

Diskussion zum Vortrag von Tatjana Hörnle

Leitung: GUNNAR DUTTGE

DUTTGE:

Vielen Dank, liebe Frau Hörnle. Sie haben Neuland betreten, weil die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Anforderungen für Strafzumessungsentscheidungen eine außerordentlich schwierige ist. Die Hoffnung, die sich mit dieser Fragestellung verbunden hat, war natürlich, dass sich aus dieser Perspektive wenigstens gewisse Eckpunkte, Rahmendaten finden lassen, um auf diese Weise den enorm weiten Spielraum des § 46 StGB mit all seinem Potential der Ungleichbehandlung und Willkür zumindest etwas eingrenzen zu können. Die Hoffnung ging also dahin, gewissermaßen strafrechtsexterne Fixpunkte aufzuspüren, von denen ausgehend und unter deren Betrachtung sich letztlich rationalere, nachprüfbar begründete Strafzumessungsentscheidungen gewinnen lassen. Wenn ich Sie jedoch richtig verstanden habe, sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch ihre eigene generalklauselartige Weite eher weich und für sich keine hinreichende Gewähr, um die nötige Rationalität sicherzustellen. Nun sehe ich, dass sich einige Kollegen zu Wort gemeldet haben. Herr Behrends war der erste, bitte sehr.

BEHRENDTS:

Zum Stichwort Rationalität. Sie fordert nach allgemeiner Ansicht eine vernünftige Abstimmung zwischen den das Regelungsfeld beherrschenden Prinzipien, hier, wie Sie deutlich gemacht haben, zwischen den beiden Antagonisten Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip. Der Rechtsstaat steht für das Schuldprinzip, das Sozialstaatsprinzip will dagegen in interessanter Ambivalenz Resozialisierung und *défense sociale*. Der Sozialstaat kann widerspruchsfrei sagen: Ich emanzipiere mich vom Rechtsstaatsprinzip der Schuldangemessenheit und halte jemanden wegen seiner sozialen Gefährlichkeit im Gefängnis. Noch kontrastreicher wird der Begegnungspunkt beider Prinzipien dort, wo das Urteil erst einmal wegen fünffachen Mordes fünfmal lebenslänglich verhängt und dann zur Gesamtstrafenbildung schreitet, die eine einzige lebenslange Freiheitsstrafe auswirft, die mit einer verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitschance ausgestattet ist. Andere Systeme verfahren hier ganz anders. Man kennt das aus den USA. Dort heißt es: fünfmal lebenslang bedeutet 350 Jahre, und das wird dann auch erbarmungslos so ausgeworfen. In unserem System haben wir dagegen einen brüskten Prinzipienwechsel, dessen Rationalität Schwierigkeiten macht. Ich fand es sehr aufschlussreich, dass Sie eingeräumt haben, dass es natürlich ganz furchtbare Fälle geben könne, etwa tausendfachen Mord, bei dem

dieser Prinzipienwechsel nicht mehr gehe. Muss man aber wirklich so hoch oben einsteigen?

Ich habe ein wenig den Eindruck, dass wir in unsere Geschichte, was den Mehrfachmord angeht, eine inflationäre Entwicklung gehabt haben. Und vielleicht auch eine Aushöhlung des Unwertes der vorsätzlichen Tötung. Denn bekanntlich stammt die Mordqualifikation der niederen Beweggründe (§ 211 StGB) aus der NS-Zeit, d.h. aus einer Zeit, in der staatlich organisierte, vorsätzliche Tötungen aus Beweggründen, die als „höher“ eingestuft wurden, in großem Stil gehandhabt wurden.

Aber zurück zu meiner Frage. Wie lässt sich der geschilderte Prinzipienwechsel in unseren Strafurteilen erklären? Ich bin gespannt auf Ihre Antwort.

DUTTGE:

Wir sollten vielleicht als Erstes bei unserem bewährten System der direkten Antworten auf gestellte Fragen bleiben. Sollte die Zeit knapp werden, können wir noch immer dazu übergehen, mehrere Fragen zusammenzufassen. Frau Hörnle, bitte!

