

# Überlegungen zum Verhältnis von Zweck und Funktion im Strafrecht

Von PD Dr. **Stephan Ast**, Köln

1. Da sich das Recht auf gesellschaftliche Phänomene bezieht und selbst ein Bestandteil der Gesellschaft ist, liegt es nahe, dass die Rechtswissenschaft soziologische Theorien für die eigene Theoriebildung, aber auch für die Auslegung und Systematisierung des Rechts nutzbar macht. Dieses Unternehmen steht vor dem methodologischen Problem, wie sich funktionalistische und teleologische Annahmen zueinander verhalten. Der Soziologe geht von der Gesellschaft aus, der Rechtswissenschaftler von der Perspektive des Normanwenders. Wo der Soziologe gesellschaftliche Funktionen sieht, sieht der Jurist Zwecke. Trifft er auf überlieferte Normen und Institutionen wie die Strafe, muss er begründen, welchen Zweck man vernünftigerweise mit ihnen verknüpfen kann, wenn man das Recht auslegt und anwendet. Es drängt sich auf, dass derartige „objektive“ Zwecke mit Funktionen im Sinne der Soziologie eng verwandt sind. Inwiefern aber ist ein Schluss von einer Funktion auf einen juristisch relevanten Zweck möglich? Um diese Frage zu beantworten, muss das Verhältnis dieser beiden Beobachtungsweisen geklärt werden. Zunächst wird der Begriff des Zwecks erörtert, um anschließend Ähnlichkeiten und Unterschiede zum Begriff der Funktion aufzuzeigen. Abschließend wird gezeigt, dass die Strafzwecktheorie ein charakteristisches Beispiel für die Verknüpfung von funktionaler und teleologischer Betrachtung ist.

2. Die Fragestellung dieser Überlegungen geht auf *Knut Amelung* zurück.<sup>1</sup> Ihm zum Gedenken ist dieser Beitrag gewidmet.

Für das Werk *Amelungs* sind zwei Aspekte kennzeichnend: Der Brückenschlag zum öffentlichen Recht und zur Soziologie. Ersteres zeigt sich vor allem an den Beiträgen zum Prozessrecht, letzteres in denen zum materiellen Strafrecht, zentral in seiner Dissertation über „Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft“.

Dieses Buch war wirkungsmächtig. Jedoch wird es vor allem als dogmengeschichtliche Darstellung geschätzt. Sein Hauptanliegen war es indessen, eine soziologisch fundierte Alternative zur Rechtsgutslehre anzubieten – eine Lehre vom Sozialschaden. Gerade darin hatte es aber keinen Erfolg. Deshalb hat *Amelung* bis zuletzt ungeachtet reduzierter Möglichkeiten versucht, diesen für ihn so wichtigen Ansatz in der Wissenschaft zur Diskussion zu stellen. Auch darin war ihm kein Erfolg vergönnt. Sein untergegangener Redebeitrag auf der Augsburger Strafrechtslehrrtagung hat dies symbolisch gezeigt.

Da wir nun nicht mehr mit ihm diskutieren können, müssen wir an seiner Stelle versuchen weiterzudenken. Denn hier wurde nicht ein zeitgebundener, sondern ein zukunftsweisender Ansatz entwickelt. Dass er relativ erfolglos blieb, sagt weniger über ihn als über die Strafrechtswissenschaft aus. Eine gewisse Theorieängstlichkeit ist nicht zu leugnen, sofern das ureigene Feld der Begründung normativer Urteile verlassen und der Boden einer deskriptiven Wissenschaft betreten

<sup>1</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 370 ff.

werden müsste. Lieber bleibt man bei der subjektzentrierten Philosophie der Freiheit und somit in ihrerseits rein normativen Begründungszusammenhängen. Diese versuchen, die Begründung von Verhaltensnormen und Strafe auf die Vernunft von Einzelsubjekten zurückzuführen – bestraft wird, was der Vernunft zuwiderläuft. Es handelt sich von vornherein um Legitimations-, nicht um deskriptive Theorien. Ein Ansatz zur empirischen Erklärung der Entstehung dieser gesellschaftlichen Phänomene lässt sich hieraus nicht entwickeln. Die Gesellschaft ist keine Erfindung eines vernünftigen Subjekts.<sup>2</sup>

Demgegenüber versuchen der soziologische Funktionalismus und die Systemtheorie, Systeme von Handlungen bzw. Kommunikationen mit ihren Strukturen zu beschreiben und letztere aus ihrer Funktion heraus zu erklären. Auch die strafrechtlichen Verhaltens- und Sanktionsnormen sind Strukturelemente der Gesellschaft, die in dieser bestimmte Funktionen erfüllen.

