

Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes

TATJANA HÖRNLE

- I. Einleitung
- II. Der Schuldgrundsatz
 - 1. Ableitung und Bedeutung für die Strafzumessung
 - 2. Gerechtes Verhältnis der Strafe zur Tatschwere und zum Verschulden des Täters
 - 3. Schuldgrundsatz und Prävention
 - 4. Schuldprinzip und Strafniveau
- III. Der Gleichbehandlungsgrundsatz
- IV. Das Sozialstaatsprinzip
 - 1. Pflicht zur Resozialisierung?
 - 2. Konsequenzen für Strafvollzug und Strafzumessung
 - 3. Konsequenzen für lebenslange Freiheitsstrafen
- V. Achtung der Menschenwürde
 - 1. Verbot unmenschlicher, erniedrigender und grausamer Strafen
 - 2. Sicherungsverwahrung als grausame Behandlung?
 - 3. Genuin lebenslange Strafe als grausame oder unmenschliche Strafe?
- VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Es bedarf keiner Begründung, dass in einem Rechts- und Verfassungsstaat ein *erster Schritt* auf dem Weg zu einer Strafzumessungslehre die Analyse der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sein muss. Allerdings spielt diese Herangehensweise im strafrechtlichen Schrifttum keine bedeutsame Rolle. An die Praxis adressierte Werke setzen in erster Linie bei den Vorschriften des Strafgesetzbuchs an und bei der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nicht aber bei der vorgelagerten Frage, inwieweit aus dem Grundgesetz Strafzumessungsprinzipien abzuleiten sind.¹ Monographien zum Thema Strafzumessungsrecht

1 Siehe GERHARD SCHÄFER/GÜNTER M. SANDER/GERHARD VAN GEMMEREN, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl. 2008, S. 101 ff. In der ebenfalls praxiszentrierten Kommentierung von WERNER THEUNE, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006 werden knapp Ausschnitte aus einigen BVerfG-Urteilen angeführt (Vor § 46, Rn. 31 bis 33), nicht aber in systematischer Weise verfassungsrechtliche Vorgaben ana-

gehören entweder in den Bereich der Strafzumessungstheorie,² d.h. sie sind am geltenden Recht und damit auch am Verfassungsrecht nicht oder nur peripher interessiert, oder sie sind in erster Linie sozialwissenschaftlich orientiert.³ Lehrbücher des Strafzumessungsrechts pflegen mit ausführlichen Erörterungen von Straftheorien zu beginnen,⁴ wobei die verfassungsrechtlichen Grundlagen eher in knapper Weise erwähnt werden.⁵ Soweit *Details* zu erörtern sind, ist Abstinenz gegenüber dem Verfassungsrecht nachvollziehbar. Trotzdem ist es ein erstaunlicher Befund, dass die *Grundzüge des Strafzumessungsrechts* nicht als praktiziertes Verfassungsrecht verstanden werden.

Der *Text* des Grundgesetzes enthält allerdings nur wenige Vorgaben, die sich *explizit* auf die Verhängung staatlicher Strafen beziehen. Aus Art. 103 II, III GG („nulla poena sine lege“ und „ne bis in idem“) ergibt sich, dass die Existenz von Kriminalstrafe als Selbstverständlichkeit zugrunde gelegt wird. Art. 104 GG benennt Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung, darunter das Verbot seelischer und körperlicher Misshandlungen. Für die Strafzumessungslehre ist

lysiert. Etwas ausführlicher ULRICH FRANKE, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 46, Rn. 6 bis 10.

- 2 Siehe z.B. MARK DEITERS, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit, 1999, S. 44 ff.; ANDREW VON HIRSCH/NILS JAREBORG, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; KAI HART-HÖNIG, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992; TATJANA HÖRNLE, Tatproportionale Strafzumessung, 1999; MICHAEL KÖHLER, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention, 1983; MATTHIAS KRAHL, Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis, 1999; MATTHIAS MAURER, Komparative Strafzumessung, 2005; CHRISTIAN REICHERT, Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien. Eine Untersuchung mit Bezug auf die „sentencing guidelines“ in den USA, 1999; SUSANNE WALTHER, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, 2000.
- 3 HANS-JÖRG ALBRECHT, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, 1980; DERS., Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994; BRITTA BANNENBERG, Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993; DIETER DÖLLING u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven, 1998; BERT GÖTTING, Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis. Eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991, 1997; ELKE HOPPENWORTH, Strafzumessung beim Raub. Eine empirische Untersuchung der Rechtsfolgenzumessung bei Verurteilungen wegen Raubes nach allgemeinem Strafrecht und nach Jugendstrafrecht, 1991; MARGIT OSWALD, Psychologie richterlichen Strafens, 1994; CHRISTIAN PFEIFFER/MARGIT OSWALD (Hrsg.), Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, 1989; FRANZ STRENG, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, 1984; TORSTEN VERREL, Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten, 1995.
- 4 BERND-DIETER MEIER, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 15 ff.; FRANZ STRENG, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 10 ff.
- 5 STRENG (Anm. 4), Rn. 40.

der Befund mager: Lediglich Art. 102 GG („Die Todesstrafe ist abgeschafft.“) gilt ausdrücklich der Rechtsfolgenwahl. Im Übrigen findet weder der Grundsatz der schuldangemessenen Strafe Erwähnung, noch wird eine Eingrenzung der Strafarten oder des Strafniveaus vorgeschrieben. Dies bedeutet, dass der Rahmen für die Strafzumessung aus *Grundrechten* und aus *Verfassungsprinzipien* zu entwickeln ist.

In den folgenden Kapiteln ist zu untersuchen, inwieweit sich aus Grundrechten und Verfassungsprinzipien (Art. 3 III GG – dazu III. –; dem Sozialstaatsprinzip – dazu IV. –, und Art. 1 I GG – dazu V. –) Vorgaben für die Strafzumessungslehre ergeben. Von grundlegender Bedeutung und deshalb als erstes zu erörtern sind Folgerungen, die sich aus einem nicht ausdrücklich im Verfassungstext erwähnten, aber für die Strafzumessung zentralen Grundsatz ergeben: dem Schuldgrundsatz.

II. Der Schuldgrundsatz

1. Ableitung und Bedeutung für die Strafzumessung

Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals im Jahr 1966 den Grundsatz „*nulla poena sine culpa*“ aus der Verfassung abgeleitet, zunächst mit dem Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip.⁶ Einige Jahre später führte das Gericht eine neue Begründung an, die bei Grundrechtsnormen ansetzt, nämlich bei Art. 1 I und Art. 2 I GG.⁷ Seither wird regelmäßig auf die verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldgrundsatzes verwiesen, allerdings bei unterschiedlicher Kombination der Begründungen.⁸ Manche Entscheidungen erwähnen nur das Rechtsstaatsprinzip,⁹ andere nur die Würde des Menschen,¹⁰ oder sie zitieren Rechtsstaatsprinzip und Art. 1 I 1 GG ohne Art. 2 I GG.¹¹ Am häufigsten findet sich die Kombination „Rechtsstaatsprinzip, Art. 1 I und Art. 2 I GG“.¹²

In allen neueren Entscheidungen wird die Geltung des Schuldgrundsatzes als so selbstverständlich angesehen, dass nicht ausgeführt wird, *warum* sich dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 1 I und Art. 2 I GG ergibt. Ein solcher

6 BVerfGE 20, S. 323, 331.

7 BVerfGE 25, S. 269, 285.

8 Siehe dazu OTTO LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 386 f.: „[...] nahezu beliebig erscheinende Weise des Bezugs auf einen oder mehrere dieser Ausgangspunkte“.

9 BVerfGE 58, S. 159, 163; BVerfGE 80, S. 109, 120.

10 BVerfGE 57, S. 250, 275; BVerfGE 90, S. 145, 173.

11 BVerfGE 50, S. 125, 133; BVerfGE 50, S. 205, 214; BVerfGE 80, S. 244, 255.

12 BVerfGE 45, S. 187, 259 f.; BVerfGE 50, S. 5, 12; BVerfGE 54, S. 100, 108; BVerfGE 86, S. 288, 313; BVerfGE 91, S. 1, 27; BVerfGE 95, S. 96, 130 f.; BVerfGE 109, S. 133, 171; BVerfGE 110, S. 1, 13.

Ableitungszusammenhang wird in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1969 (BVerfGE 25, S. 269, 285) knapp skizziert. Dort wird ausgeführt:

„Dieser Grundsatz [nulla poena sine culpa] wurzelt in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 I und Art. 2 I GG verfassungskräftig geschützten Würde und der Eigenverantwortlichkeit des Menschen, die von dem Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten und zu respektieren sind.“

Das Gericht verwies implizit auf ein der Verfassung zugrunde liegendes Menschenbild. Fällt das Stichwort „Menschenbild des Grundgesetzes“, ist damit häufig die „in der Gemeinschaft stehende und ihr vielfältig verpflichtete Persönlichkeit“ in Kontrast zum „selbtherrlichen Individuum“ gemeint.¹³ Das Menschenbild des Grundgesetzes reicht allerdings über die Dimension „Gemeinschaftsbezogenheit“ hinaus. Geht es um strafrechtliche Sanktionierung, wird das folgendermaßen vom Bundesverfassungsgericht umrissene Menschenbild relevant: „ein Menschenbild, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in *Selbstbestimmung und Eigenverantwortung* geprägt ist“.¹⁴ Diese Umschreibung wirft die Frage auf, was mit „Selbstbestimmung“ gemeint ist, insbesondere, ob damit zwangsläufig ein starkes Verständnis von Anders-Handeln- und Anders-Entscheiden-Können vorausgesetzt wird und ob, falls dem so ist, ein solches gegen die von naturwissenschaftlicher Seite vorgetragene Kritik¹⁵ zu verteidigen wäre. Im Rahmen einer Abhandlung zur Strafzumessungslehre ist es nicht möglich, auf diesen hoch umstrittenen, verästelten Überlegungen erfordernden Themenkomplex¹⁶ einzugehen. Es

13 BVerfGE 4, S. 7, 15 f.; BVerfGE 12, S. 45, 51; BVerfGE 28, S. 175, 189; BVerfGE 30, S. 1, 20; BVerfGE 33, S. 1, 10 f.; BVerfGE 50, S. 166, 175; BVerfGE 109, S. 133, 151.

14 BVerfGE 108, S. 282, 300 (Hervorhebung durch die Verfasserin); ebenso schon BVerfGE 41, S. 29, 50.

15 Siehe aus der umfangreichen Literatur beispielhaft GERHARD ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, S. 541: „Menschen können im Sinne eines persönlichen Verschuldens nichts für das, was sie wollen und wie sie sich entscheiden, und dies gilt unabhängig davon, ob ihnen die einwirkenden Faktoren bewusst sind oder nicht.“

16 Die einfachste Lösung des Problems läge im Verweis darauf, dass das vom BVerfG skizzierte Menschenbild nicht als empirische Beschreibung gedacht sei, sondern als normative Vorgabe. Genuine Willensfreiheit werde nicht vorausgesetzt, weshalb das Menschenbild der Verfassung gegen empirische Erkenntnisse immun sei. In diese Richtung argumentieren z.B. BJÖRN BURKHARDT, *Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft*, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hrsg.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, 2006, S. 83, 86; CHRISTOPH MÖLLERS, *Willensfreiheit durch Verfassungsrecht*, in: Ernst-Joachim Lampe/Michael Pauen/Gerhard Roth (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 250 ff. Dabei bleibt aber die Frage offen, ob eine normative Setzung, die Eigenverantwortung und Selbstbestimmung verknüpft, fair wäre, wenn man deklariert, dass eine Handlungsalternative in der Tatsituation entbehrlich sei.

muss deshalb an dieser Stelle genügen, die Begründung des Schuldgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht zu referieren.¹⁷

Was ergibt sich aus dem Schuldgrundsatz für die Strafzumessungslehre? Vorstellbar sind zwei unterschiedliche Modelle: Man könnte die Geltung auf das „Ob“ einer Bestrafung beschränken, oder aber *sowohl* die Verhängung einer Strafe *als auch* das Strafmaß davon abhängig machen.¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat sich für letzteres entschieden: Auch die Strafzumessung muss dem Schuldgrundsatz entsprechen. Entscheidend für *diese* Schlussfolgerung ist der Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip; dass neuere Entscheidungen die Trias aus Art. 1 I GG, Art. 2 I GG *und* dem Rechtsstaatsprinzip zitieren, ist überzeugend. Aus dem Rechtsstaatsprinzip hatte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1966, in der ersten Entscheidung zum verfassungsrechtlichen Rang des Schuldgrundsatzes, folgendes Argument abgeleitet: Zur Rechtsstaatlichkeit gehöre auch materielle Gerechtigkeit. Mit der Strafe werde dem Täter ein Vorwurf gemacht, ein solcher Vorwurf setze Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus.

Aus dieser Begründung ergibt sich, warum auch das *Strafmaß* der Schuld entsprechen muss, wenn man eine weitere, vom Bundesverfassungsgericht allerdings nicht ausdrücklich formulierte Prämisse hinzufügt. Diese weitere Prämisse lautet, dass das *Gewicht* des Vorwurfs proportional zur Höhe der als Strafe verhängten Tagessätze oder der Dauer einer Freiheitsentziehung wächst. Dass dies zutrifft, dürfte außer Frage stehen. Im Strafurteil sind Vorwurf und Strafhöhe nicht zu trennen. Es wäre zwar theoretisch möglich, Schuldvorwurf und Strafausspruch zu entkoppeln.¹⁹ In der Praxis wird der Täter aber zu Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilt, und das Ausmaß des gemachten Vorwurfs erschließt sich über die Höhe der Sanktion. Hieraus ist zu folgern, dass die Höhe der Kriminalstrafe schuldangemessen²⁰ sein muss.

17 Siehe dazu auch TATJANA HÖRNLE, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008, S. 325 ff.

18 Siehe THOMAS WEIGEND, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 917, 927.

19 Dazu KLAUS GÜNTHER, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, in: Cornelius Prittowitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 205, 219.

20 Der auch in dieser Abhandlung vielfach verwendete Begriff „schuldangemessen“ erfüllt die Funktion einer zusammenfassenden Kurzbezeichnung – damit wird, wie im Folgenden noch auszuführen ist, auf eine „unrechts- und schuldangemessene“ Strafe verwiesen.

2. Gerechtes Verhältnis der Strafe zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters

Das Bundesverfassungsgericht verwendet folgende Formulierung: Jede Strafe müsse „in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters“ stehen.²¹ In einer neueren Entscheidung heißt es, dass „die einen Täter treffenden Folgen einer strafbaren Handlung zur Schwere der Rechtsgutsverletzung und des individuellen Verschuldens in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen“.²² Die Schlüsselbegriffe sind: „gerechtes Verhältnis“ bzw. „angemessenes Verhältnis“. Das Bundesverfassungsgericht belässt es bei der Leitlinie. Beschäftigt man sich näher mit der für die Strafzumessungslehre zentralen Frage, was ein „gerechtes Verhältnis“ ist, so kommt es u.a. auf eine Unterscheidung an, die in den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht auftaucht, nämlich die Unterscheidung zwischen ordinaler Proportionalität und konkreten, numerischen Strafmaßen.²³ Ordinale Proportionalität bedeutet, Straftaten miteinander zu vergleichen und eine Rangfolge der Tatschwere zu erstellen: Zum Beispiel wiegt die Tötung eines Menschen schwerer als eine bloße Körperverletzung, ein Raubüberfall schwerer als ein einfacher Diebstahl, die vorsätzliche Tötung schwerer als die fahrlässige usw. Entsprechend müssen auch die jeweils verhängten Strafen höher ausfallen. Eine derart zu erstellende Skala der Tatschwere einerseits, der Sanktionshöhe andererseits ist zunächst nur eine Ordinalskala, die nur die *relative* Verortung „schwerer als“ bzw. „weniger schwer als“ erlaubt. Zu bestimmen, welcher numerische Wert (wie viele Tagessätze; wie viele Monate oder Jahre Freiheitsentziehung) dieser Tat letztlich zugeordnet wird, setzt einen zweiten Wertungsschritt voraus. Dieser zweite Schritt bestimmt die Höhe des Strafniveaus. Ein im Sinn von ordinaler Proportionalität „gerechtes Verhältnis“ wäre auf unterschiedlichem Strafniveau vorstellbar (siehe Abb. 1 auf S. 111):

Die Bezugnahme auf ein „gerechtes Verhältnis“ der Strafe zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters ist eine Absage an eine absolute oder spiegelnde Proportionalität, wie sie etwa im Talionsprinzip²⁴ zum Ausdruck kam. Es kann nicht aus dem Ausmaß der Beeinträchtigung des Opfers die Forderung nach einer absolut proportionalen Strafe, die dem Täter eine in der Schwere vergleichbare Beeinträchtigung zufügt, abgeleitet werden. Insbesondere bedeutet „gerechtes Verhältnis“ nicht, dass die Vernichtung der sozialen

21 St. Rspr., siehe z.B. BVerfGE 6, S. 389, 439; BVerfGE 45, S. 187, 228; BVerfGE 50, S. 205, 215; BVerfGE 86, S. 288, 313; BVerfGE 96, S. 245, 249; BVerfGE 120, S. 224, 254.

22 BVerfG, NJW 2009, S. 1061, 1063.

23 Dazu ANDREW VON HIRSCH, Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen, in: Wolfgang Frisch/Andrew von Hirsch/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 47, 61 ff.; VON HIRSCH/JAREBORG (Anm. 2), S. 23 ff.

24 „Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß“, 2. Buch Mose, Kapitel 21 Vers 24.

Existenz des Opfers mit der Vernichtung der sozialen Existenz des Täters gehandelt werden müsse.²⁵ Es ergibt sich aber aus der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, dass grundsätzlich ordinale Proportionalität beachtet werden muss. Unzulässig wären z.B. von der Tatschwere unabhängige Einheitsstrafen (Abb. 2a), umgekehrt zur Tatschwere proportionale Strafen (Abb. 2b) oder willkürliche Verteilungen ohne erkennbare Orientierung an der Tatschwere (Abb. 2c). Dass derartige *grobe* Missachtungen ordinaler Proportionalität mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar wären, dürfte unumstritten sein. Schwieriger ist es, *jenseits* solcher Extremkonstellationen zu beschreiben, was ein „gerechtes Verhältnis zur Tatschwere und zum Verschulden des Täters“ ist.

Abb. 1

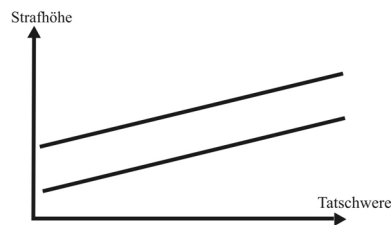


Abb. 2a

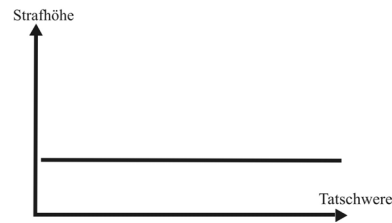


Abb. 2b

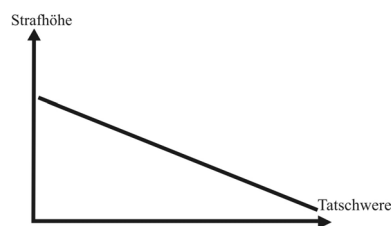
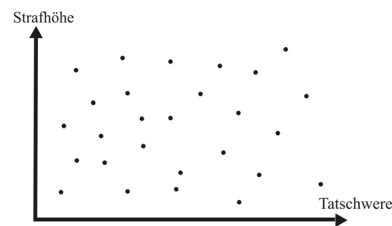


Abb. 2c



Das Bundesverfassungsgericht setzt unterschiedliche Wertungsmöglichkeiten nebeneinander. Strafe müsse in gerechtem Verhältnis zur Schwere der Straftat *und* zum Verschulden des Täters stehen. Aus dieser knappen Vorgabe sind zwei Folgerungen abzuleiten. Zum einen geht das Gericht davon aus, dass die Schwere der Straftat ein wesentlicher Faktor ist. Damit kommt zum Ausdruck,

25 Siehe aber OKKO BEHRENDTS, Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Bd. 3, 2008, S. 1, 25 f., der gegen die Rechtsprechung des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe (dazu unten Anm. 83) einwendet, dass die Vernichtung der Existenz des (getöteten) Opfers nicht leichter wiege als die Einschränkung der Sozialexistenz, die den Täter im Strafvollzug treffe. Dies ist offensichtlich richtig, aber das Erfordernis eines „gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat“ lässt Spielraum für Sanktionen, die in ihrer Eingriffsintensität deutlich niedriger ausfallen als das, was dem Opfer angetan wurde.

dass das *Erfolgsunrecht* für das Ausmaß der Strafe relevant ist. Zum anderen ist das Verschulden des Täters beim Strafmaß zu berücksichtigen. Nur die von diesem vorhergesehenen oder zumindest aus seiner Sicht vorhersehbaren Auswirkungen seines Handelns dürfen straferschwerend berücksichtigt werden. Außerdem könnte eine dritte Folgerung gezogen werden. Das Gericht spricht nicht von der „Schuld des Täters“, sondern von „Verschulden“. Mit dem Begriff „Verschulden“ wird sprachlich ein engerer Bezug zur Tat hergestellt als mit dem allgemeineren Begriff „Schuld“. Letzterer ist Interpretationen zugänglich, die die Einstellungen, Gesinnungen, die Lebensführung und/oder den Charakter des Täters einbeziehen.²⁶ Man wird die Wahl des Wortes „Verschulden“ allerdings nur als Indiz dafür werten können, dass das Bundesverfassungsgericht auf Tatschuld statt auf umfassendere Schuldkonzepte verweisen wollte. Dass eine bewusste Ab- und Eingrenzung, eine bewusste Festlegung auf ein enges Tatschuldverständnis beabsichtigt war, ist den knappen Ausführungen nicht mit Sicherheit zu entnehmen.

Eine vollständige Strafzumessungslehre ist auf der Basis der „gerechtes Verhältnis“-Formel nicht zu entwickeln; manche Fragen bleiben offen. Schon die Bewertung des Erfolgsunrechts (unter vorläufiger Ausblendung von Handlungsunrecht und Verschuldensfragen) wirft eine Reihe von Problemen auf. Die in der Abb. 1 gezeichneten Linien unterstellen, dass sich *alle* Delikte (von der Steuerhinterziehung über Aussagedelikte, Drogendelikte, Sexualdelikte, Diebstähle und vieles mehr bis zum Mord) nach einem einheitlichen Schema vergleichen und auf einer Skala ansteigender Tatschwere verorten lassen. Es bedürfte hierzu eines Maßstabs, der es erlaubt, sehr unterschiedliche Tatfolgen, zum einen bei Individualopfern, zum anderen bei der geschädigten Allgemeinheit, miteinander zu vergleichen und zu gewichten. Die Entwicklung von Kriterien für eine Ordinalskala des Erfolgsunrechts ist nicht unmöglich²⁷ – aber kompliziert und an manchen Stellen anfällig für Dissens. Eine zentrale Frage ist außerdem, *welchem* Kriterium größeres Gewicht zukommen soll: der Tatschwere oder dem Verschulden des Täters. Hierüber wird weder in der Lehre intensiv nachgedacht noch ist dem Gesetz eine klare Linie zu entnehmen.²⁸ Ob

26 Siehe zu verschiedenen Schuldbegriffen WOLFGANG FRISCH, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Guido Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 236, 243 ff.

27 Siehe dazu ANDREW VON HIRSCH/NILS JAREBORG, Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies 1991, S. 1 ff.; HÖRNLE (Anm. 2), S. 221 ff.

28 Dem Strafgesetzbuch liegt *kein* einheitliches Wertungsschema zugrunde. Vergewenärtigt man sich, dass der Strafraum für fahrlässige Tötung derselbe ist wie für einfachen Diebstahl, scheint dies dafür zu sprechen, dass in erster Linie das Ausmaß des Verschuldens, nicht aber das Erfolgsunrecht maßgeblich sein soll. An anderen Stellen führen jedoch fahrlässig herbeigeführte Tatfolgen zu einem sehr beträchtlichen Strafraumanstieg, etwa bei der Körperverletzung mit Todesfolge (Mindeststrafe: drei Jahre Frei-

der Akzent bei der Schwere der Tat oder dem Verschulden des Täters gesetzt werden soll, muss hier genauso offen bleiben wie die Frage der adäquaten Vergleichsmaßstäbe für das Erfolgsunrecht. Die Möglichkeiten, Ergebnisse unmittelbar aus dem *Grundgesetz* abzuleiten, sind an diesen Stellen erschöpft.

Ein weiterer Punkt verdient noch Erwähnung, nämlich die Rolle von *Vorstrafen*. Erstens ist zu überlegen, ob es verfassungsrechtlich erlaubt ist, bei einem mehrfach vorbestraften Täter im Vergleich zu einer Erstverurteilung für dieselbe Tat eine strengere Strafe zu verhängen; zweitens, wie hoch ggf. ein „Vorstrafenzuschlag“ ausfallen darf. Zur *grundsätzlichen Rechtfertigung* gibt es unterschiedliche Ansätze. Verschiedentlich wird die Tat eines Vorbestraften als erhöhtes Unrecht eingestuft,²⁹ wobei man die Kategorie des Handlungsunrechts bemühen muss, da das Erfolgsunrecht durch das Vorleben des Täters nicht beeinflusst wird. Eine Alternative liegt darin, die Kategorie Schuld heranzuziehen, etwa mit der Konstruktion, dass Strafurteile die Hemmschwelle für die Begehung erneuter Delikte erhöhen und im „Sprung“ über diese „erhöhte Hemmschwelle“ höhere Schuld liege.³⁰ Sowohl gegen die Variante „erhöhtes Unrecht“ als auch gegen die Variante „erhöhte Schuld“ sind Einwände zu erheben³¹ – die hier nicht näher erörtert werden können. Für diejenigen, die Vorstrafenzuschläge kritisch sehen, wäre es erfreulich, wenn man diese Kritik untermauern und zu der Folgerung gelangen könnte, dass die *Verfassung* solche Strafschärfungen verbiete. Es wäre allerdings unredlich, entsprechende Behauptungen aufzustellen. Die Anforderungen, die sich aus dem Grundgesetz für das Strafzumessungsrecht ableiten lassen, ergeben nur einen Rahmen, der Raum für Auseinandersetzungen über Strafzumessungskriterien lässt.³²

Der Befund, dass Strafmaßerwägungen jenseits der Tatbewertung nicht grundsätzlich als verfassungswidrig gebrandmarkt werden können, führt allerdings nicht zu der Folgerung, dass *jedwede* Erscheinungsform von Straferhöhungen wegen Vorstrafen unproblematisch ist. In jüngster Zeit haben mehrere Oberlandesgerichte einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz angenommen, wenn bei mehrfach vorbestraften Tätern ein *Bagatelldelikt* mit einer Freiheitsstrafe geahndet wurde, die über dem Mindestmaß von einem Monat lag.³³ Der

heitsstrafe statt Geldstrafe). Mit solchen Rechtsfolgenbestimmungen wird das Erfolgsunrecht betont.

29 SANTIAGO MIR PUIG, Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallschärfung, ZStW 86 (1974), S. 175, 197 ff.; FRISCH (Anm. 26), S. 256.

30 Siehe zu derartigen Überlegungen BVerfGE 50, S. 125, 134; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN (Anm. 1), Rn. 367.

31 Siehe dazu HÖRNLE (Anm. 2), S. 159 ff.; KLAUS-STEPHAN VON DANWITZ, Strafschärfungen für Rückfälltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers, KritV 2005, S. 255, 258 ff.

32 Siehe auch WEIGEND (Anm. 18), S. 928, dazu, dass man nicht aus der Verfassung eine strikte und ausschließliche Bindung an die Tatschuld ableiten kann.

33 OLG Braunschweig, NStZ-RR 2002, S. 75: Eine zweimonatige Freiheitsstrafe sei bei Diebstahl einer Schachtel Zigaretten nicht schuldangemessen; ebenso OLG Stuttgart

Bundesgerichtshof, der von einem anders urteilenden Oberlandesgericht, dem Oberlandesgericht Naumburg, gem. § 121 II GVG angerufen wurde, hat sich nur cursorisch geäußert.³⁴ Das Gericht verweist auf einen (unveröffentlichten und nur sehr knapp begründeten)³⁵ Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1994, mit dem eine Verfassungsbeschwerde nicht angenommen worden war. In dem vom Bundesverfassungsgericht beurteilten Fall ging es (genauso wie in dem Sachverhalt, über den 2007 das Oberlandesgericht Naumburg zu befinden hatte)³⁶ um den Diebstahl zweier Flaschen Bier. Die Bierflaschendiebstähle hatten die Tatrichter mit einer Freiheitsstrafe von zwei bzw. drei Monaten geahndet. Man könnte argumentieren, dass dies noch eine relativ moderate Rechtsfolge sei – aber auch dann, wenn es „nur“ um zwei oder drei Monate geht, liegt hierin eine erhebliche Abweichung von der Mindeststrafe. Auch wer bei einem mehrfach Vorbestraften erhöhtes Unrecht oder erhöhte Schuld annimmt, muss zugestehen, dass dies nur ein *zusätzliches* Element sein kann. Dem Erfolgsunrecht kommt zentrale Bedeutung zu. Bei einfachen Ladendiebstählen, die Gegenstände im Wert von ein bis zwei Euro betreffen, kann der Einstiegswert für die Strafzumessung nur bei der gesetzlichen Mindeststrafe liegen. Kommt aufgrund besonderer Umstände (etwa, weil es sich um einen Obdachlosen ohne Einkünfte handelt) statt einer Geldstrafe nur eine Freiheitsstrafe in Betracht, bedeutet dies, dass der Einstiegswert bei einem Monat Freiheitsstrafe liegt (§ 38 II StGB) – was im Vergleich zum Mindestmaß der Geldstrafe (fünf Tagessätze, § 40 I 2 StGB) bereits eine erhebliche Anhebung der Rechtsfolge bedeutet.³⁷ Eine Verdoppelung oder Verdreifachung der einmonatigen Freiheitsstrafe wegen einschlägiger Vorstrafen ist nicht mehr schuldangemessen. Es ist den Oberlandesgerichten zuzustimmen, die in solchen Fällen einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz festgestellt haben. Der anders lautende Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts dokumentiert vor allem Zurückhaltung gegenüber den Fachgerichten.³⁸

für eine Leistungerschleichung (§ 265a StGB) mit einem Schaden von 1,65 Euro, NStZ 2007, S. 37, und OLG Oldenburg v. 5.6.2008, Ss 187/08 (I 96), abrufbar bei juris.de, für den Diebstahl von Lebensmitteln im Wert von fünf Euro. JENS PEGLAU (jurisPR-StrafR 14/2008 Anmerkung 1) berichtet von Bedenken des OLG Hamm gegen eine Freiheitsstrafe von zwei Monaten beim Diebstahl einer Tafel Schokolade im Wert von 50 Cent.

34 BGH, NJW 2008, S. 672.

35 Aber bei juris.de abrufbar, Az. 2 BvR 710/94.

36 Dazu BGH, NJW 2008, S. 672.

37 Kritisch zur Verhängung einer Freiheitsstrafe CARSTEN KRUMM, Verfassungsrechtliches Übermaßverbot und kurze Freiheitsstrafe, NJW 2004, S. 328, 329 f.

38 Das Gericht (siehe Anm. 35) führte aus, dass es „nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts [sei], Entscheidungen der Strafgerichte allgemein auf die Richtigkeit der Strafzumessung in einem konkreten Fall zu überprüfen“ und dass die Verhängung einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten für den Bierflaschendiebstahl „nachvollziehbar, jedenfalls nicht sachfremd oder willkürlich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG“ sei.

3. Schuldgrundsatz und Prävention

Der Bundesgerichtshof und die h.M. in der Lehre gehen davon aus, dass es möglich sei, schuldangemessene Strafzumessung und präventive Überlegungen zu *kombinieren*. Angeführt wird in diesem Zusammenhang die sogenannte Spielraumtheorie: Es gebe einen Spielraum zwischen der im Einzelfall noch schuldangemessenen und der schon schuldangemessenen Strafe; dieser Spielraum dürfe zur Verfolgung präventiver Zwecke ausgeschöpft werden.³⁹ Teilweise wird sogar angenommen, dass Tatrichter regelmäßig präventive Überlegungen anstellen müssten, weil ansonsten kein Kriterium zur Verengung des Schuldrahmens auf eine Endstrafe zur Verfügung stehe.⁴⁰ Zu denken ist an negative Generalprävention, also Allgemeinabschreckung; aber auch, etwa bei den soeben zitierten Wiederholungstaten, an Individualabschreckung des Täters. Während diese Überlegungen für die Ausschöpfung des Schuldrahmens nach oben heranzuziehen wären, vertritt eine im modernen Schrifttum verbreitete Strömung, dass Spezialprävention (Vermeidung von Entsozialisierung) dafür spreche, die unterste Grenze des Schuldrahmens zu bevorzugen oder diese sogar zu unterschreiten.⁴¹

Versetzt man sich in die Situation von Tatrichtern, ist nachvollziehbar, dass sich diese meistens nicht in der Lage sehen, mit Gewissheit anzugeben, dass nur ein einziges numerisches Strafmaß schuldangemessen sei. Selbst unter idealen Bedingungen, bei präziseren Vorgaben der Strafzumessungslehre zu einzelnen Wertungsschritten und genügend Zeit, ist zu berücksichtigen, dass Vergleiche und Bewertungen zur Ermittlung einer unrechts- und schuldproporti-

39 SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN (Anm. 1), Rn. 461 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung; FRANKE (Anm. 1), § 46, Rn. 16; THEUNE (Anm. 1), § 46, Rn. 39 (kritischer aber DERS., a.a.O., Rn. 43 ff.); STRENG (Anm. 4), Rn. 480; MEIER (Anm. 4), S. 148 f.; DERS., Licht ins Dunkel: Die richterliche Strafzumessung, JuS 2005, S. 769, 770. Kritisch WOLFGANG FRISCH, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – Eine kritisch-konstruktive Würdigung, in: Claus Roxin u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. IV, 2000, S. 269, 274 ff., 306 f.; HÖRNLE (Anm. 2), S. 61 ff.

40 So JENS BRÖGELMANN, Methodik der Strafzumessung, JuS 2002, S. 903, 904, Fn. 7; den Einsatz präventiver Überlegungen setzt ferner voraus MEIER (Anm. 39), JuS 2005, S. 769 ff. FRANZ STRENG, Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“, in: Guido Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 875, 886 f., 892, argumentiert zwar zunächst ebenfalls für Prävention zur Kompensation der Unsicherheit von Schuldwertungen, empfiehlt dann aber, regelmäßig die untere Grenze des Schuldrahmens zu wählen, a.a.O., S. 893 ff.; ebenso DERS. (Anm. 4), Rn. 484 f.

41 CLAUD ROXIN, Prävention und Strafzumessung, in: Wolfgang Frisch/Werner Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978, S. 183, 197 ff.; DERS., Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 3, Rn. 59; MEIER (Anm. 39), JuS 2005, S. 772; SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN (Anm. 1), Rn. 475.

onalen Strafe außerordentlich komplex sind.⁴² Es ergibt sich aus den Grenzen der menschlichen Leistungsfähigkeit, dass ein Spielraum der schuldangemessenen Strafen genannt wird. Erst recht gilt dies unter nicht optimalen realen Entscheidungsbedingungen.⁴³

Welche weiteren Überlegungen sind bei einer solchen Ausgangslage auf dem Weg zu der letztlich zu verhängenden Strafe erlaubt? Ein denkmöglicher Ausweg wäre es, den Mittelwert zu wählen. Eine weitere Möglichkeit liegt darin, im Zweifelsfall die niedrigste noch als schuldangemessen eingestufte Strafe zu wählen. In der Strafzumessungslehre findet diese Option mit dem Verweis auf Spezialprävention Befürworter.⁴⁴ Die Bezugnahme auf Spezialprävention bedeutet allerdings, auf empirisch nachweisbare Effekte zu setzen. Wer über Prävention redet, muss sich mit der Frage beschäftigen, inwieweit soziale Integration (oder Vermeidung von Desintegration) durch die Wahl zwischen zwei alternativen Strafhöhen tatsächlich gefördert wird. Ein Rekurs auf mögliche Folgen der Strafzumessungsentscheidung ist jedoch nicht erforderlich: Dasselbe Ergebnis ist mit einem einfacheren, nicht empirischen, sondern normativen Argument zu begründen. Kann das Tatgericht keine Gründe dafür angeben, warum eine Strafe oberhalb der Untergrenze des Schuldrahmens verhängt werden sollte, ist eine solche Strafe nicht erforderlich. Sie würde in unverhältnismäßiger Weise in die Grundrechte des Täters eingreifen,⁴⁵ zum einen durch das mit der Strafe verbundene sozialetische Unwerturteil in sein Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, zum anderen durch die Übelzufügung in Grundrechte aus Art. 14 I 1 oder Art. 2 II 2 GG. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet es, dass Tatgerichte, die im ersten Schritt nach Gewichtung von Tatschwere und Verschulden des Täters nur einen Rahmen angeben können, im zweiten Schritt die niedrigste schuldangemessene Strafe verhängen.⁴⁶

Zu klären ist, ob der Tatrichter außerdem die Option hat, sich von dem Gedanken der *negativen Generalprävention* leiten zu lassen, also die höchste noch

42 KARL LACKNER/KRISTIAN KÜHL, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 46, Rn. 24.

43 Offensichtlich ist einem Strafrichter am Amtsgericht, der an einem Sitzungstag zahlreiche Fälle „erledigen“ muss, eine adäquate Beschäftigung mit Strafzumessungsfragen kaum möglich. Studien zur Strafzumessungspraxis deuten auf stark reduzierte Kriterien (Schaden und Vorstrafen), siehe SVEN HÖFER, Zur Kongruenz von Recht und Praxis der Strafzumessung, MSchrKrim 2005, S. 127, 132 f.

44 Siehe die Nachweise in Anm. 39.

45 Siehe auch STRENG (Anm. 4), Rn. 484; DERS. (Anm. 40), S. 895.

46 Gelegentlich werden Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip als konkurrierende Prinzipien eingestuft, die eine „Entweder-oder-Entscheidung“ verlangen (GÜNTER ELLSCHIED/WINFRIED HASSEMER, Strafe ohne Vorwurf, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Bd. 1, 1975, S. 266 ff.). Die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist jedoch auch innerhalb einer am Schuldgrundsatz ausgerichteten Strafzumessungslehre von Bedeutung, wenn diese eingesteht, dass bei Unrechts- und Schuldbewertungen Unschärfen bleiben und deshalb aus heuristischen Gründen Tatrichter mit Rahmen operieren.

als schuldangemessen eingestufte Strafe zu verhängen, um andere potentielle Täter abzuschrecken. Der Bundesgerichtshof lässt dies unter bestimmten Voraussetzungen zu, nämlich wenn die Gefahr der Nachahmung bestehe oder bereits eine gemeinschaftsgefährliche Zunahme solcher oder ähnlicher Taten festzustellen sei.⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat keine Einwände dagegen, die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafen *auch* damit zu rechtfertigen, dass dem Strafzweck „Abschreckung“ gedient werde.⁴⁸ Die Formel vom „gerechten Verhältnis der Strafe zu Tatschwere und Schuld“ würde es gestatten, *in beschränktem Maße* auch generalpräventive Überlegungen zu berücksichtigen.⁴⁹ Im Schrifttum finden sich zum Verhältnis von Schuldgrundsatz und Generalprävention konträre Positionen. Teilweise wird vertreten, dass zwischen Schuld und Prävention nicht genau unterschieden werden müsse⁵⁰ – während andere Autoren gegen generalpräventive Strafzumessungsgründe schweres Geschütz auffahren, nämlich das Argument, dass dies Art. 1 I GG verletze.⁵¹ Der Verweis auf verletzte Menschenwürde ist jedoch nur in den Fällen angemessen, in denen der Abschreckungsgedanke unter eindeutiger, grober Missachtung des Schuldprinzips die Strafzumessung geprägt hat. In den hier zu diskutierenden Konstellationen, in denen lediglich Unsicherheiten bei der Ermittlung der schuldangemessenen Strafe bestehen, stehen nur moderate Strafmaßschwankungen zur Diskussion. Eine nur leicht erhöhte Übelszufügung würde weder bedeuten, dass der Täter zum „bloßen Objekt“ degradiert, noch, dass er erniedrigt oder gedemütigt wird.⁵²

Um Missverständnissen vorzubeugen: Kritisiert wird die zu schnelle Annahme einer Verletzung von Art. 1 I GG. Damit ist nicht die Empfehlung verbunden, dass zu generalpräventiven Begründungen gegriffen werden solle, wenn die Überlegungen zur schuldangemessenen Strafe in tastender Weise zunächst einen „zwischen ... und ...“-Rahmen ergeben. Dagegen spricht, dass die Annahme, durch moderat höhere Strafen das Verhalten potentieller Täter beeinflussen zu können, auf irrigen Vorstellungen beruht. Empirische Studien belegen, dass die Entscheidung, eine Straftat zu begehen, manchmal durch die vorgestellte Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung beeinflusst wird, während die Bedeutung der vorgestellten Strafhöhe geringer ist.⁵³ Ernstgemeinte Versuche, Abschreckung zu erreichen, müssten in den Bereich der *spektakulär-drakonischen* Straferhöhungen vorstoßen, in dem nicht nur Kollisionen mit dem

47 Nachweise bei SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN (Anm. 1), Rn. 467.

48 BVerfGE 45, S. 187, 255 f.

49 WEIGEND (Anm. 18), S. 928.

50 BRÖGELMANN (Anm. 40), JuS 2002, S. 904 f.

51 PETER BADURA, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337, 344.

52 Siehe zu unterschiedlichen Möglichkeiten, den Begriff der Menschenwürde zu operationalisieren, TATJANA HÖRNLE, Menschenwürde als Freiheit von Demütigungen, ZRph 2008, S. 41 ff.

53 Nachweise bei HÖRNLE (Anm. 2), S. 79 ff.; siehe ferner STRENG (Anm. 4), Rn. 54 ff.; DERS. (Anm. 40), S. 896; MEIER (Anm. 39), JuS 2005, S. 772; DERS. (Anm. 4), S. 24.

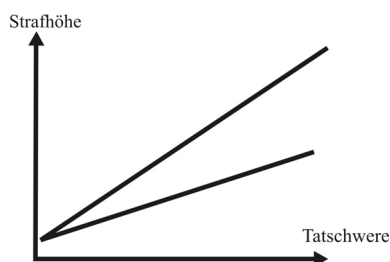
Schuldgrundsatz nach der „gerechtes Verhältnis“-Formel, sondern auch mit Art. 1 I GG zu bejahen sind.⁵⁴ Bleibt die Strafe aber im Rahmen dessen, was der Tatrichter als noch schuldangemessen ansieht, ist der Aspekt „Abschreckung“ nicht geeignet, eine Präferenz für die höchstzulässige Strafe zu rechtfertigen. Insoweit ist es das Element „Geeignetheit“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, das gegen eine am oberen Rand des Schuldrahmens angesiedelte Sanktion spricht. Die Verhinderung gemeinschädlichen Verhaltens ist ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse – aber eine geringfügige Verschiebung des Strafmaßes ist nicht geeignet, den erwünschten Effekt zu erzielen, und deshalb unverhältnismäßig.

4. Schuldprinzip und Strafniveau

Wie das Strafniveau in einem Rechtssystem ausfällt, hängt von mehreren Faktoren ab. In erster Linie ist die Festsetzung der geringstmöglichen und der höchstmöglichen Strafe im Gesetz maßgeblich. Das deutsche StGB sieht die Mindeststrafe von fünf Tagessätzen Geldstrafe vor (§ 40 I 2 StGB). Vergleicht man dies mit Modellen, die z.B. erst mit 20 oder mit 50 Tagessätzen *beginnen* würden, ergäbe letzteres bei ebenfalls praktizierter ordinaler Proportionalität im Ergebnis höhere Strafen (siehe oben in Abb. 1 die höher ansetzende Linie). Das Strafniveau wird ferner vom „Steigungswinkel“ der Linie bestimmt, die die Zuordnung von Tat- und Strafschwere wiedergibt (Abb. 3).

Dieser hängt auch davon ab, wo die im Strafrechtssystem erlaubte Höchststrafe liegt. Ferner kommt es darauf an, inwiefern die Tatgerichte die gesetzlichen Strafrahmen ausschöpfen. Ist das Spektrum eines gesetzlichen Strafrahmens so beschaffen, dass es an sich für jeden Bereich des Rahmens unter dem Gesichtspunkt der ordinalen Proportionalität passende Lebenssachverhalte gäbe, wenden die Gerichte aber die obersten Rahmenbereiche nicht an, ergibt sich ein gestauchtes Strafniveau.

Abb. 3



Sind dem Schuldgrundsatz Vorgaben dazu zu entnehmen, wie das Strafniveau beschaffen sein sollte? Die Antwort ist: ja. Um die *enormen* Unterschiede vor

⁵⁴ Siehe unten S. 130.

allem im Erfolgsunrecht, aber auch beim Handlungsunrecht und bei der Schuld angemessen berücksichtigen zu können, bedarf es eines *breitgefächerten Strafspektrums*. Dies gilt zum einen, wie bereits ausgeführt, für die Mindeststrafen, die für Bagatelldelikte in Betracht kommen. Ein Strafsystem, das auch für Bagatellen mehrmonatige Freiheitsstrafen vorsehen würde, ist mit dem Schuldgrundsatz nicht vereinbar. Mindeststrafe kann nur eine minimale Übelzufügung im Sinne von wenigen Tagessätzen Geldstrafe sein. Genauso bedarf es aber auch eines ausgedehnten, notwendige Differenzierungen erlaubenden Sanktionsspektrums nach oben. Nach deutschem Recht lautet die höchstmögliche Dauer der Freiheitsstrafe: lebenslang (§ 38 I StGB). Das Bundesverfassungsgericht stuft Androhung, Verhängung und (unter bestimmten Umständen, siehe dazu unten S. 132) Vollstreckung von lebenslangen Freiheitsstrafen als verfassungsrechtlich erlaubt ein.⁵⁵ Gegen lebenslange Freiheitsstrafe wird allerdings im Schrifttum Kritik vorgebracht: Diese Sanktion sei *grundsätzlich* abzulehnen.⁵⁶ Der Schuldgrundsatz trägt allerdings nicht die Folgerung, dass lebenslange Freiheitsstrafe niemals verhängt und niemals vollstreckt werden sollte. Die Tötung von Menschen kann *in extremen Fällen* einen Unwert aufweisen, der es erfordert, die Relation zu anderen, ebenfalls erheblichen Taten durch die Wahl des längstmöglichen Freiheitsentzugs zu verdeutlichen.⁵⁷ Man denke etwa an Völkermord und andere Fälle der Tötung vieler Menschen aus niedrigen Beweggründen, etwa rassistischen Motiven, oder unter grausamen Bedingungen.⁵⁸ Die denkmögliche Alternative zum geltenden Recht, die in der Verhängung ausschließlich zeitiger Freiheitsstrafen bestehen könnte (z.B. maximal 25 Jahre Freiheitsstrafe für Mord)⁵⁹, würde das Problem mit sich bringen, dass die erheblichen Unterschiede, die beim Vergleich vorsätzlicher Tötungen aufscheinen, im Strafmaß nahezu unberücksichtigt bleiben müssten. Zwar ist wegen der begrenzten Lebensdauer von Menschen eine zur Zahl der getöteten Menschen proportionale Sanktionierung nicht möglich (wer den Tod von Tausenden zu verantworten hat, wird nur Wochen oder Tage für einen einzelnen dieser Morde zu verbüßen haben). Aus der Sicht des Schuldgrundsatzes (siehe zu dem gegenläufigen Humanitätsgedanken unten S. 134) ist

55 BVerfGE 45, S. 187; BVerfGE 64, S. 261, 270 f.

56 HARTMUT-MICHAEL WEBER, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1999, S. 407 ff.; DERS., Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe über Tatschuld und positive Generalprävention, MSchrKrim 1990, S. 65, 79 ff.; HARTMUT-MICHAEL WEBER/SEBASTIAN SCHEERER (Hrsg.), Leben ohne lebenslänglich. Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, 1988; KOMITEE FÜR GRUNDRECHTE UND DEMOKRATIE (Hrsg.), Wider die lebenslange Freiheitsstrafe, 1989; MICHAEL KÖHNE, Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe. 25 Jahre nach BVerfGE 45, 187 ff., JR 2003, S. 5 ff.

57 BVerfGE 64, S. 261, 272.

58 Siehe dazu BT-Drs. 8/3218, S. 7 (Begründung zu § 57a StGB).

59 Siehe zu dem Vorschlag, für Mord zeitige Freiheitsstrafe einzuführen, ULRICH BALTZER, Zur Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe, StV 1989, S. 42 ff.

es jedoch geboten, das Strafenspektrum *so weit wie möglich* zu strecken – und die schwersten Sanktionen exklusiv für die schwerstmöglichen Taten zu reservieren.

Nach geltendem Recht fehlt das zur Umsetzung des Schuldgrundsatzes notwendige Differenzierungspotential. Taten, die gemäß § 211 StGB als Mord abgeurteilt werden müssen, können sehr beträchtliche Unrechtsunterschiede aufweisen: Man vergleiche etwa die – heimtückische – Tötung eines Schlafenden aus einem nachvollziehbaren, insbesondere durch vorwerfbares Opferverhalten geschaffenen Motiv mit dem grausamen Massenmord an vollkommen unbeteiligten Personen. Dass § 211 StGB lebenslange Freiheitsstrafe als Einheitsstrafe vorsieht, und dies lediglich mittels der unbestimmten Klausel von der „besonderen Schwere der Schuld“ in § 57a I Nr. 2 StGB ausgeglichen werden soll, ist ein durch BVerfGE 45, S. 187 erzwungenes Provisorium. Weil die Entscheidung über die Strafrestaussatzung zur Bewährung wesentlich von einer wohlwollenden Beurteilung der Anstaltsleitung abhängt, wird das tatsächliche Strafmaß nicht durch den Schuldgrundsatz bestimmt, sondern von den Anpassungsleistungen der Täter während der Haft.⁶⁰ Es bedarf einer Änderung der deutschen Rechtslage, die eine unrechtsangemessene Rechtsfolgenabstufung bei Tötungsdelikten erlaubt.⁶¹ Unabhängig von der Frage, *welche* Delikte mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bestraft werden, ist jedoch festzuhalten, dass es dieser Sanktion grundsätzlich bedarf, um die *schwersten vorstellbaren* Delikte unrechts- und schuldadäquat zu erfassen.

III. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Empirische Studien zum Thema „Ungleichmäßigkeit der Strafzumessung“ kommen teilweise zu dem Ergebnis, dass mit wenigen Variablen, nämlich Tat schwere und Vorstrafenzahl, ein erheblicher Teil der Varianz von Strafzumessungsentscheidungen erklärt werden kann.⁶² Dies erlaubt aber nicht die Schlussfolgerung, dass regionale und lokale Divergenzen nicht mehr bestehen.⁶³ Angesichts der Tatsache, dass die Strafzumessungslehre unterentwickelt

60 Zu Recht kritisch WEBER (Anm. 56), MSchrKrim 1990, S. 66 ff., der sich für eine Entkoppelung von Strafdauer und Behandlungs- bzw. Disziplinierungserfolg ausspricht, a.a.O., S. 72.

61 So auch ERNST MAHRENHOLZ, BVerfGE 86, S. 288, 352 ff. (Sondervotum). Siehe dazu den jüngsten Reformvorschlag eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (GÜNTER HEINE u.a.), Alternativ-Entwurf Leben, abgedruckt in GA 2008, S. 193 ff., dort auch S. 194 ff. zur vorangegangenen Diskussion um die Reform der §§ 211 ff.

62 ALBRECHT (Anm. 3), S. 480 ff.

63 MAURER (Anm. 2), S. 44, dort S. 29 ff. zu neuerer empirischer Forschung; FRANZ STRENG, Kultureller Pluralismus und Strafgleichheit, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, S. 279, 281 f.

ist und in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung vernachlässigt wird, ist dies nicht überraschend. Junge Staatsanwälte und Strafrichter orientieren sich mangels Alternative an den Gepflogenheiten in ihrem Gerichtsumfeld, die von berufserfahrenen Kollegen vermittelt werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wirft diese Praxis die Frage auf, ob der Täter, der durch ein strenger urteilendes Gericht oder eine strenger urteilende Kammer zu einer höheren Strafe verurteilt wird als ein anderer, der eine vergleichbare Tat begangen hat, in seinem Grundrecht aus Art. 3 I GG verletzt wurde.

Ausgehend von der gängigen Definition, dass Gleiches nicht willkürlich ungleich behandelt werden darf,⁶⁴ ist die Verletzung eines *Individualgrundrechts* allerdings zu verneinen.⁶⁵ Den Tatrichtern ist nicht Willkür vorzuwerfen, da dies voraussetzen würde, dass sie wissentlich von einem an sich als adäquat anerkannten Strafmaß abgewichen sind. Werden vergleichbare Taten mit unterschiedlichen Rechtsfolgen geahndet, kann auch derjenige, der Strafzumessungsliteratur und -rechtsprechung ausgewertet hat, oft nicht eindeutig feststellen, welche der beiden Rechtsfolgen die richtige ist. Das Problem ist ein systemisches, durch unzureichende rechtliche Vorgaben und individuelle Unsicherheit der Entscheidenden geprägtes.

Man kann aber aus Art. 3 I GG immerhin ein *Optimierungsgebot* ableiten. Kriminalstrafe ist ein erheblicher Freiheitseingriff. Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung die Bedeutung, die einem solchen, mit einem sozialetischen Unwerturteil verknüpften Eingriff zukommt.⁶⁶ Hängt das Ausmaß des Unwerturteils entscheidend von lokalen Traditionen ab, entspricht dies weder Art. 3 I GG noch dem Schuldgrundsatz. Erforderlich ist ein ernsthaftes Bemühen darum, erstens festzulegen, welche der zahlreichen Merkmale, mit denen Tat und Täter lebensweltlich beschrieben werden können, strafzumessungsrechtlich relevant sind, und welche nicht. Zweitens bedarf es der Auseinandersetzung damit, welches relative Gewicht Faktoren aus den Kategorien Erfolgs- und Handlungsunrecht und individuelle Schuld haben. Drittens ist die Relation ordinaler Tatschwere zu der Spannbreite gesetzlicher Strafrahmen zu bestimmen.

Auch unter optimalen Ausgangsbedingungen, bei einer gut durchdachten Strafzumessungsdogmatik, wäre allerdings damit zu rechnen, dass bei der Umsetzung durch unterschiedliche Richter eine gewisse Streubreite bleibt. Die geraden Linien in den Abb. 1 und 3 sind Idealisierungen, tatsächlich wäre mit einer verschwommenen Linie zu rechnen. Ziel des Optimierungsgebots kann es nur sein, die Unschärfen in Grenzen zu halten.

64 CHRISTIAN STARCK, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 3, R.n. 10; WERNER HEUN, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 3, R.n. 19.

65 Siehe auch MAURER (Anm. 2), S. 199 f.

66 BVerfGE 90, S. 145, 172; BVerfGE 96, S. 10, 25; BVerfGE 96, S. 245, 249; BVerfGE 120, S. 224, 240.

An wen richtet sich ein auf gleichmäßige Strafzumessung gerichtetes Optimierungsgebot? Es könnte auf den ersten Blick als nahe liegend erscheinen, dass die *Obergerichte* angesprochen sind. Deren Situation ist jedoch durch einen Zielkonflikt gekennzeichnet, der es ihnen erheblich erschwert, dieser Aufgabe nachzukommen. Zur Verdeutlichung sei auf das Urteil des Bundesgerichtshofs verwiesen, das die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Oberlandesgerichten bei der Verurteilung mehrfach Vorbestrafter wegen eines Bagatelldelikts betraf (oben S. 113 f.). Der Bundesgerichtshof hat sich des Problems mit der Behauptung entledigt, es gebe keinen Konflikt zwischen den Oberlandesgerichten; aus diesem Grund sei eine Divergenzvorlage gem. § 121 II GVG unzulässig. Die Ausführungen der Oberlandesgerichte bezögen sich nur auf den Einzelfall; die „denkbaren Umstände des Einzelfalles“ seien „zu vielschichtig für generelle Aussagen“.⁶⁷ Dies überzeugt nicht. Vermutlich unterscheidet sich der Mann, der in dem dem Oberlandesgericht Oldenburg vorliegenden Sachverhalt eine Flasche Bier aus einem Supermarkt entwendete, in seinem Aussehen und manchem anderem von dem Angeklagten, der im Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg eine Flasche Bier aus einem Supermarkt stahl. Unter strafzumessungsrechtlichen Gesichtspunkten ist jedoch nicht ersichtlich, warum solche Umstände so bedeutsam sein sollen, dass sie die augenfälligen Gemeinsamkeiten entscheidend relativieren. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zielt nicht darauf, präzisierende Vorgaben für die Tatgerichte zu entwickeln. Sie ist im Gegenteil von der Notwendigkeit geprägt, Überprüfungen in Grenzen zu halten.⁶⁸ Auch die sogenannte Spielraumtheorie ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Diese Bemerkungen sind nicht als Kritik zu verstehen. Eine an der Beschränkung von Strafzumessungsrevisionen ausgerichtete Strategie ist unvermeidlich. Es würde zu einer heillosen Überforderung der Kapazitäten für Rechtsmittel führen, wenn Rechtsfolgenentscheidungen vollumfänglich überprüft würden. Dasselbe gilt für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die Strafurteile betreffen.⁶⁹

Die Verbesserung und Verfeinerung der Strafzumessungsregeln, die für eine Optimierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erforderlich sind, müssten

67 BGH, NJW 2008, S. 672.

68 HÖRNLE (Anm. 2), S. 35 f. MAURER (Anm. 2), S. 173, verweist darauf, dass die vom Bundesgerichtshof formulierten Maßstäbe zur Üblichkeit von Strafen zwar eine weitgehende revisionsgerichtliche Kontrolle erlauben könnten, aber die praktische Umsetzung „deutlich hinter möglichen Erwartungen“ zurückbleibe. Siehe auch STRENG (Anm. 4), Rn. 512, mit der Einschätzung der revisionsrichterlichen Praxis als „relativ zurückhaltend“.

69 Hätte sich das Bundesverfassungsgericht in der oben (Anm. 35) angeführten Entscheidung ernsthaft und ausführlich mit dem Thema „schuldangemessene Bestrafung von Bagatelldelikten“ beschäftigt und eine Verletzung des Schuldgrundsatzes durch gängige Praktiken konstatiert, wären die praktischen Folgen unabsehbar geworden. Siehe zur Möglichkeit der Wiederaufnahme, wenn das BVerfG die Auslegung eines Strafgesetzes beanstandet und deshalb ein Strafurteil aufgehoben hat, § 79 I, § 95 III 3 BVerfGG.

deshalb in erster Linie durch die *Wissenschaft* erfolgen. Bedauerlicherweise war und ist die Strafzumessungsliteratur aber stark an der obergerichtlichen Rechtsprechung orientiert. Das dahinter stehende Methodenverständnis hat HANS-JÜRGEN BRUNS vor einigen Jahren formuliert:

„Da man Strafzumessung nicht vom grünen Tisch aus betreiben kann, verspricht ein solches Vorhaben nur dann praktisch Erfolg, wenn es im besonderem Maße auf den Ergebnissen der Rechtsprechung aufbaut [...]. Soweit es darum geht, die umfangreiche Rechtsprechung zu den Fragen des Strafmaßes auszuwerten und systematisch zu ordnen, muß sich die Untersuchung einer induktiv-urteilsanalytischen Methode bedienen.“⁷⁰

Hierbei wird verkannt, dass eine induktiv-urteilsanalytische Methode für den Bereich der Strafzumessung noch weniger erfolgversprechend ist als für die Verbrechenslehre im Übrigen. In der Strafzumessungslehre sind auf diesem Wege allenfalls verschwommene Umrisse zu gewinnen, weil die Sachzwänge, denen Revisionsgerichte unterworfen sind, der Entwicklung detaillierter Strafzumessungsvorgaben entgegenstehen. Es bedarf deshalb über die bloße Erfassung und Systematisierung der Rechtsprechung hinaus einer Lehre, die eine eigenständige Systembildung anstrebt (was in der Strafrechtsdogmatik ansonsten selbstverständlich ist), d.h. Widersprüche und Inkonsistenzen aufzeigt und aus allgemeinen Prämissen Schlussfolgerungen für spezifische Strafzumessungsfragen ableitet.

Erforderlich wären ferner Aktivitäten des *Gesetzgebers*. Das deutsche Strafrecht enthält in § 46 II StGB eine Aufzählung von Faktoren, die „namentlich“ bei der Strafzumessung berücksichtigt werden sollen. Diese Norm fällt dadurch auf, dass sie eine unsystematische Aneinanderreihung von Umständen enthält, die in keiner Beziehung zu den im Bereich der Straftatlehre entwickelten Kategorien stehen. Das Differenzierungsniveau bleibt weit hinter den übrigen Bestimmungen im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs zurück. Der Erkenntnis, dass Unrechtsbewertungen anhand der Kategorien Erfolgs- und Handlungsunrecht erfolgen sollten und dass Schuld kein Oberbegriff für allgemein moralisierende Erwägungen sein muss, wäre im Strafgesetzbuch durch genauere Leitlinien für die Strafzumessung Rechnung zu tragen.

70 HANS-JÜRGEN BRUNS, *Leitfaden des Strafzumessungsrechts*, 2. Aufl. 1985, S. 29. Ein ähnliches Methodenverständnis prägt auch heute noch viele Kommentierungen zu den §§ 46 ff. StGB, etwa die von THEUNE und FRANKE (je Anm. 1). Siehe aber auch für eine stärkere Reflektion der Grundlagen ECKHARD HORN, §§ 46 ff. im Systematischen Kommentar zum Strafgesetzbuch. Das heutige Standardwerk zur Strafzumessung, SCHÄFER/SANDER/VAN GEMMEREN (Anm. 1), nimmt ebenfalls in erster Linie auf die Rechtsprechung des BGH Bezug, allerdings mit dem Bemühen, den Strafzumessungsvorgang etwa durch die Orientierung an den Kategorien Erfolgs- und Handlungsunrecht zu strukturieren und transparenter zu machen.

IV. Das Sozialstaatsprinzip

1. Pflicht zur Resozialisierung?

Auf das Sozialstaatsprinzip wird typischerweise Bezug genommen, um die Notwendigkeit bestimmter *Leistungen* zu begründen. Zwar gehen das Bundesverfassungsgericht und die h.M. in der Verfassungslehre davon aus, dass ein individueller Anspruch auf eine bestimmte Sozialleistung nicht unmittelbar aus Art. 20 I GG abgeleitet werden kann.⁷¹ Als verfassungsrechtliches Optimierungsgebot wendet sich jedoch das Sozialstaatsprinzip an den Gesetzgeber und als Auslegungshilfe an die Rechtsprechung;⁷² in diesem Sinne ist auch vorstellbar, dass sich Rahmenbedingungen für das Strafzumessungsrecht daraus ableiten lassen. Insoweit kommt es auf die *Reichweite* des Sozialstaatsprinzips (etwa inwieweit sich daraus egalitäre, auf Umverteilungen ausgerichtete Forderungen ableiten lassen)⁷³ nicht an. Das hier zu erörternde Thema betrifft einen Kernbereich, nämlich Hilfe, die Mindestbedingungen für ein selbstbestimmtes Leben sichern soll.⁷⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat in der sogenannten Lebach-Entscheidung aus dem Sozialstaatsprinzip Überlegungen zur Situation von Straftätern abgeleitet:

„Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind; dazu gehören auch die Gefangenen und Entlassenen.“

Die staatliche Fürsorge gegenüber Straftätern richte sich auf ihre Resozialisierung.⁷⁵ Der Senat vermied einen Verweis auf ein *Recht* des Bestraften und formulierte vorsichtiger: „Vom Täter aus gesehen erwächst dieses *Interesse* an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG.“⁷⁶ In diesem Urteil ging es *nicht* um ein Interesse an Resozialisierung bei der Bemessung einer Strafe. Die Verfassungsbeschwerde hatte ein Gefangener eingelegt, der seine Strafe weitgehend verbüßt hatte; sein Anliegen war, dass seine

71 BVerfGE 110, S. 412, 445; ROLF GRÖSCHNER, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 32, 58.

72 GRÖSCHNER (Anm. 71), Rn. 31, 34.

73 Siehe dazu zum Beispiel STEFAN HUSTER, Was ist sozial(staatlich)e Gerechtigkeit, in: Nils Goldschmidt/Michael Wohlgemuth (Hrsg.), Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft, 2004, S. 33 ff.; HANS M. HEINIG, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 151 ff.

74 HEINIG (Anm. 73), S. 588 ff. Gängig ist der Verweis auf ein „menschenwürdiges Dasein“, siehe BVerfGE 45, S. 187, 228.

75 BVerfGE 35, S. 202, 235 f., Zitat S. 236.

76 BVerfGE 35, S. 202, 236.

Chancen auf Wiedereingliederung nach der Entlassung nicht durch eine negative Fernsehberichterstattung gemindert werden. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Resozialisierung könnten jedoch herangezogen werden, um in *allgemeiner* Weise eine entsprechende Pflicht des Staates zu begründen.

Gegen eine unmittelbar und direkt auf Resozialisierung ausgerichtete Pflicht lässt sich jedoch zweierlei einwenden. Erstens ist ein Bekenntnis zu einer Sozialisierung durch Kriminalstrafe, wie es etwa in § 2 S. 1 StVollzG formuliert wird („fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“) als ehrgeizige Zielvorgabe zu verstehen, nicht aber als Beschreibung dessen, was Strafe tatsächlich bewirken kann. Der in der Lebach-Entscheidung aus dem Jahr 1973 sprechende Optimismus entsprach dem damaligen Zeitgeist. Realistischerweise muss aber angenommen werden, dass die Inhaftierung eines Menschen sich auch dann meist nicht positiv auswirkt, wenn das Mögliche getan wird, um die Umgebung in der Haftanstalt ansprechend zu gestalten, Ausbildungslücken zu schließen, sinnvolle Freizeitgestaltung zu fördern etc. (siehe §§ 37 ff., 67 ff. StVollzG). Die physische und psychische Deprivation, die Zerschlagung sozialer Bezüge sowie der Umgang mit anderen Straftätern sind de-sozialisierende Faktoren. Zweitens bliebe offen, warum eine gezielte Förderung beruflicher und sozialer Kompetenz nur Strafgefangenen angeboten wird, nicht aber anderen sozial schlecht integrierten Erwachsenen (siehe etwa die Auflistung von Freizeitangeboten in § 67 StVollzG).

Für eine realistische Konzeption ist eine abgewandelte Argumentation erforderlich. Das aus dem Sozialstaatsprinzip abzuleitende Interesse ist, wenn man strafrechtliche Rechtsfolgen in den Blick nimmt, atypischer Natur. Es ist in erster Linie ein *Abwehrinteresse*: Es richtet sich gegen intensive Eingriffe, die den Betroffenen zu einer hilfebedürftigen Person machen. Das Plädoyer der Betroffenen würde nicht wie im Regelfall einer Anwendung des Sozialstaatsprinzips „Helft mir!“ lauten, sondern „Tut mir nichts an, was mich sozial ent wurzelt und mein Leben ruiniert!“. Da ein unvermeidbarer Effekt des längeren Aufenthalts in einer Haftanstalt Hilfsbedürftigkeit während und nach der Freiheitsentziehung ist, spricht nicht nur Art. 2 II 2 GG, sondern auch das Sozialstaatsprinzip für die Vermeidung einer solchen De-Sozialisierung.

Es ergibt sich ein offensichtlicher Konflikt zwischen dieser Vorgabe und den Anliegen, denen Kriminalstrafe dient. Auf alle Taten vom Ladendiebstahl bis zum Massenmord nur verbal mit einem Unrechts- und Schuldvorwurf oder mit einer Geldstrafe zu reagieren, wäre mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar. Dieser Konflikt kann nicht aufgelöst werden. Immerhin ist aber eine Abmilderung in der Form möglich, dass sich das primäre Interesse an der Unterlassung in einen *sekundären Anspruch* auf *Schadensmilderung* wandelt. Wenn Freiheitsstrafe zum Einsatz kommt, dann muss diese so ausgestaltet werden, dass der de-sozialisierenden Wirkung soweit wie möglich entgegengewirkt wird.

2. Konsequenzen für Strafvollzug und Strafzumessung

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, in welchem Rechtsgebiet der Resozialisierungsgedanke eine zentrale Rolle spielt: bei der *Gestaltung des Strafvollzugs*. Insofern wirkt sich das Sozialstaatsprinzip in zweierlei Hinsicht aus: Zum einen ist der Staat verpflichtet, *während* des Vollzugs, während der Zeit vollkommener Abhängigkeit der Gefangenen, diese angemessen zu versorgen. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass die Ursache der Hilflosigkeit für die Anwendung des Sozialstaatsprinzips keine Rolle spielt.⁷⁷ Zum anderen muss mit Blick auf die Zeit *nach der Entlassung* dafür gesorgt werden, dass die dann auftretenden Anpassungsschwierigkeiten vorher bedacht und soweit wie möglich entschärft werden. Kompensatorische Maßnahmen, die den Wiedereinstieg in die „Welt draußen“ erleichtern können, müssen angeboten werden.⁷⁸

Für unser Thema ist zu erörtern, ob schon bei der *Bemessung der zu verhängenden Strafe* dem Gedanken der Resozialisierung Rechnung getragen werden muss. Zum einen stellt sich diese Frage mit Blick auf höchstpersönliche Lebensumstände, zum anderen aber auch als die Frage, ob bestimmte Höchststrafen verboten sind, nämlich die lebenslange Freiheitsstrafe. Zur ersten Frage: Ein berufstätiger Straftäter könnte darauf verweisen, dass die angesichts der Schwere der Tat angemessene Freiheitsstrafe zu einem dauerhaften Verlust seiner Berufschancen führen wird. Muss sein Interesse an der Vermeidung solcher Folgen schon als primärer Abwehrenspruch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden? Unproblematisch ist dies, wenn der Verzicht auf eine Freiheitsstrafe ohne Verletzung des Schuldgrundsatzes möglich ist. Relevant wird das Pochen auf resozialisierungsfreundliche Strafzumessung für sozial besonders verwundbare Täter, wenn die erwogene Strafe *unterhalb* dessen liegen soll, was der Tatrichter sich im ersten Schritt als Größenordnung für schuldangemessene Strafen vorgestellt hat. Im Schrifttum wird ein Unterschreiten der schuldangemessenen Strafe in Abhängigkeit von den persönlichen Verhältnissen des betroffenen Individuums als vertretbar angesehen.⁷⁹

Dies muss allerdings begründet werden. Es ist nicht selbstverständlich, wie ein Konflikt zwischen dem Schuldgrundsatz und dem Interesse des Straftäters an der Vermeidung von De-Sozialisierung aufzulösen ist. Dem De-Sozialisierung befürchtenden Täter wäre entgegenzuhalten, dass auch dies von seiner Entscheidung für die Straftat umfasst wird. Dies mag harsch klingen, vor

77 BVerfGE 35, S. 202, 236.

78 Dies ist unstrittig, siehe ROLF-PETER CALLIES/HEINZ MÜLLER-DIETZ, Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 2, Rn. 6 f.; JOHANNES FEEST/WOLFGANG LESTING, in: Johannes Feest (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl. 2006, § 2, Rn. 9.

79 Siehe LACKNER/KÜHL (Anm. 42); ROXIN (Anm. 41); MEIER (Anm. 39), JuS 2005, S. 271; außerdem HARTMUTH HORSTKOTTE, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 69 StGB), JZ 1970, S. 122, 124; WOLFGANG FRISCH, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), S. 349, 368 f.

allem weil das normative Ideal des eigenverantwortlich Handelnden keine realitätsgetreue Beschreibung des Rationalitätsniveaus vieler Menschen ist. Zu beachten ist jedoch, dass schon die Wertung individueller Schuld Spielraum bietet, um in begrenztem Umfang den Schwächen realer Menschen Rechnung zu tragen. Handelt es sich um eine Tat, die als „Ausrutscher“ charakterisiert werden kann, ist es ohne Abweichung vom Schuldgrundsatz möglich, eine nach Erfolgs- und Handlungsunrecht vorgenommene Schwereverortung nach Bewertung der individuellen Schuld ein wenig nach unten zu verschieben. Um dies an einem Beispiel zu verdeutlichen: Käme der Strafrichter mit Blick auf das Erfolgs- und Handlungsunrecht zu der ersten Einschätzung: zweieinhalb bis drei Jahre Freiheitsstrafe, so können z.B. fehlende Vorstrafen und/oder erheblicher psychischer Druck zum Tatzeitpunkt die Herabstufung auf zwei Jahre (mit der Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung) erlauben. Schwieriger wird die Beurteilung, wenn es keine Anhaltspunkte für geminderte Schuld gibt, der Tatrichter aber nichtsdestotrotz zwei Jahre statt zweieinhalb bis drei Jahre verhängen möchte. Er kann sich bei diesem Vorgehen auf § 46 I 2 StGB berufen. Diese Bestimmung schreibt vor: „Die Wirkungen, die von der Tat für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.“ Die vom Bundesverfassungsgericht verwandte Formel vom „gerechten“ oder „angemessenen Verhältnis“⁸⁰ lässt kleinere Spielräume zu. Aus dem Grundgesetz lässt sich nicht zwingend ableiten, dass Kollisionen zwischen dem Sozialstaatsprinzip und dem Schuldgrundsatz in allen Fällen zugunsten des Schuldprinzips entschieden werden müssen. Dem Tatrichter wird nicht durch die Verfassung untersagt,⁸¹ eine Strafe zu verhängen, die geringfügig unterhalb des Spektrums der unrechts- und schuldangemessenen Strafen liegt. Ein *deutlicheres* Abweichen würde allerdings den Schuldgrundsatz entwerten und muss deshalb unterbleiben.

3. Konsequenzen für lebenslange Freiheitsstrafen

Das Bundesverfassungsgericht hat weder gegen die Verhängung von lebenslangen Freiheitsstrafen noch gegen deren Vollstreckung bis zum Tod kategorische verfassungsrechtliche Bedenken geäußert.⁸² Das Gericht hält es aber für erforderlich, dass jeder Gefangene die *Chance* auf vorzeitige Entlassung habe. Diese Folgerung wird aus einer Zusammenschau von Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet: „Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssen erhalten bleiben. Aus

80 Anm. 21, 22.

81 Dies muss redlicherweise auch einräumen, wer Abweichungen vom Schuldgrundsatz kritisch sieht, dazu HÖRNLE (Anm. 2), S. 336 ff.; ferner FRISCH (Anm. 39), S. 279 f. Umgekehrt ist aber auch keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Unterschreitung des Schuldrahmens zu begründen.

82 BVerfGE 64, S. 261, 272; BVerfGE 72, S. 105, 116; BVerfGE 113, S. 154, 164.

Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ist daher – und das gilt insbesondere für den Strafvollzug – die Verpflichtung des Staates herzuleiten, jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht.“ Der Senat argumentierte, dass es „mit einer so verstandenen Menschenwürde unvereinbar [wäre], wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne daß zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden.“⁸³

Der Verweis auf das Sozialstaatsprinzip wirft die Frage auf, ob *individuelle Rechte* von Gefangenen auf vorzeitige Entlassung aus dem *Sozialstaatsprinzip* abgeleitet werden können. Diese Frage ist zu verneinen. Dem Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe ist nicht zu entnehmen, dass mit dem Sozialstaatsprinzip *individuelle Ansprüche* auf Haftentlassung begründet werden sollten. Diese verfassungsrechtliche Zielvorgabe kann nur den Anspruch auf angemessene Versorgung *in der Haft* und auf Entlassungsvorbereitung begründen, aber keinen Anspruch auf Entlassung *aus der Haft*.

Der Akzent muss vielmehr auf dem Wort „*Chance*“ (auf vorzeitige Entlassung) gelegt werden. Die Relevanz dieser Chance erschließt sich mit Blick auf die Gestaltung des Strafvollzugsystems. Das Bundesverfassungsgericht führte aus, dass ein menschenwürdiger Vollzug nicht mehr sichergestellt wäre, wenn dem Verurteilten von vornherein jegliche Hoffnung genommen würde, seine Freiheit wiederzuerlangen.⁸⁴ Würden die zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurteilten damit rechnen, niemals mehr entlassen zu werden, bestünde die Gefahr, dass der Vollzug unbeabsichtigt und unsteuerbar in einen reinen Verwahrsvollzug „umkippt“. Bei resignierten Gefangenen würden die vom Strafvollzugsgesetz vorgesehenen Beschäftigungs- und Freizeitangebote ins Leere laufen und damit das vom Sozialstaatsprinzip vorausgesetzte Gebot der bestmöglichen Vermeidung von Haftschäden an ihrer psychischen Unerreichbarkeit scheitern. Das Sozialstaatsprinzip i.V.m. Art. 1 I GG gebietet es, das *System so zu gestalten*, dass Selbstaufgabe möglichst vermieden wird, ohne dass sich aber hieraus ein konkreter Anspruch eines individuellen Gefangenen auf Entlassung ableiten ließe.

V. Achtung der Menschenwürde

1. Verbot unmenschlicher, erniedrigender und grausamer Strafen

Im Text des Grundgesetzes sucht man vergeblich nach einem Verbot von unmenschlichen oder erniedrigenden Strafen, wie es sich in Art. 3 der EMRK

⁸³ BVerfGE 45, S. 187, 228 f.

⁸⁴ BVerfGE 64, S. 261, 272.

findet, oder von „cruel and unusual punishments“ wie im 8. Zusatz zur US-amerikanischen Verfassung. Im Unterschied zu diesen Texten enthält allerdings Art. 1 I GG die für unser Verfassungsverständnis zentrale Bestimmung, die Achtung und Schutz der Menschenwürde verlangt. Das Bundesverfassungsgericht hatte in einigen Entscheidungen darüber zu befinden, inwieweit Art. 1 I GG die Rechtsfolgenwahl nach einer Straftat einschränken kann. Diese Überlegungen pflegen mit der Formel zu beginnen, dass Art. 1 I GG es verbiete, den Menschen „zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung zu machen“⁸⁵ oder „ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt“⁸⁶. Hieraus ergebe sich ein Verbot *grausamer, unmenschlicher* und *erniedrigender* Strafen.⁸⁷

Das Gericht verweist wiederholt auf dieses Verbot, allerdings in eher formelhafter Weise. Eine weitere Ausdifferenzierung sucht man vergebens. Das Bundesverfassungsgericht hat in keinem Fall positiv festgestellt, dass z.B. eine bestimmte Strafhöhe grausam sei; auch bei Verfassungsbeschwerden, die als begründet eingestuft wurden,⁸⁸ geschah dies nicht mit dem Argument, dass es sich um eine grausame Strafe gehandelt habe. Trotzdem lohnt sich der Versuch, die Attribute „grausam, unmenschlich und erniedrigend“ zu konkretisieren. Die Einordnung als „erniedrigend“ und „unmenschlich“ wäre vorstellbar bei Strafen, die sich in der *Art des verhängten Übels* von Geld- oder Freiheitsstrafen unterscheiden (nämlich durch eine Form der Übelszufügung, die eine gezielte Demütigung enthält), oder es könnte in der *Art und Weise der Vollstreckung* eine besondere Erniedrigung liegen. Art. 1 I GG würde für die Diskussion um die Rechtsfolgenwahl an Bedeutung gewinnen, wenn über eine Abschaffung von Art. 102 GG nachgedacht würde oder in „kreativer Weise“ *neue* Übelszufügungen⁸⁹ entwickelt würden, die nicht im Entzug von Geld oder Freiheit bestehen, sondern darin, dass der Bestrafte körperlich verstümmelt oder gezielt gedemütigt wird. Es ist aber unwahrscheinlich, dass in absehbarer Zeit derartige „Innovationen“ (oder Rückgriffe auf das Repertoire vergangener Zeiten und archaischer Kulturen) Gegenstand ernsthafter kriminalpolitischer Vorschläge werden. Es ist weitgehend gelungen, die Möglichkeit einer Wiedereinführung der Todesstrafe aus der zeitgenössischen Diskussion zu hal-

85 BVerfGE 45, S. 187, 228; BVerfGE 50, S. 205, 215; BVerfGE 109, S. 133, 149 f.

86 BVerfGE 109, S. 133, 149 f.; BVerfGE 117, S. 71, 89.

87 BVerfGE 45, S. 187, 228; BVerfGE 50, S. 205, 215; BVerfGE 109, S. 133, 150; BVerfGE 113, S. 154, 162; so auch schon BVerfGE 1, S. 332, 348; BVerfGE 6, S. 389, 439.

88 BVerfGE 64, S. 261.

89 Mit der Bezeichnung „neu“ wird auf das geltende deutsche Strafzumessungsrecht Bezug genommen.

ten,⁹⁰ und die etwa in den USA praktizierten sogenannten „shaming sanctions“⁹¹ finden bei uns keine Befürworter.

Fraglich ist, wann eine Strafe *grausam* ist. Zum einen wäre hierzu, in Anlehnung an die gängige Definition des Tatbestandsmerkmals in § 211 StGB, die Zufügung erheblicher körperlicher oder psychischer Schmerzen zu rechnen. Strafen, die auf Schmerzzufügung angelegt sind, wären allerdings regelmäßig auch schon als „erniedrigend“ einzuordnen. Zum anderen könnte eine Strafe aber auch schon durch ihre *Länge* grausam sein. Das Bundesverfassungsgericht weist in einem neueren Beschluss, mit dem eine Verfassungsbeschwerde in einem Auslieferungsverfahren zurückgewiesen wurde, darauf hin, dass nicht schon dann eine Kollision mit Art. 1 I GG bestehe, wenn die Strafe „lediglich als in hohem Maße hart anzusehen ist und bei einer strengen Beurteilung anhand deutschen Verfassungsrechts nicht mehr als angemessen erachtet werden könnte“.⁹² Der Begriff Schuldgrundsatz taucht in den Passagen dieser Entscheidung nicht auf. Der Verweis auf „nicht mehr angemessen nach deutschem Verfassungsrecht“ kann sich jedoch nur auf den Schuldgrundsatz beziehen. Dies bedeutet, dass es Strafen gibt, die nicht mehr schuldangemessen sind, ohne deshalb aber schon grausam im Sinne einer Kollision mit Art. 1 I GG zu sein.⁹³ Allerdings ist der Bereich der „nicht mehr schuldangemessenen, aber noch nicht grausamen“ Strafen begrenzt. Die von Art. 1 I GG und vom Schuldgrundsatz gezogenen Schutzkreise sind nicht vollständig getrennt, es kann zu Überschneidungen kommen. Eine Verletzung des Art. 1 I GG ist vorstellbar, wenn in *drastischer* Weise der Schuldgrundsatz ignoriert wird. Dies wä-

90 Siehe zu Überlegungen in den fünfziger Jahren BVerfGE 45, S. 187, 247.

91 Siehe zu der Debatte um solche Praktiken TONI M. MASSARO, Shame, Culture and American Criminal Law, Michigan Law Review 89 (1991), S. 1880 ff.; DAN KAHAN, What Do Alternative Sanctions Mean?, University of Chicago Law Review 63 (1996), S. 591 ff.; JAMES Q. WHITMAN, What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?, Yale Law Journal 107 (1998), S. 1055 ff.; DERS., Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe, 2003; MARTHA NUSSBAUM, Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law, 2004; aus der deutschen Literatur MICHAEL KUBICIEL, Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Strafrechtstheorie, ZStW 118 (2006), S. 44 ff.

92 BVerfGE 113, S. 154, 162.

93 Implizit wird damit die im Schrifttum gelegentlich vertretene Ansicht zurückgewiesen, die den Schuldgrundsatz unmittelbar aus Art. 1 I GG ableitet (siehe z.B. THEODOR LENCKNER/JÖRG EISELE, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 103/104); dies hätte zur Folge, dass jede Missachtung des Schuldgrundsatzes die Menschenwürde des Betroffenen verletzt. Wie bereits ausgeführt, leiten die meisten Entscheidungen des BVerfG den Schuldgrundsatz anders her: Respekt vor der Menschenwürde ist *eine* Wurzel des Schuldgrundsatzes von mehreren (Anm. 12). Der individuelle Anspruch auf Beachtung des Schuldgrundsatzes ist ein eigenständiges, ungeschriebenes Grundrecht, siehe LAGODNY (Anm. 8), S. 397 ff.; HEINRICH AMADEUS WOLFF, Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ als Verfassungsrechtssatz, AöR 124 (1998), S. 55, 81.

re z.B. bei drakonischen Strafen zu Abschreckungszwecken der Fall, die in einem groben Missverhältnis zur Anlasstat stehen, etwa eine mehrjährige Freiheitsstrafe für den einfachen Diebstahl eines Gegenstandes von geringem Wert. In solchen Extremfällen würde der Betroffene zu einem bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht.

2. Sicherungsverwahrung als grausame Behandlung?

Es lässt sich schwerlich bestreiten, dass unbefristete Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB)⁹⁴ den Betroffenen zum Objekt der Verbrechensbekämpfung macht. Es bedarf schlüssiger Ausführungen dazu, warum er nicht zum „bloßen Objekt“ werde.⁹⁵ Das Bundesverfassungsgericht verneint die Menschenwürdewidrigkeit mit zwei Argumentationssträngen. Erstens verweist es auf die Behandlung im Vollzug: Auch im Rahmen der Sicherungsverwahrung sei auf eine Resozialisierung des Untergebrachten hinzuwirken.⁹⁶ Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass eine menschenwürdige Behandlung im Anstaltsleben genüge. Dies überzeugt jedoch nicht. Grausam ist eine Rechtsfolge nicht nur dann, wenn sie erniedrigend oder demütigend ist oder ihr Vollzug den Anforderungen des Sozialstaatsprinzips nicht entspricht. Die Freiheitsentziehung als solche ist eine erhebliche Übelzufügung. Eingeschränkt wird nicht nur die Fortbewegungsfreiheit, Art. 2 II 2 GG, sondern wegen der sehr weitreichenden Fremdbestimmung in einer Vollzugsanstalt nahezu jede Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung, Art. 2 I GG.⁹⁷ Die *schiere Länge* einer solchen Verwahrung wäre auch bei bestmöglicher Versorgung und Unterstützung geeignet, die Rechtsfolge zu einer grausamen Behandlung zu machen.

Das zweite Argument des Bundesverfassungsgerichts lautet:

„Die vom Grundgesetz vorgegebene Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums rechtfertigen es, unabdingbare Maßnahmen zu ergreifen, um wesentliche Gemeinschaftsgüter vor Schaden zu bewahren.“⁹⁸

94 Die gem. § 67d StGB auch bei einer erstmaligen Anordnung dieser Maßregel zulässig ist – anders war die Rechtslage bis zum Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998, BGBl. I, S. 160.

95 THILO WEICHERT, Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß?, StV 1989, S. 265, 272 f., hält Sicherungsverwahrung für unvereinbar mit Art. 1 I GG; ebenso HARTMUT WEBER/RICHARD REINDL, Sicherungsverwahrung. Argumente zur Abschaffung eines unstrittenen Rechtsinstituts, Neue Kriminalpolitik 2001, S. 16, 20, und HELLMUT MAYER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S. 185.

96 BVerfGE 109, S. 133, 150, 153 ff.

97 Die Vergünstigungen, die § 132 und § 133 StVollzG Sicherungsverwahrten gewähren (siehe dazu BVerfGE 109, S. 133, 154), sind in Relation zum Ausmaß der Fremdbestimmung von eher trivialer Bedeutung.

98 BVerfGE 109, S. 133, 151.

Der Verweis auf Gemeinschaftsinteressen wirft allerdings die Frage auf, inwieweit damit dem Vorwurf der Grausamkeit zu begegnen wäre. Sinn und Zweck des Art. 1 I GG ist es, den Einzelnen davor zu bewahren, Gemeinschaftsinteressen geopfert zu werden. Anders als bei anderen Grundrechten ist eine Abwägung nicht vorgesehen. Weder das Stichwort „unabdingbar“ noch das Stichwort „Gemeinschaftsbezogenheit“ sind deshalb hinreichende Voraussetzungen dafür, eine Freiheitsentziehung zu rechtfertigen, die wegen ihrer Länge den Verdacht einer grausamen Behandlung weckt. Nachvollziehbar werden diese Überlegungen nur, wenn man die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts um den Aspekt ergänzt, dass keine unbeteiligte Person betroffen ist. Dem Betroffenen wird keine genuine Aufopferung für die Gemeinschaft zugemutet, wenn er selbst für die Gefahr verantwortlich ist, die abgewendet werden soll. „Verantwortlich“ bedeutet in Bezug auf eine Maßregel nicht „Verantwortung für vergangenes Tun“, sondern verantwortlich für die eigene, Gefahren für andere begründende Persönlichkeitsstruktur. Ob ein solches Konzept von Eigenverantwortung überzeugt, könnte aus moralphilosophischer Sicht kritisch erörtert werden. Für die Skizzierung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen muss es ausreichen, auf dieses, vom Senat nicht explizit vorgebrachte, aber zur Zurückweisung des Vorwurfs der Menschenwürdeverletzung unverzichtbare Element hinzuweisen.

3. Genuin lebenslange Freiheitsstrafe als grausame oder unmenschliche Strafe?

Die Frage, ob eine Rechtsfolge wegen ihrer Höhe grausam ist, stellt sich nicht nur für die Sicherungsverwahrung, sondern auch für eine lebenslange Freiheitsstrafe. Über die Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit lebenslanger Freiheitsstrafen wird oft in genereller Weise debattiert.⁹⁹ Es bedarf jedoch der Differenzierung: Zu unterscheiden sind zwei Konstellationen. Die erste besteht aus Freiheitsstrafen, deren Vollziehung als genuin lebenslange (bis zum Tod in Haft) *ausnahmsweise* schuldangemessen wäre (erwähnt wurde das Beispiel des grausamen Massenmords), weil dem Täter *außerordentlich großes* Unrecht und Schuld vorzuwerfen ist. Die zweite Fallgruppe betrifft die Vollstreckung jenseits der Straflänge, die vom Schuldgrundsatz gedeckt wäre.

Das Bundesverfassungsgericht hält auch in der zweiten Fallgruppe (siehe zur ersten Fallgruppe unten S. 133) eine weitere Vollstreckung für zulässig, ohne hierin einen Verstoß gegen die Menschenwürde zu sehen. Ein neuerer Beschluss galt einem Täter, der wegen eines Sexualmords mehr als dreißig Jahre inhaftiert war und dem wegen nach wie vor bestehender Gefährlichkeit die Entlassung verwehrt worden war. Einen Verstoß gegen die Menschenwürde des Betroffenen hat das Gericht verneint.¹⁰⁰ Konzeptuell gehören solche Fälle

⁹⁹ Siehe die Nachweise in Anm. 56.

¹⁰⁰ BVerfGE 117, S. 71, 89 f.

in die Kategorie der nicht mehr schuldangemessenen, aber noch nicht grausamen Strafen. Allerdings scheut sich das Bundesverfassungsgericht, dies in aller Klarheit so zu benennen. Es findet sich in der Entscheidung die gewundene und offensichtlich anderen Passagen widersprechende Behauptung, dass es sich „nicht um eine schuldunabhängige“ Vollstreckung handle.¹⁰¹ Das Vollstreckungsgericht hatte allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die „besondere Schwere der Schuld“ eine weitere Vollstreckung *nicht* gebiete, und auch das Bundesverfassungsgericht musste deshalb einräumen, dass die lebenslange Freiheitsstrafe über den durch die besondere Schwere der Schuld gebotenen Zeitraum hinaus vollstreckt werde.¹⁰² Wenn man aus den Gründen, die soeben bei der Sicherungsverwahrung angesprochen wurden, zur Sicherung der Allgemeinheit es für erlaubt hält, Strafe jenseits der Schuld zu vollziehen, sollte man zumindest *ehrlich benennen*, was geschieht. Das Bundesverfassungsgericht schreckt aber offensichtlich davor zurück zuzugestehen, dass der Schuldgrundsatz bei einer erheblichen, vom Gefangenen ausgehenden Gefahr nur noch den Status eines (rechtstheoretisch gesprochen) Prinzips¹⁰³ und keinen absoluten Status hat.

Überlegungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe und Art. 1 I GG fallen noch komplexer aus, wenn man sich vor Augen führt, dass das Bundesverfassungsgericht auf Menschenwürde auch in der ersten Fallgruppe abstellt – wenn das Schuldprinzip der genuin lebenslangen Bestrafung ausnahmsweise nicht entgegenstehen würde. Das Gericht argumentiert in Verfahren, denen im Nationalsozialismus begangene Massenmorde zugrunde lagen, dass es mit der Menschenwürde kollidiere, wenn „dem Verurteilten *ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit von vornherein* jegliche Hoffnung genommen würde, seine Freiheit – wenn auch erst nach langer Strafverbüßung – wiederzuerlangen“.¹⁰⁴ Fallgestaltungen, die es strikt verwehrt, dem *innerlich gewandelten*, für die Allgemeinheit ungefährlich gewordenen Gefangenen die Wiedergewinnung der Freiheit zu gewähren, [seien] dem Strafvollzug unter der Herrschaft des Grundgesetzes fremd.¹⁰⁵

Die Entwicklung der Persönlichkeit, die innere Wandlung, kann zwei unterschiedliche Richtungen annehmen; eine wäre die Entwicklung zum Schlechteren, zu einem haftbedingten Persönlichkeitsverfall. Zwar geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass langjährige Inhaftierung nicht

101 BVerfGE 117, S. 71, 90.

102 BVerfGE 117, S. 71, 78 (Feststellung der Strafvollstreckungskammer), 90 (dort das Eingeständnis des Senats nur wenige Zeilen nach der Behauptung, dass es sich „nicht um eine schuldunabhängige“ Vollstreckung handele).

103 Siehe zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 71 ff.

104 BVerfGE 64, S. 261, 272 (dort Hervorhebung im Original); ebenso BVerfGE 72, S. 105, 113 und (für eine anders gelagerte Straftat) bereits BVerfGE 45, S. 187, 245.

105 BVerfGE 64, S. 261, 272; BVerfGE 113, S. 154, 164; BVerfGE 117, S. 71, 95 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

zwangsläufig zu irreparablen Schäden führe.¹⁰⁶ „Zwangsläufig“ ist allerdings eine merkwürdig hoch angesetzte Schwelle. Sozialwissenschaftliche (oder medizinische) Studien zu möglichen schädlichen Einflüssen kommen nur äußerst selten zum Nachweis, dass Faktor X *stets* Effekt Y bewirke, wobei Urteile über Schadenspotentiale von einer solchen Feststellung nicht abhängen. Für die Frage, ob die weitere Vollstreckung einer schon lange andauernden Freiheitsstrafe die Menschenwürde des Betroffenen verletzt, kann nur auf den Einzelfall abgestellt werden. *Wenn* körperliche und psychische Symptome auftreten, die auf ausgeprägte Haftschäden schließen lassen, kann der fortgesetzte Vollzug der schuldangemessenen zur unmenschlichen und grausamen Strafe und damit zur menschenwürdewidrigen Behandlung werden.¹⁰⁷

Schwieriger sind Fälle zu beurteilen, in denen die Menschenwürdewidrigkeit einer weiteren Vollstreckung der schuldangemessenen Strafe sich nicht aus manifesten Haftschäden ergibt. Wenn eine sehr lange Inhaftierung ausnahmsweise unrechts- und schuldangemessen ist, ist die weitere Strafvollstreckung nicht schon wegen ihrer Dauer grausam. Trotzdem wird verschiedentlich die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als genuin lebenslange Strafe, d.h. bis zum Lebensende in Haft, als verfassungswidrig eingestuft.¹⁰⁸ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass „niemand seiner Menschenwürde verlustig gehen“ könne, auch nicht Täter, die „schwerste Schuld auf sich geladen haben“.¹⁰⁹ Ob die Menschenwürde des konkret Betroffenen, sein individuelles Grundrecht,¹¹⁰ durch eine schuldangemessene Strafverbüßung verletzt werden kann, soll hier dahinstehen. Jedenfalls kann man aus Art. 1 I GG ein allgemeines Humanitätsprinzip ableiten. Dieses kann unter bestimmten Umständen das Schuldprinzip überlagern, so dass z.B. einem hochbetagten Gefangenen die Verbüßung des Restes einer schuldangemessenen Strafe erlassen werden kann. Umschreiben könnte man den Inhalt eines „allgemeinen Humanitätsprinzips“ mit der Verpflichtung, auch in demjenigen, der in der Vergangenheit äußerst schwere Verbrechen begangen hat, den alt gewordenen, gebrechlichen, verwundbaren Menschen anzuerkennen.

Außerdem verdiente ein weiterer, vom Bundesverfassungsgericht nicht angesprochener Aspekt Beachtung: die Frage der *Identität eines Menschen* über einen längeren Zeitraum. Im philosophischen Schrifttum wird darüber debat-

106 BVerfGE 117, S. 71, 90 f. Gutachterliche Stellungnahmen wurden ausgewertet in BVerfGE 45, S. 187, 229 ff.

107 Siehe auch WEBER (Anm. 56), MSchrKrim 1990, S. 82 ff.

108 HEINZ MÜLLER-DIETZ, Anmerkung zu BGHSt 33, 398, JR 1987, S. 28, 30; WOLFGANG BOCK/CHRISTOPH MÄHRLEIN, Die lebenslange Freiheitsstrafe in verfassungsrechtlicher Sicht, ZRP 1997, S. 376, 380 f.

109 MÜLLER-DIETZ (Anm. 108), JR 1987, S. 30.

110 Siehe dazu, dass aus Art. 1 I GG ein Grundrecht abzuleiten ist, STARCK (Anm. 64), Art. 1 Abs. 1, Rn. 30; zur Gegenposition HORST DREIER, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1, Rn. 127.

tiert, ob Menschen eine stabile personale Identität besitzen.¹¹¹ Es muss hier offen bleiben, ob und wie man dies unter gelungenen Lebensumständen begründen kann. Wenn aber z.B. von siebzig Lebensjahren vierzig unter den fremdbestimmten Bedingungen des Strafvollzugs verbracht wurden, wird die Behauptung der Identität des Gefangenen mit dem damaligen Straftäter schwieriger. Wenn die Haft schon sehr lange andauert, spricht auch dieser Gedanke gegen eine fortgesetzte Vollstreckung. Da allerdings die Frage, ab wann personale Identität zu verneinen ist, hoch umstritten sein dürfte, eignet sich dieses Argument nur für Extremfälle einer schon viele Jahrzehnte andauernden Inhaftierung.

Fraglich ist, welche Folgerungen aus einer *positiven* Entwicklung im Vollzug zu ziehen wären, wenn der Gefangene durch die Anerkennung des Unrechts und seiner Schuld Eigenverantwortung zeigt. In einer anhaltenden Strafvollstreckung wäre, gestützt auf diesen Aspekt, keine Verletzung individueller Menschenwürde zu sehen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Menschenbild des Grundgesetzes Eigenverantwortung betont¹¹² – eine positive Persönlichkeitsentwicklung sollte deshalb jedenfalls als einer von mehreren Faktoren bei der Entscheidung über eine Strafrestausschüttung berücksichtigt werden. Das geltende Recht stellt auf Gefährlichkeit ab,¹¹³ und Ungefährlichkeit und Unrechtseinsicht sind nicht dasselbe.¹¹⁴ Insoweit wäre eine Klarstellung in den Regelungen des StGB wünschenswert.

VI. Zusammenfassung

Die verfassungsrechtliche Verankerung des Strafzumessungsrechts im Schuldgrundsatz ist von zentraler Bedeutung, und mit dem Verweis auf das gerechte Verhältnis der Strafe zu Tatschwere und Schuld gibt das Bundesverfassungsgericht eine Grundorientierung im Sinne einer tatproportionalen Strafzumessungslehre vor. Eine anwendungsfertige, d.h. bis in jedes Detail festgezimmerte Strafzumessungstheorie ist aus dem Grundgesetz aber nicht abzuleiten. Notwendig wäre es, dass Strafzumessungspraxis und -lehre die Regeln der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung besser einbeziehen. Damit sind einige umstrittene Fragen zu beantworten. Wenn Urteilende nur einen Rah-

111 Siehe dazu DEREK PARFIT, *Personal Identity*, *Philosophical Review* 80 (1971), S. 3 ff.; SYDNEY SHOEMAKER, *Self-Knowledge and Self-Identity*, 1963; MICHAEL QUANTE (Hrsg.), *Personale Identität*, 1999.

112 Siehe oben Anm. 14.

113 §§ 57a Nr. 3 i.V.m. § 57 I 1 Nr. 2 StGB.

114 Ein Gefangener kann eine günstige Legalprognose auch dann haben, wenn er das Tatunrecht nie anerkannt hat, und umgekehrt muss beim stark triebgesteuerten Täter ehrliche Reue und Einsicht bezüglich vergangennem Tun kein zuverlässiger Indikator für zukünftiges Verhalten in der Freiheit sein.

men der schuldangemessenen Strafen angeben können, ist das Minimum zu wählen. Überlegungen zu Spezialprävention sind überflüssig; ein schärferer Grundrechtseingriff scheidet aus, weil er nicht erforderlich ist. Die generalpräventiv begründete Wahl der obersten Schuldrahmengrenze scheitert ebenfalls an der Verhältnismäßigkeitsprüfung; sie ist nicht geeignet, effektiv abzuschrecken. Für die Kriminalpolitik ergibt sich aus dem Schuldgrundsatz, dass es zur unrechts- und schuldangemessenen Reaktion auf eine Straftat eines weit gespannten Sanktionsspektrums bedarf, das von wenigen Tagessätzen Geldstrafe bis zu genuin lebenslanger Freiheitsstrafe reichen sollte (letzteres gilt unter dem Aspekt „Schuldgrundsatz“ – andere Gesichtspunkte, etwa aus Art. 1 I GG abzuleitende, können zu anderen Ergebnissen führen).

Für die Strafzumessungstheorie ist ferner das aus Art. 3 I GG abzuleitende Optimierungsgebot von Bedeutung. Diesem Gebot kann die obergerichtliche Rechtsprechung nur bedingt durch die Entwicklung detaillierter Strafzumessungsregeln nachkommen. Revisionsgerichte und das Bundesverfassungsgericht¹¹⁵ müssen im Gegenteil die Überprüfung von Entscheidungen einschränken. Für die Strafrechtswissenschaft folgt hieraus die Notwendigkeit, über eine Auswertung der Rechtsprechung hinauszugehen und eine eigenständige Strafzumessungsdogmatik zu entwickeln.

Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Strafzumessung ist begrenzt. Das Gebot der Vermeidung von De-Sozialisierung gilt in erster Linie der Gestaltung des Strafvollzugs. Aus dem Sozialstaatsprinzip kann weder ein individueller Anspruch auf Haftentlassung noch ein Anspruch auf Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe abgeleitet werden (allerdings verwehrt die Verfassung es dem Tatrichter, der geringfügig den Schuldrahmen unterschreiten möchte, nicht, einen Konflikt zwischen Sozialstaatsprinzip und Schuldprinzip so aufzulösen).

Komplex fällt das Verhältnis von Schuldgrundsatz und dem Gebot der Achtung der Menschenwürde aus. Es ist möglich, dass die Vollstreckung einer schuldangemessenen Strafe mit dem Menschenwürdegrundsatz kollidiert, nämlich wenn Haftschäden aufgetreten sind oder wenn eine positive Veränderung der Persönlichkeit im Sinne von Verantwortungsübernahme gänzlich ignoriert wird. Der aus Art. 1 I GG abzuleitende Humanitätsgedanke kann herangezogen werden, um die Vollstreckung einer schuldangemessenen (aus dieser Sicht zu Recht genuin lebenslangen) Freiheitsstrafe abubrechen. Vertiefter Diskussion bedürfte ein anderer, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angedeuteter Punkt: die „Grauzone“ der zwar nicht mehr schuldangemessenen, aber trotzdem zulässigen, nicht gegen Art. 1 I GG verstoßenden

115 Dies wird etwa deutlich in der zweiten Entscheidung zu Fragen der Strafvollstreckung bei den wegen nationalsozialistischen Unrechtstaten zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurteilten (BVerfGE 72, S. 105, 117 f.). Diese Entscheidung ist erkennbar von dem Anliegen getragen, nach den vorangegangenen erfolgreichen Verfassungsbeschwerden (BVerfGE 64, S. 261) nun nicht über *alle* derartigen Fälle entscheiden zu müssen.

Strafen. Damit wird die Vorstellung aufgegeben, dass der Schuldgrundsatz bei der Sanktionierung mit Kriminalstrafe zwingend zu beachten sei – er wird zu einem Prinzip, das gegen andere Zielvorstellungen (etwa Sicherung vor dem Täter) abgewogen wird.