HÖRNLE:

Ich fürchte, eine eindeutige Antwort kann ich Ihnen auch nicht geben, das Problem ist einfach, dass unsere physische Lebenszeit begrenzt ist. Und das heißt natürlich, die Differenzierungsmöglichkeiten, die Anpassung, die genuine Proportionalität, sind schlicht unmöglich: ob man nun 350 Jahre verhängt oder das Ganze bei der Einstufung als lebenslang belässt. Und Sie können nicht präzise nach unten differenzieren. Wenn man Tausende von Tötungen als Anknüpfungspunkt für die allerhöchste Strafe nimmt, wie will man das dann für die anderen Delikte nach unten differenzieren? Aber ich sehe nicht, wie in unserem Rechtssystem eine befriedigende Lösung gelingen kann. Es würde ja bedeuten, wenn wir tatsächlich oben ansetzen und sagen, die höchste Strafe für die allerschwerste Tat, und wir spulen von da ab nach unten, dann wäre man bei jedem Ladendiebstahl bei einer Strafe von zwei Sekunden.

BEHRENDTS:

Darf ich noch einen Punkt nachlegen? Für die Rationalität ist natürlich auch Folgendes wichtig, die vorhandene oder fehlende Unterstützung des Strafrechts durch das Privatrecht. Bei den Vermögensdelikten und Körperverletzungsdelikten gibt es die begleitende, streng proportionale Genugtuung durch das Privatrecht, d.h. wenn ich jemanden schädige, muss ich nach dem BGB den Schaden ersetzen. Beim Tod, bei der Tötung, fällt der primäre, dem Opfer selbst geschuldete privatrechtliche Ausgleich weg. Das ist ein erheblicher Unterschied. Denn vielfach werden die privatrechtlichen Sanktionen als weit drückender empfunden als die strafrechtlichen. Es kann z.B. weit peinlicher sein, einen hohen Vermögensschaden ersetzen zu müssen als zum Beispiel eine Bewährungsstrafe entgegen zu nehmen.

Es gibt noch einen weiteren Gesichtspunkt. In einem Tötungsvorgang stehen sich im Regelfall zwei Menschen gegenüber, die beide, solange sie leben, den vollen Grundrechtsschutz des sozialen Rechtsstaats genießen. Der Getötete aber wird vom Sozialstaat seinem inneren Prinzip folgend nicht mehr wahrgenommen. Die Sorge des Sozialstaats gilt den Lebenden. Das ist die Folge eines gewissen Naturalismus des Gesellschaftlichen. Die Gesellschaft ist ein Verband von Lebenden, der Tote scheidet notwendig aus ihr aus.

Beide Gesichtspunkte trage ich nicht vor, weil ich irgendwie ein Anhänger absoluter Strafrechtstheorien wäre. Das bin ich nicht. Aber mir fehlt in der heutigen Rechtslage ein gewisses Problembewusstsein.

DUTTGE:

Ich glaube, da kommen wir so schnell wohl nicht weiter. Es haben sich noch eine Reihe anderer Kollegen gemeldet, und zwar Herr Rüping, Herr Müller-Dietz, Herr Frisch, Herr Schreiber und Herr Naucke; als Erster also Herr Rüping, bitte!

RÜPING:

Sie haben meines Erachtens völlig zu Recht gesagt, beim Amtsgericht herrschen, wie Sie euphemistisch formuliert haben, nicht optimale Bedingungen, auch für Rationalität. In der Praxis scheint sich aber das Amtsgericht in eine Scheinrationalität zu flüchten, indem es einmal das lokal Übliche nimmt, und es wäre meines Erachtens noch zu untersuchen, inwieweit die Staatsanwaltschaft versucht, durch gezielte Rechtmittelinlegungen aufgrund übergeordneter Gesichtspunkte eine Gleichförmigkeit zu erreichen, und damit auch über die Berufungsgerichte mitwirkt an einer Angleichung. Der zweite Aspekt war im Zusammenhang auch schon von Herrn Behrends angesprochen worden. Bei Vermögensdelikten habe ich doch eine starke Orientierung an der Höhe des Schadens, sicher problematisch in der Gesamtschau des § 46 StGB, und im Steuerstrafrecht schlägt noch der Betriebsprüfungsbericht ungehemmt, *iudex non calculat*, durch bis in die letzte Tatsacheninstanz. Niemand möchte das nachprüfen, Rechenwerk gilt als unanständig. Und deshalb schlägt es sicherlich in einer Form durch, die unerwünscht ist. Es gibt aber eine Rationalität vor Ort; das ist nicht die, die Sie wollen, aber es gibt eine.

DUTTGE:

Frau Hörnle.

HÖRNLE:

Vielleicht eine Bemerkung zu der zweiten Anmerkung: Ob die Berufungsgerichte ihrerseits für eine gleichlautende Strafzumessung sorgen, wäre auch in Frage zu stellen. Auch da gibt es nach meiner begrenzten Erfahrung lokale Gerichtskulturen; dort ist nicht sehr viel Fortschritt zu erwarten.

DUTTGE:

Diese Art von Gleichförmigkeit würde ja bedeuten, dass es für die jeweils verantwortliche Person überhaupt keinen objektiven Maßstab im Ganzen für die konkrete Strafzumessungsentscheidung gibt, also nach dem Motto: Wir haben zwar von Gesetzes wegen ein vorgegebenes Gesamtbild; es ist aber nur ein sehr vages, und die für die Strafrechtspraxis maßgeblichen Konkretisierungen lassen sich deshalb erst vor Ort finden. Herr Müller-Dietz bitte.

MÜLLER-DIETZ:

Frau Hörnle, ich habe eine Frage zur lebenslangen Vollstreckung einer Freiheitsstrafe in ihrem Verhältnis zur Chancenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Verstehe ich Sie richtig, dass es da zwei Begründungen gibt, die eine Möglichkeit besteht darin, besondere Schuldschwere, besonders schwerwiegende Straftaten, die eine restlose Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe fordern. Oder aber Gefährlichkeit, die ebenfalls lebenslange Vollstreckung gebietet. Kann man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so wie Sie es dargestellt haben, dahingehend verstehen, dass im ersten Fall die Schuldschwere ein fixes Datum ist, während im zweiten Fall der Gemeinschaftsschutz im Vordergrund steht?

HÖRNLE:

Ja, richtig.

DUTTGE:

Herr Frisch.

FRISCH:

Frau Hörnle, Sie haben in Ihrem Vortrag in einem weiten Bogen Kernfragen der Strafzumessung behandelt und aus verfassungsrechtlicher Sicht reflektiert. Ich möchte in meinem Diskussionsbeitrag drei Punkte ansprechen, zu denen ich ergänzende Fragen habe. Der erste und der zweite Punkt betreffen Fragen der Strafzumessung im eigentlichen Sinne, der dritte betrifft die von Ihnen ebenfalls angesprochene Frage der Sicherungsverwahrung.

Im Bereich der eigentlichen Strafzumessung sind heute, anders als noch vor einigen Jahrzehnten, eine Vielzahl von Teilfragen der Strafzumessung geklärt. Das gilt insbesondere für die Fragen, welche Umstände bei der Strafzumessungsentscheidung zu berücksichtigen sind und in welcher Richtung (schärfend oder mildernd) sie ins Gewicht fallen. Den eigentlichen Schwachpunkt der Strafzumessungsentscheidung bildet nach wie vor die Umsetzung dieses aufbereiteten Fallmaterials in eine konkrete, d.h. nach Straftat und Strafhöhe konkretisierte Strafe; das haben Sie auch im Referat deutlich angesprochen. Erachtet man als Kern der Strafmaßentscheidung die Bestimmung einer Strafe, die an der Schwere der Tat und der Schuld des Täters ausgerichtet ist, so ist es einsichtig, sich zunächst ein Bild von der relativen Schwere der Tat in einer Skala denkbarer unterschiedlich schwerer Fälle zu machen – also das zu bestimmen, was Sie eine Frage der ordinalen Proportionalität genannt haben.

In einem zweiten Schritt ist dann die Frage zu beantworten, welche Strafe aus einer ebenfalls von leicht nach schwer ansteigenden Skala von Strafgrößen der zuvor schweremäßig eingeordneten Tat entspricht. Gedanken dieser Art sind schon in dem gestern von Herrn Rüping erwähnten Buch DREHERS „Über die gerechte Strafe“ aus dem Jahre 1949 ausgeführt worden; später ist diese Idee der relativen Schwereskala der Fälle mit einer parallel laufenden Skala von Strafgrößen auch von einigen höchstrichterlichen Urteilen übernommen worden. Freilich darf die Plausibilität dieses Modells nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit diesem Modell allein schwerlich konkrete Strafgrößen bestimmt werden können. Selbst wenn man die denkbaren Fälle eines Delikts auf den gesamten Strafraum verteilen, also den denkbar leichtesten Fall mit der mildesten Strafe und den denkbar schwersten mit der Höchststrafe bedenken wollte, ist das so, weil man sich die Fälle unterschiedlich verteilt vorstellen kann (z.B. mit einer Kumulation in bestimmten Bereichen). Erst recht gilt das, wenn man berücksichtigt, dass bestimmte Bereiche der Strafraum (vor allem gewisse obere Bereiche) ganz unrealistisch sind und offensichtlich auch gar nicht verwendet werden. Bei dieser Sachlage bilden die von Ihnen genannten Maßstäbe zwar so etwas wie den gedanklichen Ausgangspunkt oder ein Grobmodell, sie reichen aber nicht aus, um auf dieser Basis ohne weitere Maßstäbe zu konkreten Strafgrößen kommen zu können. Zugleich stellt sich damit die Frage, wie man dort, wo die Leitfunktion des Grobmodells endet, in handhabbarer Weise zu einigermaßen akzeptablen und begründbaren Aussagen über das konkrete Strafmaß gelangen kann. Nach meiner Auffassung ist das nur dadurch möglich, dass man sich an das hält, was auch bei Herrn Rüping schon angeklungen ist: die Strafzumessungstradition der Instanzgerichte. Diese und die Stellungnahme der Revisionsgerichte zu dieser Praxis stellen in Wahrheit erst die – durchaus wandelbaren – Maßstäbe dar, mit deren Hilfe sich das Modell der Schwere- und Strafskalen praktisch umsetzbar anwenden lässt.

Der zweite Punkt betrifft die von Ihnen im Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz mit Recht geforderte stärkere Vereinheitlichung der Strafzumessung hinsichtlich der Strafhöhen. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, halten Sie die insoweit erforderliche Verbesserung vor allem für eine von der Wissenschaft zu leistende Aufgabe; die Obergerichte und der BGH könnten diese Vereinheitlichung nicht leisten. Diese Einschätzung kann ich nicht ganz teilen. Angesichts der wenigen Autoren, die sich intensiver mit Fragen der Strafzumessung beschäftigen und dabei allenfalls Segmente der Strafzumessungspraxis behandeln, kann ich mir eine von der Wissenschaft bewirkte stärkere Vereinheitlichung der Strafzumessung nur schwer vorstellen. Tatsächlich ist die Vereinheitlichung der Strafzumessung, soweit sie schon bisher stattgefunden hat, zwar von der Wissenschaft angemahnt worden; umgesetzt worden aber ist sie von der Praxis mit den ihr eigenen Mitteln. Diese reichen von der Verständigung der Tatrichter über Anweisungen der Generalstaatsanwaltschaften für bestimmte Deliktsbereiche (z.B. Verkehrsdelikte) bis zur Rechtsprechung der Revisionsgerichte. Letztere haben durch eine ständig intensiver