3. An diesen funktionalistischen Ansatz hat *Amelung* angeknüpft. Wichtige strafrechtliche Normen wie die Eigentumsschützenden Normen sind Bedingungen der Möglichkeit, dass sich gesellschaftliche Funktionssysteme wie das der Wirtschaft überhaupt ausdifferenzieren können. Diese Perspektive auf die Ermöglichung kommt in der Rechtsgutslehre nicht richtig in den Blick, da diese auf die Erhaltung von schon gegebenen Zuständen oder eines bereits als funktionierend vorausgesetzten Systems fokussiert ist.

Die funktionale Analyse zeigt aber auch, dass Normen sich auf die Aufrechterhaltung von gesellschaftlichen Differenzierungsformen beziehen können. In der modernen Gesellschaft ist die Differenzierung in funktionspezifische Teilbereiche wie Politik, Recht, Wirtschaft etc. vorherrschend, die je eigene Strukturen aufweisen und eigenen Gesetzmäßigkeiten unterworfen sind. Entdifferenzierend wirkt dann die der Eigengesetzlichkeit widersprechende Einflussnahme. Dysfunktional ist zum Beispiel, der Kauf von staatlichen Entscheidungen oder Ämtern.<sup>3</sup> Umgekehrt wird die staatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft, Wissenschaft etc. durch die Grundrechte reglementiert.<sup>4</sup>

Die funktionale Analyse kann aber nicht nur auf einzelne generelle Normen, sondern auch auf sonstige soziale Tatsachen angewendet werden. Deren Begriff und theoretische Analyse müssen dann von ihrer Funktion ausgehen. *Amelung* hat dies für die Ehre gezeigt.<sup>5</sup> Auch der für das Strafrecht zentrale Begriff der Handlung ist am besten durch die Funktion zu erfassen, welche die Identifikation von Handlungen

<sup>2</sup> Zur Kritik der Lehre vom Gesellschaftsvertrag *Jakobs*, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 37 (40 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. den Beitrag von Böse in dieser Ausgabe der ZIS (*Böse*, ZIS 2018, 119).

<sup>4</sup> *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl. 1999, S. 23 ff.

<sup>5</sup> *Amelung*, Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung, 2002, S. 23 ff.

im sozialen Zusammenhang hat.<sup>6</sup> Während die funktionalistische Erklärung von Normen und anderen sozialen Tatsachen der Strafrechtslehre eher fremd blieb,<sup>7</sup> hat mit Blick auf die Strafsanktion eine funktionalistisch begründete Annahme breite Anerkennung gefunden: Die Lehre von der positiven Generalprävention. Zweck der Strafe ist demnach, Verbrechen dadurch vorzubeugen, dass sie die Geltung der Norm bestätigt und die Norm dadurch stabilisiert. Dass die Strafe hierzu dient, ist indes zunächst eine soziologische These über deren Funktion.

4. Wie ist es möglich, dass man Funktionen als Zwecke übernimmt, und was ist dabei vorausgesetzt? Dass dies möglich ist, folgt daraus, dass Zwecke und Funktionen wesentliche Ähnlichkeiten aufweisen. Was vorausgesetzt ist, folgt aus ihren Unterschieden.

Der Begriff des Zwecks bezieht sich auf Handlungen, der der Funktion auf ein System von Handlungen, Kommunikationen oder sonstigen Elementen.<sup>8</sup> Der Zweck hat diesen Bezug auf Handlungen auch dann, wenn es etwa um den Zweck einer generellen Norm geht. Der Zweck der Norm ist der Zweck, den der Normwender seinen Entscheidungen zugrunde legt. Er kann dabei im Rahmen der subjektiv-teleologischen Auslegung den Zweck übernehmen, den der Normgeber verfolgt hat, als er bestimmte Handlungen verboten oder geboten hat. Der Normwender kann der Auslegung aber auch einen Zweck zugrunde legen, den er zum Zeitpunkt der Anwendung für vernünftig hält. Dann spricht man von einer objektiv-teleologischen Auslegung.<sup>9</sup>

Redet man vom Zweck der Norm, ist dies also eine Ableitung aus Handlungszwecken des Normsetzers oder -anwenders. Im Fall einer Funktion verhält es sich genau umgekehrt. Sofern einer Einzelhandlung eine gesellschaftliche Funktion zugewiesen werden kann, ist das nur deshalb möglich, weil diese Handlung an einem entsprechenden (gesellschaftlichen) Handlungszusammenhang teilhat oder weil sich in ihr eine Struktur aktualisiert, die eine für diesen Handlungszusammenhang spezifische Funktion aufweist. Ein Beispiel: Ein einzelnes Strafurteil hat an der Funktion der Aufrechterhaltung der Normgeltung Anteil, es aktualisiert die Funktion im Einzelfall, setzt sie aber nicht selbst (im Gegensatz zum Zweck). Das einzelne Strafurteil kann dabei nur vermittelt über den systemischen Zusammenhang mit anderen Strafurteilen der Aufrechterhaltung einer generellen Norm dienen.

5. Gemeinsam ist den Kategorien Zweck und Funktion, dass sie nicht normativ, sondern beschreibend verwendet werden. Die Frage, ob ein Zweck legitim ist, also verfolgt werden soll, ist von der Frage zu unterscheiden, ob ein Zweck tatsächlich verfolgt wird. Stellt man den Zweck einer

Handlung fest, beschreibt man lediglich den Zweck, den der Handelnde selbst mit seiner Handlung verfolgt.

Der Zweck ist dabei etwas dem Begriff der jeweiligen Handlung Äußerliches: Der Zweck der Handlung, auf jemanden zu schießen, ist es, ihn zu töten.<sup>10</sup> Der Zweck des Tötens wiederum ist nicht das Töten, sondern etwa die Beseitigung eines Mitwissers oder das Erlangen einer Erbschaft. Der Zweck einer Handlung ist demnach für ihren Begriff nicht wesentlich.

Allerdings kann eine Einzelhandlung einen internen Zweck haben. Das Töten kann dadurch verwirklicht werden, dass der Handelnde den Zweck verfolgt zu töten. Wie gezeigt, geschieht das aber durch eine weitere, auf den Tod eines anderen gerichtete Handlung (z.B. das Abfeuern einer Waffe). Diese Handlung kann man als Ausführungshandlung der Tötungshandlung bezeichnen.

Auch dieser inhärente Zweckbezug ist aber für den Begriff des Tötens nicht wesentlich. Wir sprechen auch dann von einem Töten, wenn der Handelnde den Tod der Person nicht beabsichtigt bzw. bezweckt, sondern lediglich wissentlich oder eventualvorsätzlich in Kauf genommen hat.

Zweck und Handlung sind somit weniger eng miteinander verbunden, als man annehmen könnte. Eine Handlung muss weder einen externen Zweck verfolgen, um Handlung zu sein, noch ist handlungsintern eine Zwecksetzung im Hinblick auf das Handlungsergebnis erforderlich.

6. Funktionen und Zwecke sind einander ähnlich, weil sie den oder zumindest einen Grund für die Existenz eines Elements bzw. einer Handlung benennen. Die Gemeinsamkeit zwischen der Feststellung des Zwecks einer Handlung und der Funktion eines Elements ist die Annahme, dass diese Handlung oder jenes Element im Hinblick auf eine bestimmte Wirkung existiert. Die Wirkung eines Elements wird dadurch in gewisser Weise zu dessen Ursache: Weil ein Element – im Fall der Funktion – etwas bewirkt oder eine Handlung – im Fall des Zwecks – bewirken soll, existiert jenes Element bzw. jene Handlung. Diese charakteristische Umkehrung der Ursache-Wirkungs-Relation hat bereits *Aristoteles* beschrieben. Er hat die *causa efficiens* – die Wirkursache – der *causa finalis* – der Zweckursache – gegenübergestellt.<sup>11</sup>

Die *causa finalis* setzt dabei eine Ursache-Wirkungsbeziehung im Sinne einer *causa efficiens* voraus – im Fall des Zwecks als eine projizierte und im Fall der Funktion als eine bereits bewährte. Die Handlung, die Mittel zu einem Zweck ist, soll nach dem Willen des Handelnden eine bestimmte Wirkung verursachen. Ob sie diese Wirkung im Folgenden tatsächlich verursacht, ist für die Erklärung aus dem Zweck gleichgültig.

Die Determination des Früheren durch das Spätere setzt somit voraus, dass das Spätere bereits im Früheren seiner Art nach repräsentiert ist. Diese Repräsentation des Späteren im Früheren ist im Fall der Zwecksetzung die Antizipation der

<sup>6</sup> Ast, *Handlung und Zurechnung*, 2018, im Erscheinen.

<sup>7</sup> Dezidiert ablehnend z.B. *Armin Kaufmann*, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, S. 279 (292 f.).

<sup>8</sup> *Luhmann*, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 6. Aufl. 1999, S. 7, 10 ff. et passim. Vgl. hierzu *Obermeier*, *Zweck – Funktion – System*, *Kritisch konstruktive Untersuchungen zu Niklas Luhmanns Theoriekonzeptionen*, 1988.

<sup>9</sup> *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 79.

<sup>10</sup> Im Sinne von *Anscombe* (*Absicht*, 1986, §§ 22 ff., 34 ff.) geht es hier um die Absicht, *mit welcher* eine Handlung vorgenommen wird (im Unterschied zum Begriff der absichtlichen Handlung).

<sup>11</sup> *Aristoteles*, *Physik*, 2. Buch 3. Kapitel.

Wirkung durch den Handelnden. Im Fall der Funktion ist es die evolutionäre Selektion und Stabilisierung einer Art von Elementen aufgrund ihrer bereits bestätigten Wirkung. Wenn ein Element seiner Art nach aufgrund seiner möglichen Wirkung gewählt wird, verweist dies also auf eine Geschichte – sei es des Systems oder der zwecksetzenden Person. In beiden Fällen ist also eine gewisse Wahlfreiheit, Erfahrung, Gedächtnis, Selbstbeobachtung vorausgesetzt.

Die Unterscheidung beider Ursachenarten in dieser Weise leugnet natürlich nicht, dass empirisch im Einzelfall eine Wirkung (im Sinne der *causa efficiens*) immer nur auf die Ursache folgen und ihr als solche nicht vorausgehen kann. Nur in dem erörterten Sinn verursacht im Fall von Zweck und Funktion das Spätere das Frühere. Die *causa finalis* setzt dabei zwar eine *causa efficiens* voraus, ist aber selbst nicht ein Fall dieser, sondern steht gleichberechtigt und von eigener Art neben ihr. Ein Element, das eine *causa finalis* aufweist, kann hinreichend nur unter Angabe dieser *causa* erklärt werden. Eine Erklärung aus der *causa finalis* kann nicht auf eine *causa efficiens* reduziert werden: Im Fall der Funktion kann der evolutionäre Prozess, der zur Stabilisierung des funktionalen Elements geführt hat, nicht im herkömmlichen Sinn als eine Wirkursache aufgefasst werden. Ebenso wäre die Rede davon unangemessen, dass eine Zwecksetzung eine zur Zweckerreichung geeignete Handlung im Sinn einer *causa efficiens* verursacht. Wir fassen nicht den Zweck bzw. die Zwecksetzung allein, sondern höchstens die zwecksetzende Person als Ursache – oder besser Urheber – ihrer Handlungen auf. Eine Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der *causa efficiens* führt hier also letztlich nur in die Trivialität, dass die Existenz der in ihren Handlungen freien Person eben ihre Zwecksetzungen und Handlungen bedingt.<sup>12</sup>

Somit erklären sowohl der Zweck als auch die Funktion die Existenz eines Elements, ohne dass sie eine diesem Element zeitlich vorhergehende Wirkursache sind.

7. Zweck und Funktion unterscheiden sich darin, dass die Funktion eine Wirkung angibt, die ein Element tatsächlich hat oder zumindest einmal hatte. Der Zweck hingegen gibt eine Wirkung an, die eine Handlung, aus der Sicht eines zwecksetzenden Subjekts haben *soll*.<sup>13</sup> Die interne Perspektive eines Zwecks ist quasi normativ, auf Weltgestaltung ausgerichtet. Daher ist der Zweck an ein Subjekt gebunden, das zu derartigen gestaltenden Urteilen in der Lage ist. Dagegen können Funktionen subjektlos gedacht werden – etwa in Bezug auf ein Sozialsystem oder auch biologische Systeme.

