und die Expressionstheorie (1.3). Es zeigt sich, dass einzig der Expressionstheorie zufolge die Bestrafung Dementer gerechtfertigt sein kann. Im Folgenden wird für die These argumentiert, dass die Expressionstheorie, obwohl nicht überzeugend als allgemeine Theorie der Strafrechtfertigung, in Bezug auf einen bestimmten Teilbereich von Strafhandlungen plausibel ist. Dabei handelt es sich um diejenigen Strafhandlungen, mit denen wir beabsichtigen, ein Leiden zuzufügen, die aber de facto kein Leiden bewirken. Da die Bestrafung Dementer in diese Klasse von Strafhandlungen fällt, lässt sie sich auf der Grundlage einer Expressionstheorie rechtfertigen (2). Vier Einwände gegen diese These werden diskutiert und entkräftet (3). Abschließend wird auf praktische Konsequenzen dieser Ansicht verwiesen (4).

1 Drei Straftheorien und die Bestrafung Dementer

Im Folgenden gehe ich, ohne diese noch zu begründen, von einer weithin akzeptierten Definition von „Strafe“ aus: Eine Strafe ist eine beabsichtigte Leidenszufügung in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß.¹ Legt man diese Definition zugrunde, sind Strafhandlungen rechtfertigungsbedürftig, weil sie prima facie einen Verstoß gegen die moralische Norm darstellen, welche die beabsichtigte Zufügung von Leiden verbietet. Sie stehen unter dem Verdacht, dem Leiden, das jemand durch einen Normbruch be-

1 Zur definitorischen Bestimmung von „Strafe“ vgl. z.B. Honderich 2006, 8–16; Hoerster 2012, 11–14; Zürcher 2014, 28–33.

wirkt hat, lediglich ein weiteres Leiden hinzuzufügen. Straftheorien fragen daher, ob sich Strafhandlungen von der *bloßen* beabsichtigten Zufügung von Leiden so unterscheiden, dass sie grundsätzlich gerechtfertigt sein können (was die meisten Straftheorien bejahen), und sie formulieren Kriterien der Strafrechtfertigung. Im Folgenden wird in Bezug auf drei zentrale Straftheorien gefragt, ob das von ihnen verteidigte Kriterium der Strafrechtfertigung im Falle der Bestrafung Dementer erfüllt sein kann.

1.1 Retributionstheorien

Die Retributionstheorie wird gemeinhin als eine „rückwärtsgewandte“ Theorie der Strafrechtfertigung charakterisiert, d.h. als eine solche, die das Rechtfertigungskriterium des Strafens nicht in den durch eine Strafhandlung gezeitigten Folgen, sondern darin sieht, dass damit eine bereits geschehene Tat vergolten wird.² Gegenüber den noch zu erörternden Präventionstheorien zeichnet sie sich nicht durch das Alleinstellungsmerkmal aus, dass ihr zufolge nur die Schuldigen bestraft werden dürfen – denn dieser Aussage würden auch Präventionstheoretiker zustimmen. Sie ist vielmehr durch die Ansicht gekennzeichnet, dass die Schuld des Bestraften eine notwendige *und hinreichende* Bedingung einer gerechtfertigten Bestrafung darstellt. Ein Präventionstheoretiker würde hingegen behaupten, dass es sich bei der Schuld des Bestraften um eine notwendige Bedingung der Strafrechtfertigung handelt, neben die die weitere notwendige Bedingung der Präventionswirkung treten muss, damit die Strafe gerechtfertigt ist. Liegt Schuld vor, ist die Strafe dem Retributionstheoretiker zufolge verdient; andernfalls ist sie es nicht. Das Verdienst des Täters ist also der Retributionstheorie zufolge das Rechtfertigungskriterium für Strafe, wobei „Kriterium“ im Sinne einer notwendigen und hinreichenden Bedingung zu verstehen ist. Die Folgen der Strafhandlung, etwa ihre Präventionswirkung, haben dabei ausdrücklich keine Rolle zu spielen, wie z.B. der wichtigste klassische Vertreter der Retributionstheorie, Kant, ausführt:

Richterliche Strafe (poena forensis) [...] kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute [sic] zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, *weil er verbrochen hat*; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn

2 Zur Charakterisierung der Retributionstheorie vgl. z.B. Moore 1997, 83–91; Honderich 2006, 17–23; Schälike 2011.

seine angeborene Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann.³

Kann das Verdienstkriterium in Bezug auf die Bestrafung Dementer erfüllt sein, d.h., kann es sein, dass gemessen an diesem Kriterium die Bestrafung Dementer gerechtfertigt ist? Im Folgenden seien, anknüpfend an das angeführte Kant-Zitat, zwei Überlegungen dafür angeführt, dass dies nicht der Fall ist.

Zum einen: Eine Strafe kann nur dann als eine gelten, die der Gestrafte verdient, wenn dieser mit dem Täter, dessen Tat bestraft wird, numerisch identisch ist – wenn es sich um ein und dieselbe Person handelt.⁴ Wenn Kant davon spricht, die Strafe dürfe nur „wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat“, müssen sich „ihn“ und „er“ auf ein und dieselbe Person beziehen. Andernfalls müsste die Strafe als eine gelten, mit der eine andere Person als der Täter bestraft wird. Sie könnte dann nicht von demjenigen verdient sein, der sie zu erleiden hat, da dieser die Tat ja gar nicht begangen hat, also auch keine Schuld durch ihre Begehung auf sich gezogen haben kann. Es ist aber im Falle der Bestrafung Dementer durchaus umstritten, ob die Unterstellung zutrifft, dass der Demente mit der Person, die als verantwortliche Person die Tat begangen hat, numerisch identisch ist.⁵ Vertritt man eine an Locke orientierte psychologische Theorie personaler Identität, der zufolge – in einer nicht unumstrittenen, aber weithin akzeptierten Lesart – Identität durch die Erinnerung an frühere Handlungen als an eigene Handlungen konstituiert wird⁶, wird man abstreiten, dass numerische Identität zwischen dem Dementen und dem früheren Täter besteht. Man wird die Bestrafung des Dementen dann als Bestrafung einer anderen Person als derjenigen, welche die Tat begangen hat, also als nicht verdient auffassen. Folgt man dem Locke'schen Erinnerungskriterium für Identität und favorisiert eine retributivistische Strafrechtfertigungstheorie, wird man also zu dem Schluss kommen, dass die Bestrafung Dementer nicht gerechtfertigt werden kann.

3 Kant 1977, 453.

4 Zum Zusammenhang von Identitätsunterstellungen und retributiven Strafrechtfertigungen vgl. Herrmann 1995, 93–111.

5 Vgl. hierzu Witts Beitrag über „Demenz und Identität“ in diesem Schwerpunkt, 153–180.

6 Vgl. Locke 1961, Book II, Chap. XXVII.

Zum anderen: Natürlich kann man trotz der fehlenden Erinnerungsfähigkeit des Dementen annehmen, dass numerische Identität zwischen dem Dementen und dem Täter vorliegt, zum Beispiel wenn man eine somatische Theorie personaler Identität favorisiert. In diesem Fall ist der Demente, weil körperlich mit dem Täter identisch, mit ihm auch numerisch identisch. Auch dann aber stellt die fehlende Erinnerungsfähigkeit des Dementen einen Grund dafür dar, dass das retributivistische Rechtfertigungskriterium nicht erfüllt sein kann.⁷ Den Dementen in Abwesenheit dieser Erinnerungsfähigkeit zu strafen hieße nämlich, ihn für soziale Zwecke zu instrumentalisieren. Wer die Strafe nicht mehr als eine solche verstehen kann, die auf eine früher von ihm begangene Tat bezogen ist, der ist nur noch „Objekt“ der Strafe in dem Sinne, dass sie sich *an* ihm vollzieht und er nur als Objekt sozialer Steuerungsmaßnahmen angesehen, also im Kantischen Sinne instrumentalisiert wird. Wenn jemand bestraft würde, der die Strafe in Ermangelung kognitiver Fähigkeiten nicht mehr auf die Tat beziehen kann, würde er, in Kants Worten, „nur als Mittel, ein anderes Gute[s] zu befördern“ betrachtet, genauer: Er würde durch die Bestrafung zum bloßen Mittel der Steigerung des sozialen Nutzens gemacht. Eine solche Instrumentalisierung schlösse Verdienst als Grundlage des Strafens aus, weil jemanden als Mittel zum Zweck der Steigerung des sozialen Nutzens zu strafen gar nichts anderes heißt, als ihn *nicht* mehr als Person anzusehen, die die Strafe potentiell verdienen kann, sondern als Objekt sozialer Steuerungsmaßnahmen. Wer, indem er instrumentalisiert wird, „unter die Gegenstände des Sachenrechts

7 Vgl. hierzu auch Dufner 2013, 145–150. Dufner formuliert ein „recollection requirement“ als Bedingung gerechtfertigten Strafens, das im Falle der Bestrafung Dementer nicht erfüllt ist. Sie kommt zu dem Schluss, dass Demente nicht mehr inhaftiert werden sollten. Diese Ansicht kann auch Parfit zugeschrieben werden. Zwar besteht Parfit zufolge durchaus psychologische Kontinuität zwischen dem Dementen und der früheren Person – und, da die Kontinuitätsrelation als transitive Relation personale Identität konstituiert, besteht auch Identität zwischen dem Dementen und der früheren Person –, aber es besteht keine psychologische Verknüpfung mehr, d.h. keine direkte psychologische Verbindung in Form von Erinnerung. Das Fehlen psychologischer Verknüpfung scheint für Parfit ein hinreichender Grund dafür, von der Bestrafung Dementer Abstand zu nehmen, wie die folgenden Bemerkungen nahelegen: „When some convict is now less closely connected to himself at the time of his crime, he deserves less punishment. If the connections are very weak, he may deserve none“ (Parfit 1984, 326). Gegen eine Inhaftierung Dementer argumentieren auch Fazel/McMillan/O’Donnell (2002).

gemengt“ wird, kann die Strafe nicht mehr als Person verdienen. Selbst bei Vorliegen numerischer Identität zwischen Dementem und Täter kann also das retributivistische Rechtfertigungskriterium für Strafen im Falle der Bestrafung Dementer nicht erfüllt sein.

1.2 Präventionstheorien

Einer Präventionstheorie zufolge ist eine Strafe nur dann gerechtfertigt, wenn sie eine Präventionswirkung zeitigt.⁸ Anhänger der Präventionstheorie werden diese Präventionswirkung im Allgemeinen nicht als hinreichende, wohl aber als notwendige Bedingung der Strafrechtfertigung auffassen, d.h., es handelt sich um ein Kriterium in dem Sinne, dass das Nicht-Erfülltsein dieses Kriteriums zeigt, dass eine Strafe nicht gerechtfertigt ist, während sein Erfülltsein nicht notwendig zeigt, dass sie gerechtfertigt ist.⁹ Zusätzlich zur Präventionswirkung wird auch von Präventionstheoretikern im Allgemeinen als notwendige Bedingung der Strafrechtfertigung gefordert, dass nur die Schuldigen bestraft werden dürfen und dass die Schwere der Strafe der Schwere der Schuld angemessen sein muss.¹⁰

Bekanntlich lassen sich Theorien der *positiven* und der *negativen Spezial-* und *Generalprävention* voneinander unterscheiden. Spezialpräventionstheorien sehen die Rechtfertigung der Strafe in der Prävention weiterer Straftaten des Gestraften selbst, sei es durch Einwirkung auf sein Rechtsbewusstsein (positive Spezialprävention), sei es durch Abschreckung (negative Spezialprävention), Generalpräventionstheorien sehen sie in der Prävention weiterer Straftaten jedes beliebigen potentiellen Täters, wiederum entweder durch Einwirkung auf das Rechtsbewusstsein (positive Generalprävention) oder durch eine Abschreckungswirkung (negative Generalprävention). Theorien der negativen Generalprävention sehen die Rechtfertigungsgrundlage der Strafe im Allgemeinen in der mit der *Strafandrohung* verbundenen Abschreckungswirkung auf potentielle Täter; der faktische Vollzug der Strafe dient dabei lediglich der Bekräftigung der Glaubwürdigkeit der Strafandrohung.

8 Zur Charakterisierung der Präventionstheorien vgl. z.B. Honderich 2006, 74–89; Hallich 2011.

9 Vgl. hierzu z.B. die Präventionstheorie Hoerstes (2012).

10 Zur Kritik des Versuches, das Schuldprinzip unter präventionstheoretischen Prämissen zu begründen, vgl. Hallich 2011, 160–173.

Kann das von den Anhängern einer Präventionstheorie verteidigte Kriterium der Strafrechtfertigung im Falle einer Bestrafung Dementer erfüllt sein? Legt man eine Spezialpräventionstheorie zugrunde, ist die Antwort hierauf offensichtlich „Nein“. Der Demente bedarf weder der Abschreckung noch der Einwirkung auf sein Rechtsbewusstsein durch die Strafe. Er wird ohnehin keine weiteren Straftaten begehen – schon deswegen nicht, weil er dazu gar nicht mehr in der Lage ist. Zudem wird der Abschreckungscharakter der Strafe bei ihm nicht mehr wirksam werden, weil er kognitiv nicht mehr in der Lage dazu ist, die Strafandrohung als eine solche zu identifizieren und sich von ihr von weiteren Taten abhalten zu lassen. Deswegen muss er von weiteren Straftaten auch nicht durch eine Strafandrohung abgehalten werden.

Hingegen ist keinesfalls ausgemacht, dass die Bestrafung Dementer nicht eine generalpräventive Wirkung haben könnte. Sie könnte auf *andere* potentielle Täter als den gestraften Dementen eine abschreckende Wirkung haben. Würde nicht für uns alle die Aussicht, etwa im Falle eines Mordes auch dann inhaftiert zu bleiben, wenn wir dement werden, ein verstärkendes Motiv dafür darstellen, den Mord nicht zu begehen? Würde nicht das Wissen, dass uns eine Strafe selbst dann nicht erlassen würde, wenn wir demenzkrank werden, noch ein etwas stärkeres Motiv zur Vermeidung von Straftaten darstellen als das Wissen, dass wir, wenn wir die Tat begehen, zwar gestraft werden, uns aber immerhin die Strafe erlassen wird, wenn wir demenzkrank werden?

Die Antwort auf diese Fragen lautet: Es kommt darauf an. Genauer: Es kommt darauf an, ob die Situation eines Demenzkranken innerhalb des Strafvollzugs für ihn signifikant belastender ist als außerhalb des Strafvollzugs. Wenn dies nicht der Fall ist, da die medizinische und soziale Versorgung des Demenzkranken in beiden Kontexten, innerhalb und außerhalb des Strafvollzugs, ungefähr gleich sein wird, wird die Aussicht darauf, auch als Dementer inhaftiert zu bleiben, im Allgemeinen keinen nennenswerten Einfluss auf die Abschreckungswirkung der Strafe haben. Den allermeisten Menschen wird es in diesem Fall gleichgültig sein, ob sie, wenn sie eine Freiheitsstrafe verbüßen müssen, diese auch dann verbüßen müssen, wenn sie demenzkrank werden, oder ob in diesem Fall von der Strafvollstreckung abgesehen wird. Die Aussicht auf die letzte Lebensphase der Demenz wird dann in beiden Fällen gleich unangenehm sein, und die Aussicht auf die Fortführung der Strafe im Falle einer Demenzerkrankung wird keine Steigerung des Präventionseffektes bewirken.

Aber ist dies der Fall? Man könnte bezweifeln, ob es tatsächlich für Demente keinen Unterschied macht, ob sie sich weiterhin im Strafvollzug befinden oder nicht. Ist es nicht z.B. durchaus ein für ihr Wohlbefinden relevanter Unterschied, ob sie von ihren eigenen Angehörigen oder von fremden Menschen im Strafvollzug ohne besondere Zuwendung, wenngleich unter Sicherstellung der notwendigen medizinischen Versorgung, betreut werden? Wenn dies so ist, wenn also der Zustand dementiell Betroffener innerhalb eines Gefängnisses deutlich schlechter ist als außerhalb des Strafvollzugs, scheint eine Fortführung der Strafvollstreckung zum Zwecke der Generalprävention durchaus angebracht, denn die Aussicht darauf, auch im Stadium der Demenz inhaftiert zu bleiben, kann dann durchaus eine abschreckende Wirkung auf potentielle Täter entfalten.

Zu dieser Überlegung zugunsten der Möglichkeit einer generalpräventionstheoretischen Rechtfertigung einer Bestrafung Dementer lassen sich eine empirische Erwägung und ein normatives Argument vorbringen. Die empirische Erwägung, die sich auf bereits langjährig Inhaftierte bezieht, ist folgende: Es ist keineswegs selbstverständlich, dass für bereits seit langer Zeit inhaftierte demente Gefangene die Entlassung aus dem Gefängnis mit einer Verbesserung ihrer Lebenssituation verbunden ist. Dass es diesen Gefangenen innerhalb des Gefängnisses schlecht geht, heißt (leider) nicht, dass es ihnen außerhalb des Gefängnisses besser gehen würde. Schon für nicht demente Gefangene gilt, dass eine bevorstehende Entlassung häufig keinesfalls als Rückkehr in die langersehnte Freiheit begrüßt wird; vielmehr wissen Sozialarbeiter in Gefängnissen von Nervosität und Angstzuständen derjenigen Gefangenen zu berichten, denen eine Entlassung bevorsteht, da diese auch das Ende eines zwar gewiss nicht angenehmen, aber immerhin geregelten Tagesablaufes mit regelmäßiger Nahrung und warmen Räumen bedeutet. Die Belastungen angesichts einer bevorstehenden Entlassung dürften für demente Gefangene noch gravierender sein, da ihnen aufgrund ihrer ohnehin krankheitsbedingt vorhandenen Orientierungsschwierigkeiten der Wechsel in einen Lebenskontext außerhalb des Gefängnisses noch schwerer fallen wird als nicht dementiell betroffenen Gefangenen. Auch ist nicht gesagt, dass mit der Entlassung die Rückkehr dieser Gefangenen in die liebevolle Obhut einer sorgenden Familie verbunden wäre. Langzeitinhaftierte, ob dement oder nicht, haben häufig nicht mehr viele soziale Bezüge außerhalb des Gefängnisses; die Sozialarbeiter im Gefängnis sind für sie meist wichtigere Bezugspersonen geworden als die eigenen Familienangehörigen. Darum ist empirisch zweifelhaft, ob die Entlassung bereits langjährig

inhaftierter Dementer mit einer Verbesserung ihres subjektiven Wohlbefindens verbunden ist.

Vor allem aber ist folgendes normatives Argument gegen eine präventionstheoretische Rechtfertigung der Bestrafung Dementer einschlägig, das sowohl auf langjährig Inhaftierte als auch auf erst seit kurzer Zeit Inhaftierte Anwendung findet: *Wenn* es der Fall ist, dass es Dementen innerhalb eines Gefängnisses schlechter geht als außerhalb des Gefängnisses, gibt es (von Gründen für die Strafrechtfertigung völlig unabhängige) moralische Gründe dafür zu fordern, dass sich dies ändern *sollte*. Diese Forderung ließe sich wie folgt begründen: Strafe ist die intendierte Zufügung von Leiden. Wir können aber differenzieren zwischen dem durch die Strafe intendierten Leiden, dem Strafleiden, und dem Leiden, das nicht durch die Strafe intendiert ist. Zu letzterem gehört z.B. Krankheitsleiden. Diese Differenzierung vorzunehmen ist ein wesentlicher Bestandteil eines humanen Strafvollzuges. Dass wir mit einer Strafe bestimmtes Leiden, z.B. das Leiden an Freiheitsentzug, zu bewirken beabsichtigen, ist damit vereinbar, dass wir nicht strafbedingtes Leiden, insbesondere Krankheitsleiden, innerhalb des Gefängnisses auf genau die gleiche Weise zu lindern versuchen wie außerhalb des Gefängnisses – jedenfalls soweit dies mit der Vollstreckung der Strafe überhaupt noch vereinbar ist. Wer als Inhaftierter an Krebs erkrankt, sollte genauso Zugang zu chemotherapeutischen Behandlungen haben wie ein Krebskranker außerhalb des Gefängnisses, denn es ist nicht Bestandteil der Strafe, *dieses* Leiden, das krankheitsbedingt ist, zufügen zu wollen. Liegt ein Angehöriger eines Inhaftierten im Sterben, sollte die Möglichkeit bestehen, ihm Hafterleichterung zu gewähren, damit er, soweit dies möglich, das heißt mit der Strafvollstreckung vereinbar ist, den Angehörigen besuchen kann, denn auch das Leiden infolge des Sterbens eines Angehörigen gehört nicht zu dem Leiden, dessen Zufügung mit der Strafe intendiert ist. Das durch Demenz bedingte Leiden ist kein Strafleiden, sondern ein Krankheitsleiden. Daher sollte dieses Leiden innerhalb des Gefängnisses nach Möglichkeit genauso gelindert werden wie außerhalb des Gefängnisses. Wo dies de facto nicht geschieht, ist dies ein Missstand, den man mit guten moralischen Gründen kritisieren kann.

Zu betonen ist dabei, dass die Forderung, Krankheitsleiden innerhalb genauso wie außerhalb eines Gefängnisses nach Möglichkeit zu lindern, gegenüber der Forderung, durch Strafen eine Präventionswirkung zu erzielen, als *vorrangig* anzusehen ist. Das heißt, dass diese Forderung nicht durch den Hinweis darauf außer Kraft gesetzt werden kann, dass ein

gesteigerter Präventionseffekt zu erwarten ist, wenn Inhaftierte innerhalb des Gefängnisses eine schlechtere medizinische und soziale Versorgung erhalten als außerhalb des Gefängnisses. Diese Vorrangigkeit lässt sich z.B. mit dem Rekurs auf Menschenwürde begründen, deren Achtung gebietet, dass in Situationen der extremen Bedürftigkeit und Angewiesenheit wie derjenigen der Demenz ein Minimum an Leidensfreiheit, jedenfalls Leidensminderung, und Aktionsspielraum zu gewähren sind. Dies zu beschneiden, gerade den Bedürftigsten Hilfe zu verwehren und den Zustand derer, die ohnehin leidend und auf Hilfe angewiesen sind, noch künstlich zu verschlechtern, um einen generalpräventiven Effekt zu erzielen, wäre mit unserer Vorstellung von Menschenwürde und mit den von den allermeisten Menschen geteilten moralischen Auffassungen nicht vereinbar.¹¹ Wenn diese (vorrangige) moralische Forderung erfüllt ist, gilt, dass es Dementen innerhalb des Gefängnisses nicht schlechter gehen wird als außerhalb des Gefängnisses. Und unter der Voraussetzung, dass dies der Fall ist, wird die Aussicht darauf, im Zustand der Demenz im Gefängnis zu bleiben, keinen nennenswerten Abschreckungseffekt zeitigen. Die Plausibilität des Argumentes gegen die Möglichkeit einer präventionstheoretischen Rechtfertigung der Bestrafung Dementer hängt also nicht davon ab, dass es Dementen *de facto* innerhalb eines Gefängnisses nicht schlechter geht als außerhalb des Gefängnisses, sondern beruht darauf, dass es sich hierbei um eine moralische Forderung handelt, deren Erfüllung gegenüber Präventionserwägungen vorrangig ist.

1.3 Expressionstheorien

Einer Expressionstheorie zufolge liegt das Kriterium der Strafrechtfertigung in der expressiven Dimension der Strafhandlung, d.h. darin, dass durch sie eine Missbilligung oder Verurteilung der bestraften Tat, eine Haltung des Übelnehmens oder der Indignation, kundgetan wird. Feinberg, der als wichtigster Vertreter der Expressionstheorie gilt, erläutert dies wie folgt:

Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those 'in whose name' the punishment is inflicted. Punishment, in

11 Zur ohnehin schwer erträglichen Lage von Dementen in Gefängnissen vgl. die Ausführungen über Demente in US-Gefängnissen von Maschi et al. (2012).

short, has a *symbolic significance* largely missing from other kinds of penalties.¹²

Auch wenn Vertreter der Expressionstheorie nicht immer mit der nötigen Deutlichkeit klarstellen, ob sie ihre Position als deskriptive These über die Funktion der Strafe oder als normative These über das Kriterium gerechtfertigten Strafens auffassen, ist klar, dass die Expressionstheorie auch als Strafrechtfertigungstheorie verstanden werden kann. Sie besagt dann, dass eine staatliche Strafe dann gerechtfertigt ist, wenn sie ein Ausdruck der angemessenen oder gerechten Missbilligung der Tat durch den Strafenden ist.

Als Rechtfertigung der Strafe kann allerdings der Expressionsakt nur dann ernsthaft in Betracht kommen, wenn er einen Adressaten hat und von diesem Adressaten als Expressionsakt verstanden wird oder zumindest verstanden werden kann. Grundsätzlich kann ein Expressionsakt auch ohne Adressaten ausgeführt werden, die diese Expression verstehen können, so wie ein herzhafter Fluch ein Ausdruck des Missmuts sein kann, ohne notwendig an jemanden adressiert zu sein, der diesen Ausdrucksakt verstehen könnte. Aber eine Strafe kann nur *gegenüber jemandem* (der natürlich nicht mit dem Gestraften identisch sein muss) gerechtfertigt werden; soll also der Expressionsakt eine Rechtfertigung der Strafe darstellen, muss er auch verstanden werden können. Es muss dann einen Adressaten des Expressionsaktes geben, der diesen verstehen kann und dem gegenüber die Strafe durch den Expressionsakt gerechtfertigt wird.¹³

Je nachdem, an wen die durch die Strafe ausgedrückte Missbilligung der Tat adressiert sein soll, lassen sich – in Analogie zur Unterscheidung zwischen Spezial- und Generalprävention – spezialexpressive und general-expressive Varianten einer Expressionstheorie voneinander unterscheiden. Erstere gehen davon aus, dass die durch die Strafe ausgedrückte Missbilli-

12 Feinberg 1970, 98. Zur Charakterisierung von Expressionstheorien vgl. z.B. auch Zürcher 2014, 128–132; Wringe 2016, 11–16.

13 Dass der Expressionsakt verstanden werden muss, bedeutet nicht, dass die Strafe dem Täter in dem Sinne „kommuniziert“ werden muss, den Duff in seiner Kommunikationstheorie der Strafe zugrunde legt (Duff 2001). Die Kommunikationstheorie geht über die Expressionstheorie der Strafe insofern hinaus, als ihr zufolge die Strafe nicht *nur* expressiv ist, sondern auch auf eine „Antwort“ des Gestraften, z.B. in Form von Verhaltensänderung, abzielt. Kommunikation in diesem Sinne ist beidseitig, eine Expression ist dies nicht notwendig.

gung an den Täter selbst adressiert ist. Letztere hingegen sehen als Adressaten des Expressionsaktes nicht den Täter selbst, sondern „die Öffentlichkeit“ oder „die Gesellschaft als ganze“ an, an die die Botschaft gerichtet ist: Ihr wird durch die Strafe kommuniziert, dass die bestrafte Handlung missbilligt wird.¹⁴

Offensichtlich begründet das expressionstheoretische Rechtfertigungskriterium dann keine Bestrafung von Dementen, wenn der Expressionsakt (spezialexpressiv) als an den Gestraften selbst adressiert aufgefasst wird. Der Demente, jedenfalls der Demente in den mittleren und späten Stadien der Krankheit, wird diese Botschaft nicht mehr vernehmen. Er kann nicht mehr verstehen, was ihm mit der Strafe kommuniziert werden soll. Fasst man also „eine Missbilligung ausdrücken“ so auf, dass die dadurch bezeichnete Expressionshandlung nur dann vorliegt, wenn sie an den Täter oder seinen körperlichen Nachfolger adressiert ist *und* wenn ihr Adressat diese Expressionshandlung auch als solche verstehen kann, dann wird dieser Expressionsakt bei der Bestrafung Dementer niemals gelingen. Aus dem auch bei der Erörterung der Retributionstheorie genannten Grund, dass der Demente infolge des Verlusts seiner kognitiven Fähigkeiten die Strafe nicht mehr auf die Tat beziehen kann, kann er auch den Expressionsakt, der durch die Strafe vollzogen werden soll, nicht mehr verstehen.

Anders verhält es sich, wenn die Expressionshandlung als nicht an den Täter, sondern generalexpressiv als an die Öffentlichkeit oder die Gesellschaft als ganze adressiert aufgefasst wird. Ebenso offensichtlich, wie das spezialexpressive Rechtfertigungskriterium bei der Bestrafung Dementer nicht erfüllt ist, ist das generalexpressive erfüllt. Durch die Bestrafung Dementer kann – und wird – sehr wohl der Öffentlichkeit eine Missbilligung der Tat kommuniziert werden, und diese wird auch als solche verstanden. Wird ein dementer ehemaliger KZ-Aufseher zu einer Gefängnisstrafe verurteilt, die er aufgrund seines Gesundheitszustandes voraussichtlich nicht mehr antreten muss oder in der er, falls er sie antreten muss, aufgrund seiner Demenz kaum in stärkerem Ausmaß zu leiden haben wird, als es ohne die Verurteilung der Fall gewesen wäre, so wird durch diese Bestrafung zwar nicht ihm selbst, wohl aber der Öffentlichkeit die anhaltende Verurteilung der Nazi-Gräueltaten kommuniziert. Die Strafe hat dann eine „symbolische Funktion“ insofern, als sie, ohne das Leiden des Adressaten der Strafe zu vergrößern

14 Eine generalexpressive Rechtfertigungstheorie des Strafens wird jüngst von Wringer (2016) entwickelt.

bern oder ihn noch „zu erreichen“, ein deutliches Signal der Verurteilung der durch ihn begangenen Taten darstellt. Durch die Strafe wird ausgedrückt, dass diese Taten nicht verziehen, vergessen oder verjährt sind. Es gilt also: Das generalexpressive Rechtfertigungskriterium ist im Falle der Bestrafung Dementer erfüllt. Setzt man die Wahrheit der im Sinne einer Generalexpression verstandenen Expressionstheorie voraus, so kann die Bestrafung Dementer als gerechtfertigt gelten.

2 Zur expressionstheoretischen Begründung der Bestrafung Dementer

Das Ergebnis der bisherigen Argumentation in Bezug auf die Retributionstheorie (RT), die Präventionstheorie (PT) und die Expressionstheorie (ET) lässt sich in drei Thesen zusammenfassen:

- (1) Wenn RT korrekt ist, gibt es keinen Grund für die Bestrafung Dementer.
- (2) Wenn PT korrekt ist, gibt es keinen Grund für die Bestrafung Dementer.
- (3) Wenn ET korrekt ist, gibt es einen Grund für die Bestrafung Dementer.

Da das expressionstheoretische Kriterium im Falle der Bestrafung Dementer erfüllt, die Bestrafung Dementer unter Voraussetzung einer Expressionstheorie also durchaus gerechtfertigt sein kann, stellt sich nunmehr in Bezug auf (3) die Frage, wie die Expressionstheorie zu beurteilen ist – denn nur wenn das Konditional (3) korrekt ist *und* das Antezedens von (3) wahr ist, gibt es einen Grund für die Bestrafung Dementer.

Die Expressionstheorie sieht sich im Wesentlichen drei Einwänden ausgesetzt.¹⁵ Der erste besagt, dass die expressive Funktion einer Strafe eine zu schwache Rechtfertigungsgrundlage für das teils erhebliche Leiden ist, das dem Gestraften zugefügt wird. Eine so massive Leidenzufügung wie beispielsweise ein Freiheitsentzug lässt sich schwerlich einzig durch die dadurch hervorgerufene Signalwirkung rechtfertigen, von noch massiveren Strafen wie der Todesstrafe oder körperlicher Züchtigung einmal ganz abgesehen. Zweitens erscheint, um eine solche Signalwirkung hervorzurufen, eine Strafe auch nicht notwendig zu sein, denn zumindest häufig kann die öffentliche Verurteilung einer Tat auch auf andere Weise als durch eine Strafe kund-

15 Zur Kritik der Expressionstheorie vgl. auch Hart 2008a, 7–8; Hart 2008b, 169–173.

getan werden. Warum sollte man die Verurteilung von Steuerhinterziehung nicht durch eine öffentliche Demonstration, warum die Verurteilung von Kinderschändern nicht durch Solidaritätskundgebungen mit den Opfern ihrer Taten, also ganz ohne eine Leidenszufügung durch Strafe, kundtun? Drittens schließlich ist, wenn man die Strafe durch ihre Expressionswirkung rechtfertigt, nicht ersichtlich, wie man das durch die Strafe zugefügte Leiden sinnvoll begrenzen kann, zumal die Expressionswirkung der Strafe im Allgemeinen mit der Stärke des durch die Strafe zugefügten Leidens steigen wird. Wenn Freiheitsentzug durch die Expressionswirkung der Strafe gerechtfertigt werden kann, warum sollte man dann nicht zumindest bei besonders schweren Straftaten auch die öffentliche Demütigung des Täters, warum nicht auch Folter und Sippenhaft als Ausdruck ihrer Missbilligung erwägen? Dem Ausmaß legitimerweise zuzufügender Strafen scheinen keine Grenzen mehr gesetzt, wenn die Expressionswirkung die Rechtfertigungsgrundlage der Strafe sein soll.

Die genannten Einwände gegen eine Expressionstheorie sind, wie hier nicht näher ausgeführt werden kann, durchaus überzeugend. Allerdings lässt sich eine Expressionstheorie so modifizieren, dass diese Einwände abgewehrt werden können. Diese Modifikation besteht darin, dass die Expressionstheorie nicht auf alle Strafhandlungen, sondern nur auf einen bestimmten Bereich von Strafhandlungen bezogen wird. Die Expressionstheorie kann zwar nicht beanspruchen, ein überzeugendes Kriterium für die Rechtfertigung aller Strafhandlungen zu offerieren, wohl aber ist sie, wie nun gezeigt werden soll, in Bezug auf einen Teilbereich von Strafhandlungen überzeugend. Um dies zu begründen, ist es angezeigt, sich zunächst darauf zu besinnen, was Strafen eigentlich sind.

Wie eingangs bereits erwähnt, ist eine Strafe eine *beabsichtigte* Leidenszufügung in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß. Jemanden zu strafen heißt also keinesfalls notwendig, ihm ein Leiden in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß zuzufügen, sondern es heißt zu *beabsichtigen*, ihm ein Leiden in Reaktion auf einen angenommenen Normverstoß zuzufügen.¹⁶ Die Differenz zwischen „jemandem ein Leiden zufügen“ und „beabsichtigen, jemandem ein Leiden zuzufügen“ ist von zentraler Bedeutung. Denn nicht immer wird die Absicht, ein Leiden zuzufügen, auch in die Tat umgesetzt. Es kann sein, dass jemand die Leidenszufügung beabsichtigt, aber kein Leiden zugefügt wird. Es kann sein, dass diese Absicht aus

16 Vgl. hierzu auch Hoerster 2012, 13f.

kontingenten Gründen nicht realisiert werden kann; jemand, der zu einer Strafe verurteilt wird, kann vor Antritt der Strafe sterben, oder er kann nicht identifizierbar sein und in absentia verurteilt werden. Es kann auch sein, dass diese Absicht nicht realisiert wird, weil jemand die Strafe, die als eine Leidenszufügung intendiert ist, nicht als eine solche empfindet. Auch dann aber sprechen wir von Strafen. Wir sprechen auch dann von einer Gefängnisstrafe, wenn der Gestrafte – vielleicht, weil es sich um einen Obdachlosen handelt, der zu schätzen weiß, dass es im Gefängnis immerhin im Winter warm ist, es dort regelmäßig Essen und einen geregelten Tagesablauf gibt – den Gefängnisaufenthalt gar nicht als Leiden empfindet. Wenn eine Mutter ihre Tochter für eine Verfehlung mit dem Verbot des samstäglichem Discobesuchs bestraft, bleibt dies auch dann eine Strafe, wenn der Tochter, da sie Discobesuche hasst, dieses Verbot im Grunde hochwillkommen ist. „Strafen“ ist kein Erfolgsverb; auch wenn die Leidenszufügung zwar intendiert, aber nicht erreicht wird, liegt eine Strafe vor.¹⁷

Es gibt also eine Teilklasse von Strafhandlungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass mit ihnen eine Leidenszufügung beabsichtigt ist, aber de facto kein Leiden zugefügt wird. In Bezug auf diese Teilklasse von Strafhandlungen ist nun die Expressionstheorie eine durchaus überzeugende Theorie der Strafrechtfertigung. Es ist plausibel zu sagen, dass eine Strafe, wenn sie keinerlei faktische Auswirkungen auf das Leiden des Gestraften hat, sich dadurch legitimiert, dass mit ihr ein soziales Signal der Missbilligung oder Verurteilung einer bestimmten Tat ausgedrückt wird. Beschränkt man nämlich die Expressionstheorie auf diese Weise, so ist klar, dass die soeben genannten Einwände gegen eine auf alle Strafhandlungen bezogene Expressionstheorie nicht mehr greifen. Der Einwand, dass die Expressionswirkung eine zu schwache Rechtfertigungsgrundlage für das durch die Strafe zugefügte

17 Natürlich könnte man per Definitionsentscheid festsetzen, dass bei Fehlen einer faktischen Leidenszufügung *nicht* von Strafen gesprochen werden sollte. Allerdings wäre dies begriffspragmatisch und mit Blick auf die Anwendbarkeit der Definition eine unglückliche Entscheidung, da es bedeuten würde, dass wir niemals wissen können, ob eine Strafe vorliegt oder nicht, ohne zu wissen, ob der Adressat der (als solche intendierten) Strafhandlung diese als Leiden empfindet oder nicht. Die Frage, ob eine Handlung eine Strafhandlung ist oder nicht, würde von der subjektiven Empfänglichkeit des Adressaten der Handlung für die damit intendierte Leidenszufügung abhängig gemacht. Ein Richter müsste dann z.B., um zu wissen, ob er eine Strafe verhängt, zunächst einmal herausfinden, ob deren Adressat sie auch als Leiden empfindet, was schwer praktikabel wäre.

Leiden ist, geht dann offenbar ins Leere – denn wenn kein Strafübel empfunden wird, stellt die Strafe, als bloß intendierte Leidenszufügung, auch keine faktische Zufügung von Leiden für den Gestrraften dar. Auch dass diese Expressionswirkung auf andere Weise als durch eine Strafe, etwa durch eine öffentliche Manifestation der Missbilligung, erreicht werden kann, ist dann kein überzeugendes Gegenargument mehr. Zwar ist dies der Fall, aber die Strafe ist dann eben eine von vielen möglichen Weisen, diese Expressionswirkung zu erzielen, und sie unterscheidet sich hinsichtlich des faktischen Leidens, das dem Gestrraften damit zugefügt wird, nicht von anderen Manifestationen der Verurteilung der Tat. Schließlich entfällt auch der Einwand, dass expressionstheoretisch *jede* Leidenszufügung zur Erreichung einer Expressionswirkung legitim sei, denn die Expressionstheorie wird dann ja von vorneherein auf Strafhandlungen eingeschränkt, mit denen überhaupt kein Leiden zugefügt wird, wobei eine Abgrenzung von Strafhandlungen, mit denen ein Leiden zugefügt wird und die daher einer anderen als einer expressionstheoretischen Rechtfertigung bedürfen, problemlos möglich ist.

Die Bestrafung Dementer gehört nun in eben diese Klasse von nicht mit einer faktischen Leidenszufügung verbundenen Strafhandlungen. Mit ihr wird eine Leidenszufügung beabsichtigt, aber nicht mehr realisiert, da die Bestraften das Strafübel nicht mehr als solches empfinden. Jedenfalls gilt dies unter der Annahme, dass die oben genannte vorrangige moralische Forderung erfüllt ist, das demenzbedingte Krankheitsleiden innerhalb des Gefängnisses genauso nach Möglichkeit zu lindern wie außerhalb des Gefängnisses, sofern also die medizinische Versorgung und soziale Betreuung Dementer innerhalb einer Justizvollzugsanstalt nicht signifikant schlechter sind als in Freiheit. Was oben als Argument gegen eine generalpräventiv-theoretische Rechtfertigung der Bestrafung Dementer angeführt wurde, entpuppt sich hier als Argument für eine expressionstheoretische Rechtfertigung ihrer Bestrafung. Die Tatsache, dass, sofern die medizinische und soziale Versorgung Dementer den Standards einer menschenwürdigen Behandlung entspricht, den bestrafte Dementen im Vergleich zu einem Zustand, in dem sie in Freiheit sind, kein zusätzliches Leiden durch ihre Bestrafung entsteht, spricht gegen die Annahme, dass die Androhung einer solchen Strafe eine generalpräventive Wirksamkeit entfaltet. Sie spricht aber gerade dafür, dass sich eine solche Bestrafung expressionstheoretisch rechtfertigen lässt. Das Fehlen des durch die Strafe zugefügten Leidens lässt die Bestrafung Dementer in die Klasse derjenigen Strafhandlungen fallen, die durch ihre Expressionswirkung gerechtfertigt werden können. Sie ist gerechtfertigt

tigt, weil sie eine symbolische Funktion erfüllt und, ohne zusätzliches (d.h. zum Leiden aufgrund von Demenz noch hinzukommendes) faktisches Leiden zu bewirken, die anhaltende soziale Missbilligung der früher begangenen Tat des Dementen ausdrückt.

3 Vier Einwände

Im Folgenden gilt es, vier Einwände gegen die bisherige Argumentation zu entkräften. Ein erster Einwand lautet: Die Argumentation beruht wesentlich auf der Unterscheidung zwischen „ein Leiden zufügen“ und „beabsichtigen, ein Leiden zuzufügen“ und der These, dass die Expressionswirkung der Strafe durch die Absicht der Leidenszufügung auch dann erreicht werden kann, wenn de facto kein Leiden zugefügt wird. Wenn aber, so könnte man sagen, Strafen die Absicht, Leiden zuzufügen, impliziert, kann die Auferlegung von Maßnahmen, von denen der Auferlegende gar nicht meint, dass sie Leiden zufügen, keine Strafe sein. Wenn jemand, der nicht meint, Leiden zuzufügen, auch nicht beabsichtigen kann, Leiden zuzufügen, dann kann er nicht strafen; also lässt sich auf diese Weise auch keine *Straf*praxis begründen, da „strafen“ ja nun einmal heißt: „beabsichtigen, Leiden zuzufügen“.

Die Überzeugungskraft dieses Einwandes hängt davon ab, was genau man hier unter „meinen“ versteht. Es ist richtig, dass es, wenngleich nicht begrifflich unmöglich (d.h. nicht qua Bedeutung von „beabsichtigen“ ausgeschlossen), so doch irrational ist, etwas zu beabsichtigen, von dem man *weiß*, dass es nicht realisiert werden wird. Zu beabsichtigen, den Himmel grün zu streichen oder ein verheirateter Junggeselle zu werden, wäre irrational. In Bezug auf rationale Akteure gilt, dass sie nicht etwas beabsichtigen können, von dem sie *wissen*, dass es nicht eintreten wird. Das Beabsichtigen eines Handlungserfolges schließt jedoch keinesfalls aus, dass der Akteur den Eintritt des beabsichtigten Handlungserfolges für unsicher hält, auch nicht, dass er ihn für sehr unwahrscheinlich, nicht einmal, dass er ihn für *fast* unmöglich hält. Man kann z.B. jemandem etwas schenken und ihm damit eine Freude zu machen beabsichtigen, auch wenn man keinesfalls sicher ist, dass es ihm eine Freude bereiten wird, selbst dann, wenn man es für unwahrscheinlich hält, dass es ihm eine Freude machen wird. Der blutige Schachamateure, der sich zu einer Partie mit Magnus Carlsen ans Brett setzt, wird aufrichtig beabsichtigen, die Partie nicht zu verlieren, wohl wissend, dass das Eintreten des von ihm beabsichtigten Handlungserfolges monströs unwahrscheinlich ist. Mit dieser Einstellung werden auch die Spieler der Fußballnationalmannschaft von San Marino (rationalerweise) beabsichti-

gen, das Spiel gegen Deutschland nicht zu verlieren, obwohl sie „so gut wie wissen“, dass sie es verlieren werden. Für rationales Beabsichtigen reicht es, dass der beabsichtigte Handlungserfolg nicht völlig ausgeschlossen ist. Es ist aber nicht nötig, dass sein Eintreten als wahrscheinlich angesehen wird.

Analog gilt: Um zu beabsichtigen, jemandem ein Leiden durch Strafen zuzufügen, reicht es, dass man das Eintreten dieses Leidens nicht für ausgeschlossen hält. „Strafen“ verhält sich zu „beabsichtigen, Leiden zuzufügen“ wie „schenken“ zu „beabsichtigen, eine Freude zu machen“: Wer weiß, dass jemand X scheußlich finden wird, kann nicht rationalerweise beabsichtigen, ihm mit X eine Freude zu machen, und wenn er ihm X gibt, wird man das nicht „schenken“ nennen. Wer aber auch nur eine geringe Möglichkeit sieht, jemandem mit X eine Freude zu machen, kann dies, ohne deswegen irrational zu sein, beabsichtigen, und dann wird man, wenn er ihm X gibt, von „schenken“ sprechen. Und ebenso gilt: Wer es nicht für ausgeschlossen hält, dass dem Dementen durch die Bestrafung Leiden entsteht, kann rationalerweise beabsichtigen, ihm dieses zuzufügen, also strafen. Und so wie die Expressionswirkung eines Geschenkes, etwa die Bekundung von Zuneigung, durch die Absicht erreicht werden kann, eine Freude zu bereiten, selbst dann, wenn der Versuch, Freude zu bereiten, misslingt, und sogar, wenn schon vorhersehbar ist, dass er misslingt, kann die Expressionswirkung der Strafe durch die Absicht erreicht werden, Leiden zuzufügen, selbst dann, wenn diese Absicht nicht realisiert wird, und sogar, wenn schon vorhersehbar ist, dass sie nicht realisiert werden wird. Der genannte Einwand zeigt also nicht, dass es unmöglich ist, die Zufügung eines Leidens zu beabsichtigen, von dem man meint – „meinen“ nicht im Sinne von „wissen“, sondern im Sinne von „antizipieren“ oder „als wahrscheinlich voraussehen“ –, dass es *nicht* eintreten wird.¹⁸ Damit ist auch nicht ausgeschlossen, dass sich die Bestrafung

18 Hingegen ist der genannte Einwand schlagend gegen die von Wringe verteidigte Variante einer Expressionstheorie. Nach Wringe (mit dem ich in der Annahme übereinstimme, dass wir strafen können, ohne de facto Leiden zuzufügen) ist es nicht der Fall, dass Strafen notwendig mit der *Absicht*, Leiden zuzufügen einhergeht, wohl aber, dass der Strafende das Leiden als vermutlich oder wahrscheinlich eintretend *vorhersieht* (Wringe 2016, 40f.). Legt man diese Theorie zugrunde, gilt in der Tat: Man kann Demente nicht strafen, sofern man vorhersieht, dass ihnen kein Leiden entstehen wird, denn dann ist ein Definitionsmerkmal von „strafen“ nicht erfüllt. Gegen Wringes Expressivismus ist allerdings zu bedenken zu geben, dass „vorhersehen, dass B (wahrscheinlich) leiden wird“ ein zu schwaches begriffliches Erfordernis für „B strafen“ ist. Es kann sein, dass A auf einen Normverstoß von B in einer

Dementer über die Expressionswirkung der Strafe in Kombination mit der Tatsache, dass die Strafe, wie man voraussieht, de facto nicht mit der beabsichtigten Leidenszufügung einhergehen wird, rechtfertigen lässt.

Ein zweiter Einwand besagt, dass die expressionstheoretische Rechtfertigung der Bestrafung Dementer den Bereich legitimer Strafhandlungen auf unplausible Weise auf *alle* Fälle ausdehnt, in denen das Strafübel gar nicht mehr als solches empfunden wird. Wenn wir Demente, die das Strafübel gar nicht als solches empfinden, aufgrund der expressiven Wirkung der Strafhandlung strafen dürfen, dürfen wir dann nicht auch andere Strafhandlungen rein expressiver Art an das Strafübel nicht mehr empfindenden, möglicherweise gar nicht empfindungsfähigen Objekten vornehmen? Warum sollten wir nicht, wenn wir Demente strafen, die das Strafübel nicht mehr empfinden, auch Leichname strafen, die es ebenfalls nicht mehr empfinden? Warum sollten wir dann z.B. nicht auch die Leiche eines Diktators strafen und damit ein soziales Signal der fortbestehenden Missbilligung seiner Taten an die Öffentlichkeit senden?¹⁹

Dieser Einwand stellt aus zwei Gründen kein überzeugendes Gegenargument gegen die expressionstheoretische Rechtfertigung der Bestrafung Dementer dar. Der erste Grund ist folgender: Zweifellos ist es richtig, dass wir es im Allgemeinen abwegig finden, Leichen strafen zu wollen. Dass wir es abwegig finden, scheint aber im Wesentlichen aus der ziemlich offensichtlichen Irrationalität der Handlung zu resultieren, die darin bestünde, Leichen Leiden zufügen zu wollen. Wer beabsichtigte, Leichen Leiden zuzufügen, schiene so irrational wie jemand, der seinen Computer an die Wand wirft, um ihn für Datenverlust zu bestrafen. Der Computer wird sich von dieser Handlung nicht beeindrucken lassen, die Leiche auch nicht. Darum wäre es

Weise reagiert, dass A zwar vorhersieht, dass B leiden wird, aber A den B nicht straft. Wenn z.B. B den A beleidigt hat und A sich daraufhin von B schweigend abwendet und seiner Wege geht, sieht A möglicherweise voraus, dass B infolge dieser Abwendung Leiden entstehen wird, aber er beabsichtigt möglicherweise dieses Leiden nicht, sondern nimmt es lediglich als Nebenfolge seines Handelns in Kauf – deswegen würde man hier nicht davon sprechen, dass A den B bestraft. Um B zu bestrafen, reicht es nicht, dass A Bs Leiden voraussieht, er muss dieses vielmehr auch, mit welcher angenommenen Erfolgswahrscheinlichkeit auch immer, intendieren. Dass man das Leiden intendiert, ist aber, wie gezeigt, damit vereinbar, dass man voraussieht, dass es nicht eintreten wird.

19 Vgl. zu diesem Einwand Dufner 2013, 144f.

irrational, auch nur zu beabsichtigen, Computer oder Leiche Leiden zuzufügen. Diese Irrationalität liegt aber im Falle der Bestrafung Dementer nicht vor. Bei Dementen kann man, anders als bei Leichen, immerhin mit einer gewissen Erfolgsaussicht versuchen, ihnen Leiden zuzufügen; die Absicht, dies zu tun, ist nicht von vorneherein zum Scheitern verurteilt. Das Problem, das uns die Bestrafung von Leichen zu Recht als abwegig erscheinen lässt, taucht also im Falle der Bestrafung von Dementen gar nicht auf. Darum ist der Einwand, insofern er auf der Irrationalität der Bestrafung von Leichen beruht, für die Bestrafung Dementer irrelevant.

Der zweite Grund ist folgender: Dass der Versuch, Leichen Leiden zuzufügen irrational ist, heißt nicht, dass auch das Aussenden eines sozialen Signals durch die Bestrafung von Toten irrational wäre, wobei wir die Bestrafung von Toten nur durch bestimmte, symbolisch aufgeladene Handlungsweisen gegenüber Leichen vornehmen können. Die Annahme, dass wir manchmal auch Tote bestrafen sollten, um eine solche Signalwirkung herbeizuführen, ist keineswegs so kontraintuitiv, wie sie zunächst zu sein scheint, und es ist nicht abwegig anzunehmen, dass es manchmal Gründe für eine solche Bestrafung gibt. So etwa gab es anlässlich des Staatsbesuches des amerikanischen Präsidenten Ronald Reagan in Deutschland im Jahr 1985 eine lebhafte Auseinandersetzung um die Frage, ob Reagan zusammen mit dem damaligen Bundeskanzler Helmut Kohl auch den Soldatenfriedhof in Bitburg besuchen solle, da hier neben deutschen Wehrmachtsangehörigen auch Angehörige der Waffen-SS beerdigt waren.²⁰ Während die Verteidiger dieses Besuches darin eine begrüßenswerte Geste der Versöhnung und der Überwindung einer unheilvollen Vergangenheit sahen, argumentierten die Gegner, dass es sich um eine unangemessene Geste der Ehrerbietung für SS-Kriegsverbrecher handele, mit der die Einzigartigkeit der deutschen Nazi-Verbrechen geleugnet würde. Die Bedenken der Gegner des Besuches lassen sich durchaus durch die Überzeugung wiedergeben, dass es angemessen gewesen wäre, die toten Angehörigen der Waffen-SS zu strafen, indem man ihren Leichen Gesten der Ehrerbietung verweigert und so an die Öffentlichkeit das Signal der anhaltenden Verurteilung der Gräueltaten der Nazis sendet. Es ist also nicht abwegig zu glauben, dass man Tote manchmal tatsächlich durch die Verweigerung von Gesten der Ehrerbietung gegenüber ihren Leichen strafen sollte. Der Hinweis darauf, dass sich diese Konsequenz aus einer expressionstheoretischen Rechtfertigung der Bestrafung Demen-

20 Zur Dokumentation dieser Auseinandersetzung vgl. Hallet 2005.

ter ergibt, kann daher nicht als *reductio ad absurdum* dieser Rechtfertigung gelten.

Ein dritter Einwand lautet wie folgt: Es wurde im Vorhergehenden nicht gezeigt, dass die Retributionstheorie und die Präventionstheorie, die beide zu dem Ergebnis führen, dass es *keinen* Rechtfertigungsgrund für die Bestrafung Dementer gibt, falsch sind. Warum sollte man aber die Expressionstheorie diesen beiden anderen Theorien vorziehen? Es geht nicht an, sich rosinenpickerisch eine Theorie auszusuchen, die dazu führt, dass die Bestrafung Dementer als gerechtfertigt bezeichnet werden kann, und die anderen Theorien, die zu anderen Resultaten führen, zu ignorieren. Die bisherige Argumentation kommt in den Verdacht, die Bestrafung Dementer rechtfertigen zu *wollen* und sich dazu der Theorie zu bedienen, die eben diese Rechtfertigung leistet.

Hierzu ist zu sagen: Es ist richtig, dass im Vorhergehenden die Falschheit der alternativen Theorieangebote nicht explizit nachgewiesen wurde. Aber wenn aus einer Straftheorie T1 (Retributions- oder Präventionstheorie) folgt, dass es keinen Grund für die Bestrafung Dementer gibt, und wenn aus einer weiteren Straftheorie T2 (Expressionstheorie) folgt, dass es einen Grund für die Bestrafung Dementer gibt, und wenn weiterhin gilt, dass T2 korrekt ist, dann folgt hieraus per Kontraposition, dass T1 falsch sein muss. Wenn es einen Grund für die Bestrafung Dementer gibt, ist es nicht der Fall, dass es keinen Grund für die Bestrafung Dementer gibt; also ist dann das Konsequens der oben benannten Konditionale (1) und (2) falsch. Die Anwendung der Kontrapositionsregel führt dann zu dem Ergebnis, dass auch das Antezedens dieser beiden Konditionale falsch sein muss, konkret: dass es nicht der Fall sein kann, dass die Retributionstheorie oder die Präventionstheorie korrekt ist.²¹ Daher muss ihre Falschheit nicht mehr nachgewie-

21 Dies folgt freilich nicht, wenn man die oben genannten Konditionale (1) und (2) so auffasst, dass sie besagen: „Wenn RT / PT korrekt ist, gibt es keinen *retributiven / präventionsbezogenen* Grund für die Bestrafung Dementer“, d.h., so, dass RT und PT nicht ausschließen, dass es *andere* Gründe dafür gibt, solche Strafen als legitim zu erweisen. Dieses Verständnis ist vor allem dann plausibel, wenn es sich bei RT bzw. PT um Hybridtheorien handelt. (Als bekanntestes Beispiel einer Hybridtheorie vgl. Hart 2008a.) In diesem Fall erweisen sich RT und PT nicht als falsch, wenn sich herausstellt, dass es solche Gründe gibt, und das soeben genannte Kontrapositionsargument findet dann keine Anwendung. Allerdings stellt es in diesem Fall auch kein Problem für die vorliegende Argumentation dar, dass die Falschheit von RT und PT nicht erwiesen wurde. Wenn RT und PT von vorneherein so verstanden werden,

sen werden, sondern dies ist bereits durch den Nachweis geschehen, dass genau die Folgerung, die sie implizieren würden, falsch ist. Der bisherigen Argumentation ist daher nicht vorzuwerfen, dass sie sich einfach des Theorieangebots bedient, das zu dem gewünschten Resultat führt, die Bestrafung Dementer rechtfertigen zu können.

Hieran schließt sich aber ein vierter naheliegender Einwand an. Es wurde ja im Vorhergehenden gerade nicht behauptet, dass die Expressionstheorie als Rechtfertigungstheorie in Bezug auf alle Strafhandlungen überzeugend ist, sondern nur, dass sie dies in Bezug auf einen bestimmten Teilbereich von Strafhandlungen ist, nämlich denjenigen, der dadurch gekennzeichnet ist, dass die beabsichtigte Leidenszufügung nicht mit einer faktischen Leidenszufügung verbunden ist. Daher wurde nicht gezeigt, dass das Antezedens des Konditionals (3) – das sich allgemein auf die Expressionstheorie bezieht – wahr ist. Es wurde also auch nicht gezeigt, dass sich aus (3) per modus ponens ableiten lässt, dass es einen Grund für die Bestrafung Dementer gibt, und daher wurde auch nicht gezeigt, dass sich durch Anwendung der Kontrapositionsregel auf (1) und (2) die Falschheit der alternativen Theorieangebote ableiten lässt. Man muss, so der Einwand, die Überzeugungskraft der auf einen bestimmten Bereich von Strafhandlungen eingeschränkten Expressionstheorie fairerweise mit der Überzeugungskraft der auf die gleiche Weise auf eben diesen Bereich von Strafhandlungen eingeschränkten alternativen Theorien der Strafrechtfertigung vergleichen.

Dieser Einwand ist zutreffend. Ihm lässt sich aber recht leicht Rechnung tragen, indem man die oben formulierten Konditionale (1), (2) und (3) so umformuliert, dass sich alle drei diskutierten Theorien auf den gleichen Bereich von Strafhandlungen beziehen, also so:

- (1') Wenn RT *in Bezug auf Strafhandlungen, die de facto kein Leiden bewirken*, korrekt ist, gibt es keinen Grund für die Bestrafung Dementer.
- (2') Wenn PT *in Bezug auf Strafhandlungen, die de facto kein Leiden bewirken*, korrekt ist, gibt es keinen Grund für die Bestrafung Dementer.
- (3') Wenn ET *in Bezug auf Strafhandlungen, die de facto kein Leiden bewirken*, korrekt ist, gibt es einen Grund für die Bestrafung Dementer.

dass sie andere als retributive bzw. präventionsbezogene Gründe für die Bestrafung Dementer zulassen, besteht, wenn man expressivistische Gründe für die Bestrafung Dementer für einschlägig hält, auch keinerlei Notwendigkeit, die Falschheit von RT und PT nachzuweisen.

Alle drei Konditionale können als durch die vorhergehende Argumentation bereits begründet gelten – wobei daran zu erinnern ist, dass die Möglichkeit, Demente so zu bestrafen, *dass* sie durch die Strafe leiden, aufgrund anderweitiger moralischer Gründe ausgeschlossen wurde. Unterstellt man nun, dass die Retributionstheorie korrekt ist, dann wird sich die Rechtfertigbarkeit *aller* Strafhandlungen, folglich auch des Teilbereichs der Strafhandlungen, die de facto nicht mit Leidenszufügung verbunden sind, daran zu bemessen haben, ob das retributionstheoretische Rechtfertigungskriterium erfüllt ist. Wie in 1.1 gezeigt wurde, ergibt die Anwendung dieses Rechtfertigungskriteriums, dass es keinen Grund für die Bestrafung Dementer gibt – und eben dies ist mit (1') gesagt. Unterstellt man, dass die Präventionstheorie korrekt ist, dann wird sich die Rechtfertigbarkeit *aller* Strafhandlungen, folglich auch des Teilbereichs der Strafhandlungen, die de facto nicht mit Leidenszufügung verbunden sind, daran zu bemessen haben, ob das präventionstheoretische Rechtfertigungskriterium erfüllt ist. Wie in 1.2 gezeigt wurde, ergibt die Anwendung dieses Rechtfertigungskriteriums, dass es keinen Grund für die Bestrafung Dementer gibt – und eben dies ist mit (2') gesagt. Unterstellt man schließlich, dass die Expressionstheorie korrekt ist, dann wird sich die Rechtfertigbarkeit *aller* Strafhandlungen, folglich auch des Teilbereichs der Strafhandlungen, die de facto nicht mit Leidenszufügung verbunden sind, daran zu bemessen haben, ob das expressionstheoretische Rechtfertigungskriterium erfüllt ist. Wie in 1.3 gezeigt wurde, ergibt die Anwendung dieses Rechtfertigungskriteriums, dass es einen Grund für die Bestrafung Dementer gibt – und eben dies ist mit (3') gesagt. Die modifizierten Konditionale (1'), (2') und (3') sind also durch die bisherige Argumentation gut begründet.

Weiterhin gilt: In Abschnitt 2 wurde begründet, dass das Antezedens des Konditionals (3') wahr ist. Tatsächlich ist eine Expressionstheorie in Bezug auf Strafhandlungen, die de facto kein Leiden bewirken, korrekt, d.h., sie bietet in Bezug auf diese Strafhandlungen ein überzeugendes und kritikresistentes Rechtfertigungskriterium an. Wenn aber gilt, dass das Konditional (3') korrekt ist und dass das Antezedens des Konditionals wahr ist, lässt sich daraus per modus ponens auf die Wahrheit des Konsequens von (3') schließen. Es gibt dann einen Grund für die Bestrafung dementer Täter. Wenn das aber so ist, ist das Konsequens der Konditionale (1') und (2') falsch, und daraus folgt dann per Kontraposition, dass auch das Antezedens dieser beiden Konditionale falsch ist. Retributions- und Präventionstheorien sind in Bezug auf den Teilbereich von Strafhandlungen, die nicht mit der faktischen Zufügung von Leiden verbunden sind, keine korrekten Theorien, d.h., sie bieten

für diesen Teilbereich von Strafhandlungen kein überzeugendes Rechtfertigungskriterium an.

Der genannte Einwand nötigt also lediglich dazu, Folgendes zu konzessionieren: Mit der vorhergehenden Argumentation wurde die Möglichkeit offengelassen, dass Retributions- und Präventionstheorien in Bezug auf *andere* Strafhandlungen als diejenigen, die de facto kein Leiden bewirken, überzeugend sind und dass sie in Bezug auf diese anderen Strafhandlungen der Expressionstheorie vorzuziehen sind. (Tatsächlich ließen sich Argumente dafür finden, dass dies auch der Fall ist.) Diese Konzession ist aber harmlos, solange es ausschließlich um die Bestrafung Dementer geht. Dass sich andere Bestrafungen als die Bestrafungen Dementer nicht expressionstheoretisch, sondern vermutlich, wenn überhaupt, dann nur retributions- oder präventionstheoretisch begründen lassen, muss denjenigen nicht beunruhigen, der behauptet, dass sich die Bestrafung dementer Menschen expressionstheoretisch rechtfertigen lässt. Und eben dies ist, wie im Vorhergehenden gezeigt wurde, tatsächlich der Fall.

4 Schlussbemerkungen

Aus dem bisher Gesagten ergeben sich im Wesentlichen zwei praktische Konsequenzen. Zum einen zeigt sich, dass wir manchmal gute Gründe dafür haben, Demente für ihre im früheren Zustand der Kompetenz begangenen Taten weiterhin zu bestrafen, d.h., dass die Demenz des Inhaftierten nicht notwendig ein Strafaufhebungsgrund ist. Die Einschränkungen, die in diesem Satz durch die Ausdrücke „manchmal“ und „nicht notwendig“ angezeigt werden, ergeben sich daraus, dass im Einzelfall zu entscheiden ist, ob der Expressionswirkung bereits Genüge getan ist, wenn der Gestrafte bei eintretender oder fortschreitender Demenz nicht weiter bestraft wird. Manchmal wird dies der Fall sein, da die Expressionswirkung durch den Verzicht auf die anhaltende Inhaftierung des Dementen nicht eingeschränkt wird. Man wird dann sagen, dass es einer weiteren Bestrafung des Dementen nicht mehr bedarf, um diese Expressionswirkung zu erzielen. In anderen Fällen aber, insbesondere in Fällen von Kapitalverbrechen, lässt sich zu Recht argumentieren, dass erst durch die anhaltende Bestrafung des Dementen die nötige Signalwirkung erzielt wird. In jedem Fall aber gilt: Der schlichte Verweis auf Demenz ist kein überzeugender Grund für eine Strafaufhebung.

Zum anderen ergibt sich aus der vorhergehenden Argumentation, dass es auch dann Gründe für die Bestrafung eines Dementen geben kann,

wenn dieser erst als Dementer als Täter identifiziert wird. Wird z.B. ein ehemaliger Kriegsverbrecher, der bis dahin ein unbehelligtes und geruhames Leben im Kreis seiner Familie geführt hat, erst im Zustand der Demenz als ein ehemaliger Kriegsverbrecher identifiziert, dann kann es gute Gründe dafür geben, seine Strafe ungeachtet – nach der bisherigen Argumentation sogar: gerade wegen – der Tatsache zu befürworten, dass er diese nicht mehr als solche wahrnehmen und darunter nicht leiden wird. Dass die Strafe den Gestraften „nicht mehr erreicht“, ist kein Grund gegen sie, wenn sie dazu dient, generalexpressiv die Verurteilung einer Tat zum Ausdruck zu bringen. Wenn sie, wie im Falle der Bestrafung Dementer, hinsichtlich des Leidens des Gestraften neutral ist, erfüllt sie dennoch eine durchaus wichtige soziale Funktion. Sie kann daher aus Gründen, die unabhängig von Retributions- und Präventionsgesichtspunkten sind, gerechtfertigt werden. Es kann also gerechtfertigt sein, Demente zu bestrafen – sowohl für ihre früheren, im Zustand der Kompetenz begangenen Taten als auch für Taten, als deren Urheber sie erst im Zustand der Demenz identifiziert werden.

Literatur

- Duff, Antony (2001): *Punishment, Communication, and Community*. Oxford.
- Dufner, Annette (2013): Should the Late Stage Demented Be Punished for Past Crimes? In: *Criminal Law and Philosophy* 7, 137–150.
- Fazel, Seena / McMillan, John / O'Donnell, Ian (2002): Dementia in Prison. Ethical and legal implications. In: *Journal of Medical Ethics* 28, 156–159.
- Feinberg, Joel (1970): The Expressive Function of Punishment. In: J. Feinberg: *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton, 95–118.
- Hallet, Theo (2005): *Umstrittene Versöhnung. Reagan und Kohl in Bitburg 1985*. Erlangen.
- Hallich, Oliver (2011): Präventionstheorien der Strafe. In: B. Gesang / J. Schälike (Hrsg.): *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*. Paderborn, 151–176.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (2008a, erstmals 1959): Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: H.L.A. Hart: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. Second Edition*. Oxford, 1–27.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (2008b, erstmals 1962): Punishment and the Elimination of Responsibility. In: H.L.A. Hart: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. Second Edition*. Oxford, 158–185.
- Herrmann, Martina (1995): *Identität und Moral. Zur Zuständigkeit von Personen für ihre Vergangenheit*. Berlin.
- Hoerster, Norbert (2012): *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*. München.

- Honderich, Ted (2006): *Punishment. The Supposed Justifications Revisited*. London.
- Kant, Immanuel (1977, erstmals 1797): *Die Metaphysik der Sitten* (Werke VIII), hrsg. von W. Weischedel. Frankfurt a.M.
- Locke, John (1961, erstmals 1689): *An Essay Concerning Human Understanding*, ed. by J.W. Yolton. London.
- Maschi, Tina / Kwak, Jung / Ko, Eunjeong / Morrissey, Mary (2012): Forget me not. Dementia in Prison. In: *The Gerontologist* 52, 441–451.
- Moore, Michael S. (1997): *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*. Oxford.
- Parfit, Derek (1984): *Reasons and Persons*. Oxford.
- Schälke, Julius (2011): Retributionstheorien der Strafe. In: B. Gesang / J. Schälke (Hrsg.): *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*. Paderborn, 177–200.
- Witt, Karsten (2018): Demenz und Identität, in diesem Schwerpunkt, **xy-yx**.
- Wringe, Bill (2016): *An Expressive Theory of Punishment*. Basingstoke/New York.
- Zürcher, Tobias (2014): *Legitimation von Strafe*. Tübingen.