werdende Kontrolle der Strafzumessung einschließlich der Höhenfrage entscheidend zu einer Vereinheitlichung beigetragen. Strafmaße, die außerhalb gewisser Bandbreiten liegen, werden als nicht hinreichend begründet oder unvertretbar von den Obergerichten nicht mehr akzeptiert. Wenn man eine weitere Vereinheitlichung erwartet, so erscheint es aus meiner Sicht am ehesten erfolgversprechend, diesen Weg weiter zu beschreiten und so – z.B. durch eine weitere Verengung der akzeptierten Bandbreiten für bestimmte Fallkonstellationen – für eine weitere Vereinheitlichung zu sorgen.

Hinsichtlich der Sicherungsverwahrung, die Sie erfreulicherweise mit in Ihre Betrachtungen einbezogen haben, bin ich zwar – wie Sie – der Auffassung, dass eine Legitimation dieser weit über dem Eingriffsniveau der meisten Strafen liegenden Maßnahme möglich ist. Dass diese Legitimation sich aus der Verantwortlichkeit des der Sicherungsverwahrung unterworfenen Straftäters für seinen Status ergebe, erscheint mir jedoch zweifelhaft. Dies nicht nur im Blick auf die Erkenntnisse der Neurowissenschaften und die Schwierigkeiten der Fassbarkeit der Verantwortlichkeit für den jetzigen Status im Einzelfall. Zu bedenken ist auch, dass bei der Unterbringung anderer gefährlicher Täter (wie z.B. der nach § 63 StGB) von vornherein nicht so argumentiert werden kann, obwohl doch auch hier die Freiheitsentziehung der Begründung bedarf. Letztlich geht es um eine dem Notstand vergleichbare Situation der Abwendung drohender Gefahren (in Gestalt zukünftiger Taten) unter Anwendung der dem Notstand zugrundeliegenden Prinzipien. Das schwierige Problem bei der Sicherungsverwahrung liegt dabei darin, dass wir den Sicherungsverwahrten bei der Bestrafung als eine zu normkonformer Entscheidung fähige Person ansehen (und deshalb auch bestrafen), ihm zugleich aber mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung absprechen, dass er sich in Zukunft normtreu verhalten werde. In dieser Hinsicht hilft der Hinweis auf die Verantwortlichkeit des Täters für seinen Zustand nicht weiter. Begründungsbedürftig ist vielmehr, dass es berechtigt ist, die dem Täter zuerkannte Fähigkeit zu richtigem Verhalten nicht mehr als ausreichende Gewähr für richtiges Verhalten in der Zukunft anzusehen, sondern den Täter an seinem bisherigen Verhalten festzuhalten und ihn für die Zukunft danach zu behandeln.

DUTTGE:

Angesichts der fortgeschrittenen Zeit bitte ich Sie, liebe Frau Hörnle, um eine knappe Antwort.

HÖRNLE:

Ich mache nur einige kurze Bemerkungen: Wie die Höhe der Strafe letztlich zu bestimmen ist, kann man in einem Vortrag, der unter der Überschrift steht „Die Rahmenbedingungen des Grundgesetzes“, nicht angemessen erörtern. Sie haben natürlich völlig Recht, dass hier ein wunder Punkt liegt für jedes strafzumessungsrechtliche Konzept, weil das System der gesetzlichen Strafrahmen jegliches dieser Modelle überlagert, und die Frage, ob diese gesetzlichen Strafrahmen wiederum ein tatproportionales Konzept abbilden, erst einmal

vorher zu klären wäre. Wenn es der Fall wäre, dann läge der Anknüpfungspunkt alleine im gesetzlichen Strafraumen, ohne dass man auf Nachbardelikte schauen müsste. Wenn aber die Strafraumen als solche irrational, zufällig zustande gekommen sind (und in bestimmtem Umfang besteht der Verdacht, dass es so ist), dann stellt sich noch ein neues Problem.

Zur Optimierung: Lehre oder Revisionsgerichte – ich wollte nicht die kühne Behauptung aufstellen, dass die Publikation weiterer Monographien dazu führt, dass die Strafzumessungspraxis sich entscheidend ändert, das ist vermutlich nicht der Fall. Die Kritik richtete sich auch ein bisschen an die Lehre, weil insoweit der Stand so deutlich hinter den Diskussionsstand bei anderen Problemen im Allgemeinen Teil zurückfällt, dass es keine Anknüpfungspunkte gibt, die für die Revisionsgerichte verwertbar wären. Wir könnten im Strafrecht Allgemeiner Teil auch sagen, wir wissen nicht, was Schuld ist, das kann man nur im Einzelfall sagen, und wir wissen nicht, was Vorsatz ist, da müssen wir uns die Beteiligten persönlich anschauen. Das machen wir nicht. Wir entwickeln Kriterien, wir schreiben Aufsätze, Bücher zu der Frage, was ist Schuld, was ist Vorsatz. Auf diesem Argumentationsniveau müssen wir in der Strafzumessungslehre auch arbeiten.

Zur Sicherungsverwahrung: Ein detaillierter Blick enthüllt da natürlich jede Menge Probleme im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, auf die ich Bezug genommen habe, auf die Verantwortlichkeit in ganz reduzierter Form, nämlich die Verantwortlichkeit für Kausalität. Die Frage, ob die Tatsache, dass jemand eine bestimmte Gefahr ist, auf die Frage, wie man mit dieser Gefahr umgeht, Einfluss nehmen darf, ob also Kausalität ein zusätzliches Zurechnungskriterium ist, kennen wir und ich denke, sie ist im Bereich der Sicherungsverwahrung oder der Maßregeln im Allgemeinen natürlich auch eine wichtige Frage.

Notstandsähnliche Situation – ich denke, selbst wenn wir die Situation aus dem Blickwinkel des Art. 1 I GG anschauen, führt uns dieser Aspekt nicht weiter. Denn es ist ja genau der springende Punkt, dass Notstandsargumente an Art. 1 GG eigentlich gestoppt werden sollen. Das heißt, dass man mindestens das Institut der Sicherungsverwahrung vor diesem Hintergrund prüfen müsste.

DUTTGE:

Auf meiner aktualisierten Liste sind noch Herr Schreiber, Herr Naucke und Herr Jehle.

SCHREIBER:

Frau Hörnle, Sie haben eindrucksvoll versucht, rationale Ableitungslinien für Strafzumessungskriterien zu ziehen. Sie haben in der Antwort auf Herrn Frischs Äußerung den Strafraumen für die einzelnen Delikte dargestellt, auch die Ausgangspunkte. Mir hat nie eingeleuchtet, wie eigentlich das Maß von Unrecht, Schuld und Rechtsverletzung in Zeit- oder Geldgrößen umgesetzt werden soll. Warum ist diese und jene Körperverletzung ein Jahr Freiheitsentzug wert? Das sind doch im Grunde genommen alles geradezu grotesk grobe

Maßstäbe der Umsetzung. Wir haben kein rationales Kriterium. Das, was da geschehen ist, umzusetzen in Jahre, wie viele Jahre ist etwa diese Körperverletzung wert? Das sind alles gegriffene, vermutete Dinge, und insofern bleibt in der Strafzumessung ein geradezu schlimmer irrationaler Rest. Ein Ansatz der Umsetzung unserer Kriterien von Unrecht und Schuld in irgendwelche Zumessungen von Übelgrößen, da haben wir eigentlich nichts, da reden wir eigentlich nur immer drum herum und das beeindruckt mich sehr. Ich habe bei einem Besuch beim Bundesgerichtshof mit Studenten abends mit einem sehr klugen Senatspräsidenten zusammengesessen und ihn gefragt, wie machen Sie das denn mit der Strafzumessung. Da sagte er: Es ist doch ganz einfach. Der Kollege richtet sich nach dem, was er von den älteren Kollegen kennt. Und der ältere Kollege hat es wieder von älteren Kollegen übernommen. Anschließend sagt er mir, dann führt einer, der es nicht weiß, einen, der es auch nicht weiß, dann fallen beide in die Grube. Das war ein sehr kluger und mich sehr beeindruckender Satz, der die letztlich wohl nicht zu behebende Irrationalität des Ansatzes der Strafzumessung karikiert. Ein Kriterium der Umsetzung von Unrecht und Schuld in Strafübel dieser oder jener Art, das ist mir immer sehr schwer gefallen, und der Satz dieses Senatspräsidenten hat mich bis heute begleitet und begleitet mich auch weiter.

DUTTGE:

Vielleicht können wir Herrn Naucke und Herrn Jehle sogleich noch mit anschließen, bevor Frau Hörnle auf alle diese Beiträge gemeinsam antwortet.

NAUCKE:

Meine Überlegungen sind so weit von denen von Herrn Schreiber nicht entfernt. Ich würde gerne mir die Hauptlinie Ihres Vortrages noch einmal vergegenwärtigen mit zwei Fragen. Die erste Frage ist: Sie haben mit der Abgrenzung Ihres Themas meiner Meinung nach der Praxis und auch der Wissenschaft einen großen Dienst erwiesen. Ich würde nun gerne dieses Thema weniger bescheiden formulieren als Sie es gemacht haben. Meine Frage ist, ob Sie meiner Reformulierung zustimmen würden. Es geht gar nicht nur um die Strafzumessungslehre, sondern es geht genauso um die Maßregelzumessungslehre, von der wir nur die alleräußersten Linien kennen, es geht sowieso nicht nur um die Zumessungslehre, sondern es geht bei Ihnen, das war auch ganz deutlich zu sehen, um alle Entscheidungen nach der Tat und Schuldfeststellung. Also um die Zumessungslehre, um die Vollstreckungslehre und um die Vollzugslehre und um die Entlassungslehre. Und das finde ich einen ganz wichtigen Schritt, dass diese Bereiche aus ihrer dunklen, nebelhaften Lebensform, juristischen Lebensform, zunächst einmal in die Kriterienwelt des Verfassungsrechts hineingezogen werden. Dies ist die Frage: Würden Sie dem zustimmen: Alle Entscheidungen nach Schuldspruch und Tatfeststellung müssen in Ihrem Thema präsent sein. Die zweite Frage ist: Ist nicht unser Bundesverfassungsgericht unerhört timid? Wenn ich Ihnen zuhöre, fällt auf, wie wenig das Gericht im Bereich der Strafzumessung gemacht hat, obwohl die Richter

es anders hätten machen können. Sie hätten doch an irgendeiner Stelle bei der Sicherungsverwahrung einmal sagen können, sie ist irrational, aber der Täter bleibt drin. Und sie hätten sagen können, bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung, das ist unerhört, aber wir machen es so. Meine Frage ist, ob man ein Stück weiterkommt, einmal, wenn man die Irrationalität aller dieser Entscheidungen sich vergegenwärtigt, wenn auch das ehrbare Bundesverfassungsgericht sagt, davon müssen wir ausgehen. Und dann Ihre Überlegungen, die Sie angestellt haben, nicht so stehen lässt wie sie beim Verfassungsgericht sind, sondern mit juristischer Kraft weiterentwickelt. Nicht nur diese Artikel der Verfassung, den EGMR hatten Sie selber genannt, es gibt doch eine Fülle konkreterer Bestimmungen in den internationalen Verträgen über bestimmte Mindestbedingungen im Bereich der Strafrechtspflege nach dem Schuldpruch, in der Charta der Vereinten Nationen, selbst im EU-Vertrag sind konkretere Vorschriften, die in die gleiche Richtung gehen wie das Grundgesetz, nur eben moderner und ausformulierter sind. Und ich meine, wenn man das Thema so formuliert wie Sie es tun, dann muss man sich nicht auf das Grundgesetz beschränken, sondern kann das Thema so entwickeln, dass man alle die Vorschriften, die in Rede stehen, hinzunimmt, und sei es um den Preis, dass sie auch dem Bundesverfassungsgericht entgegen sind.

DUTTGE:

Herr Jehle.

JEHLE:

Ich habe zwei Bemerkungen: Zunächst einmal zur Tatproportionalität. Das Modell, das eine lineare Beziehung zwischen Tatschuld und Strafhöhe unterstellt, müsste korrigiert werden unter dem Gesichtspunkt der empirischen Verteilung: Denn viele Menschen begehen leichte bis mittlere Straftaten und nur wenige schwere, so dass auch die Rechtsprechung zutreffend Strafhöhen verhängt, die bis in den mittleren Kriminalitätsbereich hinein nur langsam und erst im Bereich besonders schwerer Fälle stark ansteigen. Auch diese Form des Kurvenverlaufs könnte proportional ausgestaltet sein, allerdings läge ihr eine andere als lineare Beziehung zugrunde.

Die zweite Bemerkung betrifft die Gleichmäßigkeit der Strafzumessung. Man könnte theoretisch die fünf wichtigsten strafzumessungsrelevanten Faktoren festlegen, sie für alle entschiedenen Fälle erheben und für die jeweiligen Konstellationen den statistischen Durchschnitt der Strafmaße ermitteln, die in einer Art Tabelle oder Kurve niedergelegt werden. Dann könnte man bei künftig zu entscheidenden Fällen das Maß der Abweichung vom statistischen Durchschnitt feststellen und zugleich bestimmen, dass eine Abweichung von 20 % nach oben und nach unten zulässig, mehr aber unzulässig wäre. Solche empirisch gewonnenen Strafquanten wären denkbar; ob wir das wollen, ist eine andere Frage.

DUTTGE:

Frau Hörnle wird sagen, ob wir das wollen.

HÖRNLE:

Herr Naucke, ich stimme Ihnen vollkommen zu, dass über Strafzumessung nicht sinnvoll geredet werden kann, wenn über Strafvollstreckung und Strafvollzug nicht auch etwas gesagt wird, ebenso über die Maßregelzumessungslehre. Ich nehme gern den Hinweis entgegen, ob es sinnvoll ist, Vorgaben internationaler Verträge im Strafzumessungsrecht zu berücksichtigen. Auch die Kritik am Bundesverfassungsgericht ist berechtigt. Das kann man an einzelnen Entscheidungen auch klar belegen. Es gab eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde in einem Verfahren, das nationalsozialistisches Unrecht betraf, da ging es um Urlaub aus dem Vollzug. In der nächsten Entscheidung, nur wenige Bände später, rudert das Bundesverfassungsgericht schon wieder zurück, aus dem klar erkennbaren Bemühen: Wir können uns jetzt nicht um alle diese Fälle kümmern. Das ist der Subtext dieser Entscheidung, das Bemühen, sich nicht in die Kompetenz der Fachgerichte einzumischen. Beim Bundesverfassungsgericht ist die Tendenz zur Vermeidung von Detailentscheidungen ausgeprägter als beim Bundesgerichtshof.

Herr Schreiber, ich will gar nicht darauf pochen, dass dieser irrationale Rest vollständig zu beseitigen ist. Da sind wir uns einig. Aber ich würde darauf pochen: Man kann ihn verkleinern, und dass uns heute die Strafzumessung als ein undurchsichtiger Vorgang erscheint, hat eben auch etwas damit zu tun, ob lange und intensiv darüber nachgedacht wird. Wenn wir uns im 18. Jahrhundert über Detailfragen des Notwehrrechts unterhalten hätten, wäre wahrscheinlich die Ratlosigkeit ähnlich gewesen. Nur gibt es eben eine Jahrhunderte alte Beschäftigung mit Fragen des Allgemeinen Teils, die für uns heute Vorstrukturierungen geleistet hat. Aber für die Strafzumessung ist dies etwas, was es noch nicht gibt, was aber nicht prinzipiell unmöglich ist.

DUTTGE:

Besten Dank, liebe Frau Hörnle.