Aus diesem Grund setzt die Annahme einer Funktion Wiederholung und Reproduktion und somit eine gewisse Stabilisierung und Gleichförmigkeit voraus, während die Zwecksetzung spontan und kreativ sein kann. Eine zweckbedingte Handlung kann auch experimentell und versuchsweise gewählt sein.

8. Dieser Unterschied hat Konsequenzen für die Möglichkeit, eine Funktion als Zweck zu übernehmen. Zweck und

Funktion können in einer Einzelhandlung oder in einer Menge von gleichartigen Einzelhandlungen konvergieren, sofern funktionale Elemente durch Einzelhandlungen aktualisiert werden.

Ein funktionales Element ist aber einer Zwecksetzung nur begrenzt zugänglich, weil es für das zwecksetzende Subjekt als solches in der Regel nicht disponibel ist. So könnte selbst der Gesetzgeber das Strafrecht als Ganzes kaum abschaffen, weil dies die Struktur der gesamten Gesellschaft in Frage stellen würde und die Abschaffung in ihren Folgen in keiner Weise beherrschbar wäre. Daher ist die Erklärung von Elementen, die sich im Laufe der Evolution aufgrund ihrer Funktion etabliert haben, aus Zwecksetzungen defizitär.

Die rechtswissenschaftliche Diskussion um die Strafzwecke bemüht sich daher auch nicht um eine solche Erklärung der Strafe, sondern betrifft die Frage, welche Zwecke mit der Bestrafung legitimer Weise verfolgt, aus der Perspektive der Rechtsanwender übernommen und der Auslegung der Strafgesetze zugrunde gelegt werden können.

Die Übernahme einer Funktion als Zweck setzt bereits aufgrund der dem Zweck innewohnenden Normativität eine positive Bewertung des zu erreichenden Erfolgs voraus. Schon deshalb können Funktionsannahmen nicht unbesehen in Zweckannahmen transformiert werden. Eine funktionale Erklärung hat zunächst rein deskriptiven Charakter. Sie tritt mit Wahrheitsanspruch auf, enthält aber keine Bewertung. Für die Übernahme einer Funktionsbehauptung als Zweckannahme ist es daher zusätzlich erforderlich, dass die relevante Wirkung des funktionalen Elements als positiv und so sein sollend bewertet wird. Ein naturalistischer Fehlschluss im Sinne *Humes* ist nicht gegeben, sofern die Wertungsprämisse transparent gemacht wird.<sup>14</sup>

9. In Bezug auf Elemente, die durch ihre Funktion zu erklären sind, richten sich aber auch die Zweckannahmen auf diese Funktionen. Das beweist die Strafzwecklehre. Sie zeigt zugleich, dass ein einzelnes funktionales Element wie die Strafe mehrere Funktionen erfüllen kann, ebenso wie eine Handlung mehreren Zwecken dienlich sein kann.

Im Hinblick auf die Frage, welche Funktionen der Strafe als deren Zwecke normativ relevant sind, stehen sich dann monistische und pluralistische Ansätze gegenüber. Monistisch argumentieren vor allem Autoren, die aus der Straftheorie weitreichende Folgerungen für die Auslegung des Strafgesetzes und das Straftatsystem ableiten.<sup>15</sup>

Die Theorie von der positiven Generalprävention stützt sich auf einen basalen Mechanismus jeder normativen Erwartungsbildung. Handelt eine Person der Erwartung einer anderen zuwider, stellt das die Berechtigung der Erwartung in Frage. Die Bestrafung drückt demgegenüber aus, dass nicht

---

<sup>14</sup> So bei *Amelung* (Fn. 1), S. 369 f.

<sup>15</sup> Im Sinne der positiven Generalprävention: *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/4 ff., 14 ff.; *ders.*, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 24 ff. Im Sinne der negativen Generalprävention: *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009, S. 354 ff., 420 ff.

---

<sup>12</sup> Vgl. *Welzel*, ZStW 51 (1931), 703 (718): Das intendierende Subjekt bestimmt „sein Ursächlichwerden selbst nach dem Sinngehalt der möglichen intendierten Gegenstände“.

<sup>13</sup> *Luhmann* (Fn. 8), S. 43 ff., 155.

die Erwartung etwa des Verletzten falsch war, sondern das Handeln des Täters.<sup>16</sup> Sie sichert somit bei generellen Normen das Fortbestehen der Norm und des korrespondierenden Normvertrauens.<sup>17</sup>

Aber auch die Theorie von der negativen Generalprävention zielt auf einen Aspekt der Strafe, der einer funktionalistischen Deutung entspricht. In einem staatlichen Strafrecht sind Strafgesetze mit ihrer Sanktionsdrohung geradezu mustergültige Kommunikationen im Medium der Macht. Diese ist nach *Parsons* und *Luhmann* ein symbolisch generalisiertes Kommunikationsmedium.<sup>18</sup> Die Funktion derartiger Medien ist es, die Annahmewahrscheinlichkeit von Kommunikationen zu erhöhen. Derjenige, dem eine Handlung im Medium der Macht befohlen wird, wird diesem Befehl eher Genüge tun und ihn somit annehmen, als wenn ihm die Handlung bloß empfohlen würde. Macht gründet dabei immer auf eine Drohung mit negativen Sanktionen, insbesondere der Gewalt als Vermeidungsalternative. Sie ist dabei nur erfolgreich, wenn die Drohung nicht verwirklicht wird. Die Straftat fordert daher die staatliche Macht heraus. Das Medium der Macht hat versagt. Daher muss die hinter dem Medium stehende Drohung bestätigt werden.

Diese machtbezogene Erwägung erscheint heute vielleicht veraltet, weil die Macht im Staat nicht mehr so stark symbolisch repräsentiert und eher entpersonalisiert durch eine Verwahrung ausgeübt wird. Dass die Straftat aber die staatliche Macht herausfordert, wird daran deutlich, dass eine Häufung von Straftaten in der öffentlichen Diskussion auch als Schwäche des Staates wahrgenommen wird. Von einem Machthaber wird erwartet, dass die Macht wirksam sei.

10. Gefahren für die Normgeltung und die Macht setzen gewisse Häufungseffekte voraus. Eine einzelne Tat kann die Geltung einer Rechtsnorm kaum ernsthaft in Frage stellen. Nur wenn die Strafverfolgung gar nicht mehr oder partiell eingeschränkt würde, könnte es zu einer Erosion einer generellen Norm kommen. Die Geltungsbestätigung erscheint deshalb im Einzelfall durchaus verzichtbar. Ähnliches gilt für das Funktionieren der Macht. Je mehr ein funktionaler Effekt generalisiert ist, desto unwichtiger wird der Einzelfall, desto mehr kommt es etwa auf das System der Strafverfolgung an.

Daraus folgt für das Strafrecht, dass die auf diese Effekte gestützte Straflegitimation im Einzelfall relativ schwach ist. Es gibt aber eine ergänzende Annahme, die diese Legitimationsprobleme überwinden kann:

Die Ausübung der Strafe ist nicht nur dem Staat, sondern spezifisch dem Recht zugewiesen – und zwar nicht nur in der Kontrollfunktion staatlichen Handelns, sondern als originäre Aufgabe. Mit dieser Zuordnung der Bestrafung an das Rechtssystem ist der Anspruch verbunden, eine gerechte Strafanwendung zu verwirklichen. Wenn es aus den genann-

ten Gründen nicht möglich ist, auf Strafe insgesamt zu verzichten, dürfen die Auswahl der zu Bestrafenden und die Strafhöhe zumindest nicht willkürlich sein.

Die Gerechtigkeit, also der Anspruch, gleiche Fälle gleich zu behandeln, ist auch in soziologischer Sicht ein wesentliches Strukturelement des Rechtssystems. Sie ist nach *Luhmann* dessen Kontingenzformel.<sup>19</sup> Zugleich handelt es sich um einen Zweck, den der Rechtsanwender auch tatsächlich erreichen kann, während er die vorgenannten Funktionen und Zwecke allenfalls als Fernziele seines Handelns auffassen kann, welche er allein nicht wird erreichen können. Dass die Gerechtigkeit zugleich eine Erwartung an das Rechtssystem ist, hat *Armin Kaufmann* in der Frage formuliert: „Wer wollte entscheiden, was überwiegt: der schlechte Eindruck, den eine Straftat macht, oder der schlechte Eindruck, den es macht, sie straflos zu lassen?“<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 53 ff.

<sup>17</sup> Vgl. auch *Amelung*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 3.

<sup>18</sup> *Luhmann*, Macht, 2. Aufl. 1988, S. 4 ff.; *ders.*, Die Politik der Gesellschaft, S. 45 ff.

---

<sup>19</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 217 ff., 223 ff.

<sup>20</sup> *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 263 (275).