

Menschengerechtes Strafen

GUNNAR DUTTGE*

I.

Von HEINRICH HENKEL stammt der schöne Satz: „Der offen oder geheim wirkende Regulator allen Rechts ist das Menschenbild“.¹ Gemeint ist damit die im Ansatz kaum bestreitbare Annahme, dass jede Schöpfung von Rechtsnormen, sei es durch den Gesetzgeber, sei es durch das „konkretisierende“² Gericht, notwendig einen Akt der Selbstverständigung einmal über die Erfordernisse des „Gemeinwohls“, also das innerhalb der Rechtsgemeinschaft allgemein „Vernünftige“³, und zum anderen über das Da- und So-Sein des Menschen als Teil dieser Gemeinschaft, kurzum: über seine „Natur“, voraussetzt. Mit RADBRUCH könnte man formulieren: Die Rechtsordnung gibt durch die von ihr jeweils begründeten Rechte und Pflichten „zu erkennen, welche Antriebe sie im Menschen als gegeben und wirksam annimmt“⁴. Die außerordentliche Schwierigkeit des Unterfangens, diesen „Allgemeintypus des Menschen“⁵ näher zu bestimmen, also festzulegen, worin denn die „wesentlichen typischen Eigenschaften des Gattungswesens Mensch“⁶ – so BYDLINSKI'S Charakterisierung – oder mit ZIPPELIUS: seine „Eigenart, [seine] Bedürfnisse und Lebenszwecke“⁷ als Basis einer hierauf abgestimmten politischen Ordnung bestehen könnten, zeigt allerdings unschwer schon ein einziger Blick auf die sich

* Für wertvolle unterstützende Beiträge danke ich meinen Mitarbeitern, Frau Johanna Erler und Herrn Andreas Poppe.

1 HEINRICH HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 235.

2 Zur Komplexität dieses Konkretisierungsprozesses grundlegend KARL ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953.

3 Zum „Entwurfscharakter des Rechts als Ideal einer Form des Zusammenlebens“ in der griechischen Philosophie lehrreich ADA NESCHKE-HENTSCHKE, Recht und politische Kultur: der Entwurfscharakter des Rechts als Ideal einer Form des Zusammenlebens, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, 2007, S. 33 ff.

4 GUSTAV RADBRUCH, Der Mensch im Recht, 1923, in: Fritz von Hippel (Hrsg.), Der Mensch im Recht – Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, 1957, S. 9, 10.

5 RADBRUCH (Anm. 4), S. 9.

6 FRANZ BYDLINSKI, Das Menschenbild des AGBGB in der Rechtsentwicklung, in: Ulrich v. Hübner u.a. (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld, 1999, S. 119.

7 REINHOLD ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, S. 90.

teilweise diametral widersprechenden Vorstellungen im Zeitalter des rationalistischen Naturrechtsdenkens: Dem verträglichen, zur Sozialität neigenden Gesellen bei GROTIUS steht der primär auf sich selbst bedachte, von seinem Selbsterhaltungstrieb geprägte Einzelne bei PUFENDORF gegenüber; oder dem von Natur aus guten und vernünftigen Menschen im ROUSSEAU'schen Sinne HOBBS' Wolf unter den Wölfen.

Aus dieser Vielfalt an spekulativen Entwürfen der Vergangenheit könnte leicht geschlossen werden, es sei vielleicht besser, auf ein „Menschenbild“ ganz zu verzichten, zumal im Recht, weil es hier nicht etwa nur harmlose literarische Spielerei oder philosophische Utopie bleibt, sondern den Rechtsunterworfenen mehr oder weniger zwangsweise auferlegt wird. Mit JÖRG PAUL MÜLLER, dem Berner Rechtsphilosophen, gilt dann aber: „Wer nicht ins Bild passt, liegt im Unrecht“.⁸

Doch macht eine Verfassung, die den Menschen und die ihm eigene Würde mit dem Anspruch auf „ewige“ Geltung (Art. 79 III GG) in den Mittelpunkt der gesamten Rechtsordnung stellt, Überlegungen zum Mensch-Sein unabdingbar; denn wer den Sinngehalt der *Menschenwürdegarantie* zu erfassen sucht, knüpft unweigerlich an die Frage an, was denn die spezifische Grundbefindlichkeit des Menschen innerhalb der Gemeinschaft, also seine individuelle und soziale Existenz letztlich ausmacht. Die Vorstellungen hierüber haben aber ganz offensichtlich einen tiefgreifenden geschichtlichen Wandel durchlaufen, wie ihn zuletzt BÖCKENFÖRDE eindrucksvoll beschrieben hat.⁹ Im Kern kann dabei von einer Entwicklung ausgegangen werden, die den in der Gemeinschaft aufgehenden Menschen des Mittelalters¹⁰ restlos hinter sich gelassen und im Zuge der neuzeitlichen Aufklärung das Recht des Einzelnen zur „Selbstgesetzgebung“ zum neuen Paradigma erhoben hat, nach der Devise: „Des Menschen Wille ist sein Himmelreich“.¹¹

In RADBRUCHS berühmter Heidelberger Antrittsvorlesung wird freilich noch ein weiterer, jüngster Entwicklungsschritt ausgemacht, ausgehend von der These, dass der „Durchschnittstypus des liberalen Rechtszeitalters“ nicht immer lebensnah, mitunter geradezu höchst fiktiv ist.¹² Danach zeige sich vor allem im Strafrecht besonders augenfällig, dass der verbrecherische Mensch meist am allerwenigsten in der Lage sei, Vorteile und Nachteile seines Verhaltens gegeneinander kühl abzuwägen; die „FEUERBACH'sche Abschreckungsphysik“ habe daher längst Schiffbruch erlitten.¹³ In der von ihm heranbrechenden „juristischen Zeitenwende“ wird daher ein „neues Bild vom Men-

8 JÖRG PAUL MÜLLER, *Der politische Mensch – menschliche Politik*, 1999, S. 3.

9 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Vom Wandel des Menschenbildes im Recht*, 2001.

10 BÖCKENFÖRDE (Anm. 9), S. 12.

11 BÖCKENFÖRDE (Anm. 9), S. 14 ff.

12 RADBRUCH (Anm. 4), S. 15.

13 Ebd.

schen“ ausgemacht, das einen „lebensnäheren Typus“¹⁴ zum Gegenstand hat, „in dem auch die intellektuelle, wirtschaftliche und soziale Machtlage des Rechtssubjekts mitgedacht“ ist: „Der Mensch im Recht ist fortan nicht mehr Robinson oder Adam, [...] sondern der Mensch in der Gesellschaft“¹⁵.

Diese „Mehrdimensionalität“ allen Rechts, mit HUGO SINZHEIMER gesprochen also individualistisches, soziales Recht sowie Sozialrecht, freilich nicht etwa streng voneinander getrennt, sondern als Bestandteile eines einheitlichen Rechtssystems,¹⁶ begegnet auch in der Rechtsprechung des BVerfG zum „Menschenbild des Grundgesetzes“, deutlich zu entnehmen insbesondere jenen Entscheidungen, die in strafrechtlichen Kontexten ergangen sind: So spricht etwa das erste Abtreibungsurteil von einer „wertgebundenen Ordnung“, der die Vorstellung von einem „eigenen, selbständigen Wert des Menschen“ als Fundament eines unbedingten Achtungsanspruchs immanent sei; begründet wird dies mit der „geschichtlichen Erfahrung“ der zuvor erlebten „Allmacht des totalitären Staates, der schrankenlose Herrschaft über alle Bereiche des sozialen Lebens für sich beanspruchte“¹⁷. Die Leitentscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe konkretisiert diesen Eigenwert des Menschen dahin, dass dieser als „geistig-sittliches Wesen“ gleichsam von Natur aus „darauf angelegt“ sei, „in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten“¹⁸. Der Gedanke der „Eigenverantwortlichkeit“ bildet zugleich die Voraussetzung für die Möglichkeit der Zuschreibung individueller „Schuld“, die nach ständiger bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung sowohl Grund als auch (jedenfalls im Prinzip) Maßstab für die Strafsanktion ist: „Mit der Strafe wird“ – so heißt es ganz unmissverständlich im Beschluss zum erweiterten Verfall (§ 73d StGB) aus dem Jahre 2004 – „ein rechtswidriges sozial-ethisches Fehlverhalten vergolten. Das dem Täter auferlegte Strafübel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen“¹⁹. Deshalb müssen „die einen Täter treffenden Folgen [...] zur Schwere der Rechtsgutsverletzung und des individuellen Verschuldens in einem angemessenen Verhältnis stehen“, so unlängst der auf die Verfassungsbeschwerde des „Kannibalen von Rotenburg“ hin ergangene Zurückweisungsbeschluss.²⁰ Dies soll aber bei fortdauernder besonderer Gefährlichkeit des Täters einer Vollstreckung der Freiheitsstrafe auch über das Maß der „Tatschuld“ hinaus und selbst einem in Ausnahmefällen tatsächlich lebens-

14 RADBRUCH (Anm. 4), S. 16.

15 Ebd.

16 HUGO SINZHEIMER, Das Problem des Menschen im Recht, in: Otto Kahn-Freund/Thilo Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden, Band 2, 1976, S. 53, 68.

17 BVerfG, Urteil v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, BVerfGE 39, S. 1, 67 = NJW 1975, S. 573, 582.

18 BVerfG, Urteil v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, S. 187, 227 = NJW 1977, S. 1525, 1526.

19 BVerfG, Beschluss v. 14.01.2004 – 2 BvR 564/95, NJW 2004, S. 2073, 2079.

20 BVerfG, Beschluss v. 07.10.2008 – 2 BvR 578/07, NJW 2009, 1061, 1063.

langen Freiheitsentzug nicht entgegenstehen. Insoweit finden vielmehr „übergeordnete Schutzinteressen“ der Allgemeinheit Anerkennung, gestützt auf das alte Postulat von der „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“, welche die Aufrechterhaltung des Freiheitsentzuges (Art. 2 II 2 GG) rechtfertigen, sofern dieser nur verhältnismäßig mit Blick auf das prognostizierte Gefährdungspotential ist.²¹ Dem ungefährlich(er)²² gewordenen Gefangenen wird dagegen „aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip“ das Recht auf Erhalt einer echten, konkreten „Chance auf Wiedererlangung der Freiheit“ und auf „Wiedereingliederung in die Gesellschaft“ zugesprochen: Hierin liege „jenes Existenzminimum, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht“²³.

Dieses eigentümliche Zusammenspiel eines zunächst nachdrücklich betonten Individualismus kraft zugeschriebener „Autonomie“ des Einzelnen, zugleich aber einer sozialstaatlich motivierten Abmilderung der daraus eigentlich resultierenden vollen – mitunter aber unbarmherzigen – „Eigenverantwortlichkeit“ und schließlich einer „gemeinnützigen“ Freiheitsbegrenzung selbst bei dauerhaftem Vorenthalten jedweder „sozialen Existenz“ bedarf ob seiner Folgerichtigkeit und Überzeugungskraft dringend der näheren Prüfung. Denn ein solcher „Wandel des Menschenbildes“ *innerhalb ein- und desselben Rechtsganges* von der Ermittlung einer Straftatbegehung „aus Freiheit“ bis zur Strafvollstreckung bei einem nun in bedürftiger Lebenssituation gesehenen oder aber wegen seiner Gefährlichkeit weithin entmündigten Individuum versteht sich keineswegs von selbst, auch wenn man – noch einmal mit SINZHEIMER – im jeweiligen Menschenbild nur das je konstellationsbedingte Hervorheben „einzelner Seiten des Menschen“ erkennen will.²⁴ Pointiert: Vollstreckt wird doch die im Urteil festgesetzte Strafe für die zuvor festgestellte Straftat und nicht eine gutachterliche Prognose zur Gefährlichkeit des Täters! Optionen zu einer Harmonisierung lassen sich freilich in gegensätzlicher Richtung vorstellen: Es kann entweder an der tatschuldgemäßen Verbüßung der verwirkten Strafe festgehalten werden, dann aber (wenigstens dem Grundsatz nach) ohne präventionsorientierte Möglichkeit der vorzeitigen Entlassung aus der Strafhaft (aus Gründen sozialstaatlicher Fürsorge, vgl. § 57 I 2 StGB) oder einer Verlängerung derselben ad infinitum (mit Blick auf die „Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit“, vgl. §§ 57 I 1 Nr. 2, 57a I Nr. 3 StGB), oder es kann umgekehrt in konsequenter Fortführung präventionsstrafrechtlicher An-

21 Vgl. BVerfG, Urteil v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, S. 187, 242; Beschluss v. 08.11.2006 – 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE 117, S. 71, 89 f., 96 ff.

22 Das Risiko der Begehung von Straftaten nur mittleren oder geringeren Gewichts hindert die Restaussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht, siehe BVerfG (Anm. 21), BVerfGE 117, S. 71, 100.

23 BVerfG (Anm. 21), BVerfGE 45, S. 188, 228 f., 239 und 245: „[...] nur dann sichergestellt, wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können“.

24 SINZHEIMER (Anm. 16), S. 64.

sätze, ganz im Sinne auch der modernen Hirnforschung,²⁵ die Sanktionierung individueller Tatschuld vollständig durch Therapie und Verwahrung ersetzt werden. Aktuelle rechtspolitische Bezüge einerseits zur Debatte um die Sicherungsverwahrung (vgl. §§ 66–66b StGB) und andererseits über die „Begnadigung“ (im eigentlichen Sinne oder in formalisierter Gestalt der Straffestaussetzung nach § 57a StGB²⁶) von RAF-Terroristen drängen sich ersichtlich auf.

Was meint also die Forderung nach „menschengerechter Bestrafung“? Um welche Menschen, um welche Gerechtigkeit geht es dabei? Die letztgenannte hat erkennbar, ganz übereinstimmend auch mit der philosophischen Tradition seit PLATON und ARISTOTELES bis zu RAWLS’ „Theory of Justice“, die politische Ordnung und Herrschaftsmacht der Staatsgewalt zum Gegenstand, so wie sich dem Schutzauftrag des Art. 1 I GG die Verpflichtung zur Sorge um wenigstens im Mindestmaß humane Existenzbedingungen in toto entnehmen lässt.²⁷ Dazu zählt nicht zuletzt auch der nötige Schutz vor Straftätern, an deren Sanktionierung die Allgemeinheit aber mangels unmittelbarer Betroffenheit allein aus Präventionsgründen zwecks Beförderung der allgemeinen Sicherheit ein Interesse hat, die unmittelbar betroffenen Opfer dagegen mindestens ebenso aufgrund des bei ihnen meist bestehenden Wiedergutmachungs- und Genugtuungsinteresses. Die jüngere, inzwischen aber breite Debatte um die „Wiederentdeckung des Opfers“ im Strafrecht und um einen eventuellen „Bestrafungsanspruch“, wie er etwa von JAN PHILIPP REEMTSMA begründet wird,²⁸ hat diese Dimension näher in den Blick genommen.²⁹ Darüber hinaus setzt jedoch eine humane Rechts- und Gesellschaftsordnung auch den nötigen Respekt vor der Menschenwürde und den Menschenrechten der einzelnen Rechtsunterworfenen voraus einschließlich der Person des Straftäters, der ungeachtet seiner Straftat innerhalb einer Ordnung des Rechts, die diesen Namen

25 Statt vieler dazu nur den Sammelband von KLAUS-JÜRGEN GRÜN/MICHEL FRIEDMAN/GERHARD ROTH (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, 2008, mit kritischer Besprechung GUNNAR DUTTGE, Zeitschrift für medizinische Ethik 2009, S. 102 ff.

26 Zur Problematik der in § 57a StGB enthaltenen „Schuldschwereklausel“ näher der gleichnamige Beitrag von GUNNAR DUTTGE, in: Ernst Müller/Günther M. Sander/Helena Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 271 ff. m.w.N.

27 Dazu allgemein WOLFRAM HÖFLING, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 1, Rn. 24 ff., 40; CHRISTIAN STARCK, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 1, Rn. 41; am Beispiel der Sterbehilfeproblematik exemplifiziert: GUNNAR DUTTGE, Menschenwürdiges Sterben. Typologie des Rechts und normative Grundlagen, in: Biomedical Law & Ethics 1/2009, S. 81.

28 JAN PHILIPP REEMTSMA, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, 1999.

29 Zuletzt insbesondere TATJANA HÖRNLE, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, S. 950 ff.; siehe auch MICHAEL KILCHING, Opferschutz und Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?, NSZ 2002, S. 57 ff.

verdient, stets „Person“ bleibt und niemals zum „Feind“ werden kann.³⁰ Auch ihm gegenüber müssen Art und Maß der verhängten Strafe ebenso wie das zu ihrem Ausspruch führende und ihre Vollstreckung betreibende Verfahren „gerecht“ sein.

Dieser „Mehrpoligkeit“ tatsächlicher oder möglicher, unmittelbarer oder mittelbarer Betroffenheit wegen lassen sich bekanntlich sehr unterschiedliche Anknüpfungspunkte finden zur Beantwortung jener seit alters her umstrittenen Legitimationsfrage: Warum und zu welchem Zweck darf der Staat eigentlich strafen? Abweichend von der übergreifenden Themenstellung dieses Bandes soll im vorliegenden Kontext allerdings bewusst auf die Strafe und nicht auf das *Strafgesetz* Bezug genommen werden, weil die soeben erwähnte Legitimationsproblematik primär mit der unmittelbar und zielgerichtet wirkenden Übelzufügung verbunden ist. Das *Strafgesetz* mag aus Gründen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips und nicht zuletzt wohl auch mit Blick auf die schuld begründende Verbotskenntnis (§§ 17, 20 StGB, Art. 103 II GG)³¹ insofern eine eigenständige und nicht unwichtige Funktion erfüllen; es nimmt ansonsten aber als Mittel zum letztendlichen Zweck des staatlichen Strafens Teil an der allgemeinen Legitimationsproblematik. Diese auch nur halbwegs wissenschaftlich zufriedenstellend, d.h. unter Einbeziehung *aller* relevanten Aspekte systematisch zu erörtern, kann freilich nicht im hiesigen Rahmen gelingen; die Aufgabe muss vielmehr darauf beschränkt bleiben, im Sinne einer *tour d’horizon* so etwas wie die Umriss einer Landkarte zu zeichnen, die Stück für Stück gemeinsam studiert werden kann mit den sich dabei jeweils begegnenden Verbindungs- und Grenzlinien, wichtigen Wegemarken und möglichen Sackgassen.

30 Zur Debatte um ein „Feindstrafrecht“ vgl. zuletzt KARL HEINZ GÖSSEL, Widerrede zum Feindstrafrecht, in: Andreas Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 33 ff.; FRANK SALIGER, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept, JZ 2006, S. 756 ff.; BERND SCHÜNEMANN, Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!, in: Rainer Griesbaum u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm, 2006, S. 219 ff., in kritischer Auseinandersetzung mit GÜNTHER JAKOBS, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff.; DERS., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88 ff.; DERS., Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), S. 839.

31 Zu den Hintergründen („Schuldtheorie“ versus „Vorsatztheorie“) siehe im Überblick GUNNAR DUTTGE, in: Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2008, § 17, Rn. 1 f.

II.

Zieht man das Standardwerk modernen Strafrechtsverständnisses zu Rate, so scheint die Sache klar zutage zu liegen: Da Strafnormen innerhalb einer liberalen Verfassungsordnung nur gerechtfertigt sind, wenn sie dem Schutz der individuellen Freiheit und einer sie bezweckenden Gesellschaftsordnung dienen, könne auch die konkrete Strafe stets nur diesen, d.h. einen *verbrechensvorbeugenden* Zweck verfolgen.³² Ein gewisser Vorrang soll dabei nach ROXIN dem Gedanken der Resozialisierung zukommen, weil es sich erstens um ein grundgesetzliches Gebot handle und zweitens durch eine täterbedingt milde Strafe die generalpräventiven Wirkungen bei Beachtung eines „generalpräventiven Minimums“ lediglich abgeschwächt, nicht aber vereitelt würden.³³ Die schon gegen v. LISZTS „Marburger Programm“ erhobenen Einwände stehen aber unwiderlegt im Raum: dass nämlich der Idealismus der positiven Spezialprävention mit besserungsunfähigen und -unwilligen Straftätern nichts anzufangen weiß³⁴ (vor einer Zwangstherapie und auch vor erschlichenen oder fingierten „Einwilligungen“ schützt Art. 1 I GG)³⁵ und – noch grundsätzlicher – von vornherein keinerlei Maßprinzip erkennen lässt.³⁶ Die radikalen Konsequenzen wären einerseits – bei fortbestehendem Resozialisierungsbedarf – die mögliche Verurteilung zu unbestimmter Freiheitsstrafe und andererseits der Verzicht auf jedwede Sanktion bei gänzlich weggefallener Gefährlichkeit.³⁷ Könnte es aber, wie MERLE meint, aus Sicht der Rechtsgemeinschaft wirklich akzeptierbar sein, wenn beispielsweise ADOLF HITLER im gedachten Fall seines Überlebens und Aufgreifens Jahrzehnte später nicht mehr bestraft würde?³⁸ Ein lebensfernes Hirngespinnst – in praxi nicht vorstellbar? Das gilt für das konkrete Gedankenspiel, nicht aber mit Blick auf die Konstellation als solche: Erst im April des vorvergangenen Jahres hatte der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einem Mordfall keine rechtlichen Bedenken gegen die Zubilligung einer Strafaussetzung von lebenslanger Freiheitsstrafe, die gewährt wurde wegen (vermeint-

32 CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, § 3, Rn. 37.

33 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 41.

34 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 19.

35 DIETHELM SCHMIDTCHEN, Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe, in: Dieter Dölling (Hrsg.), „Jus humanum“, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 245, 274 will eine Einwilligung annehmen, weil der Verbrecher vor der Tat rationaler Weise einer resozialisierenden Strafe zugestimmt „hätte“.

36 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 16.

37 MICHAEL PAWLIK, Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: Ingeborg Puppe u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 213, 222.

38 JEAN-CHRISTOPHE MERLE, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, 2007, S. 162 f.

lich)³⁹ fehlender „besonderer Schuldschwere“ (§ 57a I 1 Nr. 2 StGB) mit der alleinigen Begründung eines straffreien Lebens des Täters über einen längeren Zeitraum hinweg!⁴⁰ Der Heidelberger Kollege DÖLLING hält dieser Grundsatzkritik entgegen, dass bei schweren Rechtsgutsverletzungen „nach dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl auf einen strafrechtlichen Unrechtsausgleich nicht verzichtet werden“ könne.⁴¹ Das ist zweifelsohne richtig, hat aber nichts mit der auch von ihm in hohen Ehren gehaltenen Spezialprävention, sondern weit mehr mit Tatvergeltung zu tun, wie überhaupt das Bemühen um eine „Wiedereingliederung in die Gesellschaft“ bereits denknötwendig den Anlass für die Strafverfolgung, das begangene Unrecht, in sich trägt.

Der explizite Rückgriff auf Erwägungen der ausgleichenden „Gerechtigkeit“ wird jedoch vielfach als „wissenschaftlich nicht haltbar“, als verfassungswidrig oder gar schlichtweg als „barbarisch“ gebrandmarkt, zumeist mit der Erwägung, dass der Staat als irdische Einrichtung zur Verwirklichung einer metaphysischen Idee weder fähig noch berechtigt sei;⁴² die Strafe des Verfassungsstaates müsse vielmehr in einem „Ableitungszusammenhang zur heutigen Gesellschaft und zu ihren Schutzbedürfnissen“ stehen. Um nicht einem „konservierten Rachedanken“ nach Art der archaischen Talion das Wort zu reden,⁴³ greift auch REEMTSMA lieber zur positiven Generalprävention und spricht von einer „Schadensbegrenzungspflicht des Staates“ gegenüber dem bereits geschädigten Opfer wie auch gegenüber der Allgemeinheit.⁴⁴ Der gezielte Zugriff auf den Straftäter als Mittel solcher „Schadensbegrenzung“ legt freilich ebenso wie die unvermeidliche Orientierung des Strafmaßes am Gewicht der Normübertretung die Annahme nahe, dass hier in letzter Konsequenz vielleicht doch nur eine geschickt maskierte vergeltungstheoretische Konzeption in Rede stehen könnte. Denn eine auf tatsächliche sozialpsychologische Effekte abzielende Konzeption könnte anders als beabsichtigt die „Optik des Opfers“ gar nicht in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken, da das konkrete Tatopfer dann nicht mehr für sich, sondern nur noch als Teil der Gemeinschaft aller potentiellen Opfer in Erscheinung träte. Wollte man jedoch, auf die Allgemeinheit bezogen, positive Wirkungen im Sinne des Unterbleibens von Verbrechen wirklich erzeugen, sei es durch Abschreckung oder durch Stärkung der allgemeinen Rechtstreue mittels des am Straftäter

39 Näher dazu DUTTGE (Anm. 26), S. 271 ff.

40 BGH, Urteil vom 02.04.2008 – 2 StR 621/07, NStZ-RR 2008, 238.

41 DIETER DÖLLING, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts, in: ders. (Hrsg.), „Jus humanum“, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 597, 608.

42 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 8; EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971 (Nachdruck, hrsg. von Eric Hilgendorf, 2004), S. 85; geradezu klassisch: ULRICH KLUG, Abschied von Kant und Hegel, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36 ff.

43 REEMTSMA (Anm. 28), S. 13.

44 REEMTSMA (Anm. 28), S. 23 f.

vollzogenen Exempels (negative bzw. positive Generalprävention), weil – so FEUERBACH – „jede Beleidigung [...] dem Zweck des bürgerlichen Vereins“ widerspreche,⁴⁵ so trüge das nicht nur Züge der menschenwürdevidrigen Instrumentalisierung, sondern wäre – ernst genommen – mit JAKOBS wahrlich ein „in mehrfacher Hinsicht totalitäres Unterfangen“.⁴⁶ Deshalb ist bei ihm die Bedeutung der Strafe retrospektiv auf die straftatbedingte Gefährdung der „Normgeltung“ bezogen, die den Staat in „Zugzwang“⁴⁷ setze und zum „Widerspruch gegen die Geltungsverneinung“ dränge:

„Die Strafe beseitigt nur diejenige Gefährdung der Normgeltung, die der Verbrecher durch seine Tat zurechenbar geschaffen, die er verschuldet hat; seine Verantwortlichkeit für die Gefährdung der Normgeltung ist die Legitimation, ihm den Strafschmerz zuzufügen.“⁴⁸

Die Höhe dieses „Strafschmerzes“, dem die kognitive Sicherung der erstrebten Wiederherstellung des Status quo einer unangefochtenen Normgeltung aufgegeben ist, wird bei JAKOBS zunächst scheinbar ganz präventionsorientiert so bemessen, „dass die geschehene Tat [...] allgemein als mißglücktes Unternehmen verstanden wird“⁴⁹; denn es lasse sich die „Orientierungskraft des Rechts“ nur erhalten, wenn der Täter „als Adresse in der Kommunikation mehr oder weniger umfassend und für mehr oder weniger lange Zeit gelöscht werde“. Freilich dürfe der Täter dadurch nicht als „Mittel der Gesellschaftspolitik“ missbraucht werden, so dass die Strafe auch bei JAKOBS am Ende doch streng darauf begrenzt wird, was der Täter gerechterweise „zu leisten hat“⁵⁰, nämlich eine „Wiedergutmachung des verschuldeten Schadens“. Versteht man diesen jedoch nicht nur verkürzt im Sinne einer materiellen Einbuße beim Opfer, von der ohnehin nur bei Eigentums- und Vermögensdelikten die Rede sein könnte, sondern in der ideellen Sphäre als schlechthin inakzeptable Weise der außerordentlichen Geringschätzung anderer und – wegen des massiven Bruchs des gesellschaftsvertraglichen Bandes⁵¹ – letztlich aller Mitglieder der Rechts-

45 JOHANN PAUL ANSELM RITTER VON FEUERBACH, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, 1799, S. 39.

46 GÜNTHER JAKOBS, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 26.

47 JAKOBS (Anm. 46), S. 28.

48 JAKOBS (Anm. 46), S. 32.

49 JAKOBS (Anm. 46), S. 33.

50 Ebd.

51 Dieser freiheitstheoretische Zusammenhang muss, um den Vergeltungsgedanken nicht als „kaschiertes Machtinstrument“ misszudeuten, stets mitgedacht werden, wie hier bereits RAINER ZACZYK, Über den Grund des Zusammenhangs von personalem Unrecht, Schuld und Strafe, in: Gerhard Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 191 ff. – siehe auch ULFRID NEUMANN, Alternativen zum Strafrecht, in: ders./Cornelius Prittowitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 89, 94: „Wenn der Staat sich nicht darauf beschränkt, [...] dem Geschädigten die Durchsetzung eines Schadensausgleichs zu garantieren, sondern selbst gegen den Schä-

gemeinschaft, so ist an dieser Stelle jenseits zivilrechtlicher Ausgleichsmechanismen der Rubikon zum Strafrecht überschritten.⁵²

Das Spezifikum strafrechtlicher Normen besteht dementsprechend darin, dass bezogen auf ein als sozialwidrig bewertetes Täterverhalten eine Reaktion der Rechtsgemeinschaft ermöglicht wird, die – von Amts wegen betrieben – jedenfalls primär keinen Schadenersatz auf Opferseite herbeiführt oder auch nur bezweckt, sondern bei allem Bemühen um verstärkte Berücksichtigung von Opferinteressen im Rahmen der Sanktionsentscheidung (z.B. im Rahmen des sog. Täter-Opfer-Ausgleichs, § 46a StGB) im Kern auf einen „Schadensausgleich“ *zugunsten der Rechtsgemeinschaft* gerichtet ist. Der hier vom Täter verursachte „Schaden“ resultiert offensichtlich aus der gleichheitswidrigen Anmaßung nicht zustehender „Freiheit“ mit der Folge einer damit per se einhergehenden Rechtsfriedensstörung,⁵³ die deshalb – letztlich also um des Fortbestands der Rechtsgemeinschaft willen – nicht ohne missbilligende Antwort bleiben kann. In diesem „sozial-ethischen Tadel“ liegt bekanntlich auch begrifflich die eigentümliche Bedeutung der Institution Strafe begründet, die stets auf den Rechtsbruch durch einen verantwortlich handelnden Täter bezogen und daher per definitionem vergangenheitsorientiert, mit der ihr immanenten gezielten Übelszufügung notwendig repressiv ist.⁵⁴ Nur insoweit handelt es sich überhaupt und im eigentlichen Sinne um „Strafe“, während ein vom Streben nach Besserung oder Sicherung des Täters oder ein vom Gedanken der Gefahrenabwehr innerhalb der Rechtsgemeinschaft geprägtes „Strafrecht [...] letzten Endes aufhört, ‚Strafrecht zu sein‘“⁵⁵.

Von dieser retributiven Struktur von Strafe wird allerdings die Frage nach dem (missverständlich so genannten) „Strafzweck“ meist strikt geschieden, weil

diger vorgeht, dann muß durch die Tat über das konkrete Opfer hinaus auch die Allgemeinheit betroffen sein.“

52 Weiterführend ALBIN ESER, Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch?, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 195, 202.

53 Jüngst auch MICHAEL KAHLO, „Die Weisheit der absoluten Theorien“, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 383, 421; siehe weiterhin GÜNTHER JAKOBS, Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, in: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung, 2009, S. 37, 46: „[...] ist Verbrechen [...] Störung der normativen Struktur der Gesellschaft, also [...] Sozialschaden“.

54 KRISTIAN KÜHL, Zum Missbilligungscharakter der Strafe, in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 149, 153; ULFRID NEUMANN, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 6 f.

55 In diesem Sinne bekanntlich die Hoffnung RADBRUCHS, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 165 f. (auch in: ARTHUR KAUFMANN, Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 2, 1993, S. 402 f.): „Es möchte vielmehr gerade umgekehrt so liegen, daß die Entwicklung des Strafrechts über das Strafrecht einstmals hinwegschreiten und die Verbesserung des Strafrechts nicht in ein *besseres* Strafrecht ausmünden wird, sondern in ein Besserungs- und Bewahrungsrecht, das *besser* als Strafrecht [...] ist.“

das begriffliche Verständnis natürlich noch nicht die Legitimation des Gegenstandes in sich trägt.⁵⁶ Das Prinzip der Retribution kann die Notwendigkeit von Strafe innerhalb einer – noch dazu vom Postulat individueller Freiheit getragenen – Rechtsordnung also nicht begründen, sondern muss selbst gerechtfertigt werden, wie NEUMANN erst unlängst betont hat.⁵⁷ Die von ihm angemahnte „Gerechtigkeitstheorie“⁵⁸ soll die nötige Erklärung liefern, dass und inwieweit die irreguläre „Anmaßung von Chancen der Interessendurchsetzung“ durch das „Risiko der strafenden Interessenverletzung“ kompensiert werden dürfe.⁵⁹ Mit dieser sich betont metaphysikkritisch gebenden Forderung nach Herstellung einer sogenannten „irdischen Gerechtigkeit“, die ganz auf die Verteilung der gesellschaftlichen Güter, der vorhandenen Nutzen und Lasten bezogen ist,⁶⁰ bleibt jedoch der eigentliche Grund für die Berechtigung zur strafenden Intervention im Dunkeln und droht das straftheoretische Verständnis eine deutlich utilitaristische Färbung anzunehmen (etwa in dem Sinne, es müsse wieder Chancengleichheit hergestellt werden für den weiteren Wettlauf um irdisches „Glück“). Die hierfür ursächliche „Phobie“ ist in ihrem ideologiekritischen Impetus jedoch überzogen und kann schon deshalb nicht überzeugen, weil bei aller geschichtlichen Bedingtheit des Staates und seiner normativen Grundlagen und bei aller berechtigten Vorsicht gegenüber naturrechtlichen Behauptungen und kurzschlüssigem Argumentieren aus der Menschenwürdegarantie die überpositive Idee der Gerechtigkeit jenseits pragmatischer Zweckmäßigkeitkalküle mit Art. 1 GG explizit Eingang in unsere Rechtsordnung gefunden hat (dies zugleich gegen das ROXINSche Argument, wonach das Grundgesetz innerhalb der Strafzweckdebatte für den Resozialisierungsgedanken streite)⁶¹. Eine nicht derart verkürzte Vorstellung von „gerechtem Tausgleich“ setzt daher die gesellschaftsvertraglich zu begründende vorgängige Verbindung der Personen in einer Gemeinschaft des Rechts voraus; die Frage nach der Berechtigung staatlichen Strafens geht damit auf in jene nach der Legitimation des Staates.⁶²

56 URS KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, GA 1989, S. 493; RAINER ZACZYK, *Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens*, in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 207, 217.

57 ULFRID NEUMANN, *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 435, 448, Fn. 45.

58 NEUMANN (Anm. 54), S. 15; DERS. (Anm. 57), S. 448 f.

59 NEUMANN (Anm. 57), S. 449.

60 Vgl. NEUMANN (Anm. 54), S. 15; DERS. (Anm. 57), S. 448.

61 Siehe ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 13 f.

62 Wie hier explizit MICHAEL PAWLIK, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, in: ders./Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 469, 485: „Zusammenhang von Strafrechtswissenschaft und politischer Philosophie“.

In diesem gleichsam vorrechtlichen gemeinsamen Band zwischen Täter, Opfer und allen weiteren Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft dürfte mit ZACZYK auch das entscheidende Moment zu sehen sein, das rechtliche Strafe trotz ihres vergeltungstheoretischen Fundaments von archaischer Rache unterscheidet.⁶³ Ohnehin fließen die Genugtuungsinteressen der Opfer nur in gebrochener, mediatisierter Form in Strafurteil wie Strafverfahren ein. Gleichwohl soll der Gedanke des „gerechten Tatausgleichs“ auch das Maß der „verdienten“ Strafsanktion vorgeben; gerade in diesem Konnex zwischen Straftheorie und Strafzumessung liegt der besondere Vorzug gegenüber den Präventionslehren, bei denen ein nur *strafbegrenzendes* Schuldprinzip gleichsam in der Luft hängt.⁶⁴ Die nähere Umsetzung und Konkretisierung dieser „Konvergenz“ bereitet bekanntlich jedoch erhebliche Schwierigkeiten, weil es zur „Übersetzung“ des festgestellten Tatschuldquantums in eine konkrete Sanktion einer übergeordneten „Währung“ bedürfte, die es erst ermöglichte, die Inkommensurabilität der beiden Größen auf eine rationale Weise zu überbrücken; es lässt sich aber derzeit nicht einmal so leicht sagen, wo ein solcher Vergleichsmaßstab jenseits der bloßen Konvention („ständige Praxis“) bzw. „Tradition“ eigentlich gesucht werden sollte. Das hier bedeutsame Stichwort der „tatproportionalen Strafzumessung“ bezeichnet somit eher die noch zu bewältigende Aufgabe und nicht ein schon fertiges Konzept, auch wenn es dazu eine Reihe bedeutender Vorarbeiten gibt⁶⁵ und mittlerweile hinreichend klar ist, dass solche „Proportionalität“ mitnichten archaische Spiegelbildlichkeit im Sinne des wahrlich inhumanen „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ erzwingt (womit man sie freilich wie zugleich jede vergeltungstheoretische Position gerne zu diskreditieren sucht). Vielmehr verbindet sich hiermit die verheißungsvolle Aussicht, den (zu) weiten und nur mit Mühe (revisionsgerichtlich) kontrollierbaren Freiraum bei der richterlichen Strafzumessung (infolge der sog. „Spielraumtheorie“)⁶⁶ mitsamt der hiermit einhergehenden Ungleichbehandlung namentlich durch relativ beliebige Einbeziehung von tatfremden Umständen wie Täterpersönlichkeit und -biographie zu beseitigen oder – rea-

63 RAINER ZACZYK, Über den Grund des Zusammenhangs von personalem Unrecht, Schuld und Strafe, in: Gerhard Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 191, 202.

64 Siehe hierzu die überzeugende Kritik an der vorherrschenden Position, die glaubt, präventiven Rechtsgüterschutz und vergeltungstheoretisch geprägtes Schuldverständnis miteinander vereinbaren zu können: PAWLIK (Anm. 62), S. 479 ff.

65 Vgl. insbesondere R. A. DUFF, Was ist Tatproportionalität und warum ist dieses Prinzip wichtig?, in: Wolfgang Frisch/Andrew v. Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 23 f.; ANDREW V. HIRSCH, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, ebd., S. 47 ff.

66 Statt vieler etwa BGHSt 7, S. 28 ff., 32; BGHSt 20, S. 264 ff., 266 f.; BGHSt 24, S. 132 ff.; BERND-DIETER MEIER, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, S. 146 ff.; FRANZ STRENG, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 480 ff.

listischer – doch wenigstens auf ein erträgliches Maß zu reduzieren.⁶⁷ Die Leitidee der „Proportionalität“ bedeutet also zweierlei: Zum einen die Forderung nach „Angemessenheit“ oder „Stimmigkeit“ des Verhältnisses zwischen Strafe und Tat bzw. Tatschuld und zum anderen der Relation zur Sanktionierung vergleichbarer Fälle.⁶⁸ Anders als teilweise befürchtet muss „Tatproportionalität“ dabei keineswegs zu einem Anstieg des Bestrafungsniveaus führen; ganz im Gegenteil dürfte eine auf „Fairness“ abzielende und eben nur an der Tatschuld ausgerichtete Strafzumessung der Gefahr übermäßiger Sanktionierung etwa wegen „Unbelehrbarkeit“ des Straftäters oder „aus generalpräventiven Gründen“ gerade effektiv entgegenwirken. Würde sich dennoch in Teilbereichen eine Höherbestrafung tatsächlich einmal feststellen lassen, so müsste sich hierdurch allein die bisherige Praxis und nicht die Forderung nach tat- und schuldgerechter Bestrafung diskreditiert sehen. Im Ganzen bleiben aber, wie schon angedeutet, wichtige Fragen noch zu beantworten wie insbesondere die nach den strafzumessungsbezogen relevanten Bewertungsfaktoren zur näheren Ermittlung und Operationalisierung von Tat- und Schuldschwere.⁶⁹ Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang zugleich der übergreifende und bis zur Strafzumessung durchschlagende Legitimationszusammenhang, dass also die straftheoretische Grundlegung das Verständnis solcher „Tatproportionalität“ maßgeblich bestimmen muss und somit individualistische, allein vom Opfer her begründete Positionen zu kurz greifen.

Die weitere, nicht weniger bedeutsame Frage ist schließlich, ob über jenen Tatbezug hinaus nicht doch noch Raum auch für präventionsspezifische Gesichtspunkte bleibt. Sofern dies auf eine diffuse strafzumessungsrechtliche „Vereinigungslehre“ hinausläufe, gälte dasselbe, was JAKOBS bereits den entsprechenden Lehren innerhalb der Strafzweckdebatte zugerufen hat: dass hierdurch mangels übergreifendem Ganzen gar nichts „vereinigt“, sondern durch ungefiltertes Aufsaugen einer Vielzahl sich wechselseitig begrenzender Elemente nur ein „Sammelsurium“ hervorgebracht werde.⁷⁰ Wer es mit dem „gerechten Tausgleich“ ernst meint, kann somit keine Durchbrechungen der Tatproportionalität hinnehmen, oder anders gewendet: Von der Tatschuld darf nicht „nach oben“, aber auch nicht „nach unten“ abgewichen werden; präventionsspezifische Strafzumessungsgesichtspunkte können daher nur so weit bedeutsam werden, wie das tatschuldgemäße Maß bloß als Rahmen und nicht

67 Näher BERND SCHÜNEMANN, Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität, in: Wolfgang Frisch/Andrew v. Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, S. 185, 198.

68 v. HIRSCH (Anm. 65), S. 60 ff.

69 Vgl. v. HIRSCH (Anm. 65), S. 70 ff.; TATJANA HÖRNLE, Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität, in: Wolfgang Frisch/Andrew v. Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, S. 99, 104 ff.

70 JAKOBS (Anm. 46), S. 33, Fn. 149.

als exakter Punkt auf einer virtuellen Skala verstanden wird,⁷¹ also im Sinne einer „Prävention innerhalb der Repression“⁷².

III.

Dass diese Grundsätze auch im Rahmen der Strafvollstreckung ihre Gültigkeit nicht einfach verlieren können, ist eingangs schon angedeutet worden. Wenn die günstige Gelegenheit einer Verhängung von Kriminalstrafe wegen vorausgehender Straftatbegehung aus verfahrensökonomischen Gründen zugleich für polizeipräventive Überlegungen und Maßnahmen genutzt werden soll (wie im Falle der „Maßregeln der Besserung und Sicherung“, §§ 61 ff. StGB), so muss dieses Anliegen von jenem der strafrechtlichen Sanktionierung jedenfalls in den Beurteilungsmaßstäben dennoch strikt getrennt bleiben.⁷³ Selbstredend mag das straffreie Leben eines erst Jahrzehnte später ermittelten Mörders eine günstige Sozialprognose indizieren (vgl. § 57 I 2 StGB: „Wirkungen [...], die von der Aussetzung [...] zu erwarten sind“; § 57a I 2 StGB); mit der „besonderen Schuldschwere“ der Tat hat das aber nicht das Geringste zu tun.⁷⁴ Die große Ratlosigkeit beim Verständnis des § 57a StGB wie auch hinsichtlich seiner künftigen Ausgestaltung etwa nach den Vorschlägen des im vorvergangenen Jahr vorgestellten „Alternativ-Entwurfs Leben“⁷⁵ führt nachdrücklich den noch immer bestehenden Klärungsbedarf selbst in den grundsätzlichen Fragen vor Augen.

Dazu zählt nicht zuletzt auch jene nach dem „Menschenbild“, das bei alledem zugrunde gelegt werden soll. Leicht kann diese Frage allerdings zu „vorverfügten“ Konstruktionen verführen, zur Fiktion eines abstrakt bleibenden „homo iuridicus“, wodurch viele der im Rahmen der Typenbildung nicht

71 Zugleich ist natürlich auch der Begriff „Tatschuld“ für sich noch klärungsbedürftig, um einzuschätzen, welche Umstände bereits hierdurch und nicht erst durch Präventionsüberlegungen Berücksichtigung finden können.

72 HANS-JÜRGEN BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2. Aufl. 1985, S. 105; zur „Bandbreite“ der „schon bis ‚noch‘ vertretbare[n] Strafgrößen“ jüngst auch WOLFGANG FRISCH, *Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*, in: René Bloy u.a. (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 239, 249 f.; zur Dominanz des Schuldausgleichsgedankens vor präventiven Überlegungen auch KRISTIAN KÜHL, *Von der gerechten Strafe zum legitimen Bereich des Strafbaren*, in: René Bloy u.a. (Hrsg.), a.a.O., S. 433, 437 ff.

73 Vor einer Vermischung warnt eindringlich auch GEORG FREUND, *Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln*, GA 2010, S. 193 ff.

74 Anders die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, siehe oben Anm. 40.

75 ARBEITSKREIS ALTERNATIV-ENTWURF, GA 2008, S. 195, 256: Vorschlag einer ersatzlosen Streichung der Schuldschwereklausel; hiergegen aber DUTTGE (Anm. 26).

ausgezeichneten, für die Existenz der real-konkreten Menschen womöglich ebenso bedeutsamen Umstände und Verhältnisse vorschnell aus dem Blick geraten können.⁷⁶ Von SAVIGNY wissen wir aber: „Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite gesehen.“⁷⁷ Und dieses Leben zeigt sich nicht selten von Irrationalem, von Angst und Schuld geprägt – Schuld nicht allein um der Taten willen, sondern häufiger auch der Unterlassungen wegen. Mit den Worten KARL ALFRED HALLS:

„Der Mensch existiert nicht nur in der Welt der aktuellen Wirklichkeit, sondern auch in der Welt der Möglichkeiten. [...] Was er denkt, tut oder läßt, ist nicht notwendig wirklich, sondern nur eine seiner Möglichkeiten, wirklich zu werden. [...] Es bleibt [mitunter] ein Rätsel, daß unter den vielen Möglichkeiten der Welt diese *eine* erwählt oder verdammt wurde, Wirklichkeit zu werden. [...] Der Mensch ist nicht ein ‚vorsätzlich‘ final-zielgerichtet handelndes, sondern ein fahrlässiges, ein taumelndes Wesen. Und der Gesetzgeber schlägt [wie auch Justiz und andere Institutionen des Staates und der Gesellschaft] gleichsam eine ‚Taumelschneise‘ durch den Wald der Welt.“⁷⁸

In diesem Lichte erscheint es aber weniger als Zeichen schwächerer Milde und Wankelmütigkeit, sondern eher als Ausweis einer dem zivilisatorischen Fortschritt gemäßen Humanität, der nötigen Skepsis gegenüber zu viel Selbstgewissheit⁷⁹ und der Einsicht in die Notwendigkeit einer Begrenzung staatlicher Strafgewalt, wenn das Bundesverfassungsgericht den nominell zu „lebenslanger Freiheitsstrafe“ Verurteilten nicht unbarmherzig zu einer sinnlos gewordenen Existenz, zu einem „tragischen Helden der Vergeblichkeit“⁸⁰ verdammt sehen möchte. Sind doch die wenigsten zu „Heroen des Absurden“⁸¹ geboren. Wenn es also zwischen Heroismus und Humanität zu entscheiden gilt, so kann

76 Näher THOMAS WÜRTEMBERGER, Über Rechtsanthropologie, in: Alexander Hollerbach u.a. (Hrsg.), Mensch und Recht. Festschrift für Eric Wolf, 1972, S. 1, 19: der „pure Rechtsmensch“ als „leblose Konstruktion“.

77 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1892 (Nachdruck 1914), S. 18.

78 KARL ALFRED HALL, Strafrecht der Angst, in: Alexander Hollerbach u.a. (Hrsg.), Mensch und Recht. Festschrift für Eric Wolf, 1972, S. 80, 81 und 84 f.

79 Siehe die bekannte Bemerkung RADBRUCHS: „Die großen Zweifler an der Wissenschaft und dem Werte des Rechts, ein Tolstoi, ein Daumier, ein Anatole France und so auch ein Kirchmann, sind für den werdenden Juristen unschätzbare Mahner zur Selbstbesinnung. Denn ein guter Jurist kann nur der werden, der mit schlechtem Gewissen Jurist ist.“ (GUSTAV RADBRUCH, Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß, 1952, S. 24).

80 HARTMUT SCHIEDERMAIR, Hoffnung und Menschenwürde. Das Erbe des Sisyphos, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 63, 64 und 75.

81 ALBERT CAMUS, Der Mythos von Sisyphos. Ein Versuch über das Absurde, 1995, S. 99.

eine auf dem Fundament der Menschenrechte errichtete Rechtsordnung nur für die Freiheit und Mitmenschlichkeit votieren. HARTMUT SCHIEDERMAIR, der frühere Präsident des Deutschen Hochschulverbandes und langjährige Kölner Ordinarius für Rechtsphilosophie und Völkerrecht, hat dies einmal in die schönen Worte gefasst:

„In der Hoffnung bemächtigt sich der Mensch seiner Zukunft, und erst in diesem Vorgang erwächst ihm die Chance der selbstverantworteten Lebensgestaltung [...]. Ohne diese Hoffnung gibt es keine Zukunft, und damit entschwinden auch Freiheit, Verantwortung und Glück. Der Mensch ohne Hoffnung [...] liefert sich seiner sinnlos gewordenen Existenz aus, fremdbestimmt und tatenlos verliert er sich selbst, seine Identität.“⁸²

Dass menschliche Existenz nie in reiner Ich-Gestalt erstrahlt, sondern stets auch heteronomen Einflüssen, äußeren und inneren Begrenzungen und mancherlei Bedürftigkeit unterliegt, ist freilich kein Spezifikum allein des Strafvollzugs. Rückwirkungen auf die Weise, wie wir bisher „Tatschuld“ zuschreiben (Postulat des regelmäßigen „Anders-Handeln-Könnens“), drängen sich damit auf, gleichgültig, wie man sich zu den Forderungen der modernen Hirnforschung stellen mag.⁸³ Denn – wie ist es in GOETHE'S „Gott und die Bajadere“ so formvollendet beschrieben: „Soll er strafen, soll er schonen, muß er Menschen menschlich sehen“.⁸⁴ Sofern „Gnade“ dabei nur Ausdruck „unverhohlener Anerkennung der Fragwürdigkeit allen Rechts“ ist,⁸⁵ bleibt uns weiterhin die Suche nach einem humanen Recht aufgegeben, das aus sich selbst heraus „die Gerechtigkeit des Einzelfalls gegenüber dem auf den Durchschnitt berechneten Gesetze zur Geltung zu bringen“⁸⁶ und insbesondere bei nachträglich sich verändernden Verhältnissen „menschliche Härten“ und „Unbilligkeiten“ zu kompensieren vermag⁸⁷ und infolgedessen auf einen so fragwürdigen und irrationalen Eingriff in das rechtsstaatliche Kompetenzgefüge⁸⁸ wie die

82 Ebd., S. 76.

83 Dazu näher GUNNAR DUTTGE (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn: Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht*, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, 2009.

84 JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, *Der Gott und die Bajadere*, in: Erich Trunz (Hrsg.), *Goethes Werke: Hamburger Ausgabe in 14 Bänden*, Band 1, 15. Aufl. 1993, S. 273.

85 RADBRUCH (Anm. 55), S. 410.

86 GUSTAV RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1910, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, Bd. 1, 1987, S. 144.

87 BVerfGE 25, S. 352, 360, 364; HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 88, 2; REINHART MAURACH/KARL-HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, S. 743.

88 BVerfGE 25, S. 352, 361; näher HERO SCHALL, *Gnade vor Recht oder Recht vor Gnade?*, in: Holm Putzke u.a. (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, 2008, S. 899, 907.

Begnadigung verzichten kann. Oder anders gesagt: Ist Gnade als gottesgleicher⁸⁹ Urteilsspruch einer „obersten Revisionsinstanz“⁹⁰ „nicht bloß eine milde Form des Rechts, sondern der leuchtende Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbricht und die kühle Düsternis der Rechtswelt erst sichtbar macht“⁹¹, so kann das Heil nicht in der seit längerem geforderten und punktuell bereits stattfindenden „Verrechtlichung der Gnade“⁹² liegen, sondern darin, auch die letzten „dunklen Bereiche“ des Rechts so weit zu erhellen, dass es der Gnade nicht mehr bedarf. Denn sobald Gnade „die Form gesetzgebungsreifer Normen angenommen [hat], hört [...] die Kompetenz der Gnade auf“⁹³ und herrscht das Recht – freilich ein Recht, das diesen Namen auch verdient!

89 Das Bundesverfassungsgericht hat die Justiziabilität von Gnadenakten abgelehnt, vgl. BVerfGE 25, S. 352 ff.

90 HINRICH RÜPING, Die Gnade im Rechtsstaat, in: Gerald Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31, 39.

91 RADBRUCH (Anm. 55), S. 412.

92 BVerfGE 25, S. 352, 360; SCHALL (Anm. 87), S. 907.

93 RADBRUCH (Anm. 55), S. 411.

