

## Inhalt

Vorwort der Herausgeberin .....	VII
GUNNAR DUTTGE	
Menschengerechtes Strafen .....	1
Diskussion zum Vortrag von Gunnar Duttge	
Leitung: OKKO BEHRENDIS .....	19
HINRICH RÜPING	
Formen staatlicher Strafe im 18. bis 20. Jahrhundert .....	35
Diskussion zum Vortrag von Hinrich Rüping	
Leitung: EVA SCHUMANN .....	49
MICHAEL PAWLIK	
Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke .....	59
Diskussion zum Vortrag von Michael Pawlik	
Leitung: CHRISTIAN STARCK .....	95
TATJANA HÖRNLE	
Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes .....	105
Diskussion zum Vortrag von Tatjana Hörnle	
Leitung: GUNNAR DUTTGE .....	139
HEINZ MÜLLER-DIETZ	
Gnade in der Strafrechtspflege .....	149
Diskussion zum Vortrag von Heinz Müller-Dietz	
Leitung: WOLFGANG SELLERT .....	183
Abschlussdiskussion	
Leitung: UWE DIEDERICHSEN .....	195
Teilnehmer des Symposions .....	205
Register .....	207



## Vorwort der Herausgeberin

Die Idee für das 15. Symposium der Akademiekommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ geht auf deren ehemaligen Vorsitzenden, OKKO BEHRENDTS, zurück, der im Zusammenhang mit dem im Jahre 2007 durchgeführten 14. Symposium „Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht“ unter Rückgriff auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe aus dem Jahre 1978 die Frage aufgeworfen hatte, inwieweit der Staat durch die Menschenwürdegarantie und das Sozialstaatsprinzip in seinem Strafanspruch gegenüber dem Täter gebunden sei.<sup>1</sup>

Aus dieser Idee heraus wurde der Titel des 15. Symposiums „Das strafende Gesetz im Sozialstaat“ geboren, mit dem die Kommission die Frage nach der Legitimation und der Ausgestaltung staatlichen Strafens vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Menschenwürdegarantie und des Sozialstaatsprinzips im Blick hatte. Die Bedeutung des Sozialstaates für das Strafrecht sollte anhand von zwei Themenkomplexen zur Diskussion gestellt werden: erstens die schon angesprochene Frage nach der Strafzumessung im Hinblick auf die Sozialexistenz des Täters einschließlich des Strafvollzugs und der Resozialisierung sowie zweitens die Legitimation und Bedeutung der Strafe als Teil eines sozialstaatlichen Sicherheitskonzeptes und innerhalb dieses Konzeptes die Abgrenzung der Strafe von anderen Formen staatlicher Sanktion.

Prüft man den Inhalt dieses Tagungsbandes auf die genannten Themenkomplexe hin, so scheint die Umsetzung der ursprünglich angedachten Fokussierung des Themas auf den Sozialstaat nicht vollständig gelungen zu sein. Daher wurde auch am Ende des Symposiums die Frage nach dem Titel des Tagungsbandes in verschiedene Richtungen diskutiert. Mit dem Titel des vorliegenden Bandes „Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat“ trägt die Kommission dem Umstand Rechnung, dass sich in den meisten Beiträgen rechtsstaatliche Erwägungen von sozialstaatlichen Aspekten nicht trennen lassen und ersteren häufig eine größere Bedeutung als letzteren beigemessen wird.

Im Zentrum des einführenden Beitrags von GUNNAR DUTTGE *Menschengerechtes Strafen* steht die Frage, welches Menschenbild dem strafenden Gesetz

---

1 OKKO BEHRENDTS, Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive, in: ders./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. (in Anlehnung an BVerfGE 45, S. 187, 228 f.).

zugrunde liegt. Im staatlichen Strafanspruch, in der Strafzumessung und Strafvollstreckung treffen – nach DUTTGE – ein auf das Individuum konzentriertes Bild vom Menschen und ein soziales, auf die Gemeinschaft bezogenes Menschenbild aufeinander, so dass es zu einem „Wandel des Menschenbildes innerhalb eines Rechtsganges“ komme. Dieses Spannungsverhältnis manifestiert sich aber – wie in der Diskussion zu Recht angemerkt wurde – nicht nur im Übergang von einem individuellen Menschenbild als Grundlage des Strafgrundungskonzeptes hin zu einem sozialen Menschenbild bei der Strafzumessung und -vollstreckung, sondern spiegelt sich auch in den Strafzwecktheorien sowie im Übergang von der Strafe zur Maßregel wider. Ein ganzheitliches Konzept zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses scheint derzeit nicht in Sicht.

Nur kurz angerissen findet sich bei DUTTGE ein weiterer Aspekt: die Stellung des Opfers neben Täter und Rechtsgemeinschaft innerhalb eines Konzeptes menschengerechten Strafens. ALBIN ESER, der die Forderung nach einem menschengerechten Strafrecht in den 1990er Jahren in der Strafrechtsdebatte stark gemacht hat, ging es bei der Frage, wie ein Strafrecht beschaffen sein müsse, damit es dem bzw. den Menschen gerecht werde, um dreierlei: um den Menschen als Individuum, um den Menschen als Mitmensch innerhalb der Gemeinschaft und um den Menschen als Täter und Opfer.<sup>2</sup> Nach wie vor stehen der Täter und das Tatgeschehen im Mittelpunkt des Strafrechts, während das Opfer, insbesondere die aus der Tat resultierenden Langzeitfolgen für das Opfer, bei der Begründung und Festsetzung der Strafe, aber auch im Strafverfahren und selbst noch bei der Begnadigung, keine oder nur eine marginale Rolle spielen.<sup>3</sup>

---

2 ALBIN ESER, Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch?, Einige Gedanken zu vernachlässigten Grundfragen, in: Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 195-204. Vgl. weiter JÖRG ARNOLD/BJÖRN BURKHARDT/WALTER GROPP/GÜNTER HEINE/HANS-GEORG KOCH/OTTO LAGODNY/WALTER PERRON/SUSANNE WALTHER (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, Geleitwort der Herausgeber, S. V.

3 Die Stellung des Opfers im Straf(verfahrens)recht wird zwar schon seit einiger Zeit diskutiert, klare Konzepte zur Berücksichtigung der Opferinteressen sind jedoch nicht erkennbar. Einen guten Überblick zum Forschungsstand bietet THOMAS WEIGEND, „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft 2010, S. 39-57. Weiterhin sei erwähnt der Sammelband von BERND SCHÜNEMANN/MARKUS DIRK DUBBER (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, 2000 (darin insbesondere: CORNELIUS PRITTWITZ, Opferlose Straftheorien?, S. 51-73; DIETER RÖSSNER, Mediation als Element der strafrechtlichen Sozialkontrolle, S. 105-116; TATJANA HÖRNLE, Die Opferperspektive bei der Strafzumessung, S. 175-199) und der Beitrag von KLAUS LÜDERSEN, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?, in: Cornelius Prittwitz/Ioannis Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an

Im zweiten, historischen Beitrag *Formen staatlicher Strafe im 18. bis 20. Jahrhundert* kommt HINRICH RÜPING zu dem ernüchternden Ergebnis, dass sich als roter Faden durch die Epochen seit der Aufklärung nur die Instrumentalisierung staatlichen Strafens im Sinne eines den jeweiligen Staatszwecken dienenden Strafrechts ziehe. Eine kontinuierliche Entwicklung hin zu einem immer humaneren Strafrecht kann RÜPING hingegen nicht erkennen. Dies gelte selbst für die junge Bundesrepublik, in der die Deklaration des Verwaltungsstrafrechts als Ordnungswidrigkeitenrecht nicht Ausdruck einer dem Täter geschuldeten Humanität gewesen sei, sondern allein dem im öffentlichen Interesse liegenden Gesichtspunkt der Effizienz Rechnung getragen habe.

MICHAEL PAWLIK fragt im dritten, strafrechtstheoretischen Beitrag *Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke* nach der Legitimation staatlichen Strafens und kommt unter Ablehnung präventionstheoretischer Begründungen zu einem vergeltungstheoretischen Ansatz, der den Ausgleich des verbrecherischen Unrechts vom Gemeinwohl her definiert. Im Präventionsgedanken liegt nach PAWLIK die Gefahr, dass sich dieser in Händen eines aktivistischen Gesetzgebers als eine Art Generalschlüssel zur immer weiteren Verbesserung des Sicherheitsniveaus und damit auch zur Strafbarkeitsausdehnung erweise. Das neu erwachte Interesse am Vergeltungsgedanken sei daher vor allem eine Reaktion auf die dem Präventionsparadigma innewohnende „Expansionslogik des Strafrechts“ und auf die damit verbundene Gefahr, das Strafrecht in ein umfassendes Regime der Gefahrenbekämpfung und Verhaltenslenkung einzugliedern und es so auf seinen Stand im spätabsolutistischen Wohlfahrtsstaat zurückzuwerfen.

Bei PAWLIK wird der Vergeltungsgedanke unter Rückgriff auf HEGEL und seinen Schüler EDUARD GANS sowie auf FRIEDRICH JULIUS STAHL und THEODOR WELCKER positiv gewendet: Da der Täter mit dem Unrecht seine gegenüber der Allgemeinheit bestehende Pflicht, sich an der Aufrechterhaltung eines Zustandes der Rechtlichkeit und Freiheitlichkeit zu beteiligen, verletzt habe, müsse er mit der Strafe eine positive Leistung (eine Art Schadenersatz für das der Rechtsgemeinschaft zugefügte Übel) erbringen und durch die Duldung der Strafe dazu beitragen, den gestörten Rechtsfrieden zu heilen und wieder zu festigen. Der Legitimationsgrund für Strafe liege somit in der Wahrung des freiheitlich-demokratischen Staates, an dessen Erhaltung sowohl das Individuum als auch die Allgemeinheit Interesse habe; der Umfang der Freiheitsverletzung bilde sodann die Grundlage für den Umfang der Strafe. Erst im Rahmen der Strafvollstreckung könne die Spezialprävention, insbesondere in ihrer Resozialisierungskomponente, zum Zuge kommen.

Obwohl die Diskutanten die Kritik PAWLIKS an den Präventionstheorien im Wesentlichen teilten, stieß die Konzeption „Strafe als Schadenersatz“ auf der Grundlage eines vergeltungstheoretischen Ansatzes auf wenig Zustim-

---

der Jahrtausendwende, Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000, S. 63-74.

mung, insbesondere wurde eingewandt, dass auch präventionstheoretische Konzepte ähnliche Ziele verfolgen. Ohne Zweifel hat auch die positive Generalprävention den Zweck der „Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung“.<sup>4</sup> Daher ging auch in der Diskussion die Tendenz unter den Strafrechtlern in Richtung eines „Mischkonzeptes“ im Sinne einer aus den Strafzwecken der Prävention und Vergeltung zusammengesetzten Straftheorie;<sup>5</sup> gleichzeitig blieb aber der Eindruck einer gewissen Beliebigkeit hinsichtlich der jeweiligen Kombination präventions- und vergeltungstheoretischer Konzepte zurück.

Im vierten Beitrag *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes* untersucht TATJANA HÖRNLE, inwieweit sich aus Verfassungsprinzipien wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Sozialstaatsprinzip und der Achtung der Menschenwürde Vorgaben für die Strafzumessungslehre ableiten lassen. Nach HÖRNLE ergibt sich aus dem Sozialstaatsprinzip keine Pflicht zur Resozialisierung, sondern nur eine mittelbare Ausstrahlung auf die Ausgestaltung der Freiheitsstrafe in der Form, dass einer desozialisierenden Wirkung der Strafe auf den Täter soweit wie möglich entgegengewirkt werden müsse. Da die verfassungsrechtliche Verankerung des Strafzumessungsrechts im Schuldgrundsatz von zentraler Bedeutung sei, könne nur das gerechte Verhältnis der Strafe zu Tatschwere und Schuld die Grundlage für die Strafzumessung bilden. Das Sozialstaatsprinzip könne zwar zu einer Korrektur der nach dem Schuldprinzip festzusetzenden Strafe führen, ein deutliches Abweichen nach unten wäre jedoch nicht mehr verfassungsgemäß. Erst bei der Ausgestaltung des Strafvollzugs – und zwar sowohl während des Vollzugs als auch mit Blick auf die Zeit nach der Entlassung – komme dem Resozialisierungsgedanken eine zentrale Rolle zu.

In der Diskussion hat OKKO BEHRENDTS auf die Ambivalenz von Resozialisierung und *défense sociale* hingewiesen: Auf der einen Seite werde eine deutliche Abweichung vom Schuldgrundsatz nach unten mit Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip abgelehnt, auf der anderen Seite verabschiede sich aber der Sozialstaat vom rechtsstaatlichen Prinzip der Schuldangemessenheit, wenn er den Täter wegen seiner sozialen Gefährlichkeit auch nach Verbüßen der Strafe nicht in die Freiheit entlasse.<sup>6</sup> Einen weiteren Wertungswiderspruch hat

---

4 BVerfGE 45, S. 187, 256; zur Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung heißt es dort: „In der Höhe der angedrohten Strafe bringt der Gesetzgeber sein Unwerturteil über die mit Strafe bedrohte Tat zum Ausdruck. Durch dieses Unwerturteil trägt er wesentlich zur Bewußtseinsbildung in der Bevölkerung bei.“

5 Wohl in Anlehnung an die sog. Vereinigungstheorie (vgl. nur BVerfGE 45, S. 187, 253 f. mwN).

6 Unmittelbar vor Fertigstellung des Tagungsbandes hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Entscheidung vom 17.12.2009 – Az: 19359/04) entschieden, dass die Sicherungsverwahrung eine Strafe sei (a.A. BVerfG NJW 2004, S. 739, 746). Ausgestaltung und Anordnung der Sicherungsverwahrung unterliegen daher in vollem Umfang rechtsstaatlichen Grundsätzen. Dies ist auch deshalb hervorzuheben, weil die Re-

WOLFGANG FRISCH angesprochen: Während der Täter bei der Bestrafung als eine zu normkonformer Entscheidung fähige Person angesehen werde, werde ihm nach Verbüßen der Strafe mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung die Fähigkeit, sich in Zukunft normgetreu zu verhalten, abgesprochen.<sup>7</sup>

Schließlich wurde zu Recht die Forderung erhoben, dass die genannten Verfassungsprinzipien bei allen Entscheidungen nach Tat- und Schuldfeststellung, d.h. nicht nur bei der Strafzumessungslehre, sondern auch im Rahmen der Vollstreckungs-, Vollzugs- und Entlassungslehre Berücksichtigung finden müssen. Dass Verfassungsprinzipien für diesen Bereich bislang kaum fruchtbar gemacht werden, kann jedoch nicht nur dem Bundesverfassungsgericht (das WOLFGANG NAUCKE insoweit als „unerhört timid“ bezeichnet hat) angelastet werden, denn auch die Strafrechtslehre hat bisher noch keine aus der Verfassung abgeleiteten Konzepte entwickelt, sondern das Feld weithin der Strafpraxis überlassen.

Im letzten Beitrag *Gnade in der Strafrechtspflege* zeigt HEINZ MÜLLER-DIETZ, wie die Gnade als Gegenstück bzw. Korrektiv zur Strafe in das Verfassungs- und Strafrecht eingebettet ist. Statt der historischen Formel „Gnade vor Recht“ gelte heute der Grundsatz „Recht vor Gnade“: Denn erstens sind weite Bereiche der historischen Gnadenmaterien im Strafgesetzbuch und der Strafprozessordnung verrechtlicht worden und zweitens hat sich auch die Begnadigung selbst zum Rechtsinstitut entwickelt. Daher stelle sich die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle von Gnadenentscheidungen zur Begrenzung der auch heute noch teilweise willkürlichen Handhabung des Gnadenrechts. Voraussetzung aller weiteren Überlegungen wäre freilich eine umfassende Begleitforschung zur unterschiedlichen Gnadenpraxis in den einzelnen Bundesländern. Das Für und Wider einer Verrechtlichung des Gnadenverfahrens stand auch im Mittelpunkt der anschließenden Diskussion, die vor allem eines deutlich machte: Die rechtliche Verortung der Gnade als ein innerhalb oder außerhalb des Strafrechts stehendes Rechtsinstitut ist bislang noch nicht glücklich.

---

geln zur Sicherungsverwahrung in den letzten Jahren mehrfach verschärft wurden und sich die Zahl der jährlichen Anordnungen in den letzten 20 Jahren mehr als verdoppelt hat. Kritisch insbesondere zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht HERIBERT OSTENDORF/CHRISTIAN BOCHMANN, Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei jungen Menschen auf dem internationalen und verfassungsrechtlichen Prüfstand, ZRP 2007, S. 146 ff.; THOMAS ULLENBRUCH, Das „Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht“ – ein Unding?, NJW 2008, S. 2609 ff. Nicht vergessen werden sollte auch, dass sich die Sicherungsverwahrung, die 1933 mit dem Gewohnheitsverbrechergesetz eingeführt wurde, von ihrem ursprünglichen Zweck, der „Unschädlichmachung“ des Täters, bislang nicht vollständig gelöst hat. Zu Recht wird auch kritisiert, dass es bislang keine hinreichende Begleitforschung zur Vollzugspraxis gibt (BVerfG NJW 2004, S. 739, 741; zustimmend FRIEDER DÜNKEL/DIRK VAN ZYL SMIT, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, KrimPad 2004, S. 47, 50, 52).

7 Kritisch dazu schon MICHAEL KÖHLER, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 81 f.

Die Tagung hat mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. Offen sind vor allem zwei Aspekte geblieben: Erstens, ob die Verhängung und Ausgestaltung der Strafe das Ergebnis eines Abwägungsvorgangs sein muss, der schutzwürdige Interessen des Täters, des Opfers und der Rechtsgemeinschaft miteinander in Einklang zu bringen hat, und bejahendenfalls, welche Interessen im sozialen Rechtsstaat anzuerkennen sind und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. An dieser Stelle wären auch die verschiedenen Reaktionen auf Rechts-  
gutsverletzungen neu zu diskutieren und wäre insbesondere zu fragen, in welchen Fällen ein eingleisiger Unrechtsausgleich (unmittelbare Wiedergutmachung im Verhältnis zum Opfer durch Zahlung eines Schadenersatzes, gegebenenfalls auch eines Strafschadenersatzes) ausreichend und in welchen Fällen ein zweigleisiger Unrechtsausgleich (Schadenersatz gegenüber dem Opfer und staatliche Strafe) geboten ist. Bei der Frage nach dem „Ob“ und „Wie“ einer Missbilligung der Tat durch die Rechtsgemeinschaft wäre demzufolge zu berücksichtigen, ob der Tat ein Verhalten zugrunde liegt, dass sich nur gegen das Opfer oder auch oder ausschließlich gegen die Voraussetzungen sozialen Zusammenlebens richtet.<sup>8</sup> Da aber letztere einem steten Wandel unterliegen, bedürfte es zudem der regelmäßigen Überprüfung durch den Gesetzgeber, ob die Verhängung eines „sozialethischen Unwerturteils“ als Reaktion auf die Verletzung eines Rechtsgutes zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, d.h. das strafende Gesetz, noch erforderlich ist.<sup>9</sup>

Zweitens blieb offen, wie eine Strafftheorie aussehen müsste, die losgelöst von den traditionellen Debatten aus dem 19. Jahrhundert aus der Perspektive des Sozialstaates heraus entwickelt werden würde. Nach WOLFGANG NAUCKE,

---

8 Nach LÜDERSSEN (Anm. 3), S. 74 müsste der Bedarf für Strafe „Delikt für Delikt nachgewiesen werden“. Und weiter: „Bisher verläßt man sich indessen einfach auf wuchernde Traditionen, weicht einer Bestandsaufnahme ab ovo, zu der das moderne Verfassungsrecht [...] durchaus einlädt, aus. Hier liegt eine der größten Aufgaben der zukünftigen Strafrechtswissenschaft.“

9 Vgl. nur aus der Entscheidung des BVerfG zum Inzest (BVerfGE 120, S. 224, 255, 256, abweichende Meinung HASSEMER): „a) Der Strafgesetzgeber ist in der Wahl der Anlässe und der Ziele seines Handelns nicht frei; er ist beschränkt auf den Schutz elementarer Werte des Gemeinschaftslebens (vgl. BVerfGE 27, 18 [29]; 39, 1 [46]; 45, 187 [253]), auf die Sicherung der Grundlagen einer geordneten Gesellschaft (vgl. BVerfGE 88, 203 [257]) und die Bewahrung wichtiger Gemeinschaftsbelange (BVerfGE 90, 145 [184]). Danach muss eine Strafnorm nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ist. Es muss sich zudem um einen wichtigen Belang, um einen elementaren Wert, um eine Grundlage unseres Zusammenlebens handeln. b) Die verfassungsrechtlichen Schranken der Strafgesetzgebung wirken auch auf die Wahl und den Einsatz der strafrechtlichen Instrumente. Strafrecht ist ultima ratio, ist das letzte verfügbare Mittel, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen, und kommt deshalb nur in Betracht, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verboten-sein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich, wenn seine Verhinderung besonders dringlich ist (vgl. BVerfGE 88, 203 [257 f.]).“

der diesen Aspekt in der Abschlussdiskussion hervorhob, ist unser Strafrecht längst Bestandteil einer vermeintlich sozialstaatlichen Sicherheitsarchitektur geworden, die sich dem Straftäter nicht aus einem humanen Interesse an dem in Schwierigkeiten geratenen Individuum nähert, sondern mit dem Interesse, alle anderen Bürger vor diesem Individuum zu schützen. Der so verstandene bzw. instrumentalisierte Sozialstaat, der die Befriedigung der Sicherheitsbedürfnisse seiner Bürger mit empfindlichen Freiheitseingriffen erkauft, hinterlässt nicht nur im Strafrecht seine Spuren (etwa im Sinne PAWLIKS: „Verschmelzung von Strafrecht und Polizeirecht zu einem neuartigen Sicherheitsrecht“). Als „nicht trennbares Kontinuum von der Strafe bis zur Sozialfürsorge“ hat NAUCKE dieses Phänomen der Abfolge verschiedener Formen sozialer Kontrolle von der Strafe zu Maßregeln, Ordnungsgeldern, polizeirechtlichen Eingriffen und sozialrechtlichen Maßnahmen der Erziehung bezeichnet und damit das sozialstaatliche Sicherheitskonzept im Sinne eines Gesamtkonzeptes sozialer Kontrolle als ein Problem identifiziert, das in jedem Fall wert wäre, Gegenstand einer weiteren Tagung zu sein.<sup>10</sup>

In diesem Sinne verbindet die Kommission mit dem vorliegenden Tagungsband die Hoffnung, dass die anregenden Beiträge und die fruchtbaren Diskussionen der Strafrechtslehre neue Impulse geben.

---

<sup>10</sup> Entsprechendes gilt für einen weiteren Aspekt der Tagung, der sich nicht nur in den in diesem Band dokumentierten Diskussionen widerspiegelt, sondern auch Gegenstand der Gespräche in den Kaffeepausen und beim Abendessen war: das Verhältnis der Strafpraxis zum strafenden Gesetz.



# Menschengerechtes Strafen

GUNNAR DUTTGE\*

## I.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Doch macht eine Verfassung, die den Menschen und die ihm eigene Würde mit dem Anspruch auf „ewige“ Geltung (Art. 79 III GG) in den Mittelpunkt der gesamten Rechtsordnung stellt, Überlegungen zum Mensch-Sein unabdingbar; denn wer den Sinngehalt der *Menschenwürdegarantie* zu erfassen sucht, knüpft unweigerlich an die Frage an, was denn die spezifische Grundbefindlichkeit des Menschen innerhalb der Gemeinschaft, also seine individuelle und soziale Existenz letztlich ausmacht. Die Vorstellungen hierüber haben aber ganz offensichtlich einen tiefgreifenden geschichtlichen Wandel durchlaufen, wie ihn zuletzt BÖCKENFÖRDE eindrucksvoll beschrieben hat.<sup>9</sup> Im Kern kann dabei von einer Entwicklung ausgegangen werden, die den in der Gemeinschaft aufgehenden Menschen des Mittelalters<sup>10</sup> restlos hinter sich gelassen und im Zuge der neuzeitlichen Aufklärung das Recht des Einzelnen zur „Selbstgesetzgebung“ zum neuen Paradigma erhoben hat, nach der Devise: „Des Menschen Wille ist sein Himmelreich“.<sup>11</sup>

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

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

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

10 BÖCKENFÖRDE (Anm. 9), S. 12.

11 BÖCKENFÖRDE (Anm. 9), S. 14 ff.

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

13 Ebd.

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

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

---

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

15 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sätze, ganz im Sinne auch der modernen Hirnforschung,<sup>25</sup> die Sanktionierung individueller Tatschuld vollständig durch Therapie und Verwahrung ersetzt werden. Aktuelle rechtspolitische Bezüge einerseits zur Debatte um die Sicherungsverwahrung (vgl. §§ 66–66b StGB) und andererseits über die „Begnadigung“ (im eigentlichen Sinne oder in formalisierter Gestalt der Straffestaussetzung nach § 57a StGB<sup>26</sup>) von RAF-Terroristen drängen sich ersichtlich auf.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

## II.

Zieht man das Standardwerk modernen Strafrechtsverständnisses zu Rate, so scheint die Sache klar zutage zu liegen: Da Strafnormen innerhalb einer liberalen Verfassungsordnung nur gerechtfertigt sind, wenn sie dem Schutz der individuellen Freiheit und einer sie bezweckenden Gesellschaftsordnung dienen, könne auch die konkrete Strafe stets nur diesen, d.h. einen *verbrechensvorbeugenden* Zweck verfolgen.<sup>32</sup> Ein gewisser Vorrang soll dabei nach ROXIN dem Gedanken der Resozialisierung zukommen, weil es sich erstens um ein grundgesetzliches Gebot handle und zweitens durch eine täterbedingt milde Strafe die generalpräventiven Wirkungen bei Beachtung eines „generalpräventiven Minimums“ lediglich abgeschwächt, nicht aber vereitelt würden.<sup>33</sup> Die schon gegen v. LISZTS „Marburger Programm“ erhobenen Einwände stehen aber unwiderlegt im Raum: dass nämlich der Idealismus der positiven Spezialprävention mit besserungsunfähigen und -unwilligen Straftätern nichts anzufangen weiß<sup>34</sup> (vor einer Zwangstherapie und auch vor erschlichenen oder fingierten „Einwilligungen“ schützt Art. 1 I GG)<sup>35</sup> und – noch grundsätzlicher – von vornherein keinerlei Maßprinzip erkennen lässt.<sup>36</sup> Die radikalen Konsequenzen wären einerseits – bei fortbestehendem Resozialisierungsbedarf – die mögliche Verurteilung zu unbestimmter Freiheitsstrafe und andererseits der Verzicht auf jedwede Sanktion bei gänzlich weggefallener Gefährlichkeit.<sup>37</sup> Könnte es aber, wie MERLE meint, aus Sicht der Rechtsgemeinschaft wirklich akzeptierbar sein, wenn beispielsweise ADOLF HITLER im gedachten Fall seines Überlebens und Aufgreifens Jahrzehnte später nicht mehr bestraft würde?<sup>38</sup> Ein lebensfernes Hirngespinnst – in praxi nicht vorstellbar? Das gilt für das konkrete Gedankenspiel, nicht aber mit Blick auf die Konstellation als solche: Erst im April des vorvergangenen Jahres hatte der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einem Mordfall keine rechtlichen Bedenken gegen die Zubilligung einer Strafaussetzung von lebenslanger Freiheitsstrafe, die gewährt wurde wegen (vermeint-

---

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

33 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 41.

34 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 19.

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

36 ROXIN (Anm. 32), § 3, Rn. 16.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Höhe dieses „Strafschmerzes“, dem die kognitive Sicherung der erstrebten Wiederherstellung des Status quo einer unangefochtenen Normgeltung aufgegeben ist, wird bei JAKOBS zunächst scheinbar ganz präventionsorientiert so bemessen, „dass die geschehene Tat [...] allgemein als mißglücktes Unternehmen verstanden wird“<sup>49</sup>; denn es lasse sich die „Orientierungskraft des Rechts“ nur erhalten, wenn der Täter „als Adresse in der Kommunikation mehr oder weniger umfassend und für mehr oder weniger lange Zeit gelöscht werde“. Freilich dürfe der Täter dadurch nicht als „Mittel der Gesellschaftspolitik“ missbraucht werden, so dass die Strafe auch bei JAKOBS am Ende doch streng darauf begrenzt wird, was der Täter gerechterweise „zu leisten hat“<sup>50</sup>, nämlich eine „Wiedergutmachung des verschuldeten Schadens“. Versteht man diesen jedoch nicht nur verkürzt im Sinne einer materiellen Einbuße beim Opfer, von der ohnehin nur bei Eigentums- und Vermögensdelikten die Rede sein könnte, sondern in der ideellen Sphäre als schlechthin inakzeptable Weise der außerordentlichen Geringschätzung anderer und – wegen des massiven Bruchs des gesellschaftsvertraglichen Bandes<sup>51</sup> – letztlich aller Mitglieder der Rechts-

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

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

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

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

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

50 Ebd.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

In diesem gleichsam vorrechtlichen gemeinsamen Band zwischen Täter, Opfer und allen weiteren Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft dürfte mit ZACZYK auch das entscheidende Moment zu sehen sein, das rechtliche Strafe trotz ihres vergeltungstheoretischen Fundaments von archaischer Rache unterscheidet.<sup>63</sup> Ohnehin fließen die Genugtuungsinteressen der Opfer nur in gebrochener, mediatisierter Form in Strafurteil wie Strafverfahren ein. Gleichwohl soll der Gedanke des „gerechten Tatausgleichs“ auch das Maß der „verdienten“ Strafsanktion vorgeben; gerade in diesem Konnex zwischen Straftheorie und Strafzumessung liegt der besondere Vorzug gegenüber den Präventionslehren, bei denen ein nur *strafbegrenzendes* Schuldprinzip gleichsam in der Luft hängt.<sup>64</sup> Die nähere Umsetzung und Konkretisierung dieser „Konvergenz“ bereitet bekanntlich jedoch erhebliche Schwierigkeiten, weil es zur „Übersetzung“ des festgestellten Tatschuldquantums in eine konkrete Sanktion einer übergeordneten „Währung“ bedürfte, die es erst ermöglichte, die Inkommensurabilität der beiden Größen auf eine rationale Weise zu überbrücken; es lässt sich aber derzeit nicht einmal so leicht sagen, wo ein solcher Vergleichsmaßstab jenseits der bloßen Konvention („ständige Praxis“) bzw. „Tradition“ eigentlich gesucht werden sollte. Das hier bedeutsame Stichwort der „tatproportionalen Strafzumessung“ bezeichnet somit eher die noch zu bewältigende Aufgabe und nicht ein schon fertiges Konzept, auch wenn es dazu eine Reihe bedeutender Vorarbeiten gibt<sup>65</sup> und mittlerweile hinreichend klar ist, dass solche „Proportionalität“ mitnichten archaische Spiegelbildlichkeit im Sinne des wahrlich inhumanen „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ erzwingt (womit man sie freilich wie zugleich jede vergeltungstheoretische Position gerne zu diskreditieren sucht). Vielmehr verbindet sich hiermit die verheißungsvolle Aussicht, den (zu) weiten und nur mit Mühe (revisionsgerichtlich) kontrollierbaren Freiraum bei der richterlichen Strafzumessung (infolge der sog. „Spielraumtheorie“)<sup>66</sup> mitsamt der hiermit einhergehenden Ungleichbehandlung namentlich durch relativ beliebige Einbeziehung von tatfremden Umständen wie Täterpersönlichkeit und -biographie zu beseitigen oder – rea-

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

### III.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

In diesem Lichte erscheint es aber weniger als Zeichen schwächerer Milde und Wankelmütigkeit, sondern eher als Ausweis einer dem zivilisatorischen Fortschritt gemäßen Humanität, der nötigen Skepsis gegenüber zu viel Selbstgewissheit<sup>79</sup> und der Einsicht in die Notwendigkeit einer Begrenzung staatlicher Strafgewalt, wenn das Bundesverfassungsgericht den nominell zu „lebenslanger Freiheitsstrafe“ Verurteilten nicht unbarmherzig zu einer sinnlos gewordenen Existenz, zu einem „tragischen Helden der Vergeblichkeit“<sup>80</sup> verdammt sehen möchte. Sind doch die wenigsten zu „Heroen des Absurden“<sup>81</sup> geboren. Wenn es also zwischen Heroismus und Humanität zu entscheiden gilt, so kann

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

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

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

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

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

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

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

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

Dass menschliche Existenz nie in reiner Ich-Gestalt erstrahlt, sondern stets auch heteronomen Einflüssen, äußeren und inneren Begrenzungen und mancherlei Bedürftigkeit unterliegt, ist freilich kein Spezifikum allein des Strafvollzugs. Rückwirkungen auf die Weise, wie wir bisher „Tatschuld“ zuschreiben (Postulat des regelmäßigen „Anders-Handeln-Könnens“), drängen sich damit auf, gleichgültig, wie man sich zu den Forderungen der modernen Hirnforschung stellen mag.<sup>83</sup> Denn – wie ist es in GOETHE'S „Gott und die Bajadere“ so formvollendet beschrieben: „Soll er strafen, soll er schonen, muß er Menschen menschlich sehen“.<sup>84</sup> Sofern „Gnade“ dabei nur Ausdruck „unverhohlener Anerkennung der Fragwürdigkeit allen Rechts“ ist,<sup>85</sup> bleibt uns weiterhin die Suche nach einem humanen Recht aufgegeben, das aus sich selbst heraus „die Gerechtigkeit des Einzelfalls gegenüber dem auf den Durchschnitt berechneten Gesetze zur Geltung zu bringen“<sup>86</sup> und insbesondere bei nachträglich sich verändernden Verhältnissen „menschliche Härten“ und „Unbilligkeiten“ zu kompensieren vermag<sup>87</sup> und infolgedessen auf einen so fragwürdigen und irrationalen Eingriff in das rechtsstaatliche Kompetenzgefüge<sup>88</sup> wie die

82 Ebd., S. 76.

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

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

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

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

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

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

Begnadigung verzichten kann. Oder anders gesagt: Ist Gnade als gottesgleicher<sup>89</sup> Urteilsspruch einer „obersten Revisionsinstanz“<sup>90</sup> „nicht bloß eine milde Form des Rechts, sondern der leuchtende Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbricht und die kühle Düsternis der Rechtswelt erst sichtbar macht“<sup>91</sup>, so kann das Heil nicht in der seit längerem geforderten und punktuell bereits stattfindenden „Verrechtlichung der Gnade“<sup>92</sup> liegen, sondern darin, auch die letzten „dunklen Bereiche“ des Rechts so weit zu erhellen, dass es der Gnade nicht mehr bedarf. Denn sobald Gnade „die Form gesetzgebungsreifer Normen angenommen [hat], hört [...] die Kompetenz der Gnade auf“<sup>93</sup> und herrscht das Recht – freilich ein Recht, das diesen Namen auch verdient!

---

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

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

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

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

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



## Diskussion zum Vortrag von Gunnar Duttge

Leitung: OKKO BEHRENDIS

BEHRENDIS:

Wir haben jetzt eine gute halbe Stunde Zeit für die Diskussion. Ich darf gleich zu Anfang Herrn Duttge dafür danken, dass er sein Thema so prägnant an den beiden Menschenbildern, an dem Gegensatz zwischen dem privatautonomem und dem sozialen Menschenbild profiliert hat, an einem Spannungsverhältnis, das von der antiken Philosophie in der Schwebe gehalten wurde. Dagegen scheint in der Neuzeit die Ansicht, die den Menschen als soziales Element der Gesellschaft sieht, mit einer gewissen Einseitigkeit im Vordringen zu sein. Das hat unter anderem den Gedanken der *défense sociale* immer stärker in das Zentrum treten lassen, und Herr Duttge hat uns eindrucksvolle Beispiele dafür gegeben, was das bedeutet, insbesondere für die Wertungen, die hinter den Sanktionen des Strafrechts stehen.

Ich möchte im Zusammenhang damit eine den Wert des Individuums betreffende Frage aufwerfen, die mich schon seit frühester Zeit bewegt, seit einer Diskussion, die ich als Hilfskraft mit dem damaligen Institutsassistenten hatte, und auf die auch zum Teil die Anregung zu diesem Symposium zurückgeht. Sie betraf die Frage, ob folgende Aussage erlaubt ist: Ich bin ein entschiedener Gegner der Todesstrafe, bin aber gleichzeitig davon überzeugt, dass es nach wie vor moralisch todeswürdige Verbrechen gibt. Ein solche Satzfolge will unterscheiden: Es ist ein positives Ergebnis der Humanisierung unseres Strafvollzuges, dass die Todesstrafe abgeschafft ist. Aber es gibt immer noch Taten, bei denen man dem Täter sagen kann und muss: Du musst dir klar machen, dass du moralisch nach wie vor durchaus den Tod verdient hättest und deine Tat nicht dadurch weniger verwerflich wird, dass du in einem humanen Rechtsstaat lebst. Mein Gesprächspartner war damals entschieden gegen die Zulässigkeit einer solchen Rede. Ich meine demgegenüber: Man muss dem verbreiteten Fehlschluss entgegenreten, dass die Humanisierung des Strafvollzuges auch das moralisch abwertende Urteil über die Tat mildert. Man sollte die Spannung zwischen Recht und mitmenschlicher Ethik aushalten und das moralische Werturteil nicht davon bestimmen lassen, dass wir als humanes Gemeinwesen weder die Todesstrafe noch eine sinnlos gewordene Verwahrstrafe wollen. Das Unwerturteil, das hinter dem Tötungsverbot steht, sollte nicht verblassen. Die gegenteilige Entwicklung hat gewiss mit den massenhaften Erscheinungen staatlichen, organisierten, sich als Töten aus nicht niedrigen Beweggründen verstehenden Mordens zu tun und der Art seiner gerichtlichen

Bewältigung. Das hat offensichtlich zu einer gewissen Abstumpfung der Empfindungen und zur Relativierung grundlegender Unwerturteile geführt. Der derzeitige Präsidentschaftskandidat der USA, der president-elect, für unsere global gewordene Kultur gewiss eine repräsentative Figur, tritt demgegenüber sogar, was ich nicht billige, für die Todesstrafe ein. Er will über das Recht der Gesellschaft die Möglichkeit bewahren, in sehr schlimmen Fällen, Mord an Kindern, die Verwerflichkeit der Tat auf diese Weise auszudrücken. Die politische Herkunft dieser Stimme ist bedenkenswert. Das Strafrecht ist immer in Gefahr, durch professionelle Gewöhnung die existentielle, humane und moralische Dimension seines Gegenstands verblassen zu lassen. Daher kann man vielleicht unsere Tagung, in der ja die Strafrechtler nicht in der Mehrheit sind, unter das Motto stellen: Das Strafrecht ist zu ernst, als dass man es nur den Strafrechtlern überlassen dürfte. Es braucht jedenfalls eine Ethik, die zwischen Humanisierung des Strafens und dem fundamentalen Unwert des Tötens zu unterscheiden vermag. Erinnern möchte ich in dem Zusammenhang auch an die Worte von Frau Schumann bei der Begrüßung und Eröffnung. Sie haben bestätigt, dass der strafende Sozialstaat, das Thema unserer Zusammenkunft, eigentlich ein Oxymoron ist. Denn der Sozialstaat versteht sich als Helfer dessen, mit dem er zu tun bekommt. Daher findet sich in der Literatur die Forderung, dass die Sozialpolitik das Strafrecht ersetzen, dass an die Stelle der Kriminalpolitik die Sozialpolitik treten sollte.

Also: Wir haben viele Gesichtspunkte und ich darf die Diskussion eröffnen. Wer meldet sich zuerst? Herr Schreiber, bitte.

SCHREIBER:

Herr Duttge, Ihr Vortrag war hochgescheit und sehr belesen. Nur, er lässt mich einigermaßen hilflos, und es stellen sich mir viele Fragen. Wenn ich Sie recht verstanden habe, meinen Sie, dass Basis des Strafens immer Ausgleich zugerechneter Schuld sein muss. Sie mögen Generalprävention weniger, wollen dann aber doch noch ein kräftiges Stück Spezialprävention draufsetzen, sonst wäre das sozialstaatlich unsinnig und würde den Staat, wenn es nur um Ausgleich von Schuld ginge, eigentlich überheben, wenn ich Sie recht verstanden habe. Aber machen Sie nicht genau das, was JAKOBS den anderen vorwirft? Sie machen eine Mischung von allen möglichen Gesichtspunkten, freilich mit einem extrem deutlichen Akzent auf dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit. Und Sie bleiben dabei stehen, dass Sie sagen, das müsse ausgeglichen werden. Das soll offenbar die Basis bilden. Mir fehlt die Rolle der Maßregel. Welche Rolle spielt die Maßregel neben der Strafe, die Gefährdung auch ohne Verschulden, gerade ohne Verschulden, wenn es so etwas überhaupt gibt wie Verschulden, denn unsere neuen Hirnforscher sagen, das gäbe es ja alles gar nicht. Das haben Sie ein bisschen am Rande angefasst. Wie passt sich die Maßregel ein? Was übernimmt die Maßregel von der Strafe? Und wie steht die Maßregel zur Strafe? Denn die Einführung der Maßregel ist in unser Strafrecht wohl auch geschehen, einfach aus der Ratlosigkeit über den Stel-

lenwert des Schuldausgleiches und der Prävention. Können Sie dazu noch etwas sagen?

BEHRENDTS:

Ich glaube, die Frage ist klar. Es geht um Zweispurigkeit. Herr Duttge, möchten Sie gleich antworten? Das ist für die Diskussion lebhafter, als wenn wir sammeln.

DUTTGE:

Ja, noch einmal ganz grundsätzlich zu meinem Anliegen: Es geht mir im Kern darum, ein konsistentes Menschenbild zu entwickeln, das Grundlage nicht nur für die Frage sein kann, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Straftäter schuldhaftes Unrecht begangen hat, sondern ein Menschenbild, das ebenso – in unveränderter Gestalt – auch im Rahmen der Strafzumessung und Strafvollstreckung Geltung beanspruchen kann; ein solchermaßen einheitliches, gleichsam im übergreifenden Zusammenhang innerhalb des gesamten strafrechtlichen Rechtsgangs gültiges Menschenbild vermag ich bisher nicht zu entdecken. Insofern geht mein Bemühen gerade nicht dahin, ein „Potpourri“ anzurühren, also einer je nach Bedarf wechselnden Akzentuierung des Menschenbildes das Wort zu reden, was aus meiner Sicht eher Ausdruck von Ratlosigkeit, eine Kapitulation vor der Aufgabe wäre, ein rationales Strafbegründungs- und Strafrechtsanwendungskonzept zu präsentieren. Konkreter gefasst geht es mir somit um ein Bild vom Menschen, das diesen nicht nur im Sinne einer rein liberalen Philosophie als „in Freiheit gesetztes Wesen“ begreift, sondern auch in seiner sozialen Existenz, so dass der von mir hervorgehobene re-sozialisierende Einschlag hoheitlicher Strafgewalt unverzichtbar ist. Sie haben, lieber Herr Schreiber, dies als Basis der Strafe bezeichnet; gerade das ist es aber nach meiner Überzeugung nicht; vielmehr hat das Anliegen des strafenden Gesetzgebers ausschließlich die Sanktionierung eines schuldhaft verübten Rechtsbruchs zum Gegenstand. Anlass und Grund des staatlichen Strafens ist also einzig die vorausgegangene Straftat; insofern hat die Strafe notwendig eine retributive Zielrichtung. Inwieweit sie sich im konkreten Fall dann auch tatsächlich rechtfertigen lässt, eine Frage, die missverständlich als solche der Strafzwecke verhandelt wird, ist in Wahrheit eine solche, die sich nur aufgrund einer Gerechtigkeitstheorie beantworten lässt.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Es gibt die Suche nach dem homogenen Menschenbild im Strafrecht. Es gibt aber auch die Zweispurigkeit, die hinter dem Nebeneinander von Strafe und Maßregeln der Sicherung und Besserung steht. Herr Frisch.

FRISCH:

Herr Duttge, Sie haben Ihr eigenes Konzept durchscheinen lassen. Ich stimme Ihnen insoweit in vielem zu. Es ist deutlich geworden, dass Sie stark mit dem Gedanken des Schuldausgleichs, also mit einer schuldorientierten Strafe, sympathisieren. Damit bleibt natürlich die Frage nach dem Stellenwert der Präven-

tion zu beantworten. Ihr eigenes Modell läuft insoweit, wenn ich es richtig verstanden habe, darauf hinaus, dass eine Art Rahmenmodell der Schuld der Praxis einen Spielraum geben soll, in dem dann auch die Prävention berücksichtigt wird – freilich nur ein bisschen, denn alle Bedürfnisse der Prävention lassen sich in diesem Rahmen nicht befriedigen. Ich frage mich bei dieser Art der Strafdiskussion immer eines: Leidet die ganze Diskussion nicht zu sehr darunter, dass wir einfach von einem traditionellen Institut (der Strafe) ausgehen und dann fragen, wie gewisse unterschiedliche Staatsaufgaben (nämlich die Aufrechterhaltung der Geltungskraft von Normen und die reale Prävention) in diesem Institut zusammenkommen, sich in dieses Institut gewissermaßen einfügen? Wäre es nicht sehr viel sinnvoller, man würde von vornherein von den Staatsaufgaben ausgehen, nämlich sagen, dass wir auf der einen Seite die Aufgabe haben, eine Normenordnung zu bestätigen, deren Geltungskraft durch die begangene Straftat erschüttert worden ist. Den Maßstab dafür bildet das Gewicht des verschuldeten Normbruchs. Diese Bestätigung der verletzten Rechtsordnung bildet etwas, worauf wir angewiesen sind. Das ist im Grunde die Aufgabe der Strafe.

Es gibt aber auch noch eine andere Staatsaufgabe. Und diese lässt sich nicht einfach in der zuvor aufgabenorientiert bestimmten Strafe unterbringen, jedenfalls nicht insgesamt. Ich meine den Schutz der Gesellschaft vor drohenden Straftaten, das, was Sie, Herr Behrends, vorhin als *défense sociale* bezeichnet haben. Diese Aufgabe muss, wenn sie anderes als die Bedürfnisse der Normbestätigung fordert, in einem anderen Institut (z.B. so genannten Maßregeln) verwirklicht werden.

DUTTGE:

Gerade wenn man die Strafe als ganz eigenen, spezifischen Typus hoheitlichen Handelns von den sonstigen Staatsaufgaben deutlich genug unterscheiden will, muss man unweigerlich auf die Idee des gerechten Tauschgleichs als zentrale Sinnggebung zu sprechen kommen. Denn in der Tat leidet die Strafzweckdebatte seit langem darunter, dass alles zusammengemischt, also der „Zweck“ des Strafens mit den sonstigen Staatsaufgaben vermengt wird und damit das Spezifikum des Strafens verloren geht. Das machen sich übrigens manche Vertreter der Neurowissenschaften zunutze, indem zur Begründung des von manchem geforderten Übergangs von einem Schuldstraf- zu einem auf Prävention und Erziehung gerichteten Maßregelrecht auf den Stand der Strafzweckdebatte verwiesen wird, in der selbst entfernte Anleihen an den Vergeltungsgedanken als „barbarisch“ und ganz und gar indiskutabel gelten. Erst wenn aber zwischen Grund und Notwendigkeit des Strafens getrennt wird, zeigt sich, was Strafen bedeutet und was nicht. Die Frage der Notwendigkeit des Strafens ist nämlich eine ganz andere und kann etwa dazu führen, dass das Ausmaß der Intervention in manchen Fällen gemildert oder durch Einbeziehung weiterer Zwecke neben jenem des Schuldausgleichs erweitert werden kann. Insofern ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, wenn mit der Tatvergeltung unter Um-

ständen die Verhängung einer Maßregel der Besserung und Sicherung verknüpft wird. Verglichen mit der Strafe verfolgt eine solche Maßregel aber einen ganz anderen Zweck, ist etwas anderes. Mit ihr wird ein weiteres, vom Strafzweck strikt zu trennendes Ziel hoheitlicher Intervention hinzugenommen, das man in letzter Konsequenz im Streben nach Gefahrenvorsorge zum Wohle der Allgemeinheit, gegebenenfalls auch nach Implementierung notwendiger Fürsorge zum Wohle des therapiepflichtigen Straftäters erkennen kann. Dadurch bleibt aber der Kern dessen, was Strafe bezweckt und trägt, unberührt.

BEHRENDTS:

Herr Naucke.

NAUCKE:

Herr Duttge, ich habe Ihnen mit Interesse und wirklichem Gewinn zugehört. Es ist ein sumpfiges Feld, über das man redet, und ich habe den Eindruck, Sie haben durch diesen Sumpf einen ganz festen Pfad gelegt, auf dem Sie auch auf der anderen Seite des Sumpfes angekommen sind. Das finde ich in der gegenwärtigen Debatte, die unübersichtlich ist, eine große Leistung, und für jemanden, der Ihnen zuhört, eine zusätzliche Information. Meine Frage an Sie bezieht sich auf Überlegungen, die schon angestellt worden sind. Machen Sie sich die Sache nicht zu einfach gegenwärtig, oder begrenzen Sie sie nicht so, dass sie dann lösbar wird, indem Sie nur von der Strafe reden? Wir haben ein Straf- und Maßregelgesetzbuch. Das muss man den Studenten immer wieder sagen. Das steht in *einem* Gesetz. Und damit ist es nicht zu Ende. Wir haben einen nahtlosen Übergang von Straf- und Maßregeln zu den Ordnungswidrigkeiten, die heute eine Stelle einnehmen, die man sich früher bei der Strafe nie vorstellen konnte. Wir haben Strafe, Maßregel, Ordnungswidrigkeiten, dann das Polizeirecht, das immer mehr auf der Seite des Strafrechts sich ansiedelt und strafrechtliche Linien zu übernehmen sich anschickt. Und wir haben, das gehört mit dazu, das Sozialrecht. Wenn ich mir im Sozialgesetzbuch XII ansehe, was dort über die sozial Abweichenden steht, dann hat man tatsächlich heute ein nicht trennbares Kontinuum von der Strafe bis zur Sozialfürsorge. Und die Frage, die wir uns stellen müssen, ist sicher die nach dem menschengerechten Strafen, da stimme ich Ihnen zu und wäre auch bereit, Ihre Lösungen mit Ihnen in Ihrer Richtung zu debattieren. Aber damit kommen wir nicht weiter. Es geht um menschengerechte soziale Kontrolle. Und die kann man nicht in einzelne Schubladen teilen und sagen, das machen wir so, das machen wir so, das machen wir so. Dann machen wir es dem Gesetzgeber zu einfach. Ab damit in die Schublade, mit der ich am besten zurechtkomme, und so handelt er ja im Moment. Und schiebt dann Straftaten in die Maßregeln, Maßregeln in die Ordnungswidrigkeiten usw. Meine Frage ist: Lässt sich Ihr Ergebnis so verallgemeinern, dass es jede Form sozialer Kontrolle erfasst?

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Herr Duttge.

DUTTGE:

Ich habe mich in der Tat, das sehen Sie ganz richtig, auf die Strafe im engeren Sinne und damit auf die sich mit ihr verbindende, nach meiner Überzeugung ganz spezifische, eigengeartete Zwecksetzung konzentriert. Das geschah natürlich sehr wohl vor dem Hintergrund, dass wir auch andere, insbesondere sozialstaatlich motivierte Bedürfnisse und Instrumente kennen. Ich sagte ebenso bereits, dass mitunter Kombinationsmöglichkeiten vorkommen. Das darf uns aber nicht dazu verleiten, die Sinnggebung der jeweiligen Teile, soweit diese auch für sich stehen können, aus dem Blick zu verlieren. Deshalb lege ich großen Wert darauf, zunächst zu verdeutlichen, was der spezifische Sinn des Strafens ist und was – davon geschieden – die anderen Interventionsmöglichkeiten bezwecken. Dass zuletzt alles aufgehen könnte in einen übergreifenden gemeinsamen „Zweck“, der auch die Sinnggebung staatlichen Strafens mit einbezöge, und infolgedessen dasjenige, was ich zum gerechten Schuldausgleich gesagt habe, an Geltungskraft verlöre, das vermag ich im Augenblick nicht zu erkennen. Eine solchermaßen ganzheitliche Betrachtung würde nur auf hohem Abstraktionsniveau das Eigentliche zum Verschwinden bringen. All die erwähnten Phänomene der modernen Sozialfürsorge stehen mit ihrer Zwecksetzung neben der strafenden Intervention und nicht als deren Ersatz bereit – solange die RADBRUCHSche Utopie von etwas Besserem als Strafrecht (und nicht nur von einem besseren Strafrecht) weiterhin Utopie ist.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Die nächste Wortmeldung. Herr Loos, bitte.

LOOS:

Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie in das Menschenbild zwar soziale Dimensionen einbezogen, Sie halten aber doch wohl als Grundlage eines Strafrechts, das im Wesentlichen Schuldausgleich zur Bestätigung von Normen betreiben soll, grundsätzlich an einem Menschenbild fest, das einen solchen Schuldvorwurf, der dann ausgeglichen werden muss, tragen kann. Woher haben Sie das? Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie Art. 1 GG und die Metaphysik in Art. 1 GG angedeutet. Sind danach die Hirnforscher verfassungswidrig? Ich formuliere das jetzt mal sehr zugespitzt, aber ich glaube es ist sehr deutlich, was ich damit meine.

BEHRENDTS:

Ein selbständiges Thema! Herr Duttge.

DUTTGE:

Zu diesem weit gespannten Thema nur in aller Kürze: Ich hatte am Ende meines Vortrages bereits angedeutet, dass wir es uns möglicherweise etwas zu leicht machen bei der Zuschreibung individueller Schuld. Ich sehe die Bedeu-

tung dessen, was durch die moderne Hirnforschung an Erklärungen und vor allem an Forderungen vorgetragen wird, vor allem darin, dass wir kritisch reflektieren sollten, inwieweit der Mensch in mancherlei Hinsicht vielleicht doch einem Mehr an Zwängen und heteronomen Einflüssen ausgesetzt sein könnte, als wir dies gemeinhin anerkennen. Mit anderen Worten sollten wir es uns nicht so leicht mit der Schuldzuschreibung machen, bezogen auf ein häufig hochemotional geprägtes Tatgeschehen, in das sich der Täter oftmals regelrecht verstrickt hat. Darin sehe ich die zentrale Bedeutung der aktuellen Debatten, ungeachtet aller Kritik an den bekannten Experimenten und an den weit überschießenden Folgerungen, die hieraus zum Teil gezogen werden. So gehe ich in der Tat davon aus, dass die willensbestimmte Handlungsfreiheit durch die Neurowissenschaften nicht widerlegt ist, dass vielmehr hinsichtlich der altherwürdigen Frage nach der „Willensfreiheit“ ein non-liquet besteht; die Rechtfertigungslast für die Forderung, ob die Rechtsordnung auf einem neuen Fundament errichtet werden muss, sehe ich dabei auf Seiten der Hirnforschung. Noch ein letztes Wort zur Frage nach Art. 1 GG und seinem metaphysischen Fundament: In der Tat findet sich hier die Fähigkeit zur lebensweltlichen und sittlichen Selbstbestimmung normativ verankert, mit der sich zugleich die Berechtigung verbindet, für die Folgen eines selbstbestimmten Verhaltens Verantwortung zuzuschreiben. Die gedankliche Grundlage für die Prämisse ist aber in letzter Konsequenz nicht beweisbar, sondern bloßes Postulat. In diesem Vorverständnis liegt der metaphysische Anteil begründet, der dem Institut der Strafe aber denkbare notwendig immanent ist. Nur muss das Rechtsideal im konkreten strafrechtlichen Kontext wiederum geerdet, d.h. auf die Bedingungen und Begrenzungen des tater- und tatbezogenen realen Lebensumfeldes bezogen werden. Hier muss sich die Inverantwortungnahme eines Menschen als „Täter“ letztlich hinsichtlich ihrer Berechtigung bewähren.

BEHRENDTS:  
Herr Jehle.

JEHLE:

Drei kurze Fragen: Die erste Frage zielt auf die Schuld bzw. die Schwere der Schuld. Wenn man die Zitate des BGH nimmt, die sich mit der Schwere der Schuld auseinandersetzen, dann schimmert eigentlich immer ein Stück positiver Generalprävention durch. So heißt es z.B. bezüglich § 17 JGG, Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld sei erforderlich, wenn es schlechthin unverständlich für das Rechtsempfinden wäre, dass diese Tat nicht durch einen Freiheitsentzug sanktioniert wird. Im Grunde genommen steht hinter der Vergeltungsidee das Vergeltungsbedürfnis. Und damit ist man schon wieder auf dem Weg zur positiven Generalprävention.

Die zweite Frage betrifft die tatproportionale Strafzumessung. Wenn man sich zur Findung des konkreten Strafmaßes nur auf das übliche Maß, also auf Konvention bezieht, wäre mir dies zu wenig. Ich würde fragen, kann man Schuld in ein Strafquantum übersetzen, mit welchen Kriterien kann man das

übersetzen? In diesem Zusammenhang hieß es auch, die Strafen seien heute doch recht milde, human geworden. Wenn man den abstrakten Straffrahmen nimmt, dann ist das aber gar nicht so. Der einfache Diebstahl kann mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden, und das Ganze erscheint nur milde, weil die Strafpraxis beim einfachen Diebstahl nur noch das untere Sechstel ausschöpft und weil sie zwei Drittel aller kleinen Diebstähle überhaupt nicht pönalisiert, also letztlich gar nicht mehr wie Straftaten behandelt.

Und zur dritten Frage: Was mir gänzlich gefehlt hat, ist neben der Schuld und der Strafzumessung die Sanktionenwahl. Das ist doch das Entscheidende. Wir tun so, als ob 90 Tagessätze Geldstrafe, drei Monate Freiheitsstrafe ohne Bewährung und drei Monate Freiheitsstrafe mit Bewährung dasselbe seien. Das ist aber in der Lebenswirklichkeit etwas ganz Unterschiedliches, das sich nach spezialpräventiven Gesichtspunkten entscheidet. Gerade bei der Vollstreckung der ausgesetzten Freiheitsstrafe haben wir doch alle Elemente der Spezialprävention und der Resozialisierung. Und das ist jetzt die letzte Bemerkung, zu Herrn Schreiber: Das präventive Element wohnt ja nicht nur der Maßregel inne, sondern die Strafe selbst und insbesondere ihre Vollstreckung ist heute präventiv aufgeladen. Wollte man dies sauber trennen, bräuchte man ein vollkommen neues Strafrecht.

DUTTGE:

Darauf läuft es meines Erachtens auch hinaus: Das Präventionselement ist seiner materiellen Substanz nach stets Polizeirecht, nicht Strafrecht, gleichgültig, wo und wie es in Erscheinung tritt. Wir betreiben daher, wenn und soweit wir den Präventionsgedanken in den Vordergrund rücken, in Wahrheit Polizeirecht in strafrechtlichem Gewande. Zu jenem darüber hinaus erwähnten Aspekt der Sanktionenwahl: In der Tat ist auch dies eine zentrale und nicht zu vernachlässigende Frage innerhalb der Idee einer tatproportionalen Strafzumessung: Bei dieser kann es also mitnichten nur um die Höhe, sondern muss es selbstverständlich auch um die Art der Sanktionierung gehen. Das wäre also ein weiteres, noch der Vertiefung bedürftiges Thema, zu dem es aber ebenfalls schon manche Vorarbeiten gibt. Nur: Was bedeutet das konkret? Sind wir gehalten, eine direkte Äquivalenz herzustellen zwischen der Art der verhängten bzw. vollstreckten Sanktion und der begangenen Tat? Also, um ein Beispiel zu nennen, Prügelstrafe für Körperverletzungsdelikte, oder wenn man eine Abstraktionshöhe weiter den Typus der Rechtsgutsverletzung maßgeblich sein lässt: Ist der strafende Zugriff auf Eigentum oder Vermögen des Täters allein bei Diebstahls- und Betrugstaten begründbar, weil nur hier eine entsprechende, rechtsgutsspezifische Korrelation besteht? Und was machen wir mit Mördern? Es ist leicht zu sehen, dass wir einen solchen Zusammenhang spätestens an dieser Stelle kaum akzeptieren werden und dementsprechend bei der Frage nach der „richtigen“ Sanktionswahl in erhebliche Schwierigkeiten geraten. Schließlich noch ein letztes Wort zur These: Keine Schuld ohne positive Generalprävention? Nein, das würde ich doch anders sehen. Natürlich schim-

mert in der heutigen straftheoretischen Debatte in vielen Konzeptionen der Generalprävention verdeckt doch der Gedanke des vergeltenden Schuldausgleichs mehr oder weniger durch. Positive Generalprävention dient dann aber gleichsam nur als postmetaphysischer Ersatz für die eigentlich noch immer gemeinte Tatvergeltung; einen gegenläufigen Zusammenhang gibt es dagegen nicht. Die Bedürfnisse der Allgemeinheit sind bereits in der Strafandrohung, also in der generellen Bewertung und tatbestandlichen Beschreibung möglicher Straftaten eingegangen. Sie haben jedoch nur mittelbare Bedeutung, gleichsam als Hintergrundfolie, wenn es um den konkreten Rechtsgang gegen einen konkret Beschuldigten geht; die Wahl jener Person, die mit den Mitteln des Strafrechts in Verantwortung genommen wird, entscheidet sich nicht nach Präventionsbedürfnissen, sondern danach, ob dieser Person die Tat auch als schuldhaft begangene zugerechnet werden kann, also allein anhand der ihr zugeschriebenen Schuld. Im Rahmen der Strafvollstreckung mögen sich dann mit der Ahndung dieser Straftat zugleich Präventionsbedürfnisse mit Blick auf eine hinzukommende besondere Gefährlichkeit dieses Straftäters verbinden, die eine prophylaktische Intervention vor Begehung künftiger Straftaten gebieten kann nach dem Motto: „Jetzt haben wir den Täter schon in unserer Gewalt, dann prüfen wir, wenn er schon einmal straffällig geworden ist, ob und inwieweit er auch für die Begehung weiterer Straftaten anfällig ist, bevor wir ihn wieder herauslassen.“ Das ist aber ein hinzutretendes und in seiner Zielsetzung gänzlich anders geartetes Motiv der Rechtsgemeinschaft, verglichen mit jenem, das ursprünglich die Androhung und hernach die Verfolgung und schließlich Vollstreckung von Kriminalstrafe leitet.

BEHRENDTS:

Die nächste Wortmeldung darf ich mit einer besonderen Begrüßung verbinden. Herr Buback, Sie sind aus Gründen, die uns allen bekannt sind, unser Ehrengast und als Betroffener in besonderem Maße Ausdruck dessen, dass der Frage des strafenden Sozialstaats auch eine moralische und existentielle Dimension zukommt, die vom positiven Straf- und Strafprozessrecht nicht immer voll erfasst wird. Bitte, Herr Buback.

BUBACK:

Es freut mich, dass sich die Akademiekommission mit einer Thematik befasst, die eine Merkwürdigkeit berührt, mit der ich mich kürzlich konfrontiert sah, der fünffach lebenslangen Strafe. Die Vorstellung hat mich als Naturwissenschaftler verwirrt. Ich fand dann auch noch Verurteilungen zu einer „nur“ zweimal lebenslänglichen Strafe. Wie ich inzwischen gelernt habe, gibt es diese Strafen nicht mehr, was mich natürlich beruhigt.

Als Nichtjurist kann ich zum Thema nur wenig beitragen. Im vergangenen Jahr habe ich mich nur mit einigen kriminalistischen Dingen befasst, die dem Naturwissenschaftler viel näher stehen als Juristisches. Nach Kontakten mit Herrn Behrends ist mir aufgefallen, dass der Gerichtsvorsitzende, der heute eine lebenslängliche Strafe verkündet, sofort im Nachsatz sagen müsste, diese

lebenslängliche Strafe dürfe aber keinesfalls lebenslänglich andauern. Weil das ja doch ein gewisser Widerspruch ist, sehe ich hier Klärungsbedarf und würde mich freuen, wenn die Kommission dazu beitragen könnte.

Ein zweiter Punkt betrifft den Mehrfachmord, bei dem die Strafandrohung nicht mehr angemessen sein könnte, wenn die Gesamtstrafe auf einen Zeitraum von beispielsweise 15 Jahren begrenzt wird. Diese Limitierung kann dazu führen, dass ein einzelner Mord gleichsam ungesühnt bleibt. Beim Massenmord konvergiert ja das Strafmaß für den einzelnen Mord gegen sehr kleine Haftdauern. Ich möchte die eventuelle Misslichkeit einer begrenzten Haftdauer an einem Beispiel illustrieren: Der Täter, der bei einem Banküberfall einen Sicherheitsbeamten ermordet, könnte sich aus nüchternem Kalkül dazu entschließen, auch noch Zeugen zu erschießen. Wenn die Zeugen ausgeschaltet wären, hätte das für ihn den Vorteil, später vielleicht nicht überführt zu werden, während kein oder kein wesentlicher Nachteil bei einer Verurteilung besteht, wenn sich die Haftdauer durch weitere Morde nicht erhöht.

Sie werden sich vielleicht über solche Gedankenspiele eines Naturwissenschaftlers wundern, aber es ist generell gut, bei den Regeln, die Naturwissenschaftler und Juristen, aber auch viele andere nutzen, jeweils zu prüfen, ob das System oder das Regelwerk auch für Grenzfälle vernünftige Lösungen bereit hält.

Der dritte Punkt betrifft die Wirkung von Strafen, bevor die Tat begangen wird. Es sollte eine Ausgewogenheit geben, indem eine angemessene Strafandrohung für diejenigen existiert, die das Leben anderer gering schätzen. Dies soll aber keinesfalls ein Argument für die Todesstrafe sein, die ich ablehne, schon deshalb, weil sie im Falle einer Fehlentscheidung nicht revidierbar ist.

Noch zwei kleinere Punkte: Sie betreffen die Möglichkeit einer Kopplung von vorzeitiger Freilassung durch Begnadigung mit einem Bekenntnis der Verurteilten zur Tat. Mir erscheint es richtig, im Falle einer Begnadigung zu wissen, für welche Tat sie gewährt wird. In diesem Sinne ist es bedauerlich, aber wohl nicht zu ändern, dass ein Täter seine Tat nicht einräumen muss.

Es würde mich noch interessieren, wie sich die Problematik in anderen europäischen Ländern darstellt. Es gibt im terroristischen Bereich den Fall, dass ein Täter in einem Land zu 20 Jahren Haft verurteilt wurde. Er wurde dann wegen einer anderen Straftat, für die ihm eine lebenslange Strafe drohte, ausgeliefert. Die Verurteilung zu lebenslänglich erfolgte, aber die tatsächliche Haftdauer lag dann unter 20 Jahren.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Bedauerlicherweise sind wir in der Zeit doch schon ein wenig fortgeschritten. Ich möchte daher jetzt vorschlagen, dass wir nun doch dazu übergehen, die Fragen zu sammeln. Herr Müller-Dietz, Frau Hörnle und Herr Patzig sind noch auf der Rednerliste. Zunächst Herr Müller-Dietz.

MÜLLER-DIETZ:

Ich habe ein paar Beiseitebemerkungen, die ich ganz kurz fassen möchte, und eine Frage an Herrn Duttge. Die Frage vorweg: Haben Sie sich deshalb auf den Tausgleich und den Schuldausgleich konzentriert, weil Sie die Strafe als ein aliud gegen alle anderen Formen, wie sie Herr Naucke geschildert hat, von sozialen Interventionen abheben? Und nun zu meinen kleinen Beiseitebemerkungen: Eine betrifft das, was Herr Buback gesagt hat, das Problem des Zeitmaßes beim Mord: Wenn ein Mörder mit 70 Jahren den Mord begeht, dann hat es die Gerechtigkeit schwer. Das Problem, was Sie, Herr Duttge, angesprochen haben über die Maßregel: Es ist völlig klar, und so haben wir es früher auch gelehrt, dass die Maßregeln im Grunde Polizeirecht in allen Richtungen darstellen. Nur das Praxisbedürfnis ist besonders deutlich geworden in einem Fall, der in England gespielt hat. In England hat man nämlich, ich weiß nicht, ob das im Gesetz irgendwo eingegangen ist, zeitweilig jedenfalls die Frage diskutiert, ob man jemanden, der bei irgendeiner Begutachtung als für die Gesellschaft gefährlich erscheint, auf unbegrenzte Zeit unterbringen darf. Ohne Nachweis einer Straftat. Das macht deutlich, dass es hier nur um den Schutz der Gesellschaft und nicht um irgendeine Ahndung von Straftaten geht.

BEHRENDTS:

Frau Hörnle.

HÖRNLE:

Eine Anmerkung zu den Überlegungen von Herrn Behrends, dass eigentlich auf einer ersten Ebene die Todesstrafe bei Mord die angemessene Sanktion wäre und erst auf einer zweiten Ebene dann der Humanismusgedanke ins Spiel kommt, der dazu führt, dass wir die Todesstrafe nicht verhängen. Ich bin mir nicht ganz sicher, ob diese Argumentation mich überzeugt. Denn die erste Ebene könnte man natürlich mit dem Gedanken angreifen, dass sie eigentlich nur plausibel zu machen ist, wenn man den Gedanken der absoluten Proportionalität, der spiegelnden Strafen zugrunde legt. An diesen Gedanken würde ich anknüpfen und sagen, hier wirkt natürlich auch, aber nicht nur der Humanismusgedanke, sondern schon der Grundgedanke, dass spiegelnde Strafen nicht funktionieren. Bei fast allen Delikten funktioniert spiegelndes Strafen nicht. Und bei Mord auch nicht. Was machen Sie denn als spiegelnde Strafe mit demjenigen, der mit einer Bombe 500 Leute zerfetzt?

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Ich beantworte das am Ende. Herr Patzig.

PATZIG:

Wenn man nun als ein Angehöriger eines anderen, wenn auch in gewisser Weise benachbarten Fachs das, was bisher vorgetragen worden ist, anhört, hat man natürlich erstens das Gefühl der Bewunderung der wahrgenommenen Kompetenz. Zweitens aber auch, und das liegt wohl auch an Zeitgründen, den Eindruck einer gewissen Abschirmung gegenüber der ja nun wirklich jahrtau-

sendelangen Diskussion über Fragen des Strafrechts oder des Strafens, die in der Philosophie stattgefunden hat. Wenn man daran denkt, dass schon der erste Satz der griechischen Philosophie, den wir kennen, in dem ANAXIMANDER davon spricht, dass „die Gegensätze in der Natur“ einander δίκην και' τίσιν τη̃ς αδικι̃ας, das heißt „Ausgleich und Strafe (oder Buße) für ihr Unrecht“ leisten, sieht man, dass die ganze Welt von den Griechen zu Anfang als eine Art von Kampf von Gerechtem und Ungerechtem oder Gutem und Bösem angesehen wird. Bei PLATON liest man, dass die Strafe für begangenes Unrecht deswegen verhängt werden muss, weil sie gut für die Seele des Bestraften ist, so als eine Art von Heilmittel. Der Grundsatz hat sich lange erhalten, es sei eigentlich auch im Interesse des Täters selbst, dass er bestraft wird, damit seine Seele von der Krankheit wieder gesundet. Und man denkt daran, dass KANT gesagt hat, „wenn die Menschheit sich einmal wie ein Verein auflösen würde, müsse vorher noch der letzte verurteilte Mörder hingerichtet werden – denn Recht muss Recht bleiben“<sup>1</sup>.

Man sieht, dass in unserer geistigen Tradition das Schuldprinzip als Strafgrund sehr im Vordergrund steht. Es ist offenbar nach verbreiteter Auffassung immer eine Aufgabe der Gesellschaft gewesen, dafür zu sorgen, dass Schuld durch Strafe ausgeglichen wird. Es war schon eine gewisse Humanisierung, dass man diesen Ausgleich nicht den Opfern überließ, sondern der Allgemeinheit anvertraute, die dann in günstigen Fällen auch objektiver und vielleicht auch milder urteilt.

Nur einen weiteren Punkt will ich noch zur Erwägung stellen: Man kann sich doch darüber sehr wundern, dass eben nur eine bestimmte Sorte von Handlungen im Strafrecht verboten wird. Das Maß der Schuld, das jemand auf sich lädt, wird weithin daran gemessen, wie stark die Strafvorschriften in einem solchen Kodex sind. Dass es moralisch abscheuliche Handlungen gibt, die in ihrer menschlichen Niedertracht weit einen gewöhnlichen Erpressungsversuch, einen Diebstahl oder Banküberfall übersteigen, von denen aber unsere Gerichte aus verschiedenen Gründen keine Notiz nehmen und wohl auch gar keine Notiz nehmen können, ist doch offensichtlich. Was gibt es für Qualen, die Menschen aushalten müssen, weil sie zum Beispiel irgendjemanden in der Verwandtschaft, Familie, vielleicht Ehepartner haben, die es darauf anlegen, ihnen das Leben zur Hölle zu machen. Das wird im Allgemeinen nicht bestraft. Es gibt also nur eine gewisse Kategorie von Handlungen, die strafbar sind. Natürlich gibt es gute Erklärungen dafür; denn solche Verhaltensweisen kann man im Allgemeinen nicht nachweisen usw. Trotzdem meine ich, wenn man von Schuld spricht, sollte man nicht vergessen, dass juristische und rechtliche Schuld und moralische Schuld zwei ganz verschiedene, sich nur teilweise überlappende, aber nach meiner Meinung, was das menschliche Unglück an-

---

1 IMMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten (1797), Akademie-Ausgabe, Bd. VI, S. 333.

geht, vielleicht durchaus gleichberechtigte Kandidaten für eine Diskussion wären.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Jetzt Herr Duttge.

DUTTGE:

Ich beginne in der umgekehrten Reihenfolge, nicht ohne zuvor aber allen, die sich zu Wort gemeldet haben, für die vielen weiterführenden Hinweise zu danken. Zu dem, was Sie, lieber Herr Patzig, beschrieben haben, sind mir sogleich auch noch die Vollzugsdefizite bei durchaus für strafbar erklärten Taten in den Sinn gekommen. Solche in manchen Deliktsbereichen erheblichen Vollzugsdefizite stellen natürlich ein weiteres Problem dar für ein Strafverständnis, das der verdienten Übelszufügung für eine schuldhaft begangene Tat verhaftet ist. Zu der von Ihnen betonten Bindung dessen, was bestraft wird, an dasjenige, was durch Strafgesetze zuvor für strafbar erklärt worden ist, und damit zwangsläufig unter Ausschluss anderer, nicht erfasster Taten, die ebenso verwerflich oder noch schlimmer erscheinen mögen, will ich nur anmerken: Der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ gilt uns seit FEUERBACH als „heilige“ Errungenschaft rechtsstaatlichen Strafrechtsdenkens – aber nicht nur wegen der sich mit der Strafandrohung verbindenden Hoffnung auf effektive Abschreckung aller potentiellen Delinquenten (das mag man eher für einen romantischen Gedanken halten), sondern in erster Linie deswegen, weil wir dem Täter bei vorheriger gesetzlicher Kennzeichnung des strafwürdigen Unrechts die Schutzbehauptung abschneiden, er habe sich infolge seiner Unkenntnis der Verbotsnormen gar nicht gegen das Recht aufgelehnt: „*Error iuris nocet*“ – sofern nicht aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise unvermeidbar (vgl. § 17 StGB)! Dasjenige, was der Gesetzgeber für strafbar erklärt, ist beschränkt auf die Verletzung oder Gefährdung von „Rechtsgütern“, um der Kriminalisierung bloßer Moralwidrigkeiten entgegenzuwirken. Letztere mögen, wie z.B. der Ehebruch, das seelische Befinden des Opfers in besonders schlimmer Weise verletzen; das gibt aber trotz des auch hier – noch dazu besonders gravierenden – Vertrauensbruchs noch keinen Grund, solches mit Kriminalstrafe zu ahnden. Das gilt um so mehr, wenn man im Lichte eines freiheitlichen Rechtsverständnisses die Begehung von Straftaten normativ nicht als Regelfall, sondern als Ausnahme ansieht: Strafrecht zielt auf dem Boden des Grundgesetzes auf einen „fragmentarischen“, „subsidiären“ Rechtsgüterschutz und soll nur „ultima ratio“ hoheitlicher Reaktion sein – oder anders gewendet: Von der fundamentalen Vorgabe des Art. 103 II GG ausgehend gibt es keine „Strafbarkeitslücken“, sondern allein „Straflosigkeitlücken“!

Zum Beitrag von Frau Hörnle, der sich auf die Todesstrafe bezog: Ja, das sehe ich ganz wie Sie. Die entscheidende Frage geht also dahin, was schon auf der ersten und auch einzigen „Stufe“ als schuldangemessen gelten kann für Verbrechen, die so schwer wiegen, dass sie in anderen Rechtsordnungen teilweise mit der Todesstrafe geahndet wurden oder selbst heute noch geahndet

werden. Dass wir uns den Zugriff auf diese Sanktionsart kategorisch versagen, hat seinen Grund nicht in einer eigentlich inkonsequenten, gönnerhaften Milde und auch nicht – jedenfalls nicht nur – in den meist nicht restlos zu beseitigenden letzten Zweifeln am Nachweis der Tat, sondern hängt viel mehr damit zusammen, dass wir diese Sanktionsart als schlechthin unvereinbar mit unserem Rechtsverständnis ansehen. Und das wiederum hat unverkennbar sehr viel mit unserem Grundverständnis zur Reichweite legitimer Staatsgewalt im Verhältnis zu den rechtsunterworfenen Personen wie auch damit zu tun, dass wir insoweit wohl von einem Menschenbild ausgehen, das sich der lebensweltlichen und gesellschaftlichen Kontextualität allen Menschseins nicht gänzlich verschließt. Oder von der anderen Seite her betrachtet: Vom Extremfall des Massenmörders einmal abgesehen, wird man zur Beurteilung, dass Todesstrafe für Kapitaldelikte angemessen sein könnte, wohl nur dann kommen, wenn eine doch sehr individualistisch-idealistische, streng auf Eigenverantwortlichkeit abstellende Betrachtungsweise zugrunde gelegt wird nach der Devise: „Die Tat tötet den Mann“ (oder die Frau). Ich kann an dieser Stelle also wiederum an dasjenige erinnern, was ich schon mehrfach betont habe.

Zur Frage von Herrn Müller-Dietz: Besteht zwischen Strafe und anderen hoheitlichen Sanktionsformen ein *Aliud*-Verhältnis? Ja, das ist ganz mein Verständnis und findet sich im geltenden Recht durchgängig angelegt. Es gilt dann, nicht nur bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung, sondern auch gänzlich außerhalb des (formellen) Strafrechts, zur Begrenzung staatlicher Gewalt nicht das Schuldprinzip, sondern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – das ist etwas anderes, auch wenn das Bundesverfassungsgericht in manchen Entscheidungen missverständlich eine deutliche Nähe behauptet. Verhältnismäßigkeit bedeutet Proportionalität der Eingriffsintensität, das heißt, im Verhältnis zum betreffenden Gemeinwohlbelang. Dann kann es eben sein, dass bei fortbestehender hochgradiger Gefährlichkeit unter Umständen auch lebenslanger Freiheitsentzug als erforderlich und angemessen erscheint. Im Falle der Strafe besteht dagegen eine notwendige Korrelation mit der schuldhaft begangenen Tat, wie auch immer man diese Relationalität näher berechnen kann. Und diese ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus verfassungsrechtlichen Gründen stets so begrenzt, dass dem Täter nicht nur der physische, sondern auch der „soziale Tod“ regelmäßig erspart bleiben soll.

BEHRENDTS:

Vielen Dank für diese wunderbar kurze Antwort. Ich will mich auch kurz fassen. Die Idee einer Spiegelung, Frau Hörnle, mag ich schon als Romanist nicht. Dieser Gedanke gehört in die deutschrechtliche Theorie der spiegelnden Strafen, einer zuspitzenden Variation des archaischen Talionsgedankens, des Auge um Auge, Zahn um Zahn. Mir geht es um das Verhältnis von Strafen im Sozialstaat und moralischem Wert des geschützten Lebens des Individuums. Moralisch gesehen ist ein Menschenleben des anderen wert. Für das geltende Recht zeigen das Notwehr und Nothilfe. Demgegenüber hat die Humanisie-

rung der Strafe im Sozialstaat, so begrüßenswert sie ist, die Folge, dass die Strafe immer weniger in der Lage ist, das nach wie vor gültige moralische Unwerturteil auszuschöpfen und darzustellen. Hier hat sich eine Entwicklung vollzogen, die auch im Beitrag von Herrn Patzig anklang und über die nachgedacht werden sollte. Wenn die Sozialexistenz des Täters so heilig ist, dass, so schwer die Tat auch sein mag, sie am Ende doch irgendwie, zumindest am Horizont, sichtbar bleiben muss, wir kennen ja alle die Regelungen, wird es immer wieder Fälle geben, in denen das moralische Unwerturteil verletzt wird. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass der professionelle Umgang mit solchen Regelungen eine gewisse Unempfindlichkeit oder gar einen gewissen Zynismus in Strafrechtspflege und Strafrechtswissenschaft hinein tragen kann.



# Formen staatlicher Strafe im 18. bis 20. Jahrhundert

HINRICH RÜPING

- I. Strafe im absoluten Staat
- II. Strafe im konstitutionellen Staat
- III. Strafe in der Republik
- IV. Strafe im nationalsozialistischen Staat
- V. Der strafrechtliche Schutz der Humanität nach 1945
- VI. Strafe in der Bundesrepublik
- VII. Auf dem Weg zu einem menschengerechten Strafrecht

## I. Strafe im absoluten Staat

Unter dem Zeichen des absoluten Staates herrscht zunächst in der Epoche des gemeinen deutschen Strafrechts ein der Theokratie verpflichtetes Vergeltungsgedenken. Soweit die Aufklärung ihren Siegeszug antritt, wird sie häufig als Ausdruck der Humanität gedeutet. Als sinnfälliger Ausdruck des neuen, humaneren Zeitalters gilt insbesondere der Kampf gegen die Todesstrafe. Nehmen wir in der deutschen Frühaufklärung die Sicht von CHRISTIAN THOMASIIUS in seinem naturrechtlichen Hauptwerk der „Fundamenta juris naturae et gentium“ von 1705 als Ausgangspunkt, wird dagegen die Begründung der Strafe im System des absoluten Staates entscheidend.

Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag bleibt ein Denkmodell, ohne bereits im Sinne der späteren konstitutionellen Bewegung gegen den Staat gerichtete Individualrechte zu begründen.<sup>1</sup> Tragend wird demgegenüber im Strafrecht der Zweckgedanke. Haben sich Einzelne zu einem Staat zusammengeschlossen, sind alle Beteiligten auf das übergreifende Ziel der „salus rei publicae“ verpflichtet, um das gemeinsame Ziel der „eudaimonia“ zu erreichen.

Strafe erhält durch ihren säkularen Zweck, ein friedliches Zusammenleben zu ermöglichen, ein „menschliches“ Antlitz, jedoch gleichzeitig durch die

---

1 Vgl. HASSO HOFMANN, Die Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, *Rechtstheorie* 13 (1982), S. 226 ff.; RICHARD SAAGE, Zur Konvergenz von Vertragsdenken und Utopie im Licht der „anthropologischen Wende“ des 18. Jahrhunderts, in: DERS., *Innenansichten Utopias*, 1999, S. 113 ff.; zu politischen Funktionen des Naturrechts DIETHELM KLIPPEL, *Naturrecht und Staat*, 2006, und FRANK GRUNERT, *Normbegründung und politische Legitimität*, 2000.

Ausrichtung am Nutzen für das Ganze eine Zweckrationalität. Wenn die Säkularisierung einerseits Hexerei, Ketzerei und Bigamie als Straftatbestände beseitigt, trägt sie andererseits eine nach Utilität bestimmte Generalprävention: *puni delinquentes, quantum ad salutem rei publicae necesse est*. Aus der Zweckbestimmung der Strafe und ihrer Proportionalität Folgerungen im Sinne einer Begrenzung der Sanktionen zu ziehen, liegt THOMASIVUS fern. Methodisch liegt der Beschränkung auf das Durchsetzbare, auf das „justum“ als Ausdruck des positiven Rechts eine Scheidung von Recht und Moral zu Grunde.<sup>2</sup> Im methodischen und aufklärerischen Gehalt eine liberale, erst recht eine rechtsstaatliche Konzeption im modernen Verständnis sehen zu wollen, bleibt unhistorisch; ebenso liegt das Entscheidende der Säkularisierung in der Zurücknahme des Strafrechts, nicht in einem Programm der Humanisierung.<sup>3</sup>

Die Utilität bestimmt auch den Kampf gegen die Todesstrafe. Sinnfällig wird das Motiv in der zugespitzten Erwägung VOLTAIRES, „qu'un homme pendu n'est bon à rien“.<sup>4</sup> Die Substitution der Todesstrafe durch die öffentlich sichtbare Ableistung von „opera publica“, wie sie die Mittelmeerländer als lebenslange Zwangsarbeit auf den Galeeren umsetzen, zeigt den konsequenten Weg von der Säkularisierung der Strafe zu ihrer Merkantilisierung.<sup>5</sup> In diesem

- 
- 2 Zu THOMASIVUS HINRICH RÜPING, Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule, 1968, S. 55 ff.; zum aufgeklärten Absolutismus WERNER SCHNEIDERS, Die Philosophie des aufgeklärten Absolutismus, in: Hans Erich Bödeker/Ulrich Herrmann (Hrsg.), Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, 1987, S. 32 ff.; PETER SCHRÖDER, Naturrecht und absolutistisches Staatsrecht, 2001; MARIO A. CATTANEO, Aufklärung und Strafrecht, dt. Ausg. 1998. Zur Wandlung des Delikts der Gotteslästerung in der Aufklärung KARLHANS DIPPEL, in: Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, Vor § 166, Rn. 8.
  - 3 Gegen eine derartige Sicht wie bei CATTANEO, TORELLO und auch KLAUS LUIG, Zur Bewertung von Christian Thomasius' Strafrechtslehren als Ausdruck liberaler politischer Theorie, *Studia Leibnitiana* XII/2 (1980), S. 243 ff.; vgl. HINRICH RÜPING, Carpzov und Thomasius, *ZStW* 1997, S. 381, 386. Zur beschränkten Reichweite des naturrechtlichen Ansatzes im Strafrecht GEORG STEINBERG, Christian Thomasius als Naturrechtslehrer, 2005, S. 187 f.
  - 4 Dazu HINRICH RÜPING/GÜNTER JEROUSCHEK, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, Rn. 168. Zur Todesstrafe MORITZ HEEPE, Todesstrafe und natürliche Individualrechte in der Rechtsphilosophie der europäischen Aufklärung vor Kant, *ARSP* 2008, S. 169 ff.; HORST HARALD LEWANDOWSKI, Die Todesstrafe in der Aufklärung, 1961; weiter ANONYM [= JOHANN PHILIPP ROOS], Erörterung der Frage, ob die Todesstrafe in Teutschland notwendig ist?, 1774; zum Verhältnis von Strafzwecken und Sanktionen in der Strafrechtswissenschaft der Aufklärung der gleichnamige Beitrag von KURT SEELMANN, *ZStW* 1989, S. 335 ff.
  - 5 Aus demselben Grund greift die Aufklärung auch nicht das Institut der Sklaverei an (KAIIJA TIAINEN-ANTTILA, *The Problem of Humanity: The Blacks in the European Enlightenment*, 1994, S. 330 ff.; CHRISTOPHER L. MILLER, *The French Atlantic Triangle: Literature and Culture of the Slave Trade*, 2008). Zur Galeerenstrafe HANS SCHLOSSER, Die Strafe der Galeere als poena arbitraria in der mediterranen Strafpraxis,

Zusammenhang wird der Präventionsgedanke deutlich, wenn sich für den Großherzog PETER LEOPOLD in der Toskana nur die Alternative stellt,

„ein kultivirtes Volk in einem kleinen Staate so gut zu leiten, dass entweder solche groben Verbrechen nicht leicht vorfielen, die eine Strafe am Leben erforderten, oder aber das Gefühl von Schande bei einer mit öffentlichen Arbeiten verbundenen Gefangenschaft so lebhaft gemacht würde, daß es mehr abschrecke als alle Todesstrafen“.<sup>6</sup>

Wie das materielle Recht der Zeit bleibt auch das Verfahrensrecht der Aufklärung eingebettet in die Zeit des absoluten Staates. Das frühe 18. Jahrhundert trägt keine Bedenken, an der einem absoluten Staat gemäßen Verfahrensform des Inquisitionsprozesses festzuhalten. Der Inquisit gilt bereits auf Grund seiner allgemeinen Stellung als Untertan zur Mitwirkung an dem gegen ihn geführten Verfahren als verpflichtet. Entsprechend bleibt die Folter als entscheidendes Mittel der Wahrheitserforschung ein Rechtsinstitut. Sie ist ungeachtet der Zweifel an ihrer praktischen Brauchbarkeit im Inquisitionsverfahren unverzichtbar. Hatte – seiner Zeit weit voraus – FRIEDRICH SPEE die Folter bereits 1631 als ebenso inhuman wie unzuverlässig bezeichnet, scheut sich THOMASIVS doch 1705 davor, sie im Gegensatz zu der unter seinem Vorsitz verteidigten Dissertation als unzulässig zu erklären.<sup>7</sup>

---

ZNR 10 (1988), S. 19 ff.; HELFRIED VALENTINITSCH, Galeerenstrafe und Zwangsarbeit an der Militärgrenze in der Frühen Neuzeit, in: ders./Markus Stepan (Hrsg.), Zur Geschichte des Rechts. Festschrift für Gernot Kocher zum 65. Geburtstag, 2002, S. 331 ff. und JEAN-MARIE CARBASSE, Introduction historique au droit pénal, 1990, S. 226 zur französischen Praxis im 17. Jahrhundert.

- 6 Zur Position des Großherzogs PETER LEOPOLD HINRICH RÜPING, Das Leopoldinische Strafgesetzbuch und die strafrechtliche Aufklärung in Deutschland, in: L. Berlin-guer/F. Colao (Hrsg.), La „Leopoldina“ nel diritto e nella giustizia in Toscana, Bd. 5, 1989, S. 535, 545.
- 7 Zu SPEE SABINE DANNAT/MARTIN GOTTSCHALK, Die Abschaffung der Folter im Aufklärungsdiskurs, in: Günter Jerouschek u.a. (Hrsg.), „Aus Liebe der Gerechtigkeit und um gemeines Nutz willenn“. Historische Beiträge zur Strafverfolgung, 2000, S. 135, 141. Zu THOMASIVS WOLFGANG EBNER, Christian Thomasius und die Abschaffung der Folter, 1972, S. 76 ff.; GÜNTER JEROUSCHEK, Thomasius und Beccaria als Folterkritiker, ZStW 1998, S. 658 ff.; zur Lösung bei THOMASIVS, die Verteidigung gegenüber zur Folter berechtigenden Indizien in weitem Umfang zuzulassen, HINRICH RÜPING, Christian Thomasius: Natürliches Strafrecht im absoluten Staat, in: Reiner Schulze/Thomas Vormbaum/Christine D. Schmidt/Nicola Willenberg (Hrsg.), Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung, 2008, S. 105, 113.

## II. Strafe im konstitutionellen Staat

Kodifikationen der Territorien im 19. Jahrhundert verfolgen formal Prinzipien der Gesetzgebungslehre in der Nachfolge FEUERBACHS und material die Idee der Generalprävention. Auch hier wäre es unhistorisch, in der Bindung der Strafgesetzgebung an den Bestimmtheitsgrundsatz primär ein liberales Bürgerrecht zu sehen. Die Maxime bleibt eingebettet in die Straftheorie des psychologischen Zwanges und entfaltet sich nicht als kritisches Potential hinsichtlich des Inhalts der Strafgesetze.<sup>8</sup>

Das zu Grunde liegende Modell des rational angelegten und abstrakt gedachten bürgerlichen Menschen wandelt sich in Nachfolge der italienischen anthropologischen Schule und der wahrnehmbaren sozialen Veränderungen der Gesellschaft zu einem Bild des Täters. Als für unser Thema wichtige Konsequenz wird Strafe durch die mit v. LISZT verbundene moderne Richtung bezogen auf den Adressaten als empirisches Individuum. Soll Strafe einen Nutzen haben außer ihrer Verhängung selbst, muss sie den Täter erreichen in seinem kriminogenen Umfeld, in seinem Milieu und seiner individuellen Sozialisation.

Den Ausgangspunkt bildet nicht das philosophische Konstrukt einer Entscheidung gegen das Recht und für den Normverstoß, sondern das über die Spezialprävention entscheidende soziale Umfeld. Das doppelspurige System von Reaktionen im Strafrecht trägt insoweit ein „menschengerechtes“ Gesicht, als es den Typ des Täters nach seinem eigenen sozialen Umfeld wahrnimmt. Gleichzeitig verlässt es das Axiom individueller Schuld, orientiert sich im Sinne der späteren „Défense sociale“ an der sozialen Schädlichkeit und muss konsequent Maßnahmen befürworten, die nicht mehr dem Bestimmtheitsgrundsatz des bürgerlichen Zeitalters Rechnung tragen können. v. LISZT sucht den von Natur aus unbestimmten Zugriff auf den Täter durch spezialpräventive Maßnahmen über den Zweckgedanken an die rechtsstaatliche Maxime des Bestimmtheitsgrundsatzes zu binden. Dieser erfasst allerdings nur die Voraussetzungen der Sozialschädlichkeit, nicht die der Reaktionen.<sup>9</sup>

---

8 Zu FEUERBACH JOACHIM BOHNERT, Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; WOLFGANG NAUCKE, Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 101 ff.; allgemein HELGA MÜLLER, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984.

9 Zu diesem grundsätzlichen Problem WOLFGANG NAUCKE, Die Kriminalpolitik und das Marburger Programm 1882, ZStW 1982, S. 525 ff.; SUSANNE EHRET, Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip, 1996; weiter WOLFGANG FRISCH, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 1982, S. 565 ff.; zum Schulenstreit CORNELIA BOHNERT, Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992.

### III. Strafe in der Republik

Ihrer Natur nach unbeschränkte Maßnahmen rechtsstaatlich einzubinden, ist auf diese Weise nicht möglich und damit ist der Versuch gescheitert, gegenläufige Prinzipien miteinander zu verbinden. Greifbare Konsequenzen einer mit der Modernen Schule einhergehenden Milderung, damit im Zusammenhang unseres Themas einer Humanisierung, bilden die Zurückdrängung der Todesstrafe über eine weitgehend gleichförmige Begnadigungspraxis der Länder, weiter Reformbemühungen, die Strafzumessung von einer irrationalen Gesamtschau in eine auch nachprüfbar Regeln unterliegende Rechtsanwendung überzuleiten. Das die Republik kennzeichnende Programm eines „Abbaus des Strafrechts“ schlägt sich 1923 nieder im Geldstrafengesetz, im Reichsjugendgerichtsgesetz und trägt mittelbar auch die Vereinbarung des Reichsrats über den Strafvollzug in Stufen.<sup>10</sup>

Doch kann der Zweckgedanke nicht einseitig im Sinne eines fortschrittlichen, humanen Strafrechts verstanden werden. Sein Gehalt bleibt ambivalent. Wie er sich verselbständigt, zeigen die Ausbildung des auf reinen Normgehorsam zielenden, ausufernden Verwaltungsstrafrechts im 1. Weltkrieg und die Zuspitzung außerhalb des Reichsrechts in einem Kolonialstrafrecht „zur Beherrschung der Wilden“.<sup>11</sup> Und im politischen Strafrecht gehen am Beispiel der Sozialistengesetze präventive Maßnahmen durch die Polizei mit repressiven durch die Justiz eine verhängnisvolle Verbindung ein.<sup>12</sup>

---

10 Zu den Sanktionen HERMANN STAPENHORST, Die Entwicklung des Verhältnisses von Geldstrafe zu Freiheitsstrafe seit 1882, 1993; zum Jugendstrafrecht MARKUS FRITSCH, Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung, 1999; STEFANIE GÜNZEL, Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts und des Erziehungsgedankens, 2001; JAN SCHADY, Die Praxis des Jugendstrafrechts in der Weimarer Republik, 2003; zum Vollzug WERNER EHRENFORTH, Die Rechtsstellung des Gefangenen nach den Grundsätzen für den Vollzug von Freiheitsstrafen, 1927; LUDWIG JACOBI, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen nach den Reichsratsgrundsätzen vom 7. Juni 1923, 1929; PAUL MAYER, Der Strafvollzug in Stufen, 1931 sowie KAI NAUMANN, Gefängnis und Gesellschaft: Freiheitsentzug in Deutschland in Wissenschaft und Praxis 1920–1960, 2006.

11 Zu beiden Aspekten WOLFGANG NAUCKE, Über das Strafrecht des ersten Weltkrieges, RhJ 9 (1990), S. 330 ff.; DERS., Deutsches Kolonialstrafrecht 1886–1918, RhJ 7 (1988), S. 297 ff.; CHRISTINE RICHSTEIN, Das „belagerte“ Strafrecht: Kriegsstrafrecht im Deutschen Reich während des Ersten Weltkrieges, 2000; THOMAS KOPP, Nichtdeutsche Angeklagte im deutschen Strafverfahren, 1997; TRUTZ VON TROTHA, Liszt in Togo?, in: ders. (Hrsg.), Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse, 1996, S. 237 ff.

12 Zum Vorrang der Prävention JOACHIM WAGNER, Politischer Terrorismus und Strafrecht im Deutschen Kaiserreich von 1871, 1981, S. 357 ff.; weiter THEODOR GARTNER, Sozialdemokratische Partei und Strafrecht, 1927; instruktiv VOLKER SCHMIDT, Die Durchführung des Sozialistengesetzes im Oberlandesgerichtsbezirk Köln, Rheinische Justiz 1994, S. 717 ff.

#### IV. Strafe im nationalsozialistischen Staat

Nicht eine Evaluierung der Strafe durch ihre Zurücknahme, sondern ihre Hypertrophie zur Sicherung der blutsmäßig bestimmten „Volksgemeinschaft“ charakterisiert die Zeit des Nationalsozialismus. Er macht sich den zuvor propagierten Zweckgedanken zunutze, beseitigt als liberalistisch verdächtige Reformen der „Systemzeit“ und schafft eine grundsätzliche wie weitreichende ideologische Umwertung.

Strafe entfaltet sich in einer Gemeinschaft „Artgleicher“ und führt damit zu Sonderrecht gegenüber „Gemeinschaftsfremden“. Strafe hat dabei nur die Funktion, zur Erhaltung der Gemeinschaft beizutragen. Sie reduziert sich auf grenzenlose Abschreckung, die unter den Bedingungen des totalen Krieges eskaliert und schließlich die Zuständigkeit der Justiz zu Gunsten eines unbeschränkten Zugriffs der politischen Polizei zunehmend beseitigt.

Flankierend öffnet sich die Rechtsanwendung über die Generalklausel des „gesunden Volksempfindens“ einem Dezisionismus, im Einzelfall die den nationalsozialistischen Werten gemäße Entscheidung zu treffen.<sup>13</sup> Das bedeutet unter den Verhältnissen des Krieges eine Lenkung der Praxis. Abgedankt hat das Gesetz als Quelle allgemeiner und gleicher Rechtsanwendung in einem System, das nach radikalen Vorstellungen mit einem „Zentralatbestand“ auskommt.<sup>14</sup>

Im Strafverfahren zielt die offiziell propagierte „Auflockerung“ auf die Verabschiedung „schützender Formen“ im Sinne der liberalen Tradition. Die Prophezeiung von CARL SCHMITT, die Staatsanwaltschaft werde den Gerichten überlegen, wenn nicht selbst vorher abgeschafft sein, steht tatsächlich im Krisenjahr der Justiz 1942 zur Debatte.<sup>15</sup>

Ein – hier nur angedeuteter – Vergleich mit dem System des real existierenden Sozialismus kann sich stützen auf vergleichbare Strukturen der politischen Macht mit einer Einheitspartei, einer dominanten politischen Polizei,

---

13 Zur kontroversen Wertung der Aufhebung des Analogieverbots WOLFGANG NAUCKE, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, in: Michael Stolleis (Hrsg.), NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S. 71 ff.; HINRICH RÜPING, Nullum crimen sine poena, in: Rolf Dietrich Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler, 1985, S. 27 ff.; DERS., Nationalsozialismus und Strafrecht, Quaderni Fiorentini 36 (2007), S. 1007, 1013; zur Methode HUBERT ROTTLEUTHNER, Substantieller Dezisionismus, ARSP Beiheft 18, 1983, S. 20 ff.; MICHAEL BOCK, Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus, ZNR 6 (1984), S. 132 ff. und JOACHIM RÜCKERT, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?, ZRG 103 (1986), S. 199 ff.

14 Dazu HANS-LUDWIG SCHREIBER, Gesetz und Richter, 1976, S. 195.

15 CARL SCHMITT, Stellungnahme der Wissenschaftlichen Abteilung des NS-Rechtswahrerbundes zum Entwurf einer Strafverfahrensordnung, im Anhang zur Denkschrift des NSRB, 1937, S. 81 ff. Zum autoritären Strafverfahren HINRICH RÜPING, „Auflockerung“ im Strafverfahrensrecht, ARSP Beiheft 18, 1983, S. 65 ff., 67 ff.

einer politisch „angeleiteten“ Justiz; er zeigt aber auch Unterschiede im Detail.<sup>16</sup> Wenn jetzt das Strafrecht unter dem Zeichen des „Humanismus“ oder der „Humanität“ stehen soll, erscheint diese in einem neuen Verständnis. Gilt bereits bei MARX Kommunismus als Vollendung des Humanismus, erscheint auch das sozialistische Strafrecht als Ausdruck einer neuen Humanität. Kriminalität wird gewertet als gesellschaftliche Erscheinung, und ihre Bekämpfung ist Sache der gesamten Gesellschaft. Die Mittel folgen aus einem differenzierten System von Reaktionen, angefangen beim Bemühen um Wiedereingliederung auf der Ebene gesellschaftlicher Gerichte bis notfalls zur Todesstrafe gegenüber Gegnern des Systems.<sup>17</sup>

## V. Der strafrechtliche Schutz der Humanität nach 1945

Die Rückbesinnung auf den Wert der „Humanität“ in Rechtstheorie und -praxis nach 1945 scheint nicht nur im Sinne des Themas den Durchbruch zu einem „humanen“ Strafrecht zu bringen, sondern auch den bisherigen Schlussstein in der Architektur eines menschengerechten Strafens zu setzen. „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ – gemeint sind in Übersetzung der „crimes against humanity“ Verbrechen gegen die „Menschheit“ – zu ahnden, ist der Auftrag der Alliierten an den Nürnberger Gerichtshof wie in der Folge an die deutsche Justiz.

Der Schritt von den Rechten des Individuums, in die es wieder eingesetzt wird, zum neuen Rechtsgut der „Humanität“ ermöglicht die Ahndung von Angriffen auf ein universales Rechtsgut, auf einen der Übereinkunft zivilisierter Völker entsprechenden Standard. Entscheidend verschiebt sich die Perspektive von einer Humanität gegenüber dem Täter auf die in der Person des Op-

16 Zu den Problemen eines Systemvergleichs KLAUS SÜHL, 1945 – 1989: Ein unmöglicher Vergleich?, 1994; LUDGER KÜHNHARDT, Die doppelte deutsche Diktaturerfahrung, 2. Aufl. 1996; GÜNTHER HEYDEMANN/CHRISTOPHER BECKMANN, Zwei Diktaturen in Deutschland, in: Heiner Timmermann/Wolf D. Gruner (Hrsg.), Demokratie und Diktatur in Europa. Geschichte und Wechsel der politischen Systeme im 20. Jahrhundert, 2001, S. 365 ff.; SIEGFRIED MAMPEL, Totalitäres Herrschaftssystem, 2001; zweifelhaft VOLKMAR SCHÖNEBURG, Recht im neofaschistischen und im „realsozialistischen“ deutschen Staat, NJ 1992, S. 49 ff.

17 Zu MARX HERMANN KLENNER, Vorgeschichtliches zum Humanismus als Rechtsbegriff, in: Rolf Gröschner (Hrsg.), Recht und Humanismus, 1997, S. 53, 61 f.; zum sozialistischen Recht die Belege bei WOLFGANG SCHULLER, Geschichte und Struktur des politischen Strafrechts der DDR bis 1968, 1980, S. 361 f. sowie HANS HINDERER, Der Täter in seiner Beziehung zur Straftat und zur Gesellschaft, 1966; KURT WÜNSCHE, Das sozialistische Strafrecht der DDR – Ausdruck wahrhafter Humanität, in: Die DDR – Entwicklung, Aufbau und Zukunft, 1969, S. 209, 213 ff.; ERICH BUCHHOLZ, Gesellschaftsgefährlichkeit und Strafzwecke im Strafrecht der DDR, ZStW 1987, S. 162 ff.; in westdeutscher Perspektive REINHARD KUHN, Schuld als Entscheidung und als Verantwortungslosigkeit im Strafrecht der DDR, 1978.

fers betroffene Humanität schlechthin.<sup>18</sup> Vor dem Hintergrund eigener unmittelbarer Erfahrung der jüngsten Vergangenheit heißt es in einer grundlegenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone anschaulich, der über die Verletzung des einzelnen Menschen hinaus erforderliche Angriff auf die Menschheit als „Träger und Schützer des ideellen Menschenwerts“ müsse ausdrücken, dieser Mensch

„sei ein Nichts, etwa er sei Untermensch und danach zu behandeln, oder er sei für den, der Macht über ihn gewann, wie ein Apparat, den man benutze, ausschachte und dann wegwerfe, oder überhaupt könne man kraft seiner Macht mit und aus einem Menschen machen, was immer man wolle oder zu einem Zweck für nützlich halte“.<sup>19</sup>

Die praktische Umsetzung mit der Berufung auf einen Konsens der Völkergemeinschaft bereitet den Weg zu einem selbständigen Völkerstrafrecht. Der neue Ansatz bleibt naturrechtlich inspiriert, wie er in der RADBRUCHSchen Formel seinen bekannten Ausdruck findet,<sup>20</sup> und setzt sich von Anfang an erheblichen Einwänden aus. Sie gelten der Vereinbarkeit mit dem Rückwirkungsverbot, der Handhabbarkeit des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 für die Rechtsanwendung in Kontinentaleuropa, aber vor allem der Bereitschaft, Unrechtstaten zu sühnen und etwa einen Richter wegen Rechtsbeugung zur Verantwortung zu ziehen.<sup>21</sup>

---

18 Zur Entwicklung bis zum Statut von Rom, inhaltlich zum überindividuellen Rechtsgut und zum Verweis auf einen völkerrechtlichen Standard, der jedem Menschen das Überleben sichert, GISELA MANSKE, Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit, 2003, S. 185 ff., 219 f., 254 f.; weiter ASTRID BECKER, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, 1996, S. 115 ff.; STEPHAN MESEKE, Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, 2004, S. 119 ff.; KAI AMBOS, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008 und LAURA LIPPOLIS, Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'umanità, 2002, S. 71 ff. zum „Humanum“ als „dignità della persona umana ugualmente spettante a cinscua coesistente“. Auf die Frage einer humanitären Intervention bei Völkermord kann in diesem Zusammenhang nur hingewiesen werden (vgl. MARK SWATEK-EVENSTEIN, Geschichte der „Humanitären Intervention“, 2008).

19 OGHSt 1, S. 11, 15.

20 GUSTAV RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), hrsg. v. Winfried Hassemer, 2002; dazu WALTER OTT, Die Radbruch'sche Formel, ZSchwR N.F. 107 (1988), S. 335 ff.; HEINRICH LAU, Naturrecht und Restauration, 1994; HUBERTUS-EMMANUEL DIECKMANN, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruch'schen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung, 2006.

21 Zum grundsätzlichen Problem HANS-LUDWIG SCHREIBER, Probleme der Rechtsbeugung, GA 1972, S. 193 ff.; JAN TIBOR LELLEY, Das Scheinverfahren als Rechtsbeugung, 2002, und zu den Resultaten JÖRG FRIEDRICH, Freispruch für die Nazi-Justiz, 1998. OGHSt 2, S. 23 ff. sieht in der Aufforderung des früheren Kölner Landgerichtspräsidenten an einen Richter des Sondergerichts: „Die Rübe muss runter, der Gauleiter erwartet das“ eine Aufforderung zur Rechtsbeugung; verhängnisvoll wird auf der

Die Schärfe der Auseinandersetzung zeigt die bei Instanzgerichten nach 1945 verbreitete, teilweise rein positivistische Haltung, Normen trotz ihrer Affinität zum Nationalsozialismus allein wegen ihres Ordnungswertes in Geltung zu belassen.<sup>22</sup> Der in der Britischen Zone errichtete Oberste Gerichtshof bemüht sich um den Preis dogmatischer Friktionen beispielhaft um die Ahndung von NS-Taten, so häufig von Denunziationen mit tödlichem Ausgang für das Opfer. Noch nach seiner Aufhebung 1951 rächt sich das Schwurgericht Göttingen an ihm: den Vorsatz nur auf die Auslieferung an ein Willkürsystem zu beziehen, nicht auf die tatsächlich eingetretenen Folgen, sei „unerträglich“ und der Versuch, das Kontrollratsgesetz Nr. 10 begrifflich zu handhaben, „nach dem übereinstimmenden Urteil aller namhaften Juristen [...] gescheitert“<sup>23</sup>.

Im Ost-West-Dialog brechen die unterschiedlichen Sichtweisen auf dem letzten gemeinsamen Juristentag 1947 in Konstanz auf. Für den Osten stellt der spätere Generalstaatsanwalt der DDR MELSHEIMER fest, man habe ohne rechtliche Bedenken bei der Ahndung von Taten „losgelegt“, während Generalbundesanwalt GÜDE für den Westen entgegnet: „Wir möchten nicht, daß losgeschlagen, [... sondern] daß Recht gesprochen wird. Das KRG 10 ist für uns kein Stock, sondern Recht“.<sup>24</sup>

## VI. Strafe in der Bundesrepublik

Im geltenden Strafgesetzbuch erinnert der 1951 unter dem Zeichen des Kalten Krieges eingeführte Tatbestand der politischen Verdächtigung an die Ahndung sogenannter Humanitätsverbrechen. § 241a StGB wird geschaffen, um selbst

---

ter erwartet das“ eine Aufforderung zur Rechtsbeugung; verhängnisvoll wird auf der anderen Seite die Praxis des BGH, für die Rechtsbeugung ausschließlich direkten Vorsatz genügen zu lassen (vgl. BGHSt 10, S. 294, 298).

22 Dazu HINRICH RÜPING, Justiz und Demokratie nach 1945, in: Ernst-Walter Hanack (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß, 2002, S. 983, 986 f.

23 Grundlegend zur „Begrifflichkeit“ des KRG Nr. 10 Art. 2 anhand einzelner Tatbestandsmerkmale OGHSt 1, S. 11 ff. und zur Praxis, für eine „Verfolgung aus politischen Gründen“ die Auslieferung an Kräfte genügen zu lassen, „die im nazistischen Unrechtsstaat Gewalt oder Willkür oder ein zum Unrecht verfälschtes Gesetz anwenden konnten“, OGHSt 1, S. 19, 21, ebenso OGHSt 1, S. 56, 58; OGHSt 1, S. 60, 61; dagegen Schwurgericht Göttingen, MDR 1951, S. 312; aus zeitgeschichtlicher Perspektive zur Praxis des OGH HINRICH RÜPING, Das „kleine Reichsgericht“: Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit, NStZ 2000, S. 355, 356 ff.

24 Bericht über die Tagung in Deutsche Rechtszeitschrift (DRZ) 1947, S. 231, 232; vergleichend zur Verfolgung von NS-Taten HINRICH RÜPING, Zwischen Recht und Politik: Die Ahndung von NS-Taten in beiden deutschen Staaten nach 1945, in: Herbert R. Reginbogin (Hrsg.), The Nuremberg Trials, 2006, S. 199, 204.

Denunziationen im Gebiet der DDR durch ihre Bürger nachträglich im Westen ahnden zu können.<sup>25</sup>

Was sich in der Zeit nach 1945 positiv für den Täter auswirkt, ist die Reaktion auf ungerechte, „unmenschliche“ Strafen, wie sie die Aufhebung entsprechender Strafurteile aus der Zeit des Nationalsozialismus legitimiert.<sup>26</sup> In DREHERS Abhandlung „Über die gerechte Strafe“ bilden sie den Ausgangspunkt für die Lehre von der Strafzumessung und von der Revisibilität der Straffrage im Urteil. Anlass für den Obersten Gerichtshof, die Verfahrensrüge bei Fehlern in den tatsächlichen Feststellungen zu eröffnen und die Sachrüge bei einem unerträglichen Missverhältnis von Strafe und Schuld, ist die Möglichkeit, die Verhängung unproportionaler Sanktionen im Nationalsozialismus als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu werten und entsprechend die nachträgliche Ahndung zu beanstanden, wenn sie das schuldangemessene Maß unterschreitet.<sup>27</sup>

Menschengerechtes Strafen bedeutet schließlich für die späte Frucht der zu Beginn des 20. Jahrhunderts einsetzenden Diskussion, in den Strafrechtsreformgesetzen der 1960er Jahre rechtsgutsorientiert das Sexualstrafrecht neu zu bestimmen, und allgemein das Strafrecht als Folge seiner ubiquitären Normen durch Ausgrenzung von Bagatellfällen zu „entkriminalisieren“.

Der Entwurf für ein Strafgesetzbuch von 1962 bleibt noch ungeachtet dogmatischer Klärungen im Allgemeinen Teil in seiner grundsätzlichen Konzeption der klassischen Sicht von Strafe und Strafrecht verhaftet, wie sie der Große Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1952 fixiert hatte.<sup>28</sup> Die im Strafzweck der Vergeltung liegende sittenbildende

---

25 Insbesondere zur Voraussetzung einer rechtsstaatswidrigen Verfolgung ERNST TRÄGER/WILHELM SCHLÜCKEBIER, in: Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 241a, Rn. 14. Zum zeitgeschichtlichen Hintergrund Denkschrift des BMJ, Bundesanzeiger 1951 Nr. 122 v. 28.06.1951, S. 7 und zur Unerheblichkeit fehlenden Unrechtsbewusstseins BGH bei WAGNER, GA 1962, S. 205 Nr. 16 zum entsprechenden Gesetz für Berlin. Zur Ortsbestimmung DIRK BLASIUS, Politische Strafjustiz in der frühen Bundesrepublik, in: Gerhard Pauli (Hrsg.), Politische Strafjustiz 1951-1968, 1998, S. 13 ff. sowie REINHARD SCHIFFERS, Zeitgeschichtlicher Hintergrund des Kalten Krieges, ebd. S. 77 ff.

26 Dazu RÜPING (Anm. 22), S. 988 ff.; MICHAELA LEHR, Probleme der Bestandskraft und der Aufhebung politisch motivierter Strafurteile aus der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, 2007.

27 Vgl. EDUARD DREHER, Über die gerechte Strafe: Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis, 1947; DERS., Zur Frage der Revisibilität der Strafzumessung, SJZ 1949, Sp. 768 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung OGHSt 2, S. 202, 203 f.; OGHSt 3, S. 29, 33 und HANS-JÜRGEN BRUNS, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. 1974, S. 3, 10.

28 BGHSt 2, S. 194, 200 zufolge ist „der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt [...], sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden“.

Kraft des Strafrechts soll die fortbestehende Strafbarkeit der einfachen Homosexualität legitimieren sowie die noch zusätzlich verschärfte des Ehebruchs.<sup>29</sup> Das 4. Strafrechtsreformgesetz von 1973 fasst demgegenüber den gesamten Bereich der Verstöße gegen die „Sittlichkeit“ neu und versucht, ihn auf Angriffe gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu reduzieren.<sup>30</sup>

Der Zurücknahme des Kriminalstrafrechts dient auch das Bemühen des Gesetzgebers, als Reaktion auf die Hypertrophie im Nebenstrafrecht Fälle reinen Verwaltungsstrafrechts als Ordnungswidrigkeiten<sup>31</sup> zu qualifizieren.<sup>32</sup> Zweck ist die rationelle Erledigung von Massenverstößen, damit der im öffentlichen Interesse liegende Gesichtspunkt der Effizienz, nicht eine individuelle Rücksicht auf den Täter als Ausdruck einer Humanität. Soweit ein qualitativer Unterschied zu Kriminalstrafen angenommen wird, hatten bereits JAMES GOLDSCHMIDT, ERIK WOLF und EBERHARD SCHMIDT die Basis durch eine philosophisch begründete Scheidung der Rechtszwecke von Wohlfahrtszwecken entwickelt.<sup>33</sup>

Der Qualifizierung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit liegt eine Entscheidung des Gesetzgebers zu Grunde,<sup>34</sup> und das Verfahren in Ordnungswid-

29 Entwurf für ein Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1962, BT-Drucks. 4/650, Begründung, S. 96 ff., 377, 348.

30 Zu Einzelheiten vgl. die Begründung in BT-Drucks. 6/3521 sowie RICHARD STURM, Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1974, S. 1 ff.; HEINRICH LAUFHÜTTE, ebd., S. 46 ff.; HARTMUTH HORSTKOTTE, ebd., S. 84 ff.; HEINRICH WILHELM LAUFHÜTTE, in: Burkhard Jähne/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, Vor § 174, Rn. 1 ff. und beispielhaft zu den von § 184f Nr. 1 geforderten „erheblichen“ sexuellen Handlungen Rn. 9 ff. zum damaligen § 184c; weiter JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, Vor §§ 174 ff., Rn. 2 ff. Das 1. StRG von 1969 beseitigt bereits die Strafbarkeit des Ehebruchs.

31 Zum Programm, „Verwaltungsdelikte“ aus dem Kriminalstrafrecht herauszunehmen, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten von 1951 (BT-Drucks. 1/2100, S. 14); GUSTAV HEINEMANN, ADOLF MÜLLER-EMMERT und EMMY DIEMER-NICOLAUS in der 1. Lesung 1967 (Verhandlungen des Bundestages, 5. Wahlperiode, Stenographische Berichte, Bd. 63, S. 4255 B, 4257 D, 4259 C).

32 Zur Theorie des Bagatellprinzips KARL-LUDWIG KUNZ, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, und zur Praxis OLG Celle, NJW 2008, S. 3079 f., das eine „geringfügige Ordnungswidrigkeit“ nach § 17 III 2 OWiG, bei der die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht aufgeklärt zu werden brauchen, bei einer Geldbuße bis 250,- € annimmt.

33 Zur Diskussion in der Gegenwart sowie in der Vorgeschichte JOACHIM BOHNERT, in: Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, Einl., Rn. 55 ff., 72 ff., 82 ff.

34 Das in diesem Zusammenhang begegnende Rechtsinstitut der Verjährung trägt nicht einem Recht des Verurteilten Rechnung, sondern dem Gedanken des Rechtsfriedens (JOHANN SCHMID, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus

rigkeiten bleibt abgeleitet von dem in Strafsachen. Eine weitgehend informelle „Entkriminalisierung“ hat der Gesetzgeber demgegenüber auch hier aus pragmatischen Gründen mittels Einstellungsmöglichkeiten im straffrechtlichen Ermittlungsverfahren geschaffen. Die seit 1924 bestehende Möglichkeit, Strafverfahren wegen geringer Schuld einzustellen, macht den Anfang mit einer Relativierung des Legalitätsprinzips. Als weitaus folgenschwerer erweist sich die durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch von 1974 geschaffene Möglichkeit, nach § 153a StPO Verfahren wegen Vergehen bei Erfüllung von Auflagen und Weisungen einzustellen, wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Die massenhafte Anwendung hat inzwischen außerhalb der für das Regelverfahren geltenden Förmlichkeiten ein selbständiges Verfahren zur Erledigung von Bagatelverstößen geschaffen und wirkt weiter im Rechtsinstitut der Verständigung.<sup>35</sup>

## VII. Auf dem Weg zu einem menschengerechten Strafrecht

Wenn der Begriff der Humanität Anlass war, für die Untersuchung einzelner historischer Erscheinungsformen der Strafe zurückzugehen bis zum 18. Jahrhundert, hat das seinen inneren Grund. Die damals einsetzende Schubkraft des modernen Naturrechts verschafft der Strafe ein menschliches, im Sinne des Themas humanes Antlitz. Sie bezieht staatliche Unrechtsfolgen auf die „conditio humana“ der in staatlicher Gemeinschaft lebenden Individuen. Das Bündnis mit der Aufklärung entmythologisiert einerseits die Strafe durch ihre Säkularisierung. Es gründet sie andererseits zweckrational auf das für ein friedliches Zusammenleben Notwendige und öffnet sie damit der Utilität, wie die Etablierung der öffentlichen Zwangsarbeit zeigt. Die Strafe verlässt damit unter beiden Aspekten nicht den zeitgebundenen Bereich des absoluten Staates.

So bleiben auch im Strafverfahren der dem Absolutismus gemäßige gemeinrechtliche Inquisitionsprozess und sein wichtigstes Beweismittel, die Folter, unangetastet. Wenn sie erst im weiteren Verlauf des 18. Jahrhunderts wie bei-

---

Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2008, Vor § 78, Rn. 1).

35 Nachweise zur Diskussion der Einstellungsmöglichkeiten und ihrer Kritik bei WERNER BEULKE, in: Ewald Löwe/Werner Rosenberg u.a. (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 26. Aufl. 2008, § 153, Rn. 1 ff., § 153a, Rn. 1 ff., 11 ff. Zur Problematik einer Verständigung im Strafverfahren KAI-D. BUSSMANN, Die Entdeckung der Informalität, 1991; für die rechtliche Seite BERND SCHÜNEMANN, Absprachen im Strafverfahren?, in: Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1990, B 1 ff.; zum Rekurs auf Elemente des Konsenses STEFAN SINNER, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, 1999, S. 179 ff.; weiter INGRID JULIANE STEINHÖGL, Der strafprozessuale Deal: Perspektiven einer Konsensorientierung im Strafrecht, 1998, und GÜNTER HAGER, Konflikt und Konsens: Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitschlichtung, 2001.

spielhaft in Preußen aufgehoben wird, folgt ihre Beseitigung primär aus den sich anbahnenden Veränderungen des Beweisrechts, nicht aus der Orientierung an der Humanität als einem selbständigen Staatsziel.<sup>36</sup>

Im 19. Jahrhundert begegnet die Humanität nur mittelbar, als Reflex aus rechtlichen Garantien im bürgerlichen Zeitalter. Das gilt für den Bestimmtheitsgrundsatz staatlicher Strafen, wie ihn FEUERBACH konzipiert, und ein aus der konstitutionellen Bewegung erwachsenes reformiertes Verfahren mit Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Laienbeteiligung, freier Beweiswürdigung, vor allem aber der Anerkennung des Beschuldigten als Rechtssubjekt.

Um die Jahrhundertwende taucht der Begriff der Humanität häufiger, jedoch zumeist nur feuilletonistisch auf. Er ist nicht fixiert auf bestimmte fortschrittliche Inhalte im Verständnis liberaler Positionen, sondern verblasst in Nachfolge einer von HERDER mit breiter Wirkung propagierten universalen Humanität zu einem wenig konturierten und allgemeinen Kulturbegriff.<sup>37</sup> Er kann daher in der juristischen Diskussion auch gegensätzliche Inhalte aufnehmen, was etwa die Stellungnahme zur Todesstrafe angeht.<sup>38</sup>

Selbständige Bedeutung bekommt der Begriff der Humanität oder des Humanismus im Kommunismus und später Sozialismus als Überwindung des Klassengedankens im Strafrecht. Er wird damit zweiseitig, und zielt auf Integration des Klassenbewussten, wie andererseits notfalls auf Anwendung der Todesstrafe gegenüber dem Klassegegner.

Weitreichende Wirkung für ein humanes Strafrecht entfaltet dagegen die anthropologische Richtung im Strafrecht und ihre Weiterführung in der Modernen Schule. Aus dem primären Ziel der Prävention folgt, Besserungsfähige und -würdige in ihrem individuellen sozialen Umfeld wahrzunehmen. Greifbare Resultate werden in der auch hier fruchtbaren, jedoch zu kurzen Zeit der Weimarer Republik die Reform der Sanktionen gegenüber Erwachsenen und Jugendlichen wie die Neugestaltung des Vollzuges.

---

36 HINRICH RÜPING, Theorie und Praxis bei Christian Thomasius, in: Werner Schneiders (Hrsg.), Christian Thomasius 1655-1728, 1989, S. 137, 143 mit Hinweis u.a. auf JEAN-MARIE CARBASSE (Anm. 5), S. 142 zur französischen Praxis des 17. Jahrhunderts; abw. in der Bewertung MATTHIAS SCHMOECKEL, Humanität und Staatsraison, 2000, S. 585 ff.

37 Vgl. ANNE LÖCHTE, Johann Gottfried Herder: Kulturtheorie und Humanitätsidee der *Ideen*, *Humanitätsbriefe* und *Adrastea*, 2005, S. 222 f. insbesondere zur Idee einer Gleichwertigkeit der Völker. Als Beispiel J. GEORGE, Humanität und Kriminalstrafen: Eine Zusammenstellung sämtlicher Kriminalstrafen vom frühesten Mittelalter bis auf die Gegenwart unter Berücksichtigung aller Staaten Europas nebst einer Besprechung derselben unter dem Gesichtswinkel der Humanität, 1898 (Resultate ebd., S. 316 ff.).

38 PAUL SCHEIBNER, Die Todesstrafe, ein Postulat der Humanität, 1872, S. 8 ff. legitimiert sie als Forderung eines „humanen Bewußtseins“, während sie – ebenso wie Rassen- und Klassenhass – WALTER KINKEL, Der Humanitätsgedanke, 2. Aufl. 1925, S. 12 ff. aus demselben Grunde bekämpft.

Die Zeit des Nationalsozialismus bedeutet auch hier eine vollständige Umwertung.<sup>39</sup> Sie liegt in der Gründung des Strafrechts auf die Erhaltung der Gemeinschaft „Artgleicher“, schafft damit für „Fremdvölkische“ diskriminierendes Sonderrecht und überlässt sie in Konsequenz eines Feindstrafrechts letztlich Reaktionen der Polizei.

Wenn nach 1945 als Reaktion auf die überwundene menschenverachtende Diktatur „Humanitätsverbrechen“ geahndet werden, verlagert sich die Perspektive auf die der unzähligen Opfer und auf die Verantwortung der zivilisierten Völker für einen die Humanität wahren Standard. Vom Statut des Nürnberger Gerichtshofs und dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 verläuft bis in die Gegenwart der Weg zu einem universalen Völkerstrafrecht.<sup>40</sup>

Liegt die „conditio humana“ hier im universalen Recht jedes Menschen zu überleben, gewinnen im Alltag der Strafrechtspflege zunehmend Aspekte an Bedeutung, eine rationelle Erledigung minder gewichtiger Verstöße zu ermöglichen und über das Institut einer Verständigung die Kontrollfunktion von Strafe mit Elementen einer konsensualen Absprache in die Hände der Betroffenen zu legen.

Als Resultat nehmen wir in dem schmalen Ausschnitt von 200 Jahren, der Gegenstand dieser Skizze war, nicht einen Prozess der Evolution unter dem Fixstern der Humanität wahr, sondern jeweils ihrer Zeit verhaftete Versuche, Strafe jeweils neu im Spannungsverhältnis von individueller Verantwortung und Kontrolle des sozialen Verhaltens zu bestimmen. Der so häufig und mit wechselnden Inhalten beschworenen Humanität kommt in diesem Prozess keine gegenüber dem Strafgesetz kritische Ordnungsfunktion zu.

---

39 Aufschlussreich ist die 1936 in den Niederlanden erschienene Schrift von GUSTAV SLEKOW, *Humanität in Gefahr: gerichtet gegen Bolschewismus, Faschismus und Nationalsozialismus als Feinde der Humanität* fordert der Verfasser zur Überwindung der europäischen Kulturkrise einen „Menschenbund der Seelenerneuerung“ (S. 52, 59 f., 72).

40 Als politische Philosophie will IAN WARD, *Justice, Humanity and the New World Order*, 2003, S. 119 ff., 148 ff. eine auf die Aufklärung gegründete neue Humanität, verstanden als Kampf um Menschenrechte, verwirklichen.

## Diskussion zum Vortrag von Hinrich Rüping

Leitung: EVA SCHUMANN

SCHUMANN:

Herzlichen Dank, Herr Rüping! Sie haben am Rande erwähnt, dass die Zurückdrängung der Folter im Grunde durch die Strafpraxis vorbereitet wurde. Die Bedeutung der Strafpraxis, die sich deutlich von dem unterscheidet, was im Strafgesetz steht, sollten wir nicht aus den Augen verlieren. In unserem Tagungstitel steht das Strafgesetz im Mittelpunkt, aber die Frage, in welchem Verhältnis Strafgesetz, Strafpraxis und Rechtswissenschaft stehen, könnten wir in der Schlussdiskussion nochmals aufgreifen. Jetzt möchte ich aber die Diskussion zu Ihrem Vortrag eröffnen. Herr Behrends bitte.

BEHRENDTS:

Vielen Dank! Der Vortrag bringt eine willkommene Zuspitzung unseres Themas des strafenden Sozialstaates, in deren Mittelpunkt ja das Verhältnis von Staatszweck und Strafe steht. Die Leitfrage ist: Welche Wirkung hat die Idee des Sozialstaats auf das Strafen? Im religiös legitimierten Staat kam, wie Sie geschildert haben, das strafende Schwert quasi aus den Wolken und symbolisierte einen göttlichen Auftrag der Strafgewalt. Mit THOMASIVUS vollzog sich dann der unwiderrufliche Schritt in ein Strafrecht, das zur Disposition der Staatszwecke steht: *punitur ad utilitatem rei publicae*. Nach modernen Erfahrungen klingt das nicht mehr nur befreiend, sondern auch besorgniserregend. Wir wissen heute, dass auch das Extreme Staatszweck werden kann. Auch der NS-Staat hatte seinen Staatszweck, so verwerflich er war, nicht anders die DDR. Die bloße Tatsache, dass ein Ziel ein Staatszweck ist, entscheidet nicht über seinen moralischen Wert. Im Sozialstaat, der in seinem Kernbereich eine moralische Errungenschaft ersten Ranges ist, stehen in der Strafe Resozialisierung des Täters und *défense sociale* im Vordergrund. Die moralische Verteidigung des Wertes des Lebens eines einzelnen Menschen, der Opfer eines Tötungsverbrechens geworden ist, macht ihm dagegen Schwierigkeiten.

Noch eine Bemerkung zu dem Ausdruck „Straftaten gegen die Menschlichkeit“. Mir hat hier HANNAH ARENDTS Kritik immer eingeleuchtet. Sie sieht in dem Ausdruck einen unerträglichen Euphemismus. Er klinge ja so, als hätten die NS-Täter es nur an Menschlichkeit fehlen lassen. „Crime against humanity“ heißt aber „Straftaten gegen die Menschheit“. Und das trifft den Sachverhalt. Die Menschheit wird in ihren Grundfesten erschüttert, wo Staatsverbrechen ermöglichende Staatszwecke zur Herrschaft kommen.

RÜPING:

Sie haben völlig Recht. Es ist nur eingeführt in der deutschen Übersetzung der Kontrollratsgesetze. Ich hätte deutlich sagen müssen, dass mit dem Rechtsgut immer die zivilisierte Menschheit, *mankind*, gemeint ist, und Menschlichkeit in der deutschen Fassung missverständlich ist. Das war nur der zeitgeschichtliche Hintergrund.

SCHUMANN:

Herr Starck bitte.

STARCK:

Herr Rüping, ich war von Ihrer Geschichtserzählung sehr beeindruckt. Ich meine aber, dass Sie die Abschnitte nicht deutlich genug gemacht haben. Es ist zu unterscheiden zwischen dem konstitutionellen monarchischen Staat bis zum ersten Weltkrieg und der Weimarer Republik. Die Bemühungen von RADBRUCH um die Humanisierung des Strafrechts würde ich nicht mehr unter den konstitutionellen Staat bringen. Weimar ist ein demokratischer Staat, das war zwar nur eine kurze Periode, die 1932 endete. Die Weimarer Republik verdient einen eigenen Abschnitt, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt, dass nach 1949 daran angeknüpft wurde. Das ist die erste Bemerkung zu Ihrer Abschnittsbildung. Die zweite Bemerkung ist, dass mich Ihre Schilderung der unmittelbaren Nachkriegszeit unter dem Gesichtspunkt des alliierten Strafrechts sehr überzeugt hat. Ich meine, dass man diesen Abschnitt doch trennen muss von der Bundesrepublik, also von dem Strafrecht, das dann vor allem in den 1960er, 1970er Jahren gekommen ist. Sie dürften nicht vier Abschnitte, Sie müssten sechs Abschnitte machen. Das scheint mir nicht ganz unwichtig zu sein, weil diese Periodisierung schon eine Rolle spielt zum Verständnis des Ganzen.

RÜPING:

Wenn Sie sechs Epochen vorschlagen, entsteht der Eindruck, es könne eine Universalgeschichte geboten werden. Ich hatte aus Gründen der Vereinfachung, die aber in der Tat zu Missverständnissen führen, den v. LISZT betreffenden Abschnitt mit dem, was sich bis zur Mitte der Weimarer Republik entwickelt, zusammengefasst. Das ist aber sicherlich auch unter verfassungsgeschichtlichen Gesichtspunkten problematisch. Das kann man durchaus trennen. Aber in der Sache, meine ich, hätte ich die Trennung auch vorgenommen.

STARCK:

Haben Sie gemacht.

RÜPING:

Was die Zeit nach 1945 angeht: ist völlig klar. Es gibt zunächst den Oktroi durch die Alliierten, dann die Umsetzung, den Obersten Gerichtshof und dann, steht auch im Manuskript, eine deutliche Zäsur ...

STARCK:

... ein eigener Abschnitt.

RÜPING:

Ja. Machen wir einen eigenen Abschnitt daraus.

SCHUMANN:

Herr Jehle bitte.

JEHLE:

Ja, zwei obiter dicta zu Ihren obiter dicta, als ein erstes: Sie haben ja die Allianz des Strafrechts mit dem Polizeirecht und dem präventiven Recht beklagt. Und wenn ich Sie recht verstanden habe, wollen Sie, vielleicht auch Herr Duttge, das Strafrecht von seinen präventiven Elementen reinigen. Wenn wir das täten, würden wir übrigens ziemlich allein dastehen, auch im europäischen Kontext. Ich bin Mitglied einer europäischen Gruppe, die sich um sog. „reconviction studies“ bemüht, also um die Frage, ob spezialpräventives Strafen wirkt. Das ist eigentlich Konsens aller kriminalpolitischen Bemühungen in Europa, dass Strafen wirken, also möglichst wenig Rückfall produzieren sollten. Die zweite Bemerkung betrifft ein ganz anderes Feld, die Verfahrenseinstellungen nach der StPO. Wenn Sie sagen, „geringfügige Ordnungswidrigkeiten“ beginnen unterhalb von 250 Euro. Müssten wir diesen Maßstab nicht vielleicht erst recht auf das Strafrecht übertragen? Und müssten wir die vielen Verfahrenseinstellungen, die wir nach § 153 StPO folgenlos lassen oder nach § 153a StPO mit geringfügigen Geldbußen belegen, nicht ebenso behandeln? Da findet nun eigentlich substantiell gar kein Strafen mehr statt. Müsste man da nicht konsequent sagen, das ist gar nicht mehr strafrechtlich relevant, und es herausnehmen; oder aber umgekehrt dann wirklich alle strafbaren Handlungen in einem vollen ordentlichen Strafverfahren behandeln?

RÜPING:

Es mag sein, um mit der ersten Frage zu beginnen, dass die Regierungen in Europa die Verhältnisse anders sehen. Mir ging es um das geschichtliche Beispiel, dass damals zum ersten Mal eine Vermengung personell von verschiedenen Funktionen eintritt. Und das sehe ich, es war nur ein geschichtliches Beispiel, als Grund dafür an, dass sich in diesem Kontext immer die Polizei auf Kosten der Justiz durchsetzt. Schon durch ihre technische Überlegenheit, und die Prävention ist schwerer zu fassen als die Repression, weil sie leicht ausufert. Nur um diesen Aspekt ging es. Zur zweiten Frage: Da hatte mich nur als Appendix interessiert, dass das positive Recht nicht nur Straftaten und Ordnungswidrigkeiten trennt, sondern dann die Geringfügigkeit auch positivrechtlich, als Wurmfortsatz, enthält. Bei der Frage, wie weit die Folgen einer mit dem Gesetz nur schwer zu vereinbarenden Einstellungspraxis mit erfasst werden sollen, hat eine solche informelle Erledigung auch ihre Vorteile. Sie kommen ja sonst bei der Belastung durch Wirtschaftsstraftaten mit dem Beschleunigungsgrundsatz in Probleme. Ich gebe gerne zu, die Neigung der Jus-

tiz, sich die Dinge auch vom Hals zu führen, ist natürlich auch verbreitet, und das sind eigentlich Praxen, die keine eigene Berechtigung haben. Aber oft ist es doch auch ein Ventil, um etwas zu reparieren. Es gibt eine Ungleichgewichtung, die sich bereits im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ausgewirkt haben kann. Und insofern will ich einer der elastischen Erledigung nicht das Wort reden, aber einer einzelfallorientierten Erledigung kann ich nicht ganz den Respekt versagen. In der Breite teile ich Ihre Skepsis.

SCHUMANN:

Herr Naucke bitte.

NAUCKE:

Darf ich noch einmal auf die Grundtendenz Ihrer Einteilung in sechs Abschnitte zurückkommen: Ich biete auch acht. In Kriegszeiten müsste man noch einmal gesondert alles regeln, dann käme man auf sehr differenzierte Unterscheidungen. Aber wie viele auch immer: Aus Ihrem Referat ergibt sich, dass es eine durchgehende Tendenz gibt, und das ist in allen Abschnitten ein instrumentelles Strafrecht. Ein Strafrecht, das dem jeweiligen Zweck des Staates dienlich ist. Das ist die durchgehende Tendenz, die sich auch aus Ihrer Darstellung ergibt. Können wir wohl versuchen, diese durchgehende Tendenz in ihrem Verhältnis zur Humanität, zur Sozialstaatlichkeit, zu bestimmen? Wenn man das so macht, wie Sie am Anfang, dass man sagt, Instrumentalität gleich Säkularität gleich Humanität, ist man verloren, weil man dann jede Instrumentalität oder jedwede Zweckmäßigkeit als eine Form der Humanität auffassen muss. Man kann es an der Guillotine sehen: Die Guillotine wird eingeführt mit der Begründung, das sei nun endlich die humane Todesstrafenart. Heutzutage wird die Giftspritze propagiert mit dem Hinweis, dass sei eine humane Form des Verbringens vom Leben zum Tode. Das sind neue Begründungen für die Todesstrafe. Da muss irgendeine prinzipiellere Unterscheidung möglich sein. Und ich entnehme Ihren Ausführungen, dass bei aller Zweckmäßigkeit durch sechs oder acht Perioden die Humanität sich jeweils ändert, und zwar die Humanität, die sich gegen die Instrumentalität wendet, passt sich immer neu an, so dass ich Ihrer These Säkularität gleich Humanität nicht zustimmen möchte. Sondern Säkularität bedarf der Kontrolle. Und die Kontrolle ist die Humanität.

RÜPING:

Das sehe ich doch ein bisschen anders. Ich sehe durchaus die Zweckgerichtetheit des Strafrechts als Kontinuum, und die Verbindungen mit einer auch durch die Zeitepochen unterschiedlich verstandenen Humanität sind eher kontingent. Die Humanität hat einen unterschiedlichen Sinn. Sie taugt nicht als allgemeiner Faktor, um die acht oder wie viel Epochen immer unter einen Nenner zu bringen. Sie ist aber in der allerersten Phase der so genannten Aufräumarbeiten meines Erachtens auch mit dem Ziel inszeniert worden, und deshalb meine ich, könnte man bezogen auf diese eine Epoche dieses Urteil

wagen. Ich sehe die Zweckmäßigkeit als Kontinuum und die Berührung mit einer unterschiedlich verstandenen Humanität auch besser nicht als taugliches Kriterium, um sämtliche Epochen auf einen Faden zu bringen.

SCHUMANN:

Herr Sellert bitte.

SELLERT:

Ich möchte zunächst auf THOMASIVS zu sprechen kommen. Wenn dieser die Religionsdelikte nicht mehr für strafwürdig hält, so hat das meines Erachtens mit einer Humanisierung der Strafe nichts zu tun, sondern mit der von THOMASIVS verfolgten Trennung von kirchlicher Moral und Recht. Was die Weiterentwicklung betrifft, hätte man auf das Preußische Allgemeine Landrecht hinweisen können. Dort werden die Religionsdelikte und ein Teil der Sittlichkeitsdelikte von der Strafbarkeit aus ähnlichen Gründen ausgenommen. Letztlich geht es hier aber auch um Fragen des Strafzwecks, für den im Preußischen Allgemeinen Landrecht bekanntlich der Erziehungsgedanke eine zentrale Bedeutung hatte. Was schließlich die Abschaffung der Folter betrifft, so könnte auch die christliche Vorstellung eine Rolle gespielt haben, dass der Mensch als Ebenbild Gottes nicht gequält werden darf. Deswegen ist beispielsweise in einem Frankfurter Strafenbuch aus dem 16. Jahrhundert das „Brandmarken ins Antlitz“ eines Diebes als Beleidigung des Ebenbildes Gottes für unzulässig erklärt worden. Das christliche Menschenbild könnte also neben anderen Gründen für die Zurückdrängung der Folter eine Bedeutung gehabt haben, zumal auch THOMASIVS die Folter als unchristlich verurteilt hat.

RÜPING:

Was die Zurückdrängung der Folter angeht, so mag das mitgespielt haben, das können wir natürlich quellenmäßig auch nicht erschließen. Ich könnte mir denken, dass eine Deutung in der Art vielleicht eher belegbar ist, das ist aber ein sehr formales Kriterium. Die Zweifel an der Folter nahmen immer mehr zu. Solange es keine freie richterliche Beweiswürdigung gab, konnte man auf die Folter nicht verzichten, und deshalb kommt meines Erachtens der entscheidende Todesstoß, und das war meine Kritik an SCHMOECKEL, erst mit der Änderung des strafrechtlichen Beweisverfahrens und nicht primär durch das Ethos des preußischen Staates, was sicherlich in der Person des regierenden Königs gegeben ist. Dass, wie bei SCHMOECKEL, der Staat entscheidet, es verstößt gegen die Humanisierung, und die ist ein Staatsziel, wirkt meines Erachtens nur mit, unter anderem. Viel wichtiger sind die praktischen Bedingungen, unter denen Strafjustiz stattfinden soll.

Dann, was das Allgemeine Landrecht angeht: Natürlich ist hier auch CHRISTIAN WOLFF nicht weiter behandelt worden. Insofern kann man, das gebe ich gerne zu, über die Epochenbildung streiten, man kann über die Selektion der einzelnen Punkte streiten. Natürlich, Sie haben es ja eingangs ge-

sagt, ich müsste die Theorie haben, die Gesetzgebung und die Praxis, letztlich Mentalitätsfragen. Nur das überfordert mein Erkenntnisvermögen.

Und was den Erziehungsgedanken angeht, so hat er natürlich in der Hypertrophie des Strafrechts im Preußischen Allgemeinen Landrecht seine Bedeutung, wird ja von anderen Aufklärern dann abgedrängt ins Polizeirecht. Das wäre auch noch einmal ein selbständiges Thema, wie weit es ein Strafverfahren für die großen Sachen gibt und dann ein summarisches Verfahren, so hieß es ja, *simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudicii*, für Sachen, die diesen Level nicht erreichen. Das ist hier nicht behandelt worden und wäre eine eigene Behandlung wert.

SCHUMANN:

Ich habe noch eine sehr lange Rednerliste und darf daher um kurze Fragen bitten. Herr Buback.

BUBACK:

Ich wollte mich zunächst für Ihren Vortrag bedanken, aus dem ich sehr viel gelernt habe. Nur eine kurze Frage: Mich würde interessieren, ob es Zeiten gab, in denen die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit weithin unabhängig oder ganz unabhängig war. Ich habe den Eindruck, in Italien seien die Staatsanwälte heute viel unabhängiger. Gab es in Deutschland auch eine solche Phase oder ist der jetzt erreichte Zustand das Optimum staatsanwaltschaftlicher Unabhängigkeit in unserem Land?

RÜPING:

1843 gelten idealisierte Anforderungen an Staatsanwälte bei der Einstellung: Es sollen intelligente und besonnene Männer sein. Dann kommt mit der Reichsjustizgesetzgebung der Zugriff: SPD-Angehörige können nicht Staatsanwälte sein. Preußen macht alle Staatsanwälte in seinem Territorium von Anfang an zu politischen Beamten. Vor der Reichsgründung sind die norddeutschen Länder, um auch für die eine Lanze zu brechen, das heutige Niedersachsen, sehr viel kritischer und sagen, ein Staatsanwalt kann, wenn er angewiesen wird, seine abweichende Auffassung darlegen, und sich darauf auch berufen. Die Gegenwart zeichnet sich dadurch aus, dass keine Weisungen erteilt werden, aber es gibt ja andere Formen der „kameradschaftlichen Fühlungnahme“, wie das in einer vergangenen Epoche hieß. Also: Der Kampf um die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft hat erst begonnen.

SCHUMANN:

Herr Frisch bitte.

FRISCH:

Herr Rüping, ich stimme Ihnen im Großen und Ganzen zu, ich habe nur ein Problem. Ich glaube, Sie stützen vielleicht doch etwas zu viel auf den Topos „Humanität“. Wenn Sie in diesem Zusammenhang auch die §§ 153, 153a StPO ansprechen, so meine ich, dass das wohl eine Überinterpretation ist.

Denn was hinter diesen Einstellungsvorschriften steht, sind ganz einfach Effizienzerwägungen. Das deckt sich für § 153 StPO auch mit dem Einführungsdatum 1924. Etwa in diese Zeit fiel auch die Geldstrafengesetzgebung. Dahinter stand: die Justiz war schlicht überlastet und mit den von ihr verhängten Gefängnisstrafen zu teuer geworden. Es sind also weitgehend Effizienz- und Kostengesichtspunkte, die hier eine Rolle gespielt haben. Ich glaube, dass auch hinter den Ordnungswidrigkeiten sehr stark Effizienzerwägungen stehen. Das Verfahren ist insoweit effektiver, schneller. Und auch hinter dem Deal stehen meines Erachtens zu einem ganz erheblichen Teil Gesichtspunkte der effizienten Erledigung – Gerichte werden in bestimmten Verfahren im Wege normalen Prozedierens überhaupt nicht mehr fertig. Ich denke also, hier muss man die Humanitätsaspekte ein Stück weit herausnehmen. Auf der anderen Seite meine ich, dass man in der starken Reduzierung der Strafen seitens der Praxis in den ersten Jahrzehnten des letzten Jahrhunderts und zum Teil schon zuvor vielleicht sehr viel eher gewisse Humanitätsaspekte sehen könnte. Ich denke, das begann schon in den zwanziger Jahren, EXNER hat diese fortschreitende Milderung 1930 im Einzelnen beschrieben und darauf hingewiesen, dass die Praxis praktisch nur noch den untersten Teil des Strafrahmens ausschöpfe. Dass dahinter Effizienzgesichtspunkte standen, glaube ich nicht. Ich glaube vielmehr, man hat damals schon in der Praxis laboriert und deutlich gesehen, dass man mit sehr viel milderem Strafen auch auskommt, die Effekte etwa gleich sind wie bei höheren Strafen und es daher richtig ist, milder zu strafen. Auch in Skandinavien hat man in dieser Weise experimentiert und dabei – zum Beispiel in Finnland – festgestellt, dass bei bewusst abgesenktem Strafniveau im Großen und Ganzen ganz ähnliche Ergebnisse erzielt werden konnten wie zuvor.

SCHUMANN:

Herr Schreiber möchten Sie eine Frage anschließen?

SCHREIBER:

Sie haben den Begriff der Humanität verwendet, und der scheint mir in Ihrer Anwendung sehr zu schillern. Humanität geht so und geht so. Wie heißt das bei KRAUS: Wenn sich einer richtig wie ein Vieh benommen hat, dann sagt man, der muss auch mal richtig human behandelt werden. Also die Humanität scheint mir ein etwas problematischer Begriff zu sein, und Herr Frisch hat, glaube ich, mit Recht auf die Ordnungswidrigkeiten, auf §§ 153, 153a StPO und den Deal hingewiesen. Ist das nicht einfach ein Prozess auch der Rücknahme von Strafe, unter welchem Gesichtspunkt auch immer? Wollen wir wieder zurück, §§ 153, 153a StPO abschaffen und ordentlich bestrafen und alle Ordnungswidrigkeiten wieder zu Strafen machen? Das hat ja auch Herr Duttge nicht gewollt, solch eine Restaurierung des Strafrechts. Ich habe ihn so verstanden, dass er es eher so gemeint hat, man solle einen Kern, vielleicht auch einen reduzierten Kern, erhalten. Wollen Sie uns das alles zurückbringen? Sie haben das so ein bisschen verspottet, den Deal. Das ist alles problematisch, aber

Sie wollen doch wahrscheinlich nicht zurück in eine Strafrechtsstufe dahinter im Namen einer zweifelhaften Humanität.

RÜPING:

Ich teile Ihre Bedenken und Einwände, meine aber auch, ich hätte nicht gesagt, dass ich die Darstellung an der Humanität aufhänge. Ich möchte das ausdrücklich aufgreifen, das wäre Unsinn. Und das ist auch nicht beabsichtigt. Ich hatte etwas in Zweifel gezogen, was informell Entkriminalisierung ist. Der Begriff der Humanität ist, in Übereinstimmung mit Ihnen, als verbindende Leitidee nur bedingt verwendbar. Ich wollte auf der anderen Seite aber die Vorgabe der Akademie zu Worte kommen lassen.

SCHUMANN:

Ich sehe noch zwei Wortmeldungen, vielleicht fassen wir diese zusammen, und zwar in der Reihenfolge zuerst Herr Loos und dann Herr Behrends. Anschließend hat Herr Rüping Gelegenheit für ein Schlusswort.

LOOS:

Ich habe hier ein Periodisierungsproblem, meine das aber nicht ernst. Sie haben zusammengefasst FEUERBACH und v. LISZT. Und das ist doch einigermaßen problematisch, denn die Probleme, und zwar auch gerade unter Gesichtspunkten der Humanität, sind bei beiden Konzeptionen völlig anders. Die Spezialprävention führt natürlich unter Umständen weg von der Fassung von präzisen Tatbeständen, und da kann ein Humanitätsverlust eintreten. Die FEUERBACHsche Version verliert den Täter als Person aus dem Auge, und darin steckt natürlich ein Humanitätsproblem. Ich weiß, dass Sie das alles auch wissen, das ist mir vollkommen klar, aber weil das ja doch immer noch ein aktueller Streit ist: Sehen wir das Strafrecht als vergeltendes Strafrecht oder sehen wir es als spezialpräventives Strafrecht? Da läuft immer noch die Linie der streitigen Auseinandersetzung.

BEHRENDTS:

Ich möchte, die Tendenz des Vortrags aufgreifend, noch einmal eine Lanze brechen für die echte Humanisierung des Strafrechts, d.h. seine Begründung in klaren, menschlich verantworteten und moralisch überzeugenden Zwecken. Ein erster entscheidender Schritt dafür war die von THOMASIIUS bewirkte Ablösung des Strafrechts aus dem *ius divinum*, da damit die Zeit der notwendig von steter Kritik begleiteten, menschlichen Verantwortung begann. Einen weiteren bedeutenden Entwicklungsschritt, der bis heute nachwirkt, brachte die Strafzwecklehre FRANZ v. LISZTS, die, von den Zweckanalysen JHERINGS beeinflusst, die Alleinherrschaft der absoluten Straftheorien beendete. Um die Gewinne dieser Art Humanisierung zu sichern, bedarf es der Pflege klarer Begriffe, die in ihrer Fasslichkeit und Überzeugungskraft auch der öffentlichen Meinung vermittelbar sind. Das gilt auch heute. Es genügt nicht zu sagen: Unseren Begriffen wie Menschenwürde und Sozialexistenz. Es müssen die Gedankenschritte offengelegt oder überhaupt erst bewusst gemacht werden, die

rechtfertigen, dass daraus für das Verhältnis von Schuldstrafe und Resozialisierung erhebliche Umgewichtungen abgeleitet werden.

Insofern ist der durchgehende Gedanke, den ich im Vortrag von Herrn Rüping sehr deutlich gespürt und mit Sympathie registriert habe, die Auffassung der Entwicklung des Strafrechts hin zu einer menschlich verantworteten und menschlich zu rechtfertigenden Aufgabe. Ein solches Strafrecht verlangt, den geltenden Rechtszustand offenzulegen. Man sollte daher einen Zustand vermeiden, in dem es heißt, es werden lebenslange Strafen angedroht, und in Wahrheit kommen Zeitstrafen heraus. Es ist eine Art Begriffsjurisprudenz mit uneingelösten Begriffen. Sie ist gut für die Verbreitung des Augurenlächelns. Man kann sich unter Wissenden zulächeln, weil man weiß, dass das alles nicht so gemeint ist. Aber kulturell ist das nicht gut. Das, was an diesen Entwicklungen gut und richtig ist, sollte die Offenlegung nicht scheuen.

SCHUMANN:

Herr Müller-Dietz, habe ich Sie übersehen?

MÜLLER-DIETZ:

Nein, Sie haben mich nicht übersehen. Ich habe mich nur daran erinnert, dass 1948 ein Aufsatz erschienen ist: „Humanität als Strafrechtswert“ von meinem Lehrer THOMAS WÜRTENBERGER.<sup>1</sup>

RÜPING:

Nachdem die Koreferate zunehmen, je länger wir diskutieren, beschränke ich mich auf zwei Sätze. Ich fühle mich noch einmal durch Ihre Positionierung, Herr Behrends, bestätigt. Das war zumindest Anlass, die Humanität in diesem Rahmen einzubringen. Ein durchgehender Ordnungswert kann sie nicht sein, das ist auch kargestellt worden. Zu Ihrer Bemerkung, Herr Loos, stimme ich Ihnen zu, dass FEUERBACH und v. LISZT nicht undifferenziert in einem Atemzug genannt werden können.

---

1 Süddeutsche Juristenzeitung 3 (1948), Sp. 650-655, wieder abgedruckt in: THOMAS WÜRTENBERGER, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969), 1970, S. 1-9.



# Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke

MICHAEL PAWLIK

- I. Das Ärgernis des Strafzwanges
- II. Präventionstheoretische Strafbegründungen
  - 1. Die Attraktivität des Präventionsdenkens
  - 2. Die negative Generalprävention
  - 3. Die Spezialprävention
  - 4. Die positive Generalprävention
- III. Vergeltung als Strafzweck
  - 1. Strafe als Schadenersatz
  - 2. Verbrecherisches Unrecht als Mitwirkungspflichtverletzung
  - 3. Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht: Aufrechterhaltung eines Zustandes der Freiheitlichkeit
  - 4. Strafe und Schmerz

## I. Das Ärgernis des Strafzwanges

„Nirgend manifestirt sich die Majestät des Staates so sehr als in der Strafe, aber nirgend manifestirt sich auch so sehr, daß seine Macht von oben ertheilt ist, und nicht von Menschen.“<sup>1</sup> Mit diesen Worten eröffnet FRIEDRICH JULIUS STAHL, der konservative preußische Staatsdenker, seine straftheoretischen Erörterungen. Die staatliche Strafe ist ein so grundstürzender Eingriff, dass für STAHL schon allein ihretwegen der Staat nur durch göttliche Einsetzung legitimierbar ist. Die Antwort STAHLs ist einem säkularen Rechtsdenken verschlossen. Die Schärfe seines Problembewusstseins ist dagegen bis heute beispielhaft. Was berechtigt den Staat dazu, einzelnen seiner Bürger, gestützt auf den Vorwurf eines massiven Fehlverhaltens, zwangsweise fundamentale Güter zu entziehen; kurz: weshalb darf der Staat strafen? Diese Frage bildet nach wie vor einen der schmerzlichsten Stachel im Fleisch einer jeden freiheitlichen Rechtsordnung, und deshalb kann der moderne Verfassungsstaat gar nicht anders, als der staatlichen Strafgewalt mit beträchtlicher Skepsis, gleichsam einem Grundmisstrauen, zu begegnen.

Wer sich der Frage nach der Legitimität der Kriminalstrafe widmet, operiert nicht im luftleeren Raum. Die Strafe ist keine Erfindung der Theorie. „Das Wort und die Sache waren“ in den Worten FEUERBACHS „lange vor der

---

1 FRIEDRICH JULIUS STAHL, Die Philosophie des Rechts, Bd. II/2 (Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts), 5. Aufl. 1878, Nachdruck 1963, S. 682.

Wissenschaft, in welcher der darauf bezeichnete Begriff dargestellt werden soll, vorhanden.“<sup>2</sup> Um den Begriff der Strafe dingfest zu machen, ist deshalb, so FEUERBACH weiter, „der Sprachgebrauch [...] unser erster und einziger Führer, und die Analysis desselben das Fundamentalgeschäft in dieser Untersuchung.“<sup>3</sup> Auf diesem Wege würden wir „leicht gewahr, daß Strafe überhaupt ein Uebel bedeute, welches um begangener gesetzwidriger Handlungen [...] einem Subjecte zugefügt wird.“<sup>4</sup> Dass das soziale Phänomen, welches wir Kriminalstrafe nennen, an eine vorangegangene, rechtlich missbilligte Tat des Bestraften anknüpft, der „Realgrund“ der Strafe<sup>5</sup> also in der Vergangenheit liegt, wird auch heute allgemein anerkannt.<sup>6</sup> Von der Klärung des Begriffs der Strafe ist FEUERBACH zufolge freilich die „ganz andere Frage“ zu unterscheiden, „ob dieser Begriff eine rechtliche Realität habe? ob es ein Recht, ein solches Uebel zuzufügen, gebe?“<sup>7</sup> Einige Stationen auf der Suche nach dem „Rechtsgrund“ der Strafe<sup>8</sup> möchte ich nachfolgend vorstellen.

Zur Beantwortung der Rechtsgrundfrage stehen zwei unterschiedliche Deutungsschemata zur Verfügung: Entweder wir fassen die Straftat als *Gefahr* auf – als ein Verhalten, „das als solches gewissermaßen den Keim der Wiederholbarkeit in sich trägt, sei es durch denselben Täter, sei es aufgrund der Nachahmung durch andere.“<sup>9</sup> Oder aber wir interpretieren sie als *Verbrechen* – als eine „das Recht verletzende Willensäußerung [...], die von der Gemeinschaft nicht hingenommen werden kann“ und folglich nach Missbilligung verlangt.<sup>10</sup> Das Programm, nach dem sich die Wahl des Sanktionsinstrumentariums richtet, heißt im ersten Fall *Prävention*, im zweiten Fall *Retribution*.<sup>11</sup> Die *Präventionstheorien* der Strafe halten den Rückgriff auf die Vergangenheit unter Legitimationsgesichtspunkten für unergiebig und verweisen stattdessen auf die Zu-

2 ANSELM v. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. I, 1799, Nachdruck 1966, S. 3.

3 FEUERBACH (Anm. 2), S. 3.

4 FEUERBACH (Anm. 2), S. 5.

5 Dieser Begriff wird hier verwendet in Anlehnung an GÜNTHER SPENDEL, *Grundfragen jeder Strafrechtsreform. Eine Studie zur Systematik des Strafrechts*, in: Siegfried Hohenleitner u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*, 1957, S. 39, 40.

6 Zuletzt ULFRID NEUMANN, *Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe*, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 435, 438 f. – Weitere Nachweise in: MICHAEL PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, S. 15 f.

7 FEUERBACH (Anm. 2), S. 4.

8 HEINZ-GERD SCHMITZ, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen*, 2001, S. 13.

9 SUSANNE WALTHER, *Was soll „Strafe“? Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems*, ZStW 111 (1999), S. 123, 130.

10 WALTHER (Anm. 9), ZStW 111 (1999), S. 129.

11 WALTHER (Anm. 9), ZStW 111 (1999), S. 129 f.

kunft. Diesen Auffassungen gemäß ist also zu strafen *ne peccetur*. Das Geschehene lässt sich nicht ungeschehen machen, aber mit Hilfe der Strafe lässt sich wenigstens das künftige gesellschaftliche Sicherheitsniveau günstig beeinflussen. Der Familie der Präventionslehren wende ich mich im folgenden zweiten Abschnitt zu. Die *vergeltungstheoretisch (retributiv) orientierten Konzeptionen* erblicken dagegen nicht nur den Real-, sondern auch den Rechtsgrund der Strafe in der Vergangenheit. Zu strafen sei *quia peccatum est*. Dieses Begründungsmodell erörtere ich im abschließenden dritten Teil meines Beitrags.

## II. Präventionstheoretische Strafbegründungen

### 1. Die Attraktivität des Präventionsdenkens

Der staatstheoretische Ausgangspunkt der Präventionslehren ist von nachgerade unwidersprechbarer Überzeugungskraft: Der moderne Staat gründet seine Legitimation auf die *Leistungen*, die er seinen Bürgern erbringt.<sup>12</sup> Die fundamentale staatliche Leistung ist – insoweit ist HOBBS unüberholt – die Leistung der Schutzgewährung.<sup>13</sup> Dem Präventionsdenken zufolge rechtfertigt die Strafe sich unmittelbar dadurch, dass sie zur Erfüllung der genannten Schutz Aufgabe beiträgt.<sup>14</sup> Die Frage nach der genauen Ausgestaltung des Strafsystems stellt sich demnach als ein quasi technisches Optimierungsproblem dar, und das Ausmaß seiner Aufgabenerfüllung ist – jedenfalls im Prinzip – empirisch nachprüfbar.<sup>15</sup> Eine insgesamt szientistisch geprägte und zukunftsorien-

12 Prägnant dazu jüngst WOLFGANG FACH, Leistung und Legitimation des modernen Staates, in: Diethelm Kleszczewski u.a. (Hrsg.), Entstaatlichung und gesellschaftliche Selbstregulierung, 2008, S. 11 ff.

13 Vgl. THOMAS HOBBS, Leviathan, 5. Aufl. 1992, 21. Kap. (S. 171). – Auch das Bundesverfassungsgericht begreift das Strafrecht vor allem als Schutzrecht (vgl. etwa BVerfGE 21, S. 391, 403 f.; BVerfGE 27, S. 18, 29; BVerfGE 39, S. 1, 45, 187, 253; BVerfGE 51, S. 60, 74 f.; BVerfGE 80, S. 244, 255 f.; BVerfGE 88, S. 203, 257; BVerfGE 90, S. 145, 175, 184).

14 ALESSANDRO BARATTA, Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, in: Fritjof Haft u.a. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 393, 408 f.

15 Tatsächlich sind die (insbesondere general-)präventiven Wirkungen der Strafpraxis erfahrungswissenschaftlich nur schwer abzusichern (vgl. etwa MICHAEL BOCK, Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 [1991], S. 636, 654 ff.; ferner DENS., Prävention und Empirie. Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, JuS 1994, S. 89, 96 ff.). In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts hat dies zu der paradoxen Konsequenz geführt, dass entgegen der Rede des Gerichts von der gesteigerten Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Prüfung einer Strafvorschrift (etwa BVerfGE 25, S. 269, 286; BVerfGE 88, S. 203, 258; BVerfGE 90, S. 145, 172) die Anforderungen, die insofern tatsächlich an Strafgesetze gestellt werden, deut-

tierte Kultur erkennt in den Präventionstheorien Geist von ihrem Geist und räumt ihnen deshalb typischerweise einen erheblichen Plausibilitätsvorschuss ein.<sup>16</sup>

Die klassischen Ausprägungen des Präventionsgedankens stellen die negative Generalprävention und die Spezialprävention dar. Die *negative Generalprävention*, welche auf die Abschreckung potentieller Täter setzt, macht sich die Vorstellung des kühl seinen Vorteil kalkulierenden *homo oeconomicus* zunutze, für den auch Kriminalität eine ökonomische Aktivität ist. Einem solchen klugen Nutzenmaximierer soll durch ein verlässlich funktionierendes Strafrechtssystem handgreiflich demonstriert werden, dass Delinquenz alles in allem eine unprofitable Lebensform ist (2.). Die *Spezialprävention*, die den Zweck der Strafe darin erblickt, den Täter von künftigen Taten abzuhalten, bedient sich demgegenüber einer quasi medizinischen Terminologie; sie fordert die „Behandlung“ und äußerstenfalls die „Unschädlichmachung“ der Straftäter (3.). Im Mittelpunkt der jüngeren straftheoretischen Diskussion steht indes ein dritter Spross aus der Familie der Präventionslehren: die Lehre von der *positiven Generalprävention*, auch *Integrationsprävention* genannt. Statt auf Abschreckung und Umerziehung setzt sie darauf, mittels der Strafe die Wertüberzeugungen der normtreuen Bürger zu bestätigen und zu stärken (4.).

## 2. Die negative Generalprävention

Die Lehre von der negativen Generalprävention mutet den Adressaten der Strafnormen keinen überflüssigen Idealismus zu. Sie betrachtet die Gesellschaftsmitglieder als Individuen, die zuallererst an ihrem eigenen Nutzen interessiert sind

---

lich geringer sind als jene Anforderungen, die an andere eingreifende Regelungen des Staates herangetragen werden (näher IVO APPEL, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 181 ff.).

16 Näher WOLFGANG BECK, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung. Zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlagerter Strafbarkeit, erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts, 1992, S. 39; DETLEV FREHSEE, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen, 1987, S. 58; WINFRIED HASSEMER, Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: Winfried Hassemer/Klaus Lüderssen/Wolfgang Naucke, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, S. 39, 51 f.; DERS., Prävention im Strafrecht, JuS 1987, S. 257, 263; PETER HOFFMANN, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992, S. 114 ff.; WOLFGANG NAUCKE, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), S. 525, 533 f.; ULRICH NEUMANN/ULRICH SCHROTH, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 10; CORNELIUS PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, S. 234.

und diesen in rationaler Weise zu verfolgen wissen.<sup>17</sup> Gerechtigkeit ohne eigenen Vorteil sei die größte Dummheit, folglich müsse alles Gerechte ein im Privatbereich Nützlich sein, so bringt LEIBNIZ<sup>18</sup> diesen rechtsethischen Minimalismus auf den Begriff.<sup>19</sup> Strafen müssen danach „so eingerichtet werden,

---

17 Vgl. FELIX HERZOG, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne, 1987, S. 41 (kritisch); BERND SCHÜNEMANN, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: ders. u.a. (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1998, S. 109, 122 (affirmativ). – Der Ausgangspunkt beim *homo calculans* macht die Abschreckungslehre vor allem für die Vertreter der ökonomischen Theorie des Rechts attraktiv; grundlegend GARY S. BECKER, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 1993, S. 40 ff.; aus der deutschsprachigen Literatur ferner MICHAEL ADAMS/STEVEN SHAVELL, Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA 1990, S. 337, 340 ff.; HORST ENTORF, Ökonomische Theorie der Kriminalität, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Die Präventiventwicklung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, S. 1 ff.; DIETER SCHMIDTCHEN, Wozu Strafrecht? Einige Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, ebd., S. 49 ff.; DERS., Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe, in: Dieter Dölling (Hrsg.), Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 245, 266 ff.; VIKTOR VANBERG, Verbrechen, Strafe und Abschreckung. Die Theorie der Generalprävention im Lichte der neueren sozialwissenschaftlichen Diskussion, 1982, S. 7 ff. – Weitere Anhänger dieser Strafkonzepktion: KARSTEN ALTENHAIN, Das Anschlußdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallsrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung, 2002, S. 326 ff.; NORBERT HOERSTER, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970, S. 272, 273 ff.; DERS., Zur Verteidigung von Schopenhauers Straftheorie der Generalprävention, Schopenhauer-Jahrbuch, Bd. 53 (1972), S. 101 ff.; EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. Aufl. 1975, 3/4; DERS., Über Strafe und Generalprävention, in: Rainer Zaczyc u.a. (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag, 1998, S. 443, 455.

18 Frühe Schriften zum Naturrecht, 2003, S. 329.

19 Die sozialwissenschaftliche Kritik an diesem spezifisch ökonomischen Denkmodell faßt PETRA WITTIG zusammen (PETRA WITTIG, Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens, 1993, S. 126 ff.; DIES., Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens, MschrKrim 1993, S. 328, 333 ff.). – Die neuere ökonomische Sozialtheorie hat auf diese Kritik mit der Einbeziehung verhaltenstheoretischer Positionen reagiert, was zu einer weitgehenden Subjektivierung des von ihr zugrunde gelegten Rationalitätskonzepts geführt hat (Überblick bei HANS-JOACHIM OTTO, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie?, 1982, S. 101 ff.). Auch das Modell rationalen kriminellen Verhaltens wird in neueren Entwürfen mit soziologisch-kriminologischen Theorien kombiniert (HENNING CURTI, Abschreckung durch Strafe. Eine ökonomische Analyse der Kriminalität, 1999, S. 56 ff.; ARNO LIPPERT, Verbrechen und Strafe. Ein Beitrag der ökonomischen Theorie zur Erklärung und Behandlung von Kriminalität, 1997, S. 293 ff.).

daß sie in ihrer Härte schwerer wiegen als Gewinn und Genuß, den man aus der vom Gesetz verbotenen Tat ziehen könnte.“<sup>20</sup> Dieses Strafverständnis lässt sich auf ein *prima facie* durchaus beachtliches Zweck-Mittel-Argument stützen.

Danach liegt eine Absenkung des Kriminalitätsniveaus innerhalb einer Gesellschaft<sup>21</sup> im Interesse (praktisch) eines jeden Gesellschaftsmitglieds.<sup>22</sup> Selbst derjenige, der seinen Lebensunterhalt durch Straftaten bestreitet, will typischerweise deren Früchte in Ruhe und Frieden genießen. Das Mittel der Abschreckung aber trägt nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht unerheblich zur Erreichung des Ziels der Kriminalitätsreduzierung bei. Das Wissen darum, dass Straftaten mit hinreichend großer Wahrscheinlichkeit bestraft werden, wirkt nämlich *grosso modo* auf tatgeneigte Individuen demotivierend; Straftaten, die ansonsten (d.h. im Falle der Abwesenheit eines funktionsfähigen Strafrechtssystems) begangen worden wären, werden auf diese Weise verhindert. Muss nun, wer den *Zweck* – die Kriminalitätsreduzierung – will, nicht auch das zu seiner Erreichung taugliche *Mittel* der (als Abschreckungsmittel konzipierten) Strafe akzeptieren?

Diese Schlussfolgerung ist jedoch vorschnell. In Bezug auf ein Gesellschaftsmitglied, das eine strafrechtlich sanktionierte Norm *gebrochen hat*, gilt sie nämlich nur mit einer bedeutsamen Einschränkung. Zwar entspricht es nach dem soeben Ausgeführten dem rationalen Interesse auch eines solchen Individuums, dass Strafen *angedroht* und *mit hinreichender Regelmäßigkeit verhängt* werden (denn ansonsten würden die Androhungen ja ihren Biss und damit ihre Glaubwürdigkeit einbüßen)<sup>23</sup>. Am günstigsten wäre es für ihn freilich, wenn lediglich die Normbrüche *der übrigen* Gesellschaftsmitglieder bestraft würden,

20 SAMUEL PUFENDORF, Über die Pflicht des Menschens und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, II/11 § 7 (S. 184).

21 Weil es realistischerweise nur um eine *Absenkung*, nicht aber um eine *Ausrottung* der Kriminalität gehen kann, stellt der Umstand, dass trotz der Existenz einer Strafrechtsordnung verbreitet delinquent wird, keine Widerlegung der Lehre von der negativen Generalprävention dar. Deren Vertreter können nämlich auf die weitaus größere Zahl der trotz Tatanreiz und Tatmöglichkeit *nicht* begangenen Delikte verweisen (ALTENHAIN [Anm. 17], S. 329 f.; HOERSTER [Anm. 17], GA 1970, S. 274; DERS. [Anm. 17], Schopenhauer-Jahrbuch 1972, S. 105 f.; SCHMIDHÄUSER [Anm. 17], Strafrecht Allgemeiner Teil, 3/16; DERS., Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971, S. 58, 76; DERS. [Anm. 17], Festschrift Wolff, S. 443, 446; BERND SCHÜNEMANN, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Albin Eser/Karin Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, S. 222; VANBERG [Anm. 17], S. 26 f.).

22 Um eine *interessentheoretische* Fundierung der Präventionslehren bemühen sich MICHAEL BAURMANN, Strafe im Rechtsstaat, in: ders./Hartmut Kliemt (Hrsg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, S. 109, 115 ff.; NORBERT HOERSTER, Zur Begründung staatlichen Strafens, in: Werner Krawietz (Hrsg.), Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, 1984, S. 226, 233; VANBERG (Anm. 17), S. 11. Pathologische Randexistenzen wie der überzeugte Anarchist oder der Berufsrevolutionär bleiben insofern ausgeklammert.

23 So zuletzt ALTENHAIN (Anm. 17), S. 327 f.

während *er selbst* ungeschoren davonkäme. Die *Verhängung der Strafe im Einzelfall*, also jenen Akt, der tatsächlich weh tut und daher in hervorragendem Maße legitimationsbedürftig ist, können wir dem Betroffenen gegenüber deshalb nicht mehr auf den Gesichtspunkt des klugen Eigeninteresses stützen.<sup>24</sup>

Dieser Befund konfrontiert die Vertreter der Lehre von der negativen Generalprävention mit einem Dilemma. Wollen sie an der begründungstheoretisch attraktiven, da voraussetzungsarmen Berufung auf den Topos des klugen Eigeninteresses festhalten, so müssen sie sich auf die Interessenlage sämtlicher (deliktsgeneigter) Gesellschaftsmitglieder *mit Ausnahme des Verurteilten selbst* beschränken. Diesen anderen Gesellschaftsmitgliedern wird mittels der Bestrafung des Täters vor Augen geführt, dass Kriminalität sich nicht lohnt. Es wird also nicht mehr (auch) *mit dem Verurteilten* gesprochen, sondern nur noch *vermittels* seiner. Er wird – um eine Wendung WELCKERS aufzugreifen – verwendet „wie unbrauchbare Stoffe zur Vogelscheuche.“<sup>25</sup> Dies aber bedeutet, dass der Täter nur mehr „in der rechtlichen Form, nicht aber nach dem Inhalt der Regelung“ als gleichberechtigtes Mitglied der Rechtsgemeinschaft behandelt wird.<sup>26</sup> Auf diesem Wege lässt sich lediglich ein Akt der *Exklusion*

---

24 Auf den ersten Blick scheint man diesem Befund dadurch entgehen zu können, dass man den Gesellschaftsangehörigen die Fähigkeit zur Verfolgung *komplexerer Zweckreihen* zubilligt. Die Gesellschaftsmitglieder seien sich der destruktiven Konsequenzen einer allgemeinen Praxis des „Trittbrettfahrens“ bewusst. Deshalb entspreche es ihrem *reflektierten* Eigeninteresse, einer Bestrafungskonzeption zuzustimmen, die sicherstelle, dass das „Trittbrettfahren“ zu einer regelmäßig unattraktiven Verhaltensoption werde (in diesem Sinne zuletzt DIETER SCHMIDTCHEN, Prävention und Menschenwürde [Anm. 17], S. 245, 247 im Anschluss an BUCHANAN). Dieses Erklärungsmodell versagt aber jedenfalls dort, wo einem Gesellschaftsmitglied eine *schwere* Strafe droht, die seinen durch die Entmutigung einzelner „Trittbrettfahrer“ bewirkten Sicherheitsgewinn übersteigt. Ferner ist die Annahme einer allgemeinen Praxis des „Trittbrettfahrens“ von vornherein unrealistisch. Die meisten Straftaten werden nicht aus klugem Eigeninteresse unterlassen, sondern deshalb, weil das betreffende Individuum in einer Weise sozialisiert ist, die ihm ein legales Verhalten als selbstverständlich erscheinen lässt. Aus diesem Grund schneidet sich ein zum „Trittbrettfahren“ entschlossener Täter keineswegs notwendig in das eigene Fleisch. Angesichts dieser Sachlage aber hat er unter Klugheitsgesichtspunkten keinen hinreichenden Anlass, seiner eigenen Bestrafung zuzustimmen.

25 KARL THEODOR WELCKER, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. Philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt, 1813, Nachdruck 1964, S. 214. – Diese Konsequenz ergibt sich im übrigen auch daraus, dass die Strafe zur Setzung eines effektiven Gegenmotivs für den *Täter selbst* zu spät kommt: Er *hat* sich nicht abschrecken lassen. Unter Präventionsgesichtspunkten kann die Strafe deshalb allenfalls noch zur Abschreckung *anderer* nutzbar gemacht werden.

26 ERNST AMADEUS WOLFF, Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), S. 786, 798. – Grundlegend für die neuere Diskussion PETER BADURA, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337, 343 f.

begründen, aber keine *Rechtsstrafe* – denn zu dieser gehört in den Worten des Bundesverfassungsgerichts, dass der Täter „nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht werden“ darf<sup>27</sup> und „nicht für vermutete kriminelle Neigungen Dritter büßen muß, sondern nach seiner Tat und seiner Schuld bestraft wird“.<sup>28</sup>

FEUERBACH hat dieses Problem weitaus schärfer erkannt als viele der späteren Abschreckungstheoretiker. Deshalb unterscheidet er strikt zwischen der *Androhung* und der *Exekution* des Strafübels.<sup>29</sup> Den Geltungsanspruch der Präventionslogik beschränkt FEUERBACH auf den Bereich der Strafandrohung.<sup>30</sup> Den Rechtsgrund für die Strafvollstreckung erblickt er dagegen in einer konkludenten Einwilligung des Delinquenten: Jeder, der das Recht habe, die Unterlassung bestimmter Handlungen zu fordern, habe auch das Recht, die Begehung dieser Handlungen unter eine ihm genehme Bedingung zu stellen,<sup>31</sup> dies gelte auch für den Staat.<sup>32</sup> Der Bürger müsse sich entweder der Bedingung unterwerfen oder die Handlung unterlassen. Begehe er gleichwohl die derart bedingte Tat, so berechtige er den Staat, die angedrohte Strafe zu vollziehen.<sup>33</sup>

Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion hat bereits FEUERBACHS Freund und Kontrahent GROLMAN aufgezeigt. In dem „willkürlichen Faktum des Androhens“ sei keineswegs ein Rechtsgrund für den auszuübenden Zwang enthalten.<sup>34</sup> Allein der Umstand, dass der andere vorab um meine Entschlossenheit weiß, unter bestimmten Bedingungen Zwang anzuwenden, macht meine Reaktion, so sie denn erfolgt, noch nicht zu einer legitimen; entscheidend ist vielmehr die Legitimität der von mir aufgestellten Bedingungen.<sup>35</sup> Diese Bedingungen leitet FEUERBACH wiederum aus den Vorgaben der Abschreckungslehre ab.<sup>36</sup> Dies ist zwar konsequent; denn um ihrer Aufgabe, der Androhung zur Wirksamkeit zu verhelfen,<sup>37</sup> in möglichst effektiver Weise zu entsprechen, müssen die Regeln, die über das Ob und das Wieviel der Strafe bestimmen, sich an die Wertungen des Abschreckungsdenkens anpassen. An-

---

27 BVerfGE 50, S. 205, 215.

28 BVerfGE 28, S. 386, 391.

29 FEUERBACH (Anm. 2), S. 52 f.

30 FEUERBACH (Anm. 2), S. 49 ff.

31 FEUERBACH (Anm. 2), S. 53.

32 FEUERBACH (Anm. 2), S. 53.

33 FEUERBACH (Anm. 2), S. 54.

34 KARL LUDWIG WILHELM v. GROLMAN, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der iuridischen Imputation*, 1799, S. 10.

35 GROLMAN (Anm. 34), S. 12 ff.

36 Vgl. ANSELM v. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. II, 1800, Nachdruck 1966, S. 39 f., 67.

37 Vgl. FEUERBACH (Anm. 2), S. 52.

drohung und Exekution von Strafe lassen sich nicht entkoppeln.<sup>38</sup> Der Preis dafür ist allerdings hoch. So nimmt FEUERBACH an, dass „schlechte Erziehung“<sup>39</sup> sowie „natürliche Schwäche und Stumpfheit der höhern Geisteskräfte“<sup>40</sup> die Strafbarkeit *erhöhen* – denn derartige Defekte unterstützten „nothwendig die Wirksamkeit und die Herrschaft der sinnlichen Begierden“,<sup>41</sup> steigerten also die Gefährlichkeit des mit ihnen behafteten Menschen<sup>42</sup> und bedürften daher zu ihrer Neutralisierung einer besonders nachdrücklichen Zwangsmaßnahme.<sup>43</sup> Dies bedeutet freilich nichts Geringeres als eine Abkehr

---

38 Ebenso HEINER BIELEFELDT, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts, GA 1990, S. 108, 116; KARL-HEINZ GÖSSEL, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974, S. 247; DERS., Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, in: Otto Friedrich Freiherr von Gamm u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, 1988, S. 3, 21; HOERSTER (Anm. 17), GA 1970, S. 276; MICHAEL KÖHLER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 38; DERS., Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung. Erörtert am Problem der Generalprävention, 1983, S. 28; DERS., Der Begriff der Strafe, 1986, S. 6, 13, 53, 72 ff.; ELIO MORSELLI, Vergeltung. Eine tiefenpsychologische Kategorie der Strafe?, ARSP 87 (2001), S. 221, 227 f.; SPENDEL (Anm. 5), S. 50; FRANZ STRENG, Kommentar zu „Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität“, in: Wolfgang Frisch u.a. (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 129. – *Cum grano salis* gilt der obige Einwand auch gegen den Vorschlag H. L. A. HARTS, die *Institution der Strafe* unter Rückgriff auf den Abschreckungsgedanken, *konkrete Strafakte* hingegen anhand eines retributiven Maßstabes zu rechtfertigen (HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, Recht und Moral. Drei Aufsätze, 1971, S. 66; zustimmend BJÖRN BURKHARDT, Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, S. 321, 341; PETER KOLLER, Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung, ZStW 91 [1979], S. 45, 46 f.; LOTHAR KUHLEN, Anmerkungen zur positiven Generalprävention, in: Bernd Schönemann u.a. [Hrsg.], Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1998, S. 55, 59; VANBERG [Anm. 17], S. 8 f.; i. E. [ungeachtet seiner Betonung des in dieser Konzeption liegenden systematischen Bruchs] auch THOMAS WEIGEND, Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren?, in: Wolfgang Frisch u.a. [Hrsg.], Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 199, 200 f.). Ein konkreter Bestrafungsvorgang muss geduldet werden, weil und insofern die Strafe als solche eine legitime Institution ist. Die Legitimation einzelner Anwendungsakte einer Institution ist insofern eine gleichsam geborgte; sie ist abgeleitet von der Rechtfertigung, welche die Institution als Ganze trägt. Wenn Abschreckungsstrafen sich im Einzelfall – also dort, wo die Institution ihre realen Wirkungen zeitigt – nicht rechtfertigen lassen, dann beweist dieser Umstand, dass auch die Institution als Ganze anders verstanden werden muss.

39 FEUERBACH (Anm. 36), S. 417.

40 FEUERBACH (Anm. 36), S. 421.

41 FEUERBACH (Anm. 36), S. 421.

42 Vgl. FEUERBACH (Anm. 36), S. 335.

43 FEUERBACH (Anm. 36), S. 333 ff.

von dem ehrwürdigen Grundsatz, dass die Strafe „in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen [muss]“. <sup>44</sup> Es ist die Axiologik seines eigenen Systems, die sich hier gegen FEUERBACH wendet. Hat er eingangs der *Revision* noch mit Nachdruck den Unterschied zwischen Strafen und Sicherungsmaßnahmen betont, <sup>45</sup> gelangt er an ihrem Ende bei einer Position an, in der die Strafe zu einem bloßen „Sicherungsmittel“ <sup>46</sup> gegen gefährliche Individuen degeneriert ist. Seine straftheoretische Konzeption spricht sich insofern selbst das Urteil. Dies zeigt: Zwar ist die abschreckende Funktion der Strafe eine „unablösbare Begleiterscheinung“ jeder Strafverhängung <sup>47</sup> und als solche auch durchaus erwünscht; als *Legitimationsgrund* der Strafe eignet sich der Abschreckungsgedanke dagegen nicht.

### 3. Die Spezialprävention

In der „Reformeuphorie“ der 1960er- und frühen 1970er-Jahre gewann eine Haltung die Oberhand, die mit FOUCAULT als „Scham vor dem Bestrafen“ umschrieben werden kann. <sup>48</sup> Deshalb wurde der Gedanke der Spezialprävention häufig auf den Gesichtspunkt der Resozialisierung verkürzt. <sup>49</sup> Die Spezialprävention gewann ihr oben erwähntes quasi-medizinisches Aussehen, <sup>50</sup> es schien allein oder doch vordringlich darum zu gehen, dem einzelnen Delinquenten zu helfen, ihn von seinen sozialen Defekten zu heilen. Freilich: Ob der Einzelne eine Krankheit behandeln lässt, unterliegt grundsätzlich seiner freien Entscheidung. Eine Zwangsbehandlung lässt sich nur unter Berufung auf ein *öffentliches Interesse* anordnen. Dieses öffentliche Interesse liegt bei der Spezialprävention ebenso wie zuvor bei der negativen Generalprävention in der Verbesserung des gesellschaftlichen Sicherheitsniveaus; negativ gewendet: in der Verringerung der künftig zu erwartenden Kriminalitätsbelastung. Dieses identisch gebliebene Ziel soll aber diesmal nicht durch die Beeinflussung *Dritter*, sondern durch die Einwirkung auf den *Delinquenten selbst* erreicht werden.

In LISZTS *Marburger Programm* stehen deshalb neben der Resozialisierung („Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher“)

---

44 BVerfGE 50, S. 502, 214 f.

45 FEUERBACH (Anm. 2), S. 19 ff.

46 FEUERBACH (Anm. 36), S. 332.

47 RICHARD SCHMIDT, Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung, 1912, S. 52.

48 Vgl. MICHEL FOUCAULT, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, 1994, S. 17. – Näher WINFRIED HASSEMER, Freiheitliches Strafrecht, 2001, S. 91 ff.

49 Dazu PETER-ALEXIS ALBRECHT, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 (1985), S. 831, 845.

50 HASSEMER (Anm. 48), S. 94. – Über Vorläufer dieses Vorstellungskomplexes im kriminalpolitischen Denken des 18. und 19. Jahrhunderts unterrichtet GÜNTER STRATENWERTH, Strafrecht und Sozialtherapie, in: Arthur Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 901, 908 f.

gleichrangig zwei weitere Strategien der Kriminalitätsbekämpfung: die „Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher“ und vor allem die „Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher“.<sup>51</sup> Es ist nicht „schwächliche Humanitätsduselei“, die bei LISZT dem Besserungsfähigen die Chance zur gesellschaftlichen Reintegration gewährt, sondern der Wunsch, durch „eine kühle Anpassung der Verbrechensbekämpfungsmittel an die kriminelle Eigenart des Täters“ einen möglichst effektiven Interessenschutz zu gewährleisten.<sup>52</sup> Dementsprechend ist der Verbrecher für LISZT weniger ein Mitbürger als ein Störfaktor.<sup>53</sup> Im Vordergrund seines Denkens steht deshalb weniger die Kritik an *zweckloser Übelzufügung* als vielmehr die Kritik an einer nicht zweckgerechten und daher *ineffizienten Verbrechensbekämpfung*.<sup>54</sup> Dort, wo LISZT einen Friedensschluss zwischen der Gesellschaft und dem Verbrecher für nicht erreichbar hält, also im Falle der sogenannten „Unverbesserlichen“, legt er konsequenterweise eine große Härte an den Tag: „Gegen die *Unverbesserlichen* muss die *Gesellschaft* sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die *Einsperrung auf Lebenszeit* (bzw. auf unbestimmte Zeit)“.<sup>55</sup>

Diese „häßliche Seite der Spezialprävention“<sup>56</sup> erinnert daran, dass die Resozialisierung innerhalb der Lehre von der Spezialprävention keinen Selbstzweck, sondern lediglich den Reflex einer gesellschaftspolitisch nützlichen Strategie darstellt. Dies wirkt einem unangebrachten rhetorischen Überschwang entgegen. Über die Tauglichkeit des Spezialpräventionsgedankens als Grundlage einer Straftheorie ist damit noch nicht entschieden. *Conditio sine qua non* ist insofern, dass die Art und Weise des Umgangs mit abweichendem Verhalten, die sich dem spezialpräventiven Denken empfiehlt, noch die charakteristischen Züge der Strafe aufweist. Sollte dies nicht der Fall sein, so besäße die Lehre von der Spezialprävention keinen Anspruch auf den Titel einer Straftheorie.<sup>57</sup> Sie würde dann nämlich nicht die Legitimität der *tatsächlich praktizierten*

51 FRANZ VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1, 36.

52 EBERHARD SCHMIDT, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955), S. 177, 181. – Klarstellend auch WOLFGANG FRISCH, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), S. 565, 576 sowie MICHAEL KUBINK, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 101.

53 GÜNTHER JAKOBS, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103, 120.

54 THOMAS VORMBAUM, „Politisches“ Strafrecht, ZStW 107 (1995), S. 734, 736.

55 LISZT (Anm. 51), S. 38 (Hervorhebungen im Original).

56 So MICHAEL WALTER, Ambulante Behandlung im Kriminalrecht, in: Rolf Dietrich Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 693, 695.

57 Eben dies ist die Auffassung MERKELS, der der Spezialpräventionslehre eine „mißbräuchliche Anwendung“ des Wortes Strafe vorwirft (ADOLF MERKEL, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 214).

*Institution* „Strafe“ begründen, sondern einen „Wortschmuggel“<sup>58</sup> betreiben, d.h. unter dem Anschein terminologischer Kontinuität einer *Ersetzung* der Strafe durch ein andersartiges Rechtsinstitut („soziales Interventionsrecht“<sup>59</sup>) das Wort reden.

Wie eingangs ausgeführt, gehört zu den begriffsbildenden Merkmalen der Strafe deren reaktiv-missbilligender Charakter: Die Strafe reagiert auf eine unrechtlche Handlung, deren Begehung sie dem Bestraften tadelnd vorhält. Sie ist also, um diesen Sachverhalt in strafrechtsdogmatisch vertraute und im heutigen deutschen Rechtssystem darüber hinaus verfassungsrechtlich abgesicherte Termini zu kleiden, an das Tat- sowie das Schuldprinzip gebunden.<sup>60</sup> Ein Rechtsinstitut zum Umgang mit abweichendem Verhalten, dessen Zulässigkeit nicht von der Beachtung dieser beiden Grundsätze abhinge, ließe sich nicht mehr als Strafe in dem uns geläufigen Sinn bezeichnen. Nun ist bereits häufig darauf hingewiesen worden, dass eine Spezialprävention à la LISZT, konsequent durchgeführt, zur Preisgabe sowohl des Schuld- als auch des Tatprinzips tendiert. Die *künftige Gefährlichkeit* des Delinquenten ist unabhängig von dem Gewicht der sozialen Störung, die sich in der *vergangenen Tat* manifestierte,<sup>61</sup> insbesondere auch davon, ob diese Tat schuldhaft begangen worden ist oder nicht.<sup>62</sup> Im Hinblick auf einen Täter, der ein schweres Delikt begangen hat, von dem aber keine Wiederholungsgefahr droht, bestünde kein spezialpräventives Behandlungsinteresse, ein „unverbesserlicher“ Kleinkrimineller müsste hingegen mit dauerhafter Unschädlichmachung rechnen.<sup>63</sup> Um Kriminalität

58 JOHANNES NAGLER, Die Strafe. Eine juristisch-kriminalistische Untersuchung, 1918, S. 6.

59 Vgl. etwa KLAUS LÜDERSEN, Abschaffen des Strafens?, 1995, S. 172.

60 Zum Verfassungsrang des Schuldprinzips vgl. BVerfGE 6, S. 389, 439; BVerfGE 9, S. 167, 169; BVerfGE 20, S. 323, 331; BVerfGE 25, S. 269, 286; BVerfGE 28, S. 386, 391; BVerfGE 50, S. 205, 214 f.; BVerfGE 86, S. 288, 313; BVerfGE 91, S. 1, 17; BVerfGE 95, S. 96, 140; BVerfGE 109, S. 133, 173 ff.

61 GÜNTHER JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991, 1/43 ff. Ebenso FREHSEE (Anm. 16), S. 72; HEIKO HARTMUT LESCH, Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, JA 1994, S. 590, 593; REINHART MAURACH/HEINZ ZIPE, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl. 1992, § 5, Rn. 5.

62 Dies ist bereits von den Zeitgenossen LISZTS erkannt und hervorgehoben worden; vgl. nur ADOLF MERKEL, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Zweiter Teil, 1899, S. 706 f. – Aus der neueren Literatur: ARMIN KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge, 1982, S. 271; LESCH (Anm. 61), S. 594.

63 JAKOBS (Anm. 61), 1/45; HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 8 IV 5 (S. 75); KÖHLER (Anm. 38), Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 41; THEODOR LENCKNER, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Hans Göppinger/Hermann Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. I, 1972, S. 3, 16; LESCH (Anm. 61), S. 593 f.; MANFRED

besonders nachhaltig zu verhüten, empfiehlt es sich zudem, erst gar nicht auf das Geschehen einer Straftat zu warten, sondern gefährliche Individuen bereits im Vorfeld den geeigneten Maßnahmen zu unterziehen.<sup>64</sup>

LISZT hat diese Gefahren durchaus gesehen, tat sich mit der Zurückweisung der betreffenden Einwände aber sichtlich schwer.<sup>65</sup> Ausdrücklich konzediert er, „daß es vielleicht in der Konsequenz unserer Anschauung wäre, nur auf die Gesinnung Rücksicht zu nehmen, und nicht erst die Tat abzuwarten; wie ja auch der Hausarzt nicht wartet, bis ein Leiden zum Ausbruche kommt, sondern demselben vorzubeugen trachtet.“<sup>66</sup> Dass diese Folgerung, obschon sie keineswegs absurd sei,<sup>67</sup> dennoch nicht gezogen werden solle, begründet LISZT mit dem Interesse des einzelnen Bürgers an der Wahrung seiner Freiheit; dieses Interesse verlange nach einer eindeutigen Begrenzung der staatlichen Strafgewalt.<sup>68</sup> LISZT selbst konkretisiert diesen Hinweis nicht näher. Im Ergebnis trifft es aber zu, dass ein strikt spezialpräventiv konzipiertes Strafrecht die Handlungsfreiheit des einzelnen Bürgers in einer kaum mehr kalkulierbaren Weise bedrohen würde.<sup>69</sup> So müsste beispielsweise die Entscheidung darüber, ob jemand so gefährlich sei, dass er einer vorbeugenden Behandlung bedürfe, entweder auf einer stark lückenhaften Tatsachengrundlage ergehen (und wäre entsprechend schlecht prognostizierbar und fehleranfällig),<sup>70</sup> oder aber sie würde eine äußerst intensive Überwachung der Bürger erfordern (und deren Freiheit aus diesem Grunde unterminieren). Für Individuen, die neben dem Bedürfnis nach Sicherheit *durch* das Recht auch das Bedürfnis nach Sicherheit *vor* dem Recht haben, ist deshalb ein spezialpräventiv ausgerichtetes Strafrecht von vornherein allenfalls dann akzeptabel, wenn dieses Strafrecht als auslösendes Moment der staatlichen Reaktion eine schuldhaftige Tat verlangt. Dies läuft frei-

---

MAIWALD, *Moderne Entwicklungen der Auffassung vom Zweck der Strafe*, in: Ulrich Immenga (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, S. 291, 295; CLAUS ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, § 3, Rn. 16, 19; SCHMIDHÄUSER (Anm. 17), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3/17; GÜNTER STRATENWERTH/LOTHAR KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5. Aufl. 2004, § 1, Rn. 19.

64 Aus dem älteren Schrifttum: KARL VON BIRKMEYER, *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, ZStW 16 (1896), S. 95, 117; MERKEL (Anm. 62), S. 706 f.; RICHARD SCHMIDT, *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, 1895, S. 139. – Neuere Stimmen: JÜRGEN BAUMANN/ULRICH WEBER/WOLFGANG MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 1995, § 3, Rn. 46; JESCHECK/WEIGEND (Anm. 63), § 8 IV 5 (S. 75); MAURACH/ZIPF (Anm. 61), § 5, Rn. 5; ROXIN (Anm. 63), § 3, Rn. 16; JAKOBS (Anm. 53), S. 120; LESCH (Anm. 61), S. 594.

65 So auch die Einschätzung von FRISCH (Anm. 52), S. 584.

66 FRANZ VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II, 1905, S. 16.

67 Vgl. LISZT (Anm. 66), S. 59.

68 LISZT (Anm. 66), S. 60, 80 f.

69 Dies betonen bereits BIRKMEYER (Anm. 64), S. 95, 116 ff. und SCHMIDT (Anm. 64), S. 139 ff. – Ebenso FRISCH (Anm. 52), S. 585 f.

70 Darauf stellt WALTER (Anm. 56), S. 699 hauptsächlich ab.

lich auf einen unterschiedlichen Aufbau des *Strafvoraussetzungs-* und des *Strafbemessungsrechts* hinaus: dort Tatprinzip, hier Täterorientierung.<sup>71</sup> Die Axiologie des einen Komplexes diskreditiert die des anderen. Eine überzeugende Straftheorie lässt sich aus zwei solchermaßen widerstreitenden Hälften nicht zusammenfügen.

#### 4. Die positive Generalprävention

Die negative Generalprävention setzt darauf, die Gesellschaftsmitglieder in ihrer Eigenschaft als rationale Vertreter ihrer je individuellen Interessen von der Vorzugswürdigkeit einer Selbstdisziplinierung überzeugen zu können. Dieses Begründungsmodell erfordert nicht, dass die Gesellschaftsmitglieder in ihrer Rolle als Normunterworfenen die Institute des Rechts in deren intrinsischem Sollenscharakter anerkennen.<sup>72</sup> Es genügt, dass sie dem Blick auf die Normen und deren Anwendung die Information entnehmen, ein Rechtsbruch werde sich voraussichtlich nicht lohnen. Eine solche, rein instrumentelle Beziehung der Bürger zu ihrer Rechtsordnung ist indessen höchst instabil, denn die Erfüllung einer jeden Rechtspflicht steht hier unter dem Vorbehalt ihrer individuellen Nützlichkeit für den Pflichtigen.<sup>73</sup> Vorzugswürdig ist es, wenn die Bürger statt aufgrund von jeweils punktuellen *Entscheidungen* aufgrund von habituell gewordenen *Dispositionen* handeln.<sup>74</sup> Deshalb wird in Rechtssoziologie,<sup>75</sup> Kri-

---

71 Bekanntlich verfuhr LISZT in eben dieser Weise. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit wollte er nach liberal-rechtsstaatlichen Grundsätzen bestimmen, ganz so, wie es die klassische Schule vertrat. Die Sanktion sollte hernach aber allein nach den sozialen Bedürfnissen bemessen werden (exemplarisch LISZT [Anm. 66], S. 71). Nach der Binnenlogik von LISZTS System bleiben die rechtsstaatlichen Einhegungen des Strafrechts jedoch stets in der Defensive. Sie sind, wie ULFRID NEUMANN, Vom normativen zum funktionalen Strafrechtsverständnis, in: Heike Jung u.a. (Hrsg.), Perspektiven der Strafrechtsentwicklung, 1996, S. 57, 64 hervorhebt, „dem therapeutischen Strafrecht äußerlich und aus seiner Sicht bedauerliche Hindernisse auf dem Weg zur größtmöglichen Effizienz.“ Deshalb stehen sie unter dem beständigen „Druck der nach rechtlichen Freiräumen verlangenden Kriminalpolitik“ (ULFRID NEUMANN a.a.O., S. 64; ebenso PETER KAENEL, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, 1981, S. 73 f.; KUBINK [Anm. 52], S. 295; WOLFGANG NAUCKE, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 [1982], S. 541, 544 ff.; CLAUD ROXIN, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 [1969], S. 613, 640 f.; VORMBAUM [Anm. 54], S. 736).

72 JENS CHRISTIAN MÜLLER-TUCKFELD, Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998, S. 92.

73 MICHAEL BAURMANN, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, GA 1994, S. 368, 371.

74 BAURMANN (Anm. 73), S. 374.

75 Vgl. MICHAEL BAURMANN, Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder

minalpolitik<sup>76</sup> und Sozialphilosophie die Bedeutung nicht-instrumenteller Faktoren für das Recht betont. Dessen soziale Geltung hänge zu einem guten Teil ab „von der Anerkennung seiner (ethisch-sittlichen) Verbindlichkeit, die ihrerseits nicht erzwingbar ist.“<sup>77</sup>

Die Lehre von der positiven Generalprävention hat diesen Gedanken für den Bereich des Strafrechts fruchtbar gemacht.<sup>78</sup> Danach soll die Strafe – mit

---

Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S. 409, 411 f.; DENS., Recht und intrinsische Motivation, in: Cornelius Prittowitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 17, 29.

76 Vgl. HEINZ ZIPF, Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1980, S. 40.

77 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Staat, Nation, Europa, Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 2002, S. 251 f.

78 Aus der älteren Literatur: HELLMUTH MAYER, Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936, S. 26, 30 ff., 195 f.; PETER NOLL, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Friedrich Geerds/Wolfgang Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 219, 223 ff.; GERALD GRÜNWALD, Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S. 89, 92 ff. – Vertreter dieser Position innerhalb der neueren Diskussion: HANS ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 135, 142 ff.; UDO EBERT, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, in: Hans-Henrik Krummacker (Hrsg.), Geisteswissenschaften – wozu? Beispiele ihrer Gegenstände und ihrer Fragen, 1988, S. 35, 46 f., 52 f.; GEORG FREUND, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor §§ 13 ff., Rn. 68, 91; DERS., Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992, S. 105 ff.; DERS., Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Jürgen Wolter/Georg Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 43, 48 f.; BERNHARD HAFFKE, Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung, 1976, S. 62 ff., 79 ff., 162 ff.; WINFRIED HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 324 ff.; DERS., Strafziele (Anm. 16), S. 39, 64 f.; DERS. (Anm. 16), JuS 1987, S. 264 f.; DERS., Variationen der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1998, S. 29, 34 ff.; DERS. (Anm. 48), S. 109 ff.; DERS., Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention, in: Cornelius Prittowitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 221, 238 f.; JAKOBS (Anm. 61), 1/14 ff.; DERS., Schuld und Prävention, 1976, S. 31 ff.; JUSTUS KRÜPELMANN, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, S. 337, 343 f.; MAIWALD (Anm. 63), S. 303; SANTIAGO MIR PUIG, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), S. 914, 922 f.; REINHARD MOOS, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Walter Melnizky/Otto F. Müller (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, 1989, S. 283, 300 ff.; BERND MÜSSIG, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 140 ff.; OTTO (Anm. 19), S. 264 ff., 276 ff.; JAN PHILIPP REEMTSMA, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters, 1999, S. 20 ff.; ALBERT-PETER RETHMANN, Der

RICHARD SCHMIDT gesprochen – als „Zucht zum Guten“<sup>79</sup> „das Rechts- und Staatsgefühl derer stärken, die bei dem Konflikt zwischen Verbrechen und Staat auf seiten des Staats stehen, die das begangene und strafwürdige Unrecht mißbilligen.“<sup>80</sup> Strafe ist danach „nur ein Verstärkungsmittel. Im Vordergrund steht die Überzeugungskraft der Norm selbst.“<sup>81</sup> Dies setzt freilich voraus, dass „die Machtäußerung“ des Staates „in Übereinstimmung mit den Anschauungen der Bürger über die Handlung und deren zu erwartende Folgen“ steht.<sup>82</sup> Eine Strafe muss sozial als gerecht anerkannt sein, um eine der gesellschaftlichen Integration förderliche Wirkung entfalten zu können.<sup>83</sup> Ansonsten träte –

---

umstrittene Nutzen der Strafe, *Rechtstheorie* 31 (2000), S. 114, 133 ff.; BERND SCHÜNEMANN, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 153, 187; DERS., Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, *GA* 1986, S. 294, 349 ff.; FRANZ STRENG, Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, *ZStW* 92 (1980), S. 637, 648 ff.; DERS., Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, *ZStW* 101 (1989), S. 273, 287 ff.; DERS. (Anm. 38), S. 131; KRISTIN TOMFORDE, Die Zulässigkeit einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe aus präventiven Gesichtspunkten, 1999, S. 90; BAUMANN/WEBER/MITSCH (Anm. 64), § 3, Rn. 30 ff., 65.

79 SCHMIDT (Anm. 64), S. 25.

80 SCHMIDT (Anm. 64), S. 52.

81 KRÜPELMANN (Anm. 78), S. 343.

82 SCHMIDT (Anm. 64), S. 62; vgl. auch MERKEL (Anm. 62), S. 721; DENS. (Anm. 57), S. 231 f.

83 Bedeutsam für die Nachkriegsdiskussion: SCHMIDT (Anm. 52), S. 187; FRIEDRICH NOWAKOWSKI, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Siegfried Hohenleitner u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957*, S. 55, 65 f., 85 ff.; WILHELM GALLAS, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, in: *Heidelberger Jahrbücher*, Bd. IX, 1965, S. 1, 4; PETER NOLL, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 22; DERS. (Anm. 78), S. 219, 223; KARL LACKNER, Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, *JZ* 1967, S. 513, 515 f.; HANS-HEINRICH JESCHECK, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allgemeiner Teil), *ZStW* 80 (1968), S. 54, 59; HARTMUTH HORSTKOTTE, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung, (§§ 13-16, 60 StGB), *JZ* 1970, S. 122, 125. – Gegenwärtige Vertreter: ACHENBACH (Anm. 78), S. 135, 143 ff.; BAURMANN (Anm. 73), S. 379 ff.; PAUL BOCKELMANN, Zur Kritik der Strafrechtskritik, in: Günter Warda u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976*, S. 1, 5 f.; DIETER DÖLLING, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion, *ZStW* 102 (1990), S. 1, 15 f.; MK-FREUND (Anm. 78), Vor §§ 13 ff., Rn. 69, 87; DERS. (Anm. 78), Erfolgsdelikt, S. 107 f.; KAI HART-HÖNIG, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention, 1992, S. 98 ff.; HEINRICH HENKEL, Die „richtige“ Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, 1969, S. 40; JESCHECK/WEIGEND (Anm. 63), § 8 II 4 (S. 69), IV 5 (S. 75), V 1 (S. 76); ANGELA KALOUS, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 249 ff.; WALTER KARGL, Friedenssicherung

ebenso wie bei der negativen Generalprävention, jetzt aber nicht mehr beschränkt auf deliktsgeneigte Bürger, sondern als allgemeine Haltung – Furcht an die Stelle des einsichtsvollen Lernens, die Herausbildung von Rechtsvertrauen würde sich auf eine rein äußerlich bleibende Anpassungsleistung reduzieren, und das allgemeine Rechtsbewusstsein würde nicht beruhigt, sondern einer dauernden Irritation ausgesetzt werden.

Solange die Lehre von der positiven Generalprävention sich mit dem Anspruch begnügt, ein allgemeines rechtssoziologisches Theorem für das Verständnis des Strafrechts nutzbar zu machen, solange sie sich also lediglich als eine *Strafrechtstheorie* versteht, welche von einem systemexternen Standpunkt aus die Funktion des Strafrechts und seiner Sanktionen in der Gesellschaft erklärt<sup>84</sup> – solange ist gegen diese Konzeption nichts Grundsätzliches einzuwen-

---

durch Strafrecht. Teleologische Strafrechtfertigung am Beispiel der Tötungsdelikte, ARSP 82 (1996), S. 485, 507; URS KINDHÄUSER, Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe, GA 1989, S. 493, 503 ff.; GEORG KÜPPER, Schopenhauers Straftheorie und die aktuelle Strafzweckdiskussion, Schopenhauer-Jahrbuch, Bd. 71 (1990), S. 207, 211; KARL-LUDWIG KUNZ, Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung, ZStW 98 (1986), S. 823, 831 f.; LENCKNER (Anm. 63), S. 23 f.; MANFRED MAIWALD, Die Verteidigung der Rechtsordnung. Analyse eines Begriffs, GA 1983, S. 49, 54 f.; DERS. (Anm. 63), S. 291, 303; OLAF MIEHE, Das Ende des Strafrechts, in: Peter Christian Müller-Graff/Herbert Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft. Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn, 2000, S. 249, 252; MOOS (Anm. 78), S. 283, 305; MORSELLI (Anm. 38), S. 230; HEINZ MÜLLER-DIETZ, Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: Theo Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 2. Halbbd., 1985, S. 813, 824 ff.; ULFRID NEUMANN, Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 270 ff.; DERS., Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), S. 567, 589 ff.; DERS. (Anm. 71), S. 57, 67 f.; DERS., Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 148 ff.; DERS., Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S. 391, 400 ff.; OTTO (Anm. 19), S. 270 f., 276, 284 f.; CLAUS ROXIN, Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“, in: Guido Britz u.a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafs. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 701, 709; SCHMIDHÄUSER (Anm. 17), Strafrecht Allgemeiner Teil, 3/19; WALTER STREE, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 38 ff., Rn. 3; STRENG (Anm. 78), ZStW 92 (1980), S. 663; DERS., (Anm. 78), ZStW 101 (1989), S. 292 ff., 332; DERS., Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung, 1991, S. 12; TOMFORDE (Anm. 78), S. 88; BAUMANN/WEBER/MITSCH (Anm. 64), § 3, Rn. 65.

84 Exemplarisch für dieses Verständnis der positiven Generalprävention ist JAKOBS' Funktionalismus (zusammenfassend GÜNTHER JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 [1995], S. 843 ff.; zur

den. Weitaus problematischer wird die Sachlage, sobald die Lehre von der positiven Generalprävention als eine genuine *Straftheorie* ausgegeben wird, sobald ihr also der Anspruch zugeschrieben wird, eine Antwort auf die Frage zu bieten, weshalb es *überhaupt* Strafe geben dürfe.

Die soeben erwähnte *rechtssoziologisch-externe* Perspektive ist notwendig mit einer distanzierten Haltung des betreffenden Beobachters gegenüber den von ihm festgestellten sozialen Wertüberzeugungen verbunden: Wer beobachtet, der affirmiert nicht. Aber auch die als Straftheorie im eigentlichen Sinne verstandene, also auf den *internen* Standpunkt des Rechtsanwenders bezogene Variante der positiven Generalprävention sinnt – jedenfalls auf den ersten Blick – dem Rechtsanwender nicht an, sich mit den Vorstellungen der Bevölkerung über den Sinn der Strafe zu *identifizieren*. Der Rechtsanwender scheint sich vielmehr darauf beschränken zu können, die Existenz (und den etwaigen Wandel) dieser Vorstellungen als *soziale Tatsachen* zu konstatieren.<sup>85</sup> Beachtung verdienen sie eben nicht wegen ihrer inhaltlichen Richtigkeit, sondern nur deshalb, weil angenommen wird, dass die Bestätigung des Rechtsbewusstseins der Gesellschaftsmitglieder zu einer inneren Festigung der betreffenden Gesellschaft führt.

Lässt diese Distanz sich unter dem Blickwinkel der spezifisch straftheoretischen Legitimationsfrage aber wirklich durchhalten?<sup>86</sup> Die Probleme werden sichtbar, sobald die Bevölkerung die Strafe aus Gründen befürwortet, die der betreffende Straftheoretiker von seiner Warte aus als „falsch“ bewerten muss. So nehmen die Vertreter der These von der „Prävention durch gerechte Vergeltung“ an, dass in der Bevölkerung eine starke Präferenz für eine retributive Strafbegründung bestehe.<sup>87</sup> In diesem Fall kann nur ein im Wesentlichen nach Vergeltungsgrundsätzen operierendes Strafrecht die optimale Integrationswirkung entfalten. Von dem eigenen präventionstheoretischen Ausgangspunkt der betreffenden Autoren her betrachtet ist ein solches Begründungsmodell indes irrational. Da sie es aber dennoch nicht ignorieren können, läuft ihre Posi-

---

deskriptiven Anlage dieser Konzeption ebd., S. 867). Näher dazu MICHAEL PAWLIK, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 62 ff. sowie KALOUS (Anm. 83), S. 108 f.; vgl. ferner NEUMANN/SCHROTH (Anm. 16), S. 34 sowie NEUMANN (Anm. 83), S. 149.

85 In diesem Sinne bereits NOWAKOWSKI (Anm. 83), S. 85 ff.

86 Kritisch HELMUT FRISTER, Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“. Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, S. 79 ff; NEUMANN (Anm. 83), Deutung, S. 404.

87 Vgl. etwa DÖLLING (Anm. 83), S. 15 f.; KALOUS (Anm. 83), S. 249 ff.; MIEHE (Anm. 83), S. 252; MORSELLI (Anm. 38), S. 230; MÜLLER-DIETZ (Anm. 83), S. 824; STRENG (Anm. 78), ZStW 92 (1980), S. 663. – In jüngerer Zeit wird dagegen nicht selten eine zunehmende Distanzierung der Bevölkerung von einem einseitig retributiven Verständnis der Strafe angenommen (vgl. FREHSEE [Anm. 16], S. 104; LÜDERSSEN [Anm. 59], S. 93, 414; GÜNTER STRATENWERTH, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 47); skeptisch dazu HOFFMANN (Anm. 16), S. 130 f.

tion auf das Ansinnen an den Verurteilten hinaus, sich um des gesellschaftlichen Friedens willen einem unvernünftig motivierten Zwang zu unterwerfen.<sup>88</sup> Eine Pflicht, die Unaufgeklärtheit der eigenen gesellschaftlichen Umwelt dulgend hinzunehmen, ließe sich freilich eher als *Aufopferung* denn als *Strafe* charakterisieren.<sup>89</sup> Die Begründung dementiert hier das Begründungsziel.

Angesichts dieser prekären Situation scheint den Befürwortern der positiven Generalprävention nichts anderes übrig zu bleiben, als ihre legitimations-theoretischen Überlegungen zu verheimlichen bzw. den Mitgliedern des Rechtsstabes zu empfehlen, im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit gleichsam mit gespaltener Zunge zu sprechen.<sup>90</sup> Um dem eigentlichen Interesse der Bevölkerung, der Befestigung des sozialen Friedens, zu dienen, sollten sie so tun, als teilten sie deren – wie ihnen bewusst ist: in Wahrheit unvernünftiges – Interesse an Vergeltung. „Um der Nützlichkeit willen wird ein System öffentlicher Unwahrheit propagiert.“<sup>91</sup> Der Preis, der für diese Hilfsstrategie gezahlt werden müßte, ist jedoch inakzeptabel hoch: Es würde nicht nur (wie bei der negativen Generalprävention) dem Verurteilten, sondern der gesamten „unaufgeklärten“ Bevölkerung die kommunikative Gleichheit abgesprochen.<sup>92</sup> Statt die legitimierungstheoretischen Defizite der negativen Generalprävention abzubauen und – wie HASSEMER meint – die Menschen ernst zu nehmen,<sup>93</sup> würde die Lehre von der positiven Generalprävention diese Defizite sogar noch vergrößern.

---

88 So ausdrücklich EBERT (Anm. 78), S. 52 f. und HAFFKE (Anm. 78), S. 85.

89 An dieser *kategorialen* Unangemessenheit würde auch die von GÜNTER ELLScheid/WINFRIED HASSEMER, Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten*, Bd. II, 1975, S. 266, 287 zur Bändigung des „irrationalen Vergeltungsbedürfnis[ses] der Gesellschaft“ vorgeschlagene Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips oder die von STRATENWERTH (Anm. 50), S. 918 eingeforderte Verknüpfung der strafrechtlichen Sanktion mit dem Angebot von Hilfe nichts ändern.

90 Die diesbezügliche Problematik ist erstmals von BOCK thematisiert worden; vgl. DENS. (Anm. 15), ZStW 103 (1991), S. 649 ff.; DENS. (Anm. 15), JuS 1994, S. 97 f. Ebenso FRISTER (Anm. 86), S. 81, 97; TATJANA HÖRNLE, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 118; TATJANA HÖRNLE/ANDREW VON HIRSCH, Positive Generalprävention und Tadel, in: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1998, S. 53, 89 f.; SUSANNE PIELSTICKER, § 46a StGB: Revisionsfälle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts?, 2004, S. 63; PRITTWITZ (Anm. 16), S. 235.

91 WOLFF (Anm. 26), S. 803.

92 BOCK (Anm. 15), JuS 1994, S. 97; NEUMANN (Anm. 83), Kritik, S. 147.

93 Vgl. HASSEMER (Anm. 78), Variationen, S. 37.

### III. Vergeltung als Strafzweck

#### 1. Strafe als Schadenersatz

Die Mängel der Präventionslehren legen es nahe, dem Versuch einer vergeltungstheoretischen Straflgitimation eine neue Chance einzuräumen. Dem entspricht die Entwicklung, die die wissenschaftliche Diskussion in den letzten Jahren genommen hat. In einem Vortrag aus dem Jahre 1979 merkte ARMIN KAUFMANN noch an, mit dem Wort Vergeltung werde eine Position weniger markiert als vielmehr gebrandmarkt.<sup>94</sup> Seither sind jedoch zahlreiche Stimmen laut geworden, die retributiven Überlegungen eine zentrale Rolle im Rahmen der Strafbegründung einräumen.<sup>95</sup> SCHÜNEMANN – wahrlich kein Freund des Vergeltungsdenkens – spricht gar von einer „Renaissance der absoluten Straftheorie“.<sup>96</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht rückt in seiner neueren Rechtsprechung den Vergeltungsaspekt wieder stärker in den Vordergrund.<sup>97</sup> Zwar hat das Gericht dem Strafzweck der Vergeltung niemals die Berechtigung abgesprochen.<sup>98</sup> In seinem Urteil von 1977 über die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord hat es aber eindeutig die präventiven Strafzwecke in den Mittelpunkt seiner Erörterungen gestellt.<sup>99</sup> Deutlich anders ist die Akzentsetzung dagegen in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit der Mauerschützen<sup>100</sup> und zur Sicherungsverwahrung: „Strafe“ – so heißt es in der letztgenannten, 2004 ergangenen Entscheidung – „gilt als Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit und ist damit Reaktion auf ein normwidriges Verhalten.“<sup>101</sup> Die Strafe sei „eine repressive Übelzufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, die dem Schuldausgleich dient.“<sup>102</sup> Kurzum:

94 KAUFMANN (Anm. 62), S. 265.

95 Nachweise bei PAWLIK (Anm. 6), S. 45 f. – Dies gilt erst recht für den anglo-amerikanischen Raum. Der Retributivismus wird dort als die führende Straftheorie bezeichnet (vgl. KALOUS [Anm. 83], S. 173). Darstellungen des Meinungsspektrums bei HANNO KAISER, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, S. 134 ff. und KALOUS a.a.O., S. 173 ff.

96 BERND SCHÜNEMANN, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in: Cornelius Prittowitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 327.

97 Insgesamt spielt die Strafzweckfrage innerhalb der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts allerdings nur eine sehr eingeschränkte Rolle; dazu APPEL (Anm. 15), S. 73 ff.; OTTO LAGODNY, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1995, S. 310 ff.

98 Vgl. BVerfGE 21, S. 391, 403 f.; BVerfGE 22, S. 125, 132; BVerfGE 27, S. 36, 42; BVerfGE 28, S. 264, 278; BVerfGE 45, S. 187, 253 ff.; BVerfGE 64, S. 261, 271; BVerfGE 95, S. 96, 140; BVerfGE 109, S. 133, 168.

99 Vgl. BVerfGE 45, S. 187, 253 ff.

100 BVerfGE 99, S. 96, 140 f.

101 BVerfGE 109, S. 133, 168.

102 BVerfGE 109, S. 133, 173 f.

Vergeltung wird wieder als ernstzunehmender, ja womöglich tragender Strafzweck anerkannt.

Näher betrachtet, ist diese Entwicklung weniger überraschend, als sie zunächst erscheint. Die bislang letzte „harte“ Präventionstheorie im deutschsprachigen Strafrechtsdiskurs war die Resozialisierungslehre, die Straftaten hauptsächlich als Indiz einer behandlungsbedürftigen sozialen Deprivation des Täters begriff. Schon die positive Generalprävention, namentlich in ihrer Variante als „Prävention durch gerechte Vergeltung“, wies eine unverkennbar kompromisshafte Struktur auf: Formal als Präventionslehre daherkommend, ermöglichte sie eine weitgehende Rezeption der traditionellen vergeltungstheoretischen Inhalte. Die wachsende Einsicht in die legitimationstheoretischen Probleme, die mit dieser zwiespältigen Konstruktion einhergehen, legte es nahe, auf die präventionstheoretische Verkleidung zu verzichten und sich offen zu dem vergeltungstheoretischen Inhalt zu bekennen. Zudem sind die Gefahren des Präventionsparadigmas zusehends deutlich geworden. Das Präventionsdenken kennt kein „Genug“: Jedwedes Sicherheitsniveau lässt sich immer noch weiter verbessern. In den Händen eines aktivistischen Gesetzgebers erwies sich der Präventionsgedanke deshalb als eine Art Generalschlüssel zur Strafbarkeitsausdehnung.<sup>103</sup> Die wachsende Einsicht, dass das Präventionsparadigma kraft der ihm innewohnenden Expansionslogik das Strafrecht (und nicht zuletzt auch das Strafverfahrensrecht) seiner disziplinären Identität zu berauben und es in ein umfassendes Regime der Gefahrenbekämpfung und Verhaltenslenkung einzugliedern droht, kurz: die Besorgnis, dass das Strafrecht auf den Status zurückfallen könnte, den es im spätabolutistischen Wohlfahrtsstaat innehatte,<sup>104</sup> ist womöglich das stärkste *movens* für das neuerwachte Interesse am Vergeltungsgedanken.<sup>105</sup>

---

103 Analysen dieses Prozesses finden sich etwa bei APPEL (Anm. 15), S. 34 ff. und WINFRIED HASSEMER, Sicherheit durch Strafrecht, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 99, 103 ff.; für ein aktuelles Beispiel: MICHAEL PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht*, 2008, S. 25 ff.

104 Dazu MARTIN REULECKE, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, 2007, S. 143 ff.

105 Exemplarisch ist insofern die Position HASSEMERs. Während dieser in einer Arbeit aus dem Jahre 1983 noch die wissenschaftliche sowie die kriminalpolitische Dignität der absoluten Straftheorie in Abrede gestellt hatte (HASSEMER [Anm. 16], *Strafziele*, S. 48 f.), rief er sieben Jahre darauf in einer vielzitierten Wendung dazu auf, die „Weisheit“ der Lehren von der Tatvergeltung wiederzuentdecken (HASSEMER [Anm. 78], *Einführung*, S. 323 f.). Die Tatvergeltung bilde den Kern jenes Konzepts der Formalisierung, welches Strafrecht und Strafe als ein Muster humanen Umgangs mit der Abweichung sozial vermitteln sollten (a.a.O., S. 327). Präventive Strafbegründung ohne Gegenstück aus den absoluten Straftheorien wäre „rechtsstaatlich unerträglich“ (HASSEMER [Anm. 78], *Festschrift Lüderssen*, S. 226). – Den „liberale[n] Gehalt des Vergeltungsgedankens“ betont auch ANDREAS MOSBACHER, *Kant und der „Kanniba-*

Dass Vergeltungslehren über geraume Zeit auf dem Markt der Meinungen einen schweren Stand gehabt haben, überrascht freilich nicht. Sie sind von ernstem und rauhem Aussehen; ihnen geht die funktionale Glätte ab, mit der die Präventionslehren für sich einzunehmen wissen. Hören wir nochmals FRIEDRICH JULIUS STAHL: „Die Strafe kann keinen bloß zukünftigen Zweck haben (daß künftig keine Verbrechen geschehen), und kein bloß faktisches mechanisches Mittel seyn; sondern die vollbrachte That selbst und schlechthin fordert aus ethischem Grunde die Strafe.“<sup>106</sup> Die Bedeutung der Strafe kann deshalb „keine andere seyn [...], als die, daß sie die nothwendige Folge des Verbrechens ist nach der Gerechtigkeit.“<sup>107</sup>

STAHL, der sich so nachdrücklich zur Vergeltungstheorie bekennt, weiß freilich sehr wohl um die zentrale Schwierigkeit dieses Modells der Straf Begründung: „Wie kann eine Wiederherstellung der verletzten Ordnung darin liegen, daß dem Verletzer ein Uebel zugefügt wird, was die Strafe unläugbar ist? Dadurch, daß ein zweites Uebel in die Welt kömmt, ist nicht der Widerspruch, den das erste enthält, aufgehoben.“<sup>108</sup>

STAHL greift hier auf eine Erwägung zurück, der einige Jahrzehnte zuvor HEGEL beredten Ausdruck verliehen hat: Es sei unvernünftig, ein Übel bloß deshalb zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden sei.<sup>109</sup> HEGELS Schüler EDUARD GANS kommentiert: „Wenn das Verbrechen schon ein Übel ist, weshalb soll dieses dann noch durch ein anderes Übel, die Strafe, vermehrt werden?“<sup>110</sup>

Wenn HEGEL, GANS und STAHL sich trotzdem zum Retributionsgedanken bekennen, setzen sie offenbar voraus, dass es eine Version der Vergeltungstheorie gibt, die sich nicht in der Aneinanderreihung zweier Übel erschöpft.<sup>111</sup> Die Gerechtigkeit, so fasst STAHL diese Überlegung zusammen, bestehe „nicht darin, daß Uebel in die Welt komme, sondern darin, daß die Herrschaft der sittlichen Macht im sittlichen Reiche unverbrüchlich erhalten werde“.<sup>112</sup> Handele der Mensch gegen das Gesetz, so nehme er sich eine Herrschaftsmacht („Herrlichkeit“) heraus, die der sittlichen Macht, der er gehorchen solle, widerspreche. Indem die vom Delinquenten usurpierte Hand-

le“, in: B. Sharon Byrd u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 14 (2006), S. 479, 491.

106 FRIEDRICH JULIUS STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. II/1 (Die allgemeinen Lehren und das Privatrecht), 5. Aufl. 1878, Nachdruck 1963, S. 167.

107 STAHL (Anm. 1), Bd. II/2, S. 683.

108 STAHL (Anm. 106), Bd. II/1, S. 165 f.

109 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, hrsg. von Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel, 1986, § 99 (S. 187).

110 EDUARD GANS, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, hrsg. von Johann Braun, 2005, S. 110.

111 Eine eindringliche Darstellung von HEGELS Straftheorie gibt MICHAEL RAMB, *Straf Begründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005, S. 16 ff.

112 STAHL (Anm. 106), Bd. II/1, S. 166.

lungsmacht sich an der „höhere[n] Herrlichkeit der sittlichen Macht“<sup>113</sup> breche, werde auf reale Weise bekundet, dass die sittliche Ordnung der Herr sei. „So muß das Böse selbst, indem es zu Boden gedrückt wird, zur Verherrlichung der sittlichen Macht dienen.“<sup>114</sup> Entkleidet man diese Konzeption ihres Pathos, so wird auf ihrem Grund der Gedanke des *Schadenersatzes* sichtbar. Danach ist derjenige, der einen Schaden herbeigeführt hat, dazu verpflichtet, sein destruktives durch ein konstruktives Tun auszugleichen: Er hat dafür Sorge zu tragen, dass der vorige Zustand, soweit möglich, wiederhergestellt wird.<sup>115</sup> Dieser Erscheinungsform der ausgleichenden Gerechtigkeit kann man nicht vorwerfen, sie erschöpfe sich in einer negativen Sequenz zweier Übel. Der Delinquent erbringt vielmehr eine positive Leistung, indem er durch die Duldung der Strafe dazu beiträgt, den von ihm gestörten Zustand stabiler Rechtmäßigkeit zu restituieren und zu festigen.

Strafe als Schadenersatz – damit ist also, auf eine kurze Formel gebracht, der Weg bezeichnet, auf dem sich dem Sinnlosigkeitsverdikt gegen die vergeltungstheoretische Strafbegründung entkommen lässt. Dieser Ansatz war im 19. Jahrhundert keineswegs auf den Kreis der strafrechtlichen HEGEL-Schüler oder konservative Staatsdenker wie STAHL beschränkt; eine detaillierte Lehre vom „intellektuellen Verbrechensschaden“ entwickelte beispielsweise THEODOR WELCKER, einer der bedeutendsten Repräsentanten des deutschen Frühliberalismus und alles andere als ein orthodoxer Hegelianer.<sup>116</sup> Im 19. Jahrhundert hat sich dieser Gedanke allerdings nicht durchsetzen können. Verantwortlich dafür war zum einen die Konturlosigkeit vieler Verbrechensschadentheorien<sup>117</sup> und zum anderen der Zeitgeist, der auf einer strikten kategorialen Trennung des Strafrechts vom Zivilrecht bestand. Selten, so stellte etwa BINDING 1872 mit gewohntem rhetorischem Schwung fest, sei eine unglücklichere Analogie

---

113 STAHL (Anm. 106), Bd. II/1, S. 166.

114 STAHL (Anm. 106), Bd. II/1, S. 167.

115 Vgl. die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1896, S. 20 („Prinzip der Wiederherstellungspflicht“). Dem Ausgleichsgedanken wird auch in der heutigen schadenersatzrechtlichen Literatur eine zentrale Bedeutung eingeräumt (vgl. etwa HARTMUT OETKER, in: Kurt Rebmann u.a. [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2006, § 249 Rn. 8; JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, Schuldrecht, Bd. I/2, 8. Aufl. 2000, S. 172); mitunter wird er explizit auf die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit zurückgeführt (so GOTTFRIED SCHIEMANN, in: Michael Martinek [Hrsg.], Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249–254, 14. Aufl. 2005, Vorbem. zu §§ 249 ff. BGB, Rn. 3).

116 Näher zu WELCKERS Theorie: PAWLIK (Anm. 6), S. 59 ff. – Über WELCKERS geistesgeschichtliche Stellung: MICHAEL ADALBERT KOTULLA, Art. „Vormärz“, in: Wolfgang Eler u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 5, 1998, Sp. 1046; REULECKE (Anm. 104), S. 263 ff.; RAINER SCHÖTTLE, Politische Theorien des süddeutschen Liberalismus im Vormärz, 1994, S. 115 ff.

117 Dazu PAWLIK (Anm. 6), S. 60 f.

als die von den Wirkungen des Ersatzes auf die der Strafe gezogen worden.<sup>118</sup> „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen“ – darin bestehe der „Kern des Unterschiedes zwischen Strafe und Ersatz.“<sup>119</sup> Nach BINDINGS Attacke galt die Lehre vom Verbrechenschaden als wissenschaftlich erledigt. Jedoch war das Vorbringen BINDINGS offenkundig unzureichend. Eine Strafe, deren Sinn sich darin erschöpfte, dem Delinquenten zur Vergeltung seiner eigenen Untat ebenfalls eine Wunde zu schlagen, ließe sich nach dem oben Ausgeführten schlechterdings nicht legitimieren. Der Lösungsansatz HEGELS versteht sich allerdings gerade als *Antwort* auf diesen Einwand; die Polemik BINDINGS wird ihm deshalb nicht gerecht. Freilich ist nach einer treffenden Wendung FEUERBACHS „eine Metapher kein Philosophem“<sup>120</sup> und, nunmehr mit RICHARD SCHMIDT<sup>121</sup> gesprochen, ein „mehr oder minder glücklich gewähltes Gleichnis“ noch kein dogmatisch belastbarer Begriff. Ist die Parallelisierung von Strafe und Schadenersatz tragfähig? Oder führt sie, indem sie *eine* Schwierigkeit des Vergeltungsparadigmas zu überwinden verspricht, an *anderen* Stellen zu weitaus schwerer wiegenden Problemen (2./3.)? Und wie lässt sich auf ihrer Grundlage die intrikate Verknüpfung von Strafe und Schmerz begründen (4.)?

## 2. Verbrecherisches Unrecht als Mitwirkungspflichtverletzung

Zwischen Strafe und Schadenersatz bestehen unübersehbare Unterschiede. Der zivilrechtliche Schadenersatz dient dem Ausgleich des Schadens, den das einzelne Opfer einer Vertragsverletzung oder einer unerlaubten Handlung erlitten hat. Der Strafe ist es hingegen eigen, dass sie den Konflikt zwischen dem Täter und dem Verletzten „entprivatisiert“<sup>122</sup>. Dem Verurteilten wird ein Übel zugefügt, ohne dass dem Opfer daraus ein unmittelbarer Vorteil erwachsen würde. Häufig erschwert oder vereitelt die Bestrafung des Täters sogar die Chance des Opfers, für seinen Schaden einen Ausgleich zu erlangen.<sup>123</sup> Diese Hintanstellung der spezifischen Opferinteressen ist das Ergebnis einer mehrere Jahrhun-

---

118 KARL BINDING, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1: Normen und Strafgesetze, 3. Aufl., Leipzig 1916, Nachdruck 1965, S. 275.

119 BINDING (Anm. 118), S. 288.

120 FEUERBACH (Anm. 2), S. 92.

121 SCHMID (Anm. 64), S. 70.

122 APPEL (Anm. 15), S. 448, 461.

123 Seine klassische Formulierung findet dieser Einwand bei BINDING (Anm. 118), S. 286. – Zuletzt GÜNTHER BEMMANN, Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht, JR 2003, S. 227; CLAUD ROXIN, Strafe und Wiedergutmachung, in: Thomas Rauscher/Heinz-Peter Mansel (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 2001, S. 51, 53 f.

derte währenden Entwicklung.<sup>124</sup> Als „Entmachtung der emotionalen Gewalt des verletzten Gemüts“<sup>125</sup> ermöglichte die „Neutralisierung des Opfers“<sup>126</sup> die spezifische Rationalität des neuzeitlichen Straf- und Strafverfahrensrechts<sup>127</sup> und schärfte den Blick für die Schutzbedürfnisse des Beschuldigten.<sup>128</sup>

Ist aber die Strafe gerade *nicht* ein Opfer, das der Täter „dem Verletzten bringt“<sup>129</sup>, dann kann auch das Unrecht, welches sie vergilt, nicht allein ein Unrecht dem Verletzten gegenüber, eine Verletzung seiner Rechtsgüter, sein. Wären Delikte wie Totschlag, Raub oder Betrug ihrem materiellen Gehalt nach nichts weiter als pflichtwidrig herbeigeführte Verletzungen von Rechtsgütern einer Person, dann ließe sich nicht begründen, inwiefern die „überindividuelle“ Strafe diese Verletzung sollte ausgleichen können. Straftat und Strafe vollzögen sich vielmehr innerhalb unterschiedlicher Rechtsverhältnisse. Wer eine interpersonale Deutung des Verbrechens mit einer Vergeltungstheorie der Strafe zu verbinden sucht, dem bleibt, wenn er konsequent ist, deshalb nur die Möglichkeit, die Vergeltung als Selbstzweck auszugeben. Will er dies nicht – dass er es vernünftigerweise nicht wollen *kann*, wurde vorstehend gezeigt –, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als sein Verbrechensverständnis einer Revision zu unterziehen. Auf dem Wege der Strafe lässt sich danach nur ein solches Unrecht ausgleichen, das statt als bloße Beeinträchtigung des konkreten Opfers als Angriff auf die Rechtsgemeinschaft als Ganze, repräsentiert durch den zur Setzung von Strafnormen befugten Gesetzgeber, begriffen wird: als Verletzung der den Täter gegenüber der Allgemeinheit treffenden Pflicht, sich an der Aufrechterhaltung eines Zustandes der Rechtlichkeit zu beteiligen.

Mit dem Befund, dass man das Verbrechen in dieser Weise verstehen muss, *wenn* man die Strafe vergeltungstheoretisch legitimieren will, ist freilich noch nicht bewiesen, dass diese Deutung für sich genommen zu überzeugen vermag. Auf diese Frage werde ich im Folgenden näher eingehen. Vorab möchte ich aber eines klarstellen: Mit der Deutung des Verbrechens als Verletzung einer Mitwirkungspflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft ist keineswegs gesagt, dass die Belange, um derentwillen dem Täter jene Pflicht auferlegt wird, ihrerseits ebenfalls durchgängig der Allgemeinheit zugeordnet werden müssten. Die Frage nach dem Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht ist von derjenigen nach der pflichtentheoretischen Struktur des Verbrechensbe-

---

124 Näher dazu THOMAS WEIGEND, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 79 ff.; WANJA ANDREAS WELKE, Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts, 2008, S. 256 ff.

125 WELKE (Anm. 124), S. 259.

126 PETER-ALEXIS ALBRECHT, Kriminologie: Eine Grundlegung zum Strafrecht, 3. Aufl. 2005, § 45 A (S. 361), B (S. 362).

127 WEIGEND (Anm. 124), S. 215 ff.

128 WELKE (Anm. 124), S. 259 f., 284.

129 So aber ERNST-JOACHIM LAMPE, Recht und Moral staatlichen Strafens, in: Heike Jung u.a. (Hrsg.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, S. 305, 311.

griffs unabhängig; die Konstruktion des Verbrechensbegriffs präjudiziert nicht die legitimierungstheoretische Problematik. Spätestens seit ROUSSEAU und KANT ist der Gedanke der Freiheit der unhintergehbare Fixpunkt aller philosophisch satisfaktionsfähigen Auseinandersetzungen mit praktischen Fragen. Als tragender Grund der Mitwirkungspflicht kommt demnach nur der Umstand in Betracht, dass es ihrer bedarf, um einen Zustand der Freiheitlichkeit aufrechtzuerhalten. Es ist diese Verknüpfung des Mitwirkungspflichtgedankens mit dem Gedanken der Wahrung personaler Freiheit,<sup>130</sup> die meines Erachtens den Geltungsanspruch des Strafrechts rechtfertigt.

### 3. Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht: Aufrechterhaltung eines Zustandes der Freiheitlichkeit

Menschen *haben* ihr Leben nicht einfach, sondern sie *führen* es im Lichte ihrer eigenen Vorstellungen von einem guten und gelingenden Dasein. „Wir versuchen, in unserer zeitlich ausgedehnten Existenz eine Persönlichkeit zu entwickeln und Pläne zu verwirklichen, in denen sich manifestiert, wer wir sein und was wir erreichen wollen.“<sup>131</sup> Die Hochschätzung von Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung ist untrennbar mit der Struktur moderner Gesellschaften verknüpft, die sich zwischen dem 17. und dem 19. Jahrhundert herausbildete: dem Übergang von stratifikatorischer zu funktionaler Differenzierung.<sup>132</sup> In stratifizierten Gesellschaften – Adelsgesellschaften – wird „die Gesellschaft als Rangordnung repräsentiert“.<sup>133</sup> Die Schichtzugehörigkeit wirkt hier multifunktional: Sie bündelt Vorteile bzw. Benachteiligungen in so gut wie allen Funktionsbereichen der Gesellschaft.<sup>134</sup> In funktional differenzierten Gesellschaften verzichtet das Gesamtsystem demgegenüber auf jede Vorgabe einer Ordnung der Beziehung zwischen den Funktionssystemen.<sup>135</sup> Die Rolle, die ein Individuum in *einem* Funktionssystem spielt, ist deshalb grundsätzlich entkoppelt von den Rollen, die es in *anderen* Funktionssystemen einnimmt. Was den teilbar gewordenen Individuen in dieser Situation für sich selbst bleibt, ist das Problem ihrer Identität<sup>136</sup> und damit eine höchst anspruchsvolle Koordinations- und Integrationsaufgabe: Sie müssen die Verknüpfung ihrer verschiedenen sozialen Rollen (von denen keine sie in Gänze bestimmt) nunmehr selbst

---

130 Sie wird zu Recht eingefordert von RALF POSCHER, Am Fuße der Kathedrale, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 105, 110.

131 MICHAEL QUANTE, Person, 2007, S. 147.

132 NIKLAS LUHMANN, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 1, 1980, S. 72 ff.

133 NIKLAS LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 2, 1997, S. 679.

134 LUHMANN (Anm. 133), S. 679.

135 LUHMANN (Anm. 133), S. 746.

136 NIKLAS LUHMANN, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, S. 223.

leisten,<sup>137</sup> sich also in einer vorneuzeitlich gänzlich undenkbaren Weise als *Subjekte* ihres Lebens verstehen.

Ein solches Subjekt – „die Welt, gesehen von einem Punkte aus, in sich realisiert und dadurch anderen zugänglich gemacht“ – kann sich, wie LUHMANN<sup>138</sup> hervorhebt, „nur im Reiche der Freiheit realisieren; sonst wäre es weder selbständig dargestellt noch einzigartig.“ Diese Idee sozial freigesetzter Subjektivität ist es denn auch, die den Kern des Begriffs der Menschenwürde ausmacht. Wie die Philosophen CHRISTOPH MENKE und ARND POLLMANN jüngst gezeigt haben, besteht die Menschenwürde danach darin, dass jeder Mensch es verdient (oder eben: würdig ist), gleichermaßen als ein zur frei verantwortlichen Lebensführung berufenes Subjekt geachtet zu werden.<sup>139</sup> Das Recht, zumal das Strafrecht, hat seine Hauptaufgabe deshalb darin, das Anliegen, jedermann solle sein Leben nach eigener Einsicht führen können, abzusichern. Zwar kann das Strafrecht dem Einzelnen kein erfülltes Leben garantieren. Was es aber vermag, ist dies: ihm, selbstverständlich unter der Bedingung strikter Wechselseitigkeit, eine von Fremdbestimmung freie Gestaltung des eigenen Daseins zu ermöglichen.<sup>140</sup>

---

137 LUHMANN (Anm. 136), S. 235.

138 LUHMANN (Anm. 136), S. 214.

139 CHRISTOPH MENKE/ARND POLLMANN, *Philosophie der Menschenrechte*, 2007, S. 160.

140 Ebenso KÖHLER (Anm. 38), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, S. 28 f.; DERS. (Anm. 38), *Begriff*, S. 67 ff.; DERS., *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht*, *ZStW* 104 (1992), S. 3, 15 ff.; WOLFF (Anm. 26), S. 818 ff. – Im Unterschied zu dem hier in Übereinstimmung mit dem liberalen Standardmodell gewählten Ausgang vom Begriff des subjektiven Rechts ging die ältere naturrechtliche Tradition, wie sie maßgeblich von PUFENDORF verkörpert wird, vom Primat der Pflicht aus (HORST DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, 1972, S. 86 ff.): Nicht dem Recht, sondern der *Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur* – so der Titel von PUFENDORFS berühmtem Einführungswerk – galt das vorrangige Interesse der naturrechtlichen Autoren. Diese Konstruktion ermöglichte es ihnen, die jedem Recht innewohnende Gemeinwohlbindung besonders hervorzuheben. So muss nach PUFENDORF der Reiche demjenigen, der sich ohne eigene Schuld in Not und Elend befindet, aufgrund der allgemeinen Verpflichtung zu menschlichem Verhalten zur Hilfe kommen – eine Verpflichtung, die äußerstenfalls sogar einen Mundraub rechtfertigt (PUFENDORF [Anm. 20], I/5, § 23 [S. 70]). Gegenüber dem Staat habe der Bürger die Pflicht, „nichts höher zu veranschlagen als dessen Sicherheit und Wohl, Leben, Hab und Gut und alle Mittel zu seiner Entfaltung bereitwillig zur Verfügung zu stellen, sowie alle Kräfte des Geistes und des Körpers auf die Vermehrung seines Glanzes und die Förderung seiner Wohlfahrt auszurichten“ (a.a.O., II/18, § 4 [S. 211]). Das liberale Denken war zu derart weitreichenden Gemeinwohlvorbehalten nicht mehr bereit, weil es vorrangig auf die wohlstandssteigernde Kraft des Privatinteresses und auf innergesellschaftliche Selbstregulation setzte. Eine grundsätzliche Unvereinbarkeit dieser beiden Modelle der Konstruktion einer guten politischen Gemeinschaft lässt sich daraus aber nicht ableiten. Sie reflektieren lediglich eine Verschiebung

Dieser Aufgabe vermag die Rechtsordnung nur gerecht zu werden, wenn sie – wie WELZEL formuliert – „*wirklichkeitsgestaltende Kraft besitzt*“.<sup>141</sup> Nicht weniger energisch als HOBBS erblickt auch WELZEL die erste und wichtigste Aufgabe des Rechts darin, „den offen oder immerfort latent drohenden Bürgerkrieg aller gegen alle zu überwinden oder niederzuhalten und durch eine das Leben aller sichernde Ordnung zu ersetzen.“<sup>142</sup> Auf eine kurze Formel gebracht: Die rechtliche Ordnung hat die „Herrschaft der Normalität“ durchzusetzen.<sup>143</sup> Normalität aber herrscht dann, wenn „die Voraussetzungen für Handlungserfolg und Glück, für existentielle Selbstentwicklung und ethische Selbstverwirklichung zur Selbstverständlichkeit geworden sind.“<sup>144</sup> Ein Zustand rechtlicher Normalität erfordert somit mehr als eine abstrakte Normenordnung; der einzelne Bürger muss sich in ihm der Achtung seiner Rechtsstellung durch seine Mitbürger weitgehend sicher sein können. Von einer Summe einzelner Rechtserfahrungen unterscheidet sich ein solcher Zustand *konkret-realer*

---

sozialer Plausibilitätsmaßstäbe und – daraus folgend – der Darlegungs- und Begründungslasten.

141 HANS WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 282.

142 WELZEL (Anm. 141), S. 282.

143 WOLFGANG KERSTING, *Sozialstaatliche Freiheitsgefährdung*, FAZ v. 07.06.2008, S. 15. – Mitunter wird das Recht zur Teilhabe an der demokratischen Willensbildung zum legitimierenden Grund strafrechtlicher Verpflichtungen erhoben (so KLAUS GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, S. 245 ff. sowie URS KINDHÄUSER, *Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“*, in: Andreas Hoyer u.a. [Hrsg.], *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 81, 89 ff.; kritisch zu GÜNTHERS Position MICHAEL PAWLIK, *Der Bürger möchte bestraft werden*, FAZ v. 14.03.2005, S. 40). Bei aller Hochschätzung demokratischer Verfahren dürfte diese Auffassung indes auf einer Überschätzung des formellen Wahlakts beruhen. Von ungleich größerer Freiheitsrelevanz als das Recht, alle vier Jahre ein Kreuz auf einem Wahlzettel machen zu dürfen, ist für den Einzelnen die Aussicht, im Alltag zwischen den Wahlterminen sicher und in Frieden leben zu können. Die freiheitstheoretisch primäre Alternative lautet deshalb nicht: Demokratie oder Nicht-Demokratie, sie lautet vielmehr: bürgerlicher Zustand oder Naturzustand. Auch ein demokratischer Staat muss zunächst einmal *Staat* sein. Er muss mithin die Leistungen erbringen, welche von einem Staat erwartet werden – in erster Linie die Garantie des Friedens. An dieser Aufgabe wird er scheitern, solange die Gehorsamspflicht seiner Bürger im Zweifel steht. Die Gehorsamspflicht der Bürger muss deshalb an die Staatlichkeit des Staates anknüpfen, nicht erst an dessen demokratische Verfasstheit. Wie hier RAINER KELLER, *Zu Weltrechtspflege und Schuldprinzip*, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, S. 425, 427 f.; grundlegend zum staatsphilosophischen Primat des Sicherheitsanliegens JOSEF ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 3 ff. (historisch), 17 ff. (systematisch). – Vor einer Überschätzung der Legitimationsfigur der Selbstgesetzgebung wird gewarnt in: MICHAEL PAWLIK, *Selbstgesetzgebung der Regierten: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur*, in: Jan C. Joerden/Roland Wittmann (Hrsg.), *Recht und Politik*, 2004, S. 115 ff.

144 KERSTING (Anm. 143), S. 15.

Freiheitlichkeit vor allem durch seine Stabilität, seine Dauerhaftigkeit.<sup>145</sup> Gleichsam den *cantus firmus* der neuzeitlichen politischen Philosophie bildet die Überzeugung, dass es zur Herstellung und Aufrechterhaltung eines Zustandes gesicherter Freiheitlichkeit der Institutionen, vor allem des Staates, bedarf.<sup>146</sup> Unentbehrlichkeit ist freilich etwas anderes als Exklusivität. Der Glaube, die Aufrechterhaltung der äußeren Ordnung könne *ausschließlich* den darauf spezialisierten staatlichen Behörden überlassen werden – eine Ansicht, die sich bereits bei KANT findet<sup>147</sup> und zeitweise geradezu zum Credo der „Hochmoderne“ avancierte<sup>148</sup> –, ist indessen irrig. Keine Gesellschaft kann ausschließlich auf die Macht der Institutionen setzen, allein schon deshalb, weil deren Handlungskapazitäten sehr begrenzt sind.<sup>149</sup> Die Verantwortung für die Aufrechterhaltung eines Zustandes der Freiheitlichkeit trifft deshalb auch jeden einzelnen Bürger unmittelbar.<sup>150</sup> Wie der Philosoph VOLKER GERHARDT zu Recht hervorhebt, besitzen nicht nur Gesetzgebung und Rechtsprechung repräsentativen Charakter, sondern auch die alltägliche Rechtsbefolgung: „Das Gesetz repräsentiert die Verhaltenserwartung einer institutionellen Gemeinschaft, der Richter repräsentiert das Gesetz und der legal handelnde Bürger stellt exemplarisch die Geltung der Gesetze vor.“<sup>151</sup>

Ein Angriff auf den Zustand der Freiheitlichkeit äußert sich deshalb darin, dass der Täter, indem er der strafrechtlichen Verhaltensordnung zuwiderhandelt, seine Rolle als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft – kurz: als Bürger – bricht. Damit hat der oben hypothetisch in den Raum gestellte Verbrechensbegriff die erforderliche legitimationstheoretische Stützung erhalten. Indem der Straftäter seine Pflicht verletzt, durch die Befolgung der strafrechtlichen Normen an der Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes mitzuwirken, handelt er der „ursprüngliche[n] Verbundenheit der im Gemeinwesen Zu-

---

145 PAWLIK (Anm. 6), S. 81.

146 So zuletzt auch KERSTING (Anm. 143), S. 15.

147 Dazu MICHAEL PAWLIK, Kants Volk von Teufeln und sein Staat, in: B. Sharon Byrd u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 14 (2006), S. 269 ff.

148 Vgl. DAVID GARLAND, Kultur der Kontrolle, 2008, S. 92.

149 Näher PAWLIK (Anm. 147), S. 279 ff.

150 Dies bestreitet FRANK SALIGER, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, S. 756, 762 mit der Behauptung, eine solche Position sei totalitär. Der Vorwurf geht fehl: Totalitär wäre im Gegenteil ein Staat, der Ernst damit machte, Normkonformität allein mit Hilfe seines Zwangsapparates zu sichern (näher PAWLIK [Anm. 147], S. 280 f.; ebenso GÜNTHER JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 78). – Im Wesentlichen wie hier NOLL (Anm. 83), S. 14 f.; PETER SALADIN, Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, S. 70; JAN ZIEKOW, Eigenverantwortung als Verfassungsprinzip, in: Stefan Brink/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 70. Geburtstag, 2004, S. 189, 203; im Ansatz auch UWE MURMANN, Über den Zweck des Strafprozesses, GA 2004, S. 65, 70.

151 VOLKER GERHARDT, Partizipation, Das Prinzip der Politik, 2007, S. 343.

sammengeschlossenen“ zuwider.<sup>152</sup> Insofern stellt ein Verbrechen begrifflich ein Unrecht gegenüber der Rechtsgemeinschaft als Ganzes dar.<sup>153</sup> Ihren Legitimationsgrund aber findet die strafbewehrte Mitwirkungspflicht in der personalen Freiheit der Bürger, die nur im Rahmen einer durchsetzungsfähigen Rechtsordnung zu realer Werthaltigkeit erstarkt.

Wie jede Theorie, so hat auch die hier vorgestellte Konzeption spezifische *Begründungsgrenzen*. Über die *Legitimität der Tatbestände*, deren Verletzung als ein dem Täter in seiner Bürgerrolle zurechenbares Unrecht behandelt wird, sagt sie nur so viel, dass auch diese Tatbestände freiheitstheoretisch legitimierbar sein müssen. Die Grenzen zulässiger Kriminalisierung näher zu bestimmen ist zwar ebenfalls eine höchst bedeutsame Aufgabe, aber eine *andere* als die unter dem Titel der „Straftheorie“ zu erörternde Problematik.<sup>154</sup> Dieser Befund gilt für Vergeltungs- und Präventionstheorien der Strafe gleichermaßen. Ob eine Strafrechtsordnung es *verdient*, dass sie mit Hilfe von Abschreckung, der Einübung in Normtreue oder der Umerziehung von Delinquenten stabilisiert wird, ist eine Frage, die unabhängig von der Würdigung dieser Mittel selbst zu beantworten ist.<sup>155</sup> Noch in einer weiteren Hinsicht übt die vorliegende Theorie sich in der Tugend der Selbstbescheidung. Ihr ist es lediglich um den Nachweis zu tun, dass *keine prinzipiellen Bedenken* dagegen bestehen, auf eine Tat, die sich nach den einschlägigen Regeln des materiellen Strafrechts als ein Unrecht des Bürgers deuten lässt, mit Strafe zu reagieren. Dies besagt aber keineswegs, dass *jedes* Unrecht des Bürgers mit einer Strafe geahndet werden

---

152 Treffend APPEL (Anm. 15), S. 468. – Nahestehend WOLFGANG FRISCH, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Guido Britz u.a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 237, 254; URS KINDHÄUSER, Rechtstreue als Schuldkategorie, ZStW 107 (1995), S. 701, 722; CLAUS ROXIN, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377, 385; WOLFGANG SCHILD, Strafbegriff und Grundgesetz, in: Albin Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 287, 305 f.; RAINER ZACZYK, Staat und Strafe. Bemerkungen zum sogenannten „Inselbeispiel“ in Kants Metaphysik der Sitten, in: Götz Landwehr (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit. Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, 1999, S. 73, 80 ff.

153 Dies hat auch Konsequenzen für das Strafverfahrensrecht: Die Rechte und Garantien der Verfahrensbeteiligten werden danach nicht zur Sicherung eigenständiger Individualinteressen eingeräumt, sondern ordnen sich im Gegenteil in das Verfahren der Normbestätigung ein und haben „die – mit Blick auf das Gesamtmodell untergeordnete – Aufgabe, zu verhindern, daß die Normrehabilitierung um jeden Preis betrieben wird“ (APPEL [Anm. 15], S. 465 f.). Näher dazu MICHAEL PAWLIK, Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten, GA 1998, S. 378, 380 ff.

154 Ebenso APPEL (Anm. 15), S. 442; KALOUS (Anm. 83), S. 117; KINDHÄUSER (Anm. 83), GA 1989, S. 493.

155 APPEL (Anm. 15), S. 442; BECK (Anm. 16), S. 39 ff.; HAFFKE (Anm. 78), S. 82; JAKOBS (Anm. 61), 1/18; JESCHECK/ WEIGEND (Anm. 63), § 8 II 3 (S. 68); KALOUS (Anm. 83), S. 117; MÜSSIG (Anm. 78), S. 142 f.

muss.<sup>156</sup> Eine gefestigte Gesellschaft wird nicht nur zu einer erheblichen Milderung der Strafen tendieren. Sie kann es sich auch leisten, die Reaktionsform der Strafe *schwerwiegenden* Beeinträchtigungen der Daseinsbedingungen von Freiheit vorzubehalten, weniger gewichtige Unrechtstaten hingegen auf andere Weise – etwa durch die Verpflichtung des Täters zur Wiedergutmachung – zu beantworten.<sup>157</sup> In einem Wort: Die hiesige Konzeption erhebt lediglich den Anspruch einer *Strafermöglichungs-*, aber weder denjenigen einer *Kriminalisierungs-* noch denjenigen einer *Straferzwingungstheorie*.<sup>158</sup>

#### 4. Strafe und Schmerz

Der Täter eines Verbrechens verletzt nach dem vorstehend Ausgeführten seine Bürgerpflicht, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes der Rechtlichkeit mitzuwirken, und beeinträchtigt oder bedroht dadurch die anderen Personen zustehenden Freiheitsräume. Seine Unrechtstat ändert freilich nichts daran, dass der Straftäter Bürger ist und bleibt; deshalb wird er aus seiner Verantwortung für das Gelingen des Projekts einer wirklichkeitshaltigen Freiheitsordnung nicht entlassen.<sup>159</sup> Lediglich der Inhalt seiner Verpflichtung wandelt sich. Der legal handelnde Bürger trägt zur Stabilisierung eines Zustandes realer Freiheitlichkeit dadurch bei, dass er den anderen das Ihrige an Freiheit beläßt. Im Falle des Straftäters wandelt sich die primäre Erfüllungspflicht zu einer sekundären Duldungspflicht: Weil der Delinquent dem Grundaxiom aller Rechtlichkeit – dem Satz, dass es gesicherte Freiheit nur um den Preis der

---

156 Dem verbreiteten und berechtigten Einwand gegen eine als „absolute“ Theorie im traditionellen Sinne verstandene Vergeltungslehre, ihr zufolge müsse die Strafe dem Normbruch kategorisch folgen (beispielhaft HEINRICH HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. 1977, S. 411 f.; DERS. [Anm. 83], S. 8; JAKOBS [Anm. 150], S. 107), ist damit die Grundlage entzogen. Bereits NAGLER (Anm. 58), S. 723 geißelte die Behauptung einer absoluten Strafpflichtigkeit von Verbrechen als einen starren „Doktrinarismus“, der das Vorrecht „des Unfehlbarkeitsdünkels der Studierstube“ bleibe und in der Praxis nie eine Rolle gespielt habe.

157 Allerdings ist die seit geraumer Zeit zu beobachtende „Viktimophilie“ (WEIGEND [Anm. 124], S. 16) aus anderen Gründen problematisch: Sie leistet dem Missverständnis Vorschub, dass es im Strafrecht und Strafverfahrensrecht primär um die Aufarbeitung des Täter-Opfer-Konflikts und nicht – wie es tatsächlich der Fall ist – um eine Auseinandersetzung zwischen der Rechtsgemeinschaft und dem Tatverdächtigen geht. Dadurch verwischt sie nicht zuletzt auch die Abgrenzung des Strafrechts zum Zivilrecht (näher WELKE [Anm. 124], S. 270 ff.).

158 Im Wesentlichen wie hier bereits NAGLER (Anm. 58), S. 585 ff., 721 ff.

159 Abwegig ist es daher, wenn HEINZ STEINERT, Gerechtigkeit als der Versuch, Herrschaft zu kontrollieren und das Problem der staatlich organisierten Zufügung von Schmerz, in: Ota Weinberger (Hrsg.), Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, 1989, S. 341, 344 die „reine Form der Strafe“ in dem Verhalten des Herrn erblickt, „der in einem plötzlichen Wutanfall ein Tier oder einen Sklaven prügelt“.

Pflichterfüllung gibt – zuwidergehandelt hat, muss er es sich gefallen lassen, dass auf seine Kosten die Unauflöslichkeit des Zusammenhanges von Freiheitsgenuss und Mitwirkungspflichterfüllung bestätigt wird. Der Name des bestätigenden Aktes lautet: Strafe.<sup>160</sup>

Das Moment der Schmerzzufügung ist einer derart verstandenen Strafe immanent. Die Strafe muss ein Übel sein, „wenn sie als Zeichen für die fort-dauernde Gültigkeit der Norm nicht nur registriert, sondern ihre Botschaft auch geglaubt werden soll.“<sup>161</sup> Indem der bestrafte Bürger nach Maßgabe des Ausmaßes seiner Pflichtverletzung zur Stärkung dieses Glaubens herangezogen wird, wird demonstriert, dass jemand, der den bestehenden Zustand realer Freiheitlichkeit angreift, sich dadurch selbst um einen Teil seiner Freiheit bringt. Deshalb repräsentieren die Strafmittel jeweils spiegelbildlich jenen Vorteil, der nach neuzeitlicher Grundüberzeugung die Begründung einer Rechtsordnung legitimiert: den Zugewinn an Handlungsoptionen.<sup>162</sup> Sowohl die „Entziehung der äußern Welt mit der Befriedigung, die sie gewährt“<sup>163</sup> durch die Freiheitsstrafe als auch die zwangsweise Entziehung von Vermögenswerten durch die Geldstrafe sind darauf angelegt, den Handlungsspielraum des Delinquenten zu reduzieren. Freilich mag das Moment der realen Zwangsausübung in weitem Umfang hinter der zeichenhaften Stigmatisierung des Täters zurücktreten. Je sicherer eine Gesellschaft ihrer selbst ist, desto eher nimmt sie das Verbrechen als ein „Unfestes und Isoliertes“ wahr und desto milder können dann auch die Strafen ausfallen.<sup>164</sup> Der sozialen und kulturellen Evolution

---

160 Ähnlich HENKEL (Anm. 156), S. 412; ARTHUR KAUFMANN, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Claus Roxin u.a. (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 89, 106; ROXIN (Anm. 152), S. 385, der diesen Gedanken in seinen späteren Arbeiten jedoch nicht weiter verfolgt hat. – Zu weitgehend, da auf eine unzulässige Ethisierung des Rechts hinauslaufend, ist es, wenn CHRISTIAN LAUE, Symbolische Wiedergutmachung, 1999, S. 70 zur Wiedergutmachung der sozialen Störung einen „Akt der Identifikation“ des Täters mit der Rechtsgemeinschaft verlangt.

161 INGEBORG PUPPE, Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik, in: Erich Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 469, 479; ähnlich GÜNTHER JAKOBS, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 329; DERS., Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 33; BAURMANN (Anm. 73), S. 371 ff.; JOSÉ LUIS DIEZ RIPPOLÉS, Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, ZStW 113 (2001), S. 516, 524; DÖLLING (Anm. 83), S. 15 ff.; KOLLER (Anm. 38), S. 71.

162 URS KINDHÄUSER, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 157.

163 STAHL (Anm. 1), Bd. II/2, S. 698.

164 So bereits HEGEL (Anm. 109), § 218 Z (S. 373); ausführlich dazu MÜLLER-TUCKFELD (Anm. 72), S. 280 ff. Ebenso NAGLER (Anm. 58), S. 615 f. – Insofern mag man mit WOLFGANG SCHILD, Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 70 (1984), S. 72, 104 davon sprechen, dass es gerade der absolute Strafbegriff ist, der die (auf die konkrete Bestimmung der Art und des Grades des Strafübels beschränkte) Wahrheit der relativen Straftheorien begründet.

ist dabei ein weites Feld eröffnet.<sup>165</sup> Eine gewisse Drastik der strafenden Sanktion ist aber unverzichtbar; denn anders lässt sich die Konnexität von Mitwirkungspflichterfüllung und Freiheitsgenuss nicht überzeugend vermitteln.

Der Gesichtspunkt der sogenannten *Spezialprävention* (insbesondere in ihrer Resozialisierungskomponente) hat der hier skizzierten Konzeption zufolge „innerhalb des staatlichen Strafens“, nicht aber auf der Begründungsebene seinen Platz.<sup>166</sup> Die Spezialprävention hat vorrangig die Strafvollstreckung zu prägen.<sup>167</sup> Eine Rechtsgemeinschaft, die den Täter im *Akt der Bestrafung* in seiner Bürgerrolle anspricht, muss auch den *Vollzug dieser Strafe* in Respekt vor dem Bürgerstatus des Täters ausgestalten. Gerade weil der Täter Bürger ist und bleibt, hat er deshalb einen Anspruch darauf, dass ihm – soweit erforderlich – dazu verholfen wird, seine Primärpflicht zu aktiver Loyalität in Zukunft ordnungsgemäß erfüllen zu können;<sup>168</sup> deshalb muss der Strafvollzug auch eine „chanceneröffnend-soziale Seite“ aufweisen,<sup>169</sup> dem Täter also nach Möglich-

---

165 Eindringlich HEIKE JUNG, Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992, S. 31 ff. (unter Rückgriff auf die Zivilisationstheorie von NORBERT ELIAS); ferner NIKOLAOS ANDROULAKIS, Über den Primat der Strafe, ZStW 108 (1996), S. 300, 314 ff., insbesondere S. 320, und WOLFGANG FRISCH, Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus, in: ders. u.a. (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 155, 179 ff. – RAINER KELLER, Zur Wahrnehmung des Schadens, in: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S. 281, 292 weist darauf hin, dass selbst KANTS spiegelnde Wiedervergeltung ein soziales Deutungsmuster impliziere, nämlich „die Annahme, der Unwert der Tat sei im gegenständlichen Schaden verkörpert“. Dies sei zu KANTS Zeiten Teil der Lebenswelt gewesen.

166 SCHMIDHÄUSER (Anm. 17), Strafrecht Allgemeiner Teil, 3/17.

167 Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB gebietet nichts Abweichendes; dazu WOLFGANG FRISCH, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Claus Wilhelm Canaris u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 269, 308.

168 Ähnlich WOLFGANG SCHILD, Strafe – Vergeltung oder Gnade?, SchZStrR 99 (1982), S. 364, 380 ff.; DERS. (Anm. 152), S. 287, 308; HANS-HARTMANN VON SCHLOTHEIM, Sinn und Zweck des Strafens und der Strafe, MschrKrim 50 (1967), S. 1, 4, 12. – Nichts anderes besagt die „soziale Verantwortung“, von der § 2 Satz 1 StrVollzG spricht. Entgegen den Bedenken des Alternativentwurfs (JÜRGEN BAUMANN u.a., Alternativentwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973, S. 55) liegt darin keineswegs eine unzulässige Moralisierung des Strafvollzugs, sondern geradezu eine strafbegriffliche Selbstverständlichkeit.

169 KÖHLER (Anm. 38), Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 50. – In der Sache ganz ähnlich leitet das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Resozialisierung aus der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ab (BVerfGE 35, S. 202, 235 f.).

keit mehr Handlungskompetenz und soziale Teilhabe vermitteln.<sup>170</sup> Nach einer treffenden Bemerkung NOLLS kann die Rechtsgemeinschaft nicht erwarten, dass der Delinquent seine Verantwortung ihr gegenüber erkennt und übernimmt, wenn sie ihre Verantwortung ihm gegenüber ablehnt.<sup>171</sup> Eingedenk seiner fortbestehenden Bürgerrolle ist freilich auch der Täter selbst an sich dazu verpflichtet, an seiner Resozialisierung mitzuwirken.<sup>172</sup> Dass § 4 I StVollzG davon absieht, die Erfüllung dieser Pflicht disziplinarrechtlich zu erzwingen, lässt sich auf pragmatische Gründe stützen; „gelingende Lernprozesse zu installieren, geht nicht ohne die Zustimmung und freiwillige Mitwirkung des Gefangenen.“<sup>173</sup>

Damit sind die Grundzüge einer Vergeltungstheorie der Strafe skizziert, die, wie ich glaube, den herkömmlichen Einwänden gegen dieses Begründungsmodell nicht ausgesetzt ist. Diese Konzeption steht der präventionstheoretischen Auffassung, zumal der Lehre von der positiven Generalprävention, weitaus näher, als es der Mythos von der Unversöhnlichkeit beider Positionen behauptet.<sup>174</sup> Sie ist weit davon entfernt, „in zweckgelöster Majestät in den Grundrechten der Menschen herum[zufuhrwerken].“<sup>175</sup> Nicht anders als den

---

170 Dass die Vollstreckung der strafrechtlichen Sanktionen primär die Aufgabe der „Herstellung von Partizipationschancen“ hat, ist insbesondere von CALLIESS herausgearbeitet worden (ROLF-PETER CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, 1974, S. 64, 155 ff.).

171 NOLL (Anm. 83), S. 26.

172 Dies wird verbreitet bestritten. Exemplarisch BAUMANN u.a. (Anm. 168), S. 59; zuletzt SANDRA MÜLLER-STEINHAEUER, *Autonomie und Besserung im Strafvollzug. Resozialisierung auf Basis der Rechtsphilosophie Immanuel Kants*, 2001, S. 234 ff.

173 ROLF-PETER CALLIESS, *Die Strafzwecke und ihre Funktion. Strafrechtstheorie als dialogische Strafrechtstheorie als Bezugsrahmen*, in: Guido Britz u.a. (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 99, 116. Sachlich übereinstimmend DIETER DÖLLING, *Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts*, in: ders. (Hrsg.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, S. 597, 607 f.; JAKOBS (Anm. 61), 1/47; HEINZ SCHÖCH, *Verstehen, Erklären, Bestrafen? Vergangenes und Aktuelles zur „gesamten Strafrechtswissenschaft“*, in: Ulrich Immenga (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, S. 305, 318; HANS SCHULTZ, *Abschied vom Strafrecht?*, ZStW 92 (1980), S. 611, 621. – Vollzugslockerungen sowie die vorzeitige Entlassung dürfen einem Gefangenen, der sich allen Resozialisierungsangeboten hartnäckig verweigert, hingegen durchaus verweigert werden (ALEXANDER BÖHM, *Strafvollzug*, 3. Aufl. 2003, Rn. 15 m. w. N.; a. A. zuletzt MÜLLER-STEINHAEUER [Anm. 172], S. 268).

174 Zuletzt ist dieser Mythos beschworen worden von MARCUS BASTELBERGER, *Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat*, 2006, S. 52 ff., 117 ff.

175 So der Vorwurf WINFRIED HASSEMER, *Gefahrenabwehr durch Strafrecht – Eine Antwort auf aktuelle Sicherheitsbedürfnisse?*, WestEnd 2006, S. 75, 77 gegen die Vergeltungslehren. HASSEMER spielt darin an auf REINHART MAURACH, *Deutsches Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, 4. Aufl. 1971, S. 77.

Präventionslehren geht es vielmehr auch ihr um die Erhaltung der gesellschaftlichen Ordnung. Unterschiedlich sind jedoch die Begründungsmodelle, mit denen beide Auffassungen die erhaltungswürdigen Merkmale dieser Ordnung auf den Begriff zu bringen suchen. Aus Sicht der Präventionstheorien dient das Strafrecht – mit HASSEMER gesprochen – der „Verbesserung der Welt“.<sup>176</sup> Es ist ein Instrument des gesellschaftlichen Interessenschutzes; vor diesem Hintergrund geht es darum, aus der durch die Straftat herbeigeführten suboptimalen Situation das im Hinblick auf das weitere soziale Leben Beste zu machen. Nach hiesigem Verständnis hingegen ist der Rechtsgrund der Strafe „allein das Verbrechen selbst“<sup>177</sup>, allerdings unter dem Blickwinkel seiner Bedeutung nicht nur für das konkrete Opfer, sondern für die betroffene Rechtsgemeinschaft als Ganze. Das von mir vorgeschlagene Begründungsmodell mythologisiert die Strafe nicht, aber es verfällt auch nicht dem gegenteiligen Irrglauben, die Aufgabe der Straflegitimation lasse sich auf den Status eines technischen Optimierungsproblems herunterrechnen. Sein Grundgedanke ist von größter Einfachheit: Den Täter trifft eine rechtliche Mitverantwortung für den Fortbestand des freiheitlichen Zustandes, innerhalb dessen er lebt. An dieser Mitverantwortung wird er in der Strafe festgehalten, indem auf seine Kosten die Wechselbezüglichkeit von Mitwirkungspflichterfüllung und Freiheitsgenuss bestätigt wird. Legitimes Strafrecht ist definitionsgemäß Bürgerstrafrecht; es gibt kein anderes.<sup>178</sup>

---

176 HASSEMER (Anm. 175), S. 75.

177 HUGO HÄLSCHNER, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, S. 31.

178 Zur hiesigen Kritik an der Kategorie eines Feindstrafrechts: PAWLIK (Anm. 103), S. 38 ff.



## Diskussion zum Vortrag von Michael Pawlik

Leitung: CHRISTIAN STARCK

STARCK:

Vielen Dank, Herr Pawlik, für diesen interessanten Vortrag, in dem ich als Staatsrechtler Neues gehört habe, zum Beispiel, dass der Bürger die Pflicht habe, die staatliche Freiheitsgarantie zu unterstützen. Ich glaube, dass wir jetzt reichlich Diskussionsstoff haben, und ich darf fragen, wer möchte etwas sagen? Herr Patzig bitte.

PATZIG:

Mir ist es auch so gegangen, dass ich diesen Ansatz mit großem Interesse angehört habe. Allerdings habe ich einen, wie ich meine, ziemlich grundsätzlichen Einwand: Man kann Ihre Ausführungen nur auf einen gewissen *Teil* alles dessen, was strafrechtliche Probleme aufwirft, anwenden. Zum Beispiel fällt so etwas wie Tierschutz, der ja auch strafrechtlich geschützt ist, oder Gesetze gegen Fahrlässigkeit im Umgang mit irgendwelchen gefährlichen Stoffen, etwa Bakterien oder Viren, die eine Seuche hervorrufen können, aus dem von Ihnen skizzierten Rahmen heraus. Dazu gehören Straftaten, die schwere Schäden auch bei vielen Menschen hervorrufen können. Derlei lässt sich, denke ich, nicht auf den Nenner bringen, den Sie in Ihrem Vortrag in den Vordergrund gerückt haben, nämlich dass strafbare Handlungen einen Verstoß gegen die herkömmlichen Arten und Weisen, wie wir unsere Handlungen selbst bestimmen können, darstellen. Alles, was Sie gesagt haben, ist durchaus geeignet, alle Delikte zu erfassen, durch die in der Tat die Handlungsfähigkeiten eines Menschen durch einen anderen, bis hin zum Mord, eingeschränkt werden. Aber es gibt daneben, so meine ich, noch einen sehr weiten Bereich ganz anders strukturierter strafbedrohter Handlungen, die man mit diesem Verstoß gegen die Ordnung, wie die Menschen miteinander umgehen, jedenfalls nicht auf den ersten Blick oder vielleicht auch nicht auf den zweiten Blick in Verbindung bringen kann. Also: Es scheint mir das, was Sie gesagt haben, hervorragend zuzutreffen auf einen Sektor, nicht aber auf das ganze Gebiet, auf das Strafrecht angewendet werden muss.

STARCK:

Herr Behrends.

BEHRENDTS:

Meine Frage geht dahin, wie Ihr Modell einzuordnen ist: Die Idee einer Pflicht zu legalem Verhalten, deren Erfüllung ein Stück Freiheit verwirklicht,

weswegen bei Versagen gegenüber dieser Anforderung ein Verlust an Freiheit eintritt - das erinnert doch sehr an die Forderung nach Übereinstimmung mit der *volonté générale*, dem Allgemeinwillen. Sie ähnelt auch HEGELSchen Konstruktionen und scheint mir daher in gewisser Weise dem Verdacht einer hochspekulativen Theorie nicht ohne weiteres entzogen zu sein. Ich möchte demgegenüber darauf hinweisen, dass man das Strafrecht auch in nüchterner Parallele zum Privatrecht sehen kann. So wie es das Schutzbedürfnis gegenüber dem privatrechtlichen Bereich gibt, auf das traditionell mit Schadenersatz reagiert wird und nur noch selten mit Bußen, so gibt es anerkanntermaßen einen Bereich von Schutzgütern, bei deren Verletzung die *res publica*, die gemeinsame Sache, das Gemeinwohl, wie immer man das nennen will, als Inbegriff der Werte des Zusammenlebens sich tangiert fühlt und reagiert. Bei dieser Betrachtung liegt letztlich das empirische *neminem laede* auch dem Strafrecht zugrunde und nicht eine Idee, die letztlich der Freiheit im heutigen Sinn widerspricht. Die Freiheit ihrer Konstruktion ist ja nicht die natürliche Handlungsfreiheit, die viele rechtlich neutrale Verhaltensalternativen umfasst, sondern, wie ROUSSEAU das gesagt hat, *la liberté au sens philosophique*, die im Gehorsam bestehende Freiheit. Das ist mir doch etwas, wie soll ich sagen, belastet wegen der bekannten Wirkungsgeschichte dieser Konzeption und ihrer Unvereinbarkeit mit der empirischen Freiheit der freien Entfaltung. Dazu vielleicht ein paar klärende Worte.

STARCK:

Vielleicht jetzt erst einmal zwei Antworten.

PAWLIK:

Ja gern. Zunächst einmal zu Ihnen, Herr Patzig. Zwei Punkte würde ich gern herausstellen. Erstens: Man muss unterscheiden zwischen der Frage nach der Strafbegründung und derjenigen nach der Legitimität der mit Strafe bewehrten Verhaltensnormen. Die Behandlung der ersten Frage ist analytisch zu trennen von dem zweiten Problemkreis. Ich habe mich in diesem Vortrag der Themenvorgabe entsprechend auf die erste Komponente beschränkt. Ich möchte aber gerne ganz kurz auch einiges zur zweiten Komponente sagen und mich dabei auf einen Punkt konzentrieren. Freiheit ist in einem demokratischen Gemeinwesen nicht nur die Handlungsfreiheit des Bourgeois, wenn ich es so sagen darf, sondern sie hat auch eine demokratische Komponente. Es bestehen deshalb keine grundsätzlichen freiheitstheoretischen Einwände dagegen, dass das Gemeinwesen, repräsentiert durch seine demokratisch gewählten Vertreter, in gewissem Umfang auch Straftatbestände schafft, die Interessen schützen, welche nicht auf menschliche Handlungsinteressen zurückgerechnet werden können. Ich sehe nicht, dass mein Ansatz einen Anhalt dafür böte, diese zweite, demokratische Komponente zu eskamotieren.

Nun zu Ihrem Einwand, Herr Behrends. Sie meinen im Hintergrund meiner Konzeption die *volonté générale* zu erkennen und halten den ganzen Ansatz für hochspekulativ. Im weiteren Verlauf Ihrer Ausführungen räumen Sie dann

freilich selbst ein, es gebe Fälle, in denen die *res publica* sich tangiert fühle und reagiere. Ohne Ihnen zu nahe treten zu wollen, scheint es mir so zu liegen, dass das, was ich ausgeführt habe, diesen kompakten Satz lediglich ausbuchstabiert. Mit dem Befund, dass eine demokratisch konstituierte *res publica* sich tangiert fühlt und reagiert – und zwar nicht irgendwie, sondern mittels der Strafe – ist noch nicht die Frage beantwortet, weshalb sie das darf. Um diese Frage zu beantworten, ist es meines Erachtens unumgänglich anzunehmen, dass der Bürger für das Gedeihen seiner *res publica* einzustehen hat, jedenfalls insoweit, als er die Begehung von Straftaten zu unterlassen hat. Dies ist, so meine ich, nur ein Ausbuchstabieren der Implikationen von Überzeugungen, die weit verbreitet sind, und insofern ist es nicht rein spekulativ. Zum Stichwort *volonté générale*: Bei ROUSSEAU geht der Bürger in seinem Bürgersein auf. Er verliert seine alte Identität und nimmt eine neue an. Von so etwas kann in meiner Konzeption nicht die Rede sein. Herr Patzig hatte ja sogar den Eindruck, ich hätte sozusagen nur die Bourgeois-Existenz erfasst. Die Hypostasierung des Allgemeinen ist jedenfalls nicht mein Anliegen.

STARCK:

Ich danke Ihnen. Jetzt kommt als nächste Frau Hörnle und dann melde ich schon mal Herrn Frisch an. Bitte schön, Frau Hörnle.

HÖRNLE:

Eine Frage ist: Wie legitimiert man Strafe, und in diesem Punkt finde ich Ihre Ausführungen völlig überzeugend, Herr Pawlik, da stimme ich Ihnen zu. Aber es gibt ja auch die zweite Frage: Warum betreiben wir eigentlich den ganzen Aufwand? Warum investieren wir Milliarden in die Strafverfolgungsbehörden etc.? Und diese Frage kann man mit der Antwort, weil der Täter mitverantwortlich ist, nicht beantworten. Dafür brauchen wir den Rückgriff auf handfestere Interessen. Und auch Ihre Charakterisierung des Verbrechens als Verletzung einer Mitwirkungspflicht ist sicher teilweise richtig, aber sie ist unvollständig. Strafe verletzt auch reale Menschen. Und Strafe deshalb als entprivatisiert zu bezeichnen, greift meiner Ansicht nach zu kurz. Strafe soll Rachebedürfnisse einhegen, kontrollieren, befrieden. Aber in dieser Einhegung sind das Rachebedürfnis und das Genugtuungsbedürfnis doch wesentliche Säulen des Strafrechts. Das erklärt nun wiederum nicht für sämtliche Deliktstypen, warum wir bestrafen sollen, da müsste man wieder auf die negative Generalprävention zurückgreifen. Ich weiß, dass Sie diese Form der zusammengesetzten Straftheorie als nicht befriedigend empfinden, aber ist nicht eine zusammengesetzte, zusammengeklebte Straftheorie mit all ihren Bruchstellen immer noch die bessere Erklärung als eine reduzierte Straftheorie, die hier nur Einzelteile beleuchtet?

FRISCH:

Herr Pawlik, ich stimme Ihnen in einer Reihe von Punkten zu. Das gilt einmal für die Kritik an den Präventionstheorien; es gilt zum zweiten dafür, dass

Sie die Wiederherstellung des Rechts in den Vordergrund schieben, das würde ich auch so sehen. Und ich stimme Ihnen – drittens – auch zu, wenn Sie sagen, auf der Begründungsebene sei mit der Theorie der Spezialprävention nicht allzu viel zu erreichen, jedenfalls soweit wir die Strafebene und nicht die Maßregeln in den Blick nehmen. Nun zu Ihrem eigenen Ansatz. Sie verwenden drei Schritte, drei Begriffe auch, nämlich Mensch, Subjekt, Bürger, und Sie knüpfen an den Bürger dann eine sogenannte Mitwirkungspflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft. Das ist wohl der eigentliche Clou an Ihrem Ansatz, die Mitwirkungspflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft, aus der dann im Falle des Rechtsbruchs die Duldungspflicht folgen soll. Man *kann* das so sehen, aber man kann auch mehrere Fragen dazu stellen. Meine erste Frage: Warum diese Verdoppelung der Pflichten? Warum noch einmal diese zusätzliche Pflicht zu der schon bestehenden? Ich habe ja bereits ein Gesetz, das zu befolgen ist, warum noch einmal diese zusätzliche Mitwirkungspflicht? Meine zweite Frage: Läuft es nicht auf eine schlichte Behauptung hinaus, wenn Sie sagen, aus der nicht erfüllten Mitwirkungspflicht werde nun eine Duldungspflicht (den strafenden Eingriff hinzunehmen)? Ich frage hier schlicht dagegen: warum eigentlich? Ist diese von Ihnen behauptete Umwandlung einer ebenfalls behaupteten Mitwirkungs- in eine Duldungspflicht nicht im Grunde genommen nur eine komplizierte normentheoretische Verschiebung des Legitimationsproblems? Und die dritte Frage, die ich noch habe: Wie begründen Sie auf der Basis dieses Ansatzes bei Verletzung der gleichen Mitwirkungspflicht unterschiedliche Strafen?

STARCK:

Zwei Redner, fünf Fragen, bitte schön, Herr Pawlik.

PAWLIK:

Vielen Dank. Ich darf mich zunächst Ihnen, Herr Frisch, zuwenden. Nach meinem eigenen Verständnis enthält mein Vortrag nicht nur einen Clou, sondern zwei. Der eine, das ist der konstruktive Gedanke, Strafe reagiere auf eine Mitwirkungspflichtverletzung. Der zweite, und dies ist mir ebenso wichtig, ist die Aussage, dass der Legitimationsgrund der Pflicht damit noch nicht bezeichnet ist. Dieser Legitimationsgrund liegt, ich sage es ganz pauschal, im Freiheitschutz. Das bedeutet, es wird nicht bestraft um der Pflichtwidrigkeit als solcher willen, sondern der Umfang der Pflichtverletzung bemisst sich auch wesentlich nach dem Ausmaß der Freiheitsverletzung, deswegen unterschiedliche Strafen. Warum wird aus der Mitwirkungspflicht eine Duldungspflicht? Die Antwort ist: Der Bürger hat nach meiner Theorie die Pflicht, an der Aufrechterhaltung eines Zustandes von Freiheitlichkeit mitzuwirken. Dieser Pflicht hat er zuwidergehandelt, indem er sein Verbrechen verübt hat. Seinen Beitrag zur Aufrechterhaltung des Rechtszustandes kann er deshalb nur noch erbringen, indem er duldet, dass auf seine Kosten demonstriert wird: „Wer nicht ordnungsgemäß kooperiert, der verliert Freiheit.“ Der positive Grundgedanke ist: „Wenn du pflichtgemäß handelst, trägst du das Deinige dazu bei, dass der be-

stehende Zustand von Freiheitlichkeit – und damit indirekt auch deine eigene Freiheit – erhalten bleiben.“ Umgekehrt: „Wenn – und weil – du pflichtwidrig gehandelt hast, verlierst du Freiheit. Und das zeigen wir jetzt anhand dessen, was wir mit dir machen.“ Schließlich: Warum eine Verdoppelung der Pflichten? Der Grund ist ein konstruktiver: Ich habe versucht darzulegen, dass wir, wenn wir vergeltungstheoretisch argumentieren, das Schadenersatzparadigma zugrunde legen müssen und dass wir auf seiner Grundlage konstruktiv dazu gezwungen sind, das Proprium des Verbrechens in seiner Allgemeinheitsbedeutung zu erblicken. Nicht zuletzt unterstreicht diese Verdoppelung die von mir hervorgehobene Unterscheidung zwischen der konstruktiven Mitwirkungspflicht und der Legitimationsproblematik.

Nun zu Ihnen, Frau Hörnle. Sie haben unterschieden zwischen zwei Fragen: Erstens, wie legitimiert sich Strafe, und zweitens, warum betreiben wir den Aufwand? Sie mögen es für banal halten, aber ich würde zu letzterem einfach sagen: Wir betreiben den Aufwand, weil wir uns als freiheitliche Rechtsgemeinschaft nur so stabilisieren können. Dass im Einzelnen sehr viele pragmatische Erwägungen mitspielen, ist völlig selbstverständlich. Aber das war hier nicht mein Thema, sondern es ging mir nur darum zu zeigen, dass wir als Rechtsgemeinschaft gute Gründe haben, Strafe zu verhängen und damit auch den Aufwand zu betreiben, der zur Strafverhängung hinzugehört. Und dass Verbrechen an realen Menschen verübt werden, dass hinterher der reale Mensch tot ist und nicht die Rechtsgemeinschaft, ist gleichfalls selbstverständlich. Dass ich dies keineswegs übersehen habe, ergibt sich, wie ich hoffe, schon aus dem, was ich eben im Hinblick auf Herrn Frisch gesagt habe: Legitimationsgrund von Strafe ist die Verletzung von Freiheit, und wer tot ist, hat viel Freiheit verloren.

STARCK:

Jetzt kommt Herr Duttge und dann Herr Schreiber.

DUTTGE:

Ich will auf dasjenige eingehen, was auch Frau Hörnle schon angedeutet hat mit dem wunderbar plastischen Begriff der „Zusammenstückelung“ mehrerer Theorieansätze. Ich bin, lieber Herr Pawlik, ganz auf Ihrer Seite, wenn Sie überzeugend darlegen, von welcher unansehlicher Gestalt sich derzeit das in sich unstimmmige Strafrechtsgebäude zeigt, wie sehr es uns also darum gehen muss, eine in sich geschlossene, konsistente Gesamtkonzeption der Strafbegründung und Anwendung von Strafrecht zu entwickeln. Und gerade deshalb interessiert mich besonders, wie es Ihnen gelingen soll, die im letzten Teil Ihrer Überlegungen sehr stark betonte Spezialprävention in Ihre Konzeption zu integrieren. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, fiel in diesem Zusammenhang u.a. auch der Begriff des „Bürgerstatus“. Aus diesem Bürgerstatus soll sich im Rahmen der Strafvollstreckung ergeben, dass wir hier im Sinne des Bundesverfassungsgerichts in besonders fürsorglicher Weise darauf zu achten haben, dass der Verurteilte trotz verhängter lebenslanger Freiheitsstrafe noch vor seinem biolo-

gischen Ende wieder der Freiheit teilhaftig wird. Der Bürgerstatus ist in Ihrem Konzept aber offensichtlich zugleich auch Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Zugriff als solchen. Dies dürfte um so mehr gelten, wenn Sie von einer „Mitverantwortung“ oder bürgerrechtlichen „Pflicht“ des Einzelnen im Verhältnis zur Rechtsgemeinschaft sprechen, denn damit ist unverkennbar der Straftäter angesprochen, der sich durch seine Straftat gleichsam immer auch gegenüber der Rechtsgemeinschaft schuldig gemacht hat. Das heißt also: Derselbe Status soll sowohl dazu führen, den Bürger in seiner freiheitlichen Betätigung und Entfaltung ernst und im Bedeutungsgehalt seiner tätigen Kommunikation beim Worte zu nehmen, ihn daran festzuhalten, als auch – auf der Basis desselben Begründungsansatzes – im Rahmen der Strafvollstreckung dazu, aus spezialpräventiven Gründen die eigentlich verwirkte Strafe nicht ungemildert bis zur bitteren Neige auszuschöpfen. Darin liegen, wie ich meine, zwei gegenläufige Tendenzen, die sich kaum auf denselben Leitgedanken zurückführen lassen. Fehlt da nicht ein Begründungsstück für die Berechtigung spezialpräventiver Überlegungen, und wie könnte sich dieses in das Gesamtkonzept einbinden lassen? Denn es liegt auf der Hand, dass die Gegenläufigkeit jener die Strafvollstreckungsentscheidung tragenden Wertgrundlage die Strafbegründungsentscheidung und den hier zugrunde gelegten Maßstab jedenfalls tendenziell unterlaufen wird und den erstrebten einheitlichen, von der Strafbegründung bis zur Strafvollstreckung reichenden einheitlichen legitimatorischen Zusammenhang zerschlägt.

SCHREIBER:

In Ihrer Antwort auf Herrn Frisch und jetzt auch in dem, was Herr Duttge angeführt hat, habe ich den Verdacht, dass Sie Ihren ursprünglich HEGELschen Ansatz profanisieren haben, dass Sie die primäre Bürgerpflicht konstruktiv in eine Schadenersatzpflicht umwandeln. Warum muss ich eigentlich, wenn ich meiner Bürgerpflicht nicht nachgekommen bin, Schmerzen erdulden? Warum muss ich dann bestraft werden? Das ist ja gar kein Schadenersatz. Sie ersetzen ja gar nicht den Schaden, sondern Sie fügen ein Übel zu, und da kommen doch dann Elemente der Prävention hinzu. Denn mehr als die Generalprävention kann es schlicht nicht sein, was bei HEGEL die Hoheit der Verletzung des Rechts ist, dass ein Übel durch ein anderes Übel vergolten wird, das ersetzen Sie hier mit Präventionsstücken. Ich habe sehr den Verdacht, dass Sie nichts anderes bieten als eine elegant überhöhte Präventionstheorie, mit der Sie der HEGELschen Metaphysik entkommen.

STARCK:

Bitte schön, Herr Pawlik.

PAWLIK:

Ja, vielen Dank. Wenn ich an Ihren eigenen Vortrag zurückdenke, Herr Duttge, glaube ich feststellen zu können, dass wir in dem zentralen Punkt übereinstimmen: Mit der Bestrafung demonstriert die Rechtsgemeinschaft, dass sie den

Täter als Bürger ernst nimmt. Dieser Ausgangspunkt ist meiner Auffassung nach kein genuin hegelianischer. Hegelianisch ist erst der Folgesatz, dass ich den Bürger als ein Konkret-Allgemeines begreife und nicht nur als ein Abstraktum. Das heißt, ich sehe ihn auf der einen Seite als jemanden, dem wir Unrecht und Schuld zuschreiben, aber ich berücksichtige auf der anderen Seite auch seine Fehlbarkeit. Meines Erachtens liegt darin kein prinzipieller innertheoretischer Bruch; vielmehr geht es jeweils um unterschiedliche Aspekte des einen Bürgerstatus: Auf der einen Seite geht es um die Verantwortlichkeit für das eigene Tun, die wir voraussetzen müssen, sonst könnten wir keine Handlungsfreiheit gewähren. Auf der anderen Seite geht es darum, dass wir den Täter im Anschluss an sein verantwortungswidriges Verhalten nicht einfach allein lassen, sondern ihn auf dem Weg zurück zur Legalität unterstützen. Sie mögen diese Umschreibung für etwas kitschig halten. Der ihr zugrunde liegende Gedanke aber ist es nicht: Wir sollten nach meiner Überzeugung die Begriffe nicht zu abstrakt halten.

Zu Herrn Schreiber: Selbstverständlich sind mit der Bestrafung des Täters auch präventive Reflexe verbunden. Niemand, nicht einmal der radikalste Vergeltungstheoretiker, KANT, hat jemals die Tatsache und auch die Wünschbarkeit präventiver Effekte bestritten. Mir geht es aber nicht um die verschiedenen tatsächlichen Wirkungen der Strafe, sondern darum, inwieweit diese sich in haltbare legitimierungstheoretische Kategorien übersetzen lassen. Dort kommt es dann zum Schwur. Es ist eben ein Unterschied – und zwar nicht nur in der Begründung, sondern vielfach auch im Ergebnis –, ob wir die Verbrechenlehre und die Grundsätze der Strafzumessung auf der Basis präventiven Denkens oder auf der Grundlage der von mir vorgestellten Konzeption entwickeln. Leider fehlte es mir an der Zeit, in meinem Vortrag auch darauf noch näher einzugehen; deshalb bleibt meine jetzige Aussage unweigerlich etwas thesenhaft. Was die Strafzumessung angeht, so habe ich immerhin eben schon angedeutet, dass zum einen – in herkömmlicher Terminologie gesprochen – das Maß der Rechtsgutverletzung und zum anderen die Beschaffenheit der gesellschaftlichen Situation, in die hinein delinquent wird, für die Strafzumessung entscheidend sind. Ich muss es leider bei diesen Stichworten belassen. Wichtig ist mir aber, nochmals zu unterstreichen, dass ich das, was ich Ihnen vorgetragen habe, nicht als bloße Reformulierung eines präventionstheoretischen Gedankens verstehe. Ich vertrete eine Vergeltungstheorie, aber eben eine solche, die sich nicht auf die Aussage beschränkt, wir strafen um der Gerechtigkeit willen, Punktum. Wir brauchen auch den Bezug auf unsere konkrete Gesellschaft. Den können wir nicht hinaus eskamotieren. Deshalb kann es nur darum gehen, die straftheoretische Bezugnahme auf diese gesellschaftliche Begründungsbasis möglichst überzeugend vorzunehmen.

STARCK:

Vielen Dank. Ich habe jetzt noch drei Wortmeldungen notiert und möchte dann die Liste schließen, das sind Herr Jehle, Herr Naucke und Herr Müller-Dietz.

JEHLE:

Ich darf an das anknüpfen, was Herr Patzig sagte, mir scheint eben auch das Feld, das Sie mit Ihrer Theorie beackern können, relativ eng. Der präventive Gedanke ist heute schon vielfach in die Tatbestandsmäßigkeit hinein genommen. In vielen Bestimmungen des modernen Strafrechts ist die Strafbarkeit so weit vorverlagert, dass längst vor der eigentlichen Rechtsgutsverletzung die Tatbestandsmäßigkeit erfüllt ist. Ein kleines Beispiel: Wenn ich ein Hanfpflänzchen – nein, nicht ich – wenn meine Kinder oder meine Studenten ein Hanfpflänzchen auf die Fensterbank stellen, bin ich bereits im strafbaren Bereich, weit vor der eigentlichen Rechtsgutsverletzung. Der moderne Gesetzgeber nimmt die Prävention schon in die Tatbestandsmäßigkeit hinein, indem er die Tatbestandsmäßigkeit sehr weit vorverlagert. Sie entkommen diesem präventiven Gedanken auch mit Ihrer Theorie nicht.

STARCK:

Herr Naucke.

NAUCKE:

Ich habe eine Frage, eher eine Überlegung, ob Sie Ihre eigenen Gedanken nicht anstücken müssten, wenn ich nun frage, in welchem Staat wird vergolten? Das Interessante ist, dass Sie nur eine Straftheorie entwickeln, aber die Straftheorie, in neuerer Zeit jedenfalls, ist immer eine Straftheorie, die mit einem bestimmten Staat verbunden ist. Mir ist aufgefallen, dass Sie am Anfang der Debatte, für mich völlig plötzlich, die Demokratie ins Spiel bringen. Wenn Sie sagen würden, ich präsentiere eine reformulierte Vergeltungstheorie, die für eine Demokratie in ruhigen Zeiten gilt, dann würde ich mit Ihnen diskutieren. Aber wenn Sie es so allgemein lassen, wie Sie es jetzt formuliert haben, dass der Bürger seinen Beitrag zur Rechtsordnung nicht erbringt usw., dann gilt das für die NS-Zeit wie für die Republik wie für die Kaiserzeit und für das Kolonialstrafrecht, und da würde ich Ihnen aber mit großem Nachdruck widersprechen, dass das nicht geht.

STARCK:

Eine wichtige Frage. Herr Müller-Dietz, der letzte.

MÜLLER-DIETZ:

Ich fand Ihre Ausführungen, Herr Pawlik, zu Präventionstheorien weitgehend überzeugend. Wo ich Schwierigkeiten habe, da bitte ich um Nachsicht, ist die Quelle für die Mitwirkungspflicht des Bürgers. Ich habe da eine Zeitlang gedacht, das ist der Gesellschaftsvertrag, aber Sie haben die *volonté générale* von ROUSSEAU zurückgewiesen. Mir ist nicht ganz klar, ist es der demokratisch

legitimierte Gesetzgeber, der die Gesetze macht, an die man sich halten muss, oder was ist der Grund dafür, dass ich eben diese Pflichten einhalten muss? Vielleicht noch eine Ergänzung: Ich habe ein bisschen vermisst, dass eigentlich bei den Opferdelikten, wo es also ein Straftatopfer gibt, die Anerkennung der Respektierung des anderen als Mensch mit seinen Rechten verletzt wird. Das geht natürlich unter, indem man von einer Entindividualisierung spricht, das führt dann eben auch zu einer Sozialisierung der Strafe.

STARCK:

Herr Pawlik bitte.

PAWLIK:

Zunächst einmal zu Herrn Naucke, weil mir das persönlich auch besonders am Herzen liegt. Ich habe versucht, deutlich zu machen, dass der Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht die Wahrung von Freiheitlichkeit ist. Die Theorie, die ich Ihnen präsentiert habe, ist insofern eine Theorie für den freiheitlich-demokratischen Staat, nicht eine Theorie für den Nazi-Staat. Mir geht es eben nicht um Deskription, sondern um eine Legitimationstheorie; diese hat zum konstitutiven Element den Gedanken der Freiheit. Sie können also weiterhin mit mir diskutieren, Herr Naucke.

Nun zu Ihnen, Herr Müller-Dietz. Mit der Mitwirkungspflicht zahlt der Bürger die Kosten für sein Leben in Freiheit. Wir kennen ja eine Reihe rechtlicher Mitwirkungspflichten. Wenn Sie so wollen, ich sage das jetzt ganz ungeschützt, ist die Pflicht zur Mitwirkung und die aus ihr abgeleitete Pflicht zur Duldung der Strafe eine Art erweiterter Steuerpflicht. Zur Erfüllung unserer Steuerpflicht geben wir Geld, damit der Staat die Polizei und die Gerichte bezahlt. Aber so viel Polizei, so viele Gerichte kann es gar nicht geben, wenn wir uns ansonsten benehmen würden wie die Teufel. Wir müssen also auch in unserem persönlichen Verhalten die Steuer zahlen für unser Leben in Freiheit.

Nun zu dem, was Herr Jehle angesprochen hat. Ich habe schon in meiner Antwort auf Herrn Patzig betont, dass die Frage der Straflgitimation eine andere ist als die Frage der Legitimation der Normen, deren Verletzung der Gesetzgeber mit Strafe belegt. Sie haben vollkommen Recht, Herr Jehle, wir erleben eine Auflösung dessen, was man noch mit halbwegs gutem Gewissen als klassisches Strafrecht bezeichnen kann; was sich abzeichnet, ist eine Verschmelzung von Strafrecht und Polizeirecht zu einem neuartigen Sicherheitsrecht. Es ist ganz selbstverständlich, dass dies sich auch auf die Deutung von Strafe auswirken kann. Ob wir dann nämlich noch mit dem traditionellen Pathos von Schuld sprechen können, das möchte ich mit einem großen Fragezeichen versehen. Ich bin in meinem Vortrag von einem Begriff des Strafrechts ausgegangen, der dem herkömmlichen Verständnis der Strafrechtsdogmatik im Wesentlichen entspricht. Das war selbstverständlich eine Idealisierung, und Sie mögen sie als zu weitgehend ansehen. Aber es ist ja immerhin ganz nützlich, anhand eines solchen Maßstabs zu sehen, wie weit wir bereits abgedriftet sind. Insgesamt würde ich Ihrer Analyse also überhaupt nicht widersprechen, son-

dem möchte auch meinerseits unterstreichen, dass das, was wir in vielen Fällen praktizieren, nur noch in einem formellen und kaum noch in einem materiellen Sinne Strafrecht ist.

STARCK:

Vielen Dank.

# 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.<sup>1</sup> 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,<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Lehrbücher des Strafzumessungsrechts pflegen mit ausführlichen Erörterungen von Straftheorien zu beginnen,<sup>4</sup> wobei die verfassungsrechtlichen Grundlagen eher in knapper Weise erwähnt werden.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Einige Jahre später führte das Gericht eine neue Begründung an, die bei Grundrechtsnormen ansetzt, nämlich bei Art. 1 I und Art. 2 I GG.<sup>7</sup> Seither wird regelmäßig auf die verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldgrundsatzes verwiesen, allerdings bei unterschiedlicher Kombination der Begründungen.<sup>8</sup> Manche Entscheidungen erwähnen nur das Rechtsstaatsprinzip,<sup>9</sup> andere nur die Würde des Menschen,<sup>10</sup> oder sie zitieren Rechtsstaatsprinzip und Art. 1 I 1 GG ohne Art. 2 I GG.<sup>11</sup> Am häufigsten findet sich die Kombination „Rechtsstaatsprinzip, Art. 1 I und Art. 2 I GG“.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> 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“.<sup>14</sup> 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 Kritik<sup>15</sup> zu verteidigen wäre. Im Rahmen einer Abhandlung zur Strafzumessungslehre ist es nicht möglich, auf diesen hoch umstrittenen, verästelten Überlegungen erfordernden Themenkomplex<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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 schuldangemessen<sup>20</sup> 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 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.<sup>21</sup> 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“.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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 Talionsprinzip<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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

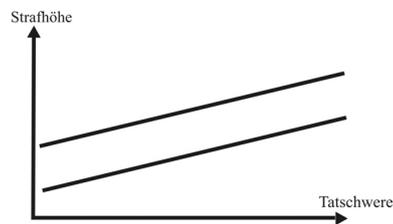


Abb. 2a

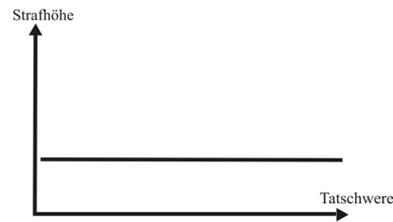


Abb. 2b

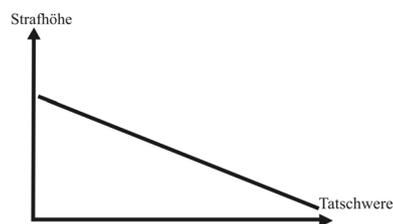
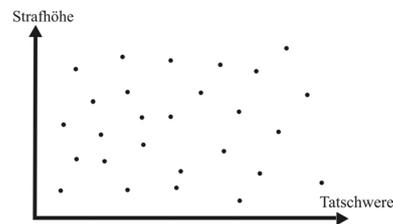


Abb. 2c



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.<sup>26</sup> 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 unmöglich<sup>27</sup> – 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.<sup>28</sup> 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. Vergewenwärtigt man sich, dass der Strafrahmen 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 Strafrahmenanstieg, 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,<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Sowohl gegen die Variante „erhöhtes Unrecht“ als auch gegen die Variante „erhöhte Schuld“ sind Einwände zu erheben<sup>31</sup> – 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.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> Das Gericht verweist auf einen (unveröffentlichten und nur sehr knapp begründeten)<sup>35</sup> 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)<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

---

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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup>

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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

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.<sup>44</sup> 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,<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

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 ELLSCHEID/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.<sup>47</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat keine Einwände dagegen, die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafen *auch* damit zu rechtfertigen, dass dem Strafzweck „Abschreckung“ gedient werde.<sup>48</sup> Die Formel vom „gerechten Verhältnis der Strafe zu Tatschwere und Schuld“ würde es gestatten, *in beschränktem Maße* auch generalpräventive Überlegungen zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Im Schrifttum finden sich zum Verhältnis von Schuldgrundsatz und Generalprävention konträre Positionen. Teilweise wird vertreten, dass zwischen Schuld und Prävention nicht genau unterschieden werden müsse<sup>50</sup> – während andere Autoren gegen generalpräventive Strafzumessungsgründe schweres Geschütz auffahren, nämlich das Argument, dass dies Art. 1 I GG verletze.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup> 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.

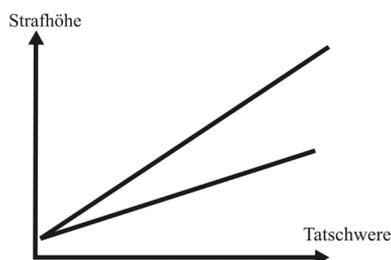
Schuldgrundsatz nach der „gerechtes Verhältnis“-Formel, sondern auch mit Art. 1 I GG zu bejahen sind.<sup>54</sup> Bleibt die Strafe aber im Rahmen dessen, was der Tatrichter als noch schuldangemessen ansieht, ist der Aspekt „Abschreckung“ nicht geeignet, eine Präferenz für die höchstzulässige Strafe 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

<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> Gegen lebenslange Freiheitsstrafe wird allerdings im Schrifttum Kritik vorgebracht: Diese Sanktion sei *grundsätzlich* abzulehnen.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> Man denke etwa an Völkermord und andere Fälle der Tötung vieler Menschen aus niedrigen Beweggründen, etwa rassistischen Motiven, oder unter grausamen Bedingungen.<sup>58</sup> Die denkmögliche Alternative zum geltenden Recht, die in der Verhängung ausschließlich zeitiger Freiheitsstrafen bestehen könnte (z.B. maximal 25 Jahre Freiheitsstrafe für Mord)<sup>59</sup>, 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.<sup>60</sup> Es bedarf einer Änderung der deutschen Rechtslage, die eine unrechtsangemessene Rechtsfolgenabstufung bei Tötungsdelikten erlaubt.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> Dies erlaubt aber nicht die Schlussfolgerung, dass regionale und lokale Divergenzen nicht mehr bestehen.<sup>63</sup> 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,<sup>64</sup> ist die Verletzung eines *Individualgrundrechts* allerdings zu verneinen.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> 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“.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup>

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.“<sup>70</sup>

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.<sup>71</sup> Als verfassungsrechtliches Optimierungsgebot wendet sich jedoch das Sozialstaatsprinzip an den Gesetzgeber und als Auslegungshilfe an die Rechtsprechung;<sup>72</sup> 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)<sup>73</sup> nicht an. Das hier zu erörternde Thema betrifft einen Kernbereich, nämlich Hilfe, die Mindestbedingungen für ein selbstbestimmtes Leben sichern soll.<sup>74</sup>

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.<sup>75</sup> 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.“<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup>

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.<sup>79</sup>

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“<sup>80</sup> 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,<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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.“<sup>83</sup>

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.<sup>84</sup> 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

<sup>83</sup> BVerfGE 45, S. 187, 228 f.

<sup>84</sup> 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“<sup>85</sup> oder „ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt“<sup>86</sup>. Hieraus ergebe sich ein Verbot *grausamer, unmenschlicher* und *erniedrigender* Strafen.<sup>87</sup>

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,<sup>88</sup> 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* Übelszufügungen<sup>89</sup> 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,<sup>90</sup> und die etwa in den USA praktizierten sogenannten „shaming sanctions“<sup>91</sup> 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“.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> 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)<sup>94</sup> den Betroffenen zum Objekt der Verbrechensbekämpfung macht. Es bedarf schlüssiger Ausführungen dazu, warum er nicht zum „bloßen Objekt“ werde.<sup>95</sup> 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 Unterbrachten hinzuwirken.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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.“<sup>98</sup>

---

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.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup> Konzeptuell gehören solche Fälle

<sup>99</sup> Siehe die Nachweise in Anm. 56.

<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup> 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) Prinzips<sup>103</sup> 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“.<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup>

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.<sup>106</sup> „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.<sup>107</sup>

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.<sup>108</sup> Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass „niemand seiner Menschenwürde verlustig gehen“ könne, auch nicht Täter, die „schwerste Schuld auf sich geladen haben“.<sup>109</sup> Ob die Menschenwürde des konkret Betroffenen, sein individuelles Grundrecht,<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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 betont<sup>112</sup> – 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,<sup>113</sup> und Ungefährlichkeit und Unrechtseinsicht sind nicht dasselbe.<sup>114</sup> 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 scheidet 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 Bundesverfassungsgericht<sup>115</sup> 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.



## Diskussion zum Vortrag von Tatjana Hörnle

Leitung: GUNNAR DUTTGE

DUTTGE:

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

BEHRENDTS:

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

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

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

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

DUTTGE:

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

HÖRNLE:

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

BEHRENDTS:

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

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

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

DUTTGE:

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

RÜPING:

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

DUTTGE:

Frau Hörnle.

HÖRNLE:

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

DUTTGE:

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

MÜLLER-DIETZ:

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

HÖRNLE:

Ja, richtig.

DUTTGE:

Herr Frisch.

FRISCH:

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

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

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

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

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

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

DUTTGE:

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

HÖRNLE:

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

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

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

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

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

DUTTGE:

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

SCHREIBER:

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

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

DUTTGE:

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

NAUCKE:

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

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

DUTTGE:

Herr Jehle.

JEHLE:

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

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

DUTTGE:

Frau Hörnle wird sagen, ob wir das wollen.

HÖRNLE:

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

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

DUTTGE:

Besten Dank, liebe Frau Hörnle.

# Gnade in der Strafrechtspflege

HEINZ MÜLLER-DIETZ

- I. Zur geschichtlichen Entwicklung der Gnade
  - 1. Zum historischen Charakter der Gnade
  - 2. Gnade im rechtlichen Zwiestreit
  - 3. Zum heutigen Verständnis der Gnade
  - 4. Einwände gegen die Gnade
- II. Gnade in der Gegenwart
  - 1. Zur „Verrechtlichung“ sogenannter Gnadenmaterien auf legislatorischem Wege
  - 2. Zur „Verrechtlichung“ des Gnadenwesens auf dem Verwaltungswege
  - 3. Zur Problematik sogenannter „Sammelbegnadigungen“
  - 4. Empirische Untersuchungen zur Gnadenpraxis
- III. Zur künftigen Ausgestaltung der Gnade
  - 1. Zur Beibehaltung der Gnade als Rechtsinstitut
  - 2. Zur Reform des Gnadenverfahrens, insbesondere zur Frage gerichtlicher Kontrolle von Gnadenentscheidungen
  - 3. Gesellschaftliche Reaktionen auf Straftaten und Gnade
  - 4. Opferperspektive und Gnade
  - 5. Schlussbemerkung

## I. Zur geschichtlichen Entwicklung der Gnade

### 1. Zum historischen Charakter der Gnade

Die folgenden Ausführungen können nicht beanspruchen, ein mehr oder minder geschlossenes Konzept zu liefern, sondern eher eine nach verschiedenen Richtungen hin aufbereitete Materialsammlung, die dem weiteren Diskurs vorarbeiten soll. Dabei begegnen uns einmal mehr unter freilich anderen Vorzeichen und in anderem Kontext Fragestellungen, die wie ein roter Faden dieses Symposium durchziehen. Es geht dabei nicht zuletzt um Inhalt und Legitimierbarkeit generalpräventiver und spezialpräventiver Strafzwecke, die in verschiedenen Beiträgen des Symposiums zur Sprache gekommen sind. Zur Diskussion stehen aber auch die gleichfalls problematisierten Topoi der Humanität

und der allmählichen Humanisierung des Strafrechts.<sup>1</sup> Was hier vorliegt, sind also eher offene Fragen als abschließende Antworten.

Am Anfang mag ein literaturgeschichtlicher Einstieg stehen, der das historische Verständnis der Gnade veranschaulicht. In der Erzählung „Das Fräulein von Scuderi“ von E. T. A. HOFFMANN bemüht sich die Protagonistin leidenschaftlich darum, ihren Schützling Olivier Brußon vor dem Zugriff der Justiz, insbesondere vor Folter und einem drohenden Fehlurteil zu retten. Sie nimmt den Rat des ebenso rechtskundigen wie praxiserfahrenen Parlamentsadvokaten Pierre Arnaud d’Andilly in Anspruch. Der Jurist bringt die zeitgenössische Unterscheidung von Recht und Gnade – in der Epoche LUDWIGS XIV. – auf den Nenner: „Kein Rechtsspruch, aber des Königs Entscheidung, auf inneres Gefühl, das da, wo der Richter strafen muß, Gnade ausspricht, kann das alles begründen.“<sup>2</sup> In HEGELS „Rechtsphilosophie“ liest sich das – ausgehend von seiner Straftheorie – wie folgt:

„Aus der Souveränität des Monarchen fließt das *Begnadigungsrecht* der Verbrecher, denn ihr kommt nur die Verwirklichung der Macht des Geistes zu, das Geschehene ungeschehen zu machen und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten.“<sup>3</sup>

## 2. Gnade im rechtlichen Zwiestreit

Es gibt kaum ein Institut, das in der juristischen Moderne mehr umstritten ist als die Gnade.<sup>4</sup> Obgleich sie im Grundgesetz und in den Landesverfassungen eigens vorgesehen und geregelt ist. Und obwohl in Gestalt von Gnadenordnungen eine Fülle einschlägiger Regelungen des Gnadenverfahrens und der Voraussetzungen für Begnadigungen existiert. Die kontroverse Sicht wird an zwei Gegenpositionen deutlich – die zwar ganz verschiedenen Geschichtsepochen angehören, aber die gegensätzlichen Auffassungen mit einer Entschiedenheit zum Ausdruck bringen, wie sie pointierter kaum denkbar erscheint.

KANT hat bekanntlich in seiner berühmten und vielzitierten Kritik, die ja in der Befugnis und Pflicht des Staates, Straftaten zu ahnden, ihren Ursprung

- 
- 1 Vgl. HEINZ MÜLLER-DIETZ, Gibt es Fortschritt im Strafrecht?, in: Kurt Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 677, 688 ff.; DERS., Gibt es Fortschritt im Strafrecht?, in: Heike Jung/Heinz Müller-Dietz/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Perspektiven der Strafrechtsentwicklung, 1996, S. 31, 49 ff.
  - 2 E. T. A. HOFFMANN, Das Fräulein von Scuderi, in: ders., Werke, Bd. 2, 1967, S. 436, 492. Dazu HEINZ MÜLLER-DIETZ, E. T. A. Hoffmanns Erzählung „Das Fräulein von Scuderi“ im (straf-)rechtsgeschichtlichen und kriminologischen Kontext, in: E. T. A. Hoffmann, Das Fräulein von Scuderi, 2010.
  - 3 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke, Bd. 7, hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 1970, S. 29, 454 (§ 282).
  - 4 Umfassend DIMITRI DIMOULIS, Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme, 1996.

hat,<sup>5</sup> dem Begnadigungsrecht die Legitimation abgesprochen. In diesem Sinne heißt es im Kapitel seiner „Rechtsphilosophie“ über das „Straf- und Begnadigungsrecht“ etwa:

„Das *Begnadigungsrecht* (*ius aggratiandi*) für den Verbrecher, entweder die Milde-  
rung oder gänzliche Erlassung der Strafe, ist wohl unter allen Rechten des Souve-  
rāns das schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen, und dadurch  
doch im hohen Grade unrecht zu tun.“<sup>6</sup>

Die Gegenposition hat etwa DETLEF MERTEN 1978 in seiner Studie über die Begnadigung bezogen. Darin hat er die Unverzichtbarkeit der Gnade auf die Formel gebracht: „Das Ende der Gnade wäre auch das Ende des Rechts.“<sup>7</sup>

### 3. Zum heutigen Verständnis der Gnade

Wer am Institut der Gnade festhält, sieht es in engem, unmittelbarem Zusammen-  
hang mit der Strafe. Danach steht und fällt es mit ihr.<sup>8</sup> Die Gnade bildet in  
dieser Perspektive gleichsam das Pendant oder vielmehr das Gegenstück zur  
Strafe. Sie dient nach heutiger Auffassung dazu, Härten des Gesetzes, gericht-  
lich nicht (mehr) korrigierbare Fehler bei der Urteilsfindung sowie Unbillig-  
keiten der Strafvollstreckung, die durch nachträglichen Wandel allgemeiner  
oder persönlicher Verhältnisse eingetreten sind, durch Aussetzung, Umwand-  
lung oder Erlass der Strafe auszugleichen.<sup>9</sup> So hat es etwa das Bundesverfas-  
sungsgericht in seiner frühen Rechtsprechung zum Gnadenrecht formuliert.  
Danach stellt der Gnadenerweis eine Korrektur gerichtlicher Entscheidungen  
auf einem „anderen“, „besonderen“ Weg dar, der der Gewaltenteilung eigent-  
lich fremd ist,<sup>10</sup> soll also Hilfe und Korrektur in Einzelfällen bieten, in denen  
die Möglichkeiten des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr ausreichen.<sup>11</sup> Wir  
haben es bei Begnadigungen demnach mit einer Vielzahl unterschiedlicher  
Fallgruppen zu tun.

Gnade hat hiernach im heutigen Verfassungs- und Rechtsstaat nur mehr als  
Rechtsinstitut Daseinsberechtigung. Extra legem vermag sie nicht weiter zu  
existieren. Gnade ist nur mehr innerhalb der Gestaltungsformen und -mög-

5 IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Werke Bd. 7, hrsg.  
von Wilhelm Weischedel, 1968, S. 309, 453 f.

6 KANT (Anm. 5), S. 459 f.

7 DETLEF MERTEN, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, 1978, S. 63.

8 So z.B. im Verhältnis zum (Straf-)Gesetz MERTEN (Anm. 7), S. 59 ff. Vgl. ferner  
DIMOULIS (Anm. 4), S. 341 ff. Das BVerfG spricht in seiner einschlägigen Entschei-  
dung von einem „Korrelat zur Strafe“ (BVerfGE 25, S. 352, 360).

9 BERND-DIETER MEIER, *Vertraulich, aber unspektakulär: die Gnadenpraxis in  
Deutschland*, in: Thomas Feltes (Hrsg.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen  
Grundlagen*. Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 1059.

10 BVerfGE 25, S. 358.

11 BVerfGE 25, S. 360.

lichkeiten des Rechts denkbar. An die Stelle der historischen Formel, der geschichtlichen *Maxime*, wonach „Gnade vor Recht“ ergeht, ist nunmehr der Grundsatz getreten: *Gnade wird nur nach Recht gewährt*.<sup>12</sup> Dies ist in einem doppelten, einem inhaltlichen oder legitimierenden und einem zeitlichen Sinne zu verstehen: Das Recht liefert und bildet die Grundlage für Gnadenentscheidungen. Für diese ist erst Raum, nachdem Gerichte Recht gesprochen haben. Auf die beiden Aspekte ist noch zurückzukommen.

Die Ausübung von Gnade stellt nach heute vorherrschender Auffassung einen Eingriff der Exekutive in die Judikative dar.<sup>13</sup> Sie lässt das gerichtliche Urteil bestehen, hebt aber die Strafvollstreckung ganz oder teilweise auf oder wandelt sie um. In diesem Sinne hat RICHARD VON WEIZSÄCKER in seiner Ansprache anlässlich der Eröffnungssitzung des 56. Deutschen Juristentages 1986 darauf hingewiesen, dass Gnade erst zum Zuge kommen könne,

„wenn der Rechtsstaatlichkeit Genüge getan ist. Der Gnadenerweis ist kein Widerruf des Urteils, keine Rehabilitierung. Er greift ein, wenn es die Person des Täters erlaubt und die Entwicklung seiner Lebensumstände nahe legen.“<sup>14</sup>

Die Rechtswirkungen der Gnade, wie sie dem heutigen Verständnis entsprechen, finden sich bereits in HEGELS „Rechtsphilosophie“ vorformuliert. Führt der Philosoph doch im „Zusatz“ zu seiner Darstellung des Begnadigungsrechts aus:

„Die Begnadigung ist die Erlassung der Strafe, die aber das Recht nicht aufhebt. Dieses bleibt vielmehr, und der Begnadigte ist nach wie vor ein Verbrecher; die Gnade spricht nicht aus, daß er kein Verbrechen begangen habe.“<sup>15</sup>

Damit bringt HEGEL zum Ausdruck, dass das in der Straftat liegende Unrecht durch den Gnadenakt nicht beseitigt, sondern vielmehr als Unrecht für jedermann, d.h. auch öffentlich, kenntlich bleibt. Dieser Gedanke ist auch für das moderne Verständnis der Gnade von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

Er findet sich namentlich in dem Beitrag GUNNAR HINDRICHS' zum verfassungsrechtlich verbrieften Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten (Art. 60 II, III GG). Was er dort zu den Rechtswirkungen eines Gnadenakts des Bundespräsidenten darlegt, gilt in gleicher Weise auch für die Inhaber der

12 HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Recht und Gnade*, DRiZ 1987, S. 474, 476, 481.

13 BVerfGE 25, 361; MERTEN (Anm. 7), S. 48 ff.; MÜLLER-DIETZ (Anm. 12), DRiZ 1987, S. 475; CHRISTIAN MICKISCH, *Die Gnade im Rechtsstaat. Grundlinien einer rechtsdogmatischen, staatsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Neukonzeption*, 1996, S. 29 ff.; HEIKO HOLSTE, *Die Begnadigung – Krönung oder Störung des Rechtsstaates?*, JR 2003, S. 738. Vgl. auch DIMOULIS (Anm. 4), S. 115 ff., der jedoch, abweichend von der h.M., die Begnadigung als „Akt der rechtsprechenden Funktion“ zu begründen sucht (S. 128 ff.).

14 RICHARD VON WEIZSÄCKER, *Verantwortung für die Stabilität des demokratischen Rechtsstaates*, in: *Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 56. DJT, Bd. II (Sitzungsberichte)*, T. 1, 1986, S. 125, 134.

15 HEGEL (Anm. 3), S. 454 f.

Gnadenbefugnis in den Ländern. Danach erhebt die Begnadigungsbefugnis den Gnadenträger „nicht über die Gesetze, sondern über bestimmte Urteile, die auf der Grundlage jener Gesetze gefällt wurden“; „das Begnadigungsrecht schränkt nicht die *Geltung* der Gesetze ein, es beschneidet nur ihre *Anwendung* in besonderen Fällen.“<sup>16</sup>

Daraus ergeben sich für die Ableitung und das Verständnis von Gnade zwei entscheidende Konsequenzen: Zum einen kann Gnade nicht mehr nach historischem Vorbild der umfassenden Befugnis des Fürsten als des Souveräns entnommen werden.<sup>17</sup> Sie hat vielmehr ihre Quelle und Grundlage in der Verfassung. Zum anderen kann der heutige Rechtsbegriff der Gnade dementsprechend auch nicht mehr an seine literarischen Vergegenwärtigungen in der Vergangenheit anknüpfen. Die Darstellungen der Gnade in der klassischen deutschen Literatur, aber auch noch in späteren Epochen geben für das heutige Verständnis dieses Rechtsinstituts nicht mehr allzu viel her.<sup>18</sup>

Verabschiedet ist längst die tradierte Sicht der Gnade, die sie mit dem Charisma des Herrschers, des absolutistischen Monarchen, begründet hat. Gnade erscheint demnach nicht mehr als Ausfluss personaler Autorität. Auch der Bundespräsident und die Staatsoberhäupter der Bundesländer stehen als sogenannte Gnadenträger unter der Verfassung und dem Gesetz, üben das Gnadenrecht als Exekutive aus.

Der Bedeutungswandel, den die Gnade im Laufe der Geschichte erfahren hat, spiegelt nicht zuletzt die Veränderungen wider, die das Strafrecht in Theorie und Praxis erlebt hat. Das Bundesverfassungsgericht ist in seinem grundlegenden Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe der verbreiteten These von der wachsenden Humanisierung des Strafrechts<sup>19</sup> gefolgt:

„Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, daß an die Stelle grausamster Strafen immer mildere getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen sein wird.“<sup>20</sup>

Ob die These von der wachsenden Humanisierung des Strafrechts – die freilich immer wieder durch regressive Phasen vor allem im 20. Jahrhundert durch- oder unterbrochen worden sei – in dieser Form zutrifft, bedarf freilich weiterer Prüfung.<sup>21</sup> Der Eindruck drängt sich auf, dass sie eher eine späte

16 GUNNAR HINDRICH, *Autorität und Milde – Zum Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten*, JZ 2008, S. 242, 243.

17 Zur Gnade in der Geschichte MERTEN (Anm. 7), S. 30 ff.; JOHANN-GEORG SCHÄTZLER, *Handbuch des Gnadenrechts – Gnade – Amnestie – Bewährung*, 2. Aufl. 1992, S. 7 ff. Zum theologischen Diskurs MICKISCH (Anm. 13), S. 47 ff.

18 MÜLLER-DIETZ (Anm. 12), DRiZ 1987, S. 475. Zu literarischen Darstellungen ARTHUR KAUFMANN, *Recht und Gnade in der Literatur*, NJW 1984, S. 1062.

19 Vgl. etwa MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzug und Gesellschaft*, 1970, S. 75 f.

20 BVerfGE 45, S. 187, 229.

21 Vgl. z.B. HEINZ MÜLLER-DIETZ (Anm. 1).

Frucht des Fortschrittsgedankens des 19. Jahrhunderts ist. In diese Richtung weisen namentlich Einwände aus anderer Perspektive.<sup>22</sup> Jedenfalls nahm die praktische Bedeutung der Gnade im Laufe der neueren Rechtsentwicklung zunächst ab.

#### 4. Einwände gegen die Gnade

Bereits im Aufklärungszeitalter, vor allem aber im 20. Jahrhundert, sind gegen die Gnade – von freilich unterschiedlichen theoretischen und rechtspraktischen Positionen aus – grundsätzliche Einwände erhoben worden, die bis in den gegenwärtigen Diskurs nachwirken. Sie finden sich bereits in CESARE BECCARIAS berühmtem kriminalpolitischem Werk „Über Verbrechen und Strafen“ von 1764. Verband er doch sein Plädoyer für rasche, aber milde Strafen mit einer Kritik an der Beibehaltung der Gnade.<sup>23</sup> Im einschlägigen Abschnitt seines Werkes („Über Begnadigungen“) stellte BECCARIA fest: „Mit der Milderung der Strafen werden Milde und Verzeihen weniger notwendig.“

„Die Milde nämlich, jene Tugend, die bisweilen für einen Herrscher die Abrundung aller Pflichten des Thrones gewesen ist, müsste bei einer vollkommenen Gesetzgebung, wo die Strafen milde sind und das Gerichtsverfahren auf geregelte und zügige Weise vor sich geht, ausgeschlossen sein. Diese Wahrheit wird demjenigen hart vorkommen, der in der Unordnung eines Strafsystems lebt, wo das Verzeihen und die Begnadigung im Verhältnis zur Unsinnigkeit der Gesetze und zur Grausamkeit der Verurteilungen notwendig sind.“<sup>24</sup>

Ursprünglich hat man in der Begnadigung ja zumeist den Ausdruck bloßer Barmherzigkeit, Milde, Menschlichkeit oder des Wohlwollens (des Monarchen) erblickt.<sup>25</sup> Dieser – scheinbaren oder wirklichen – Irrationalität der Gnade hat man namentlich in der Aufklärung und danach die Rationalität des Rechts (und auch der Kriminalpolitik) entgegengehalten. Im Rekurs auf Vernunftgründe hat man einen maßgeblichen Fortschritt des Rechts gesehen.

Für ein „Sicherheitsventil des Rechts“<sup>26</sup> – das unerträglichen oder unzumutbaren Folgen der Strafvollstreckung für den Verurteilten vorbeugen solle –

22 WOLFGANG NAUCKE, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte, 2000.

23 RALF HOHMANN, Prävention als Instrument der Aufklärung – Cesare Beccaria: „Über Verbrechen und Strafen“ (1764), Jura 1991, S. 121, 124.

24 CESARE BECCARIA, Über Verbrechen und Strafen. Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und hrsg. von Wilhelm Alff, 1966, S. 156.

25 Anschaulich für die frühe Neuzeit NATALIE ZEMON DAVIS, Der Kopf in der Schlinge. Gnadengesuche und ihre Erzähler, 1987.

26 RUDOLF VON JHERING, Der Zweck im Recht, 1. Bd., 4. Aufl. 1904, S. 333. HERMANN HUBA, Gnade im Rechtsstaat, Der Staat 1990, S. 117, 118, Anm. 6, geht freilich (entgegen GUSTAV RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 174, in: ders., Rechtsphilosophie II, bearb. von Arthur Kaufmann [Gustav Radbruch Gesamt-

sei in einem strikt durchgestalteten Rechtsstaat, der mit seinen Gesetzen die Maximen der Gerechtigkeit (Verhältnismäßigkeit), Humanität und Rechtssicherheit – und damit die Menschenrechte – wahre, kein Raum mehr. HINRICH RÜPING etwa hat die vielfach in der Aufklärung vertretene Position mit der Feststellung auf den Begriff gebracht: „Eine gute Gesetzgebung macht schließlich die nachträgliche Korrektur von Entscheidungen durch übergeordnete, außerpositive Billigkeitserwägungen überflüssig.“<sup>27</sup> Der teilweise oder völlige Verzicht auf die Vollstreckung verwirkter und gerichtlich erkannter Strafen sei mit verschiedenen Maximen eines rechtsstaatlichen Strafrechts unvereinbar. Das hat verschiedene Autoren in neuerer Zeit zu der Feststellung veranlasst, Gnade als einen „Fremdkörper im Rechtsstaat“ zu charakterisieren.<sup>28</sup>

Zum einen missachte ein gänzlicher oder teilweiser Vollstreckungsverzicht das Gesetzlichkeitsgebot, das den strikten und uneingeschränkten Vollzug der Gesetze im Rechtsstaat erfordere. Art. 19 IV GG belege auf Grund der verfassungsrechtlich vorgegebenen gerichtlichen Kontrolle staatlichen Handelns die grundsätzliche Verpflichtung des Gemeinwesens, Gerichtsentscheidungen auch tatsächlich durchzusetzen.

Anklänge an das geschichtlich entstandene und vorgeformte Gesetzlichkeitsprinzip finden sich im sog. Pohle-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. Hier hat das Gericht unter dem in ständiger Rechtsprechung anerkannten Topos „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ grundsätzlich die Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe gefordert und Ausnahmen nur bei Vorliegen entsprechender gesetzlicher Ermächtigungen (z.B. im Zuge einer Amnestie) für zulässig erachtet. Freilich hat das Bundesverfassungsgericht zu diesen Ausnahmen auch Begnadigungen gezählt. „Darüber hinaus ist dem Staat der Verzicht auf die Verwirklichung seines Strafanspruchs einschließlich der Vollstreckung einer Strafe von Verfassungs wegen untersagt.“<sup>29</sup>

Zum anderen sei die restlose Vollstreckung gerichtlich erkannter Strafen im Hinblick auf die Verwirklichung der general- und spezialpräventiven Funktionen des Strafrechts geboten. Dies gelte namentlich im Interesse der öffentlichen Sicherheit und zur Stärkung des allgemeinen Rechtsbewusstseins (positive Generalprävention). Vor allem auf den Schutzzweck hebt HOFFMANN in der erwähnten Erzählung „Das Fräulein von Scuderi“ ab: Aus ihm ergaben sich selbst für den Monarchen des absolutistischen Zeitalters Schranken für die

---

ausgabe, hrsg. von Arthur Kaufmann, Bd. 2, 1993]) davon aus, dass diese Metapher sich auf Bestimmungen des Notstandsrechts bezieht (vgl. aber KAUFMANN a.a.O., S. 598).

27 HINRICH RÜPING, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl. 1998, Rn. 233.

28 HUBA (Anm. 26), S. 124; ALFONS KLEIN, Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 113 ff. (der etwa der Auffassung ist, dass das Art. 3 GG zugrunde liegende Verbot von Willkür und Ermessensmissbrauch bei der Ausübung des Gnadenrechts nur schwer einzuhalten sei).

29 BVerfGE 46, S. 214, 223.

Ausübung des Begnadigungsrechts.<sup>30</sup> In diese Richtung weist heute auch die erwähnte grundsätzliche Pflicht des Staates zur Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen.

KANT selbst hat dem Monarchen das Begnadigungsrecht aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit abgesprochen:

„In Ansehung der Verbrechen der *Untertanen* gegen einander steht es schlechterdings ihm nicht zu, es auszuüben; denn hier ist Straflosigkeit (*impunitas criminis*) das größte Unrecht gegen die Letztern. Also nur bei einer Läsion, die *ihm selbst* widerfährt (*crimen laesae maiestatis*), kann er davon Gebrauch machen. Aber auch da nicht einmal, wenn durch Ungestraftheit dem Volk selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte.“<sup>31</sup>

B. SHARON BYRD und JOACHIM HRUSCHKA interpretieren diese Passagen denn auch ganz im Sinne von KANTS Lehre, die von der Sicherung der Rechte des Einzelnen durch den Rechtsstaat ausgeht und dementsprechend den Naturzustand verwirft:

„Richtet sich der Staat nicht nach seinen eigenen Strafgesetzen, dann erfüllt er die Aufgabe, meine (unsere) Rechte zu sichern, nicht, und das ist ein Schritt zurück in den Naturzustand. Jede Begnadigung weicht folglich den rechtlichen Zustand auf.“ „Die Sicherung unserer Rechte steht im Vordergrund, und ‚der Verbrecher [kann] nicht klagen, daß ihm unrecht geschieht.“<sup>32</sup>

„Ausnahmen von der Regel, daß die angedrohte Strafe verhängt und vollstreckt werden müsse, wenn in einem konkreten Fall ein Deliktstatbestand erfüllt worden ist, kann es danach nicht geben.“ „Eine ‚bürgerliche Gesellschaft‘ darf sich den Aufgaben, die ihr obliegen, nicht einfach entziehen.“<sup>33</sup>

Das kriminalpräventive Argument des Schutzes der Allgemeinheit wirkt bis in die jüngere Vergangenheit nach. Freilich gerade in einem umgekehrten, das Rechtsinstitut der Begnadigung rechtfertigenden Sinne. Was denn auch die Problematik solcher Argumentationsstränge illustriert. EDUARD DREHER etwa hat sich 1976 gegen die Erstreckung der bedingten Strafaussetzung auf die lebenslange Freiheitsstrafe mit der Begründung ausgesprochen, der „stillere“ Gnadenweg erscheine gegenüber dem „öffentlichen“, gerichtlichen Weg der Strafaussetzung vorzugswürdig, weil er es erlaube, Entscheidungen zu treffen, die im Publikum auf Kritik stießen.<sup>34</sup> An dieser Position hat DREHER auch

30 „Der König wird nimmer einen Verbrecher *der Art* begnadigen, der bitterste Vorwurf des gefährdeten Volks würde ihn treffen.“ (E. T. A. HOFFMANN [Anm. 2], S. 489).

31 KANT (Anm. 5), S. 460.

32 B. SHARON BYRD/JOACHIM HRUSCHKA, Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat, JZ 2007, S. 957, 959.

33 BYRD/HRUSCHKA (Anm. 32), JZ 2007, S. 961. Wie ja auch KANTS Plädoyer für die Vollstreckung der Todesstrafe im „Inselbeispiel“ zeigt.

34 EDUARD DREHER, Richterliche Aussetzung des Strafrestes auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe?, in: Günther Warda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 323 ff.

noch 1995 festgehalten.<sup>35</sup> Freilich bleibt in einer Mediengesellschaft – nicht zuletzt unter dem Vorzeichen eines investigativen Journalismus – die Begnadigung sogenannter Lebenslänglicher der Öffentlichkeit schwerlich verborgen. Das gilt vor allem dann, wenn es sich um Straftäter handelt, die aufgrund ihrer Tat(en) oder des Prozessverlaufs ohnehin schon einem breiteren Publikum bekannt sind.

An Boden gewonnen hat inzwischen freilich wieder die alte, auf KANT zurückgehende Position, die der Gnade, wenn überhaupt, allenfalls in einem marginalen Bereich, in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen, noch Raum geben will. Sie hängt offenkundig mit der Renaissance retributiver Straftheorien zusammen.<sup>36</sup> Im Grunde zielt diese Auffassung, die mehr und mehr vertreten wird, auf Abschaffung der Gnade als Rechtsinstitut. Gestützt wird sie durch den fortschreitenden Prozess der „Verrechtlichung“ der Beziehungen zwischen Bürger und Gemeinwesen im modernen Verfassungsstaat. Danach stellt Gnade ein dem Rechtsstaat und der Gewaltenteilung wesensfremdes Institut dar, das nicht mehr in das heutige Verhältnis von Bürger und Staat passe.

## II. Gnade in der Gegenwart

### 1. Zur „Verrechtlichung“ sogenannter Gnadenmaterien auf legislatorischem Wege

Zu den geschichtlich mehr oder minder vorgeformten Einwänden gegen die Beibehaltung des Instituts der Gnade hat nun die Entwicklung des Strafrechts und Strafprozessrechts sowie der Gnadenpraxis – namentlich im 20. Jahrhundert – weitere hinzugefügt. Das zeigen bereits Überlegungen, die HEGEL zum Begnadigungsrecht angestellt hat. Für ihn haben noch Fälle für Begnadigungen

---

35 EDUARD DREHER, Bemerkungen zu den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 45, 187 und des Bundesgerichtshofs BGHSt 30, 105, in: Wolfgang de Boor/Dieter Meurer (Hrsg.), Über den Zeitgeist. Deutschland in den Jahren 1918–1995, Bd. II: Justiz in Deutschland, 1995, S. 325, 327 ff. A. A. HEINZ MÜLLER-DIETZ, Zeitgeist und Rechtsprechung am Beispiel der lebenslangen Freiheitsstrafe, a.a.O., S. 303, 308 ff.

36 Vgl. z.B. MICHAEL KÖHLER, Der Begriff der Strafe, 1986; DERS., Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 57; MICHAEL PAWLIK, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation der Strafe, 2004; RAINER ZACZYK, Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 207 ff.

zur Diskussion gestanden, die nach heutigem Recht teils Entschuldigungs-, teils Strafmilderungsgründe darstellen.<sup>37</sup>

„Die Gnade ist, wie Hegel meint, der Einfall unkontrollierbarer Billigkeit in das Recht. Nun wissen wir, daß Hegel vieles, was wir heute dem Recht zurechnen, als Gegenstand der Gnade ansah, insbesondere Gesichtspunkte, die Strafe einzuschränken in der Lage sind: z.B. besondere Konfliktsituationen oder Trunkenheit.“<sup>38</sup>

Die moderne Gesetzgebung ist in zunehmendem Maße dazu übergegangen, Bereiche des strafrechtlichen Sanktionenrechts und der Strafvollstreckung zu regeln, die ursprünglich eine Domäne der Gnadenträger waren. Beispiele dafür bilden vor allem das Absehen von Strafe nach § 60 StGB wegen der Schwere der Tatfolgen, die Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB), die Aussetzung des Strafrestes (§§ 57, 57a StGB), die Zurückstellung der Strafvollstreckung bei drogenabhängigen Verurteilten (§ 35 BtMG) und die Ersetzung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit (Art. 293 EGStGB). Vergleichbare rechtliche Bedeutung kommt auch strafvollstreckungsrechtlichen Regelungen des Strafausstandes – also des Strafaufschubs und der Strafunterbrechung – zu. So ist die Vollstreckungsbehörde nach der Strafprozessordnung befugt, unter bestimmten Voraussetzungen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel aufzuschieben oder zu unterbrechen (§§ 455–456 StPO) oder bei Auslieferung oder Landesverweisung des Verurteilten von einer Vollstreckung im Inland abzusehen. Darüber hinaus räumt das Strafvollzugsrecht Vollzugsbehörden die Befugnis ein, unter bestimmten Voraussetzungen zu Freiheitsstrafen Verurteilte vorzeitig zu entlassen (§§ 16 II und III, 43 IX StVollzG) oder ihnen Vollzugslockerungen (§ 11 StVollzG) oder Hafturlaub (§§ 13, 43 VII StVollzG) zu gewähren.

Das bedeutsamste Beispiel für die „Verrechtlichung“ einer vollstreckungsrechtlichen Materie, die ursprünglich eine Domäne der Gnadenpraxis gewesen ist, stellt die Einführung der bedingten Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe durch § 57a StGB im Jahre 1981 dar. Sie ist bekanntlich notwendig geworden, weil das Bundesverfassungsgericht der lebenslangen Freiheitsstrafe Verfassungsmäßigkeit unter anderem nur unter der Vorausset-

---

37 WOLFGANG SCHILD, Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffes, in: Erich Heintel (Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, S. 199, 225 f.

38 KURT SEELMANN, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht, ARSP 1993, S. 228, 236. Ihm zufolge ist die Sphäre, in der Hegel die Gnade angesiedelt hat, „nicht mehr eine im eigentlichen Sinne rechtliche“ (a.a.O.).

zung attestierte, dass diese Sanktion auf gesetzlichem Weg in das System der Strafrechtsaussetzung einbezogen wird.<sup>39</sup>

Das Gericht hat das verfassungsrechtliche Gebot, die bisherige Gnadenpraxis hinsichtlich der lebenslangen Freiheitsstrafe zu „verrechtlichen“, aus dem Grundrecht der Menschenwürde (Art. 1 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) abgeleitet. Danach ist „ein menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt“, „wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können“<sup>40</sup>. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen ließen sich aus Gründen der Rechtssicherheit und materiellen Gerechtigkeit nur durch gesetzliche Regelung der bedingten Strafaussetzung erfüllen, die eine gerichtliche Zuständigkeit für solche Entscheidungen begründet.<sup>41</sup> Das Gnadenverfahren ermangele demgegenüber justizförmiger Garantien, namentlich „der für die richterliche Tätigkeit charakteristischen Funktionen der Kontrolle und Transparenz“<sup>42</sup>.

## 2. Zur „Verrechtlichung“ des Gnadenwesens auf dem Verwaltungswege

Dem Prozess der „Verrechtlichung“ tradierter Gnadenmaterien im Wege der Gesetzgebung korrespondieren parallele Entwicklungen in der Gnadenpraxis und deren Regelung durch Verwaltungsvorschriften. So haben namentlich die Länder in ihren Gnadenordnungen – die überwiegend in Form von Verwaltungsanweisungen (Anordnungen, Allgemeinverfügungen usw.) ergangen sind – sowohl das Gnadenverfahren selbst als auch die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung von Gnadenerweisen geregelt. In manchen Bundesländern – wie z.B. in Rheinland-Pfalz – ist dies sogar durch Gesetz geschehen. Ungeachtet der Frage ihrer Rechtsqualität – die zumeist den Charakter von Verwaltungsvorschriften aufweist – binden die Gnadenordnungen die Gnadenträger in der Ausübung ihrer Befugnis. Diese ist, soweit es sich nicht um Verurteilungen wegen schwerer Straftaten (etwa gegen Leib oder Leben) handelt, vom Ministerpräsidenten oder (Regierenden) Bürgermeister in der Regel auf nachgeordnete Instanzen der Staatsanwaltschaft delegiert. Die Gnadenordnungen der Länder stimmen – ungeachtet mancher Differenzierungen im Einzelnen – sowohl in der Gestaltung des Verfahrens als auch in der Regelung der inhaltli-

---

39 BVerfGE 45, S. 187. Vgl. HANS-HEINRICH JESCHECK/OTTO TRIFFTERER (Hrsg.), Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Dokumentation über die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977, 1978.

40 BVerfGE 45, S. 243.

41 BVerfGE 45, S. 246.

42 BVerfGE 45, S. 245.

chen Anforderungen, die an Gnadenerweise gestellt werden, weitgehend überein.<sup>43</sup>

Den verfahrensrechtlichen Regelungen entsprechend hemmen Gnadensuche, Gnadenanregungen und Beschwerden gegen Bescheide der Gnadenbehörde die Vollstreckung nicht. Das Gnadenverfahren selbst ist vertraulich. Akteneinsicht darf nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen gewährt werden. Die Berliner GnadenO (§ 2a) sieht jedoch zwingend Akteneinsicht eines vom Verurteilten bevollmächtigten Rechtsanwalts vor der Gnadenentscheidung vor. Allerdings sind davon – neben weiteren Unterlagen – vor allem „die der Gnadenerwägung zugrunde liegenden internen Erwägungen des Gnadenträgers“ ausgenommen. Ein Anspruch auf Auskunft über den Inhalt von Gnadenakten besteht in der Regel nicht. Vor der Entscheidung sind das Tatgericht, die Staatsanwaltschaft und die Justizvollzugsanstalt, in der der Verurteilte seine Strafe verbüßt, zu hören. Die Gnadenentscheidung bedarf keiner Begründung; jedoch sind in einem Vermerk die maßgeblichen Erwägungen niederzulegen.

Gnadenerweise sind in doppelter Hinsicht subsidiär im Verhältnis zu gerichtlichen oder vollstreckungs- oder vollzugsrechtlichen Entscheidungen, die auf das gleiche Ziel gerichtet sind. Zum einen gilt dies für das Verfahren, zum anderen hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen, an deren Vorliegen Gnadenerweise geknüpft sind. Dementsprechend haben gerichtliche Entscheidungen sowie solche der Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörde jedenfalls dann grundsätzlich Vorrang vor dem Gnadenverfahren, wenn durch solche Entscheidungen dem Ziel eines Gnadengesuchs oder einer Gnadenanregung entsprochen werden kann (z.B. § 14 der baden-württembergischen GnadenO, § 5 der bayerischen GnadenO, § 10 der nordrhein-westfälischen GnadenO). Das hat denn auch Konsequenzen für das Verhältnis gesetzlich vorgesehener Vergünstigungen zu Gnadenerweisen (die im einschlägigen Zusammenhang noch zu erörtern sind).

Die Gnadenbehörde ist befugt, die Vollstreckung bis zur Entscheidung über den Gnadenerweis einzustellen, wenn erhebliche Gnadengründe vorgebracht werden oder dem Verurteilten im Falle weiterer Vollstreckung schwere, nicht zumutbare Nachteile drohen, die auch bei Bewilligung eines Gnadenerweises nicht wieder beseitigt werden können. Sie ist auch berechtigt, Strafausstand zu gewähren. Er kommt aber grundsätzlich nur in Betracht, „wenn der sofortige oder ununterbrochene Vollzug besondere Nachteile zur Folge hätte, die über den mit der Vollstreckung in aller Regel verbundenen Eingriff in die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten hinausgehen“ (§ 38 baden-württembergische GnadenO). Die bayerische GnadenO (§ 28) knüpft die Gewährung von Strafausstand an die Voraussetzung, dass er „zur Vermeidung besonderer, außerhalb des Strafzwecks liegender Nachteile für den Verurteilten notwendig ist und keine überwiegenden Gründe für die so-

---

43 Sie sind im Werk SCHÄTZLERS (Anm. 17), S. 289 ff., auf das sich die folgende Darstellung der Gnadenordnungen stützt, auf dem Stande von 1992 wiedergegeben.

fortige oder ununterbrochene Vollstreckung sprechen“ (vgl. auch § 37 der rheinland-pfälzischen GnadenO).

Verschiedene Gnadenordnungen ermächtigen darüber hinaus auch Leiter von Justizvollzugsanstalten bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen dazu, Strafunterbrechung zu gewähren. Das ist – etwa nach der bayerischen GnadenO (§ 27) – dann der Fall, „wenn ein Mitglied der Familie des Strafgefangenen schwer erkrankt oder gestorben ist oder wenn der Strafgefangene plötzlich schwer erkrankt und eine Entscheidung der Vollstreckungsbehörde nach § 45 der Strafvollstreckungsordnung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann“. Nach der hessischen GnadenO (§ 30 III) kann der Leiter in Eilfällen bis zu sieben Tagen Kurzurlaub gewähren (ebenso Richtlinie 19 der rheinland-pfälzischen GnadenO).

In den Regelungen von Eilfällen klingen bereits die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung von Gnadenerweisen an. Die inhaltlichen Anforderungen knüpfen an jene Gesichtspunkte an, die sich im Laufe der Zeit und der Rechtsentwicklung als maßgebende Kriterien und Fallgruppen herausgebildet haben. Durchweg sind es Aspekte der Einzelfallgerechtigkeit, der überproportionalen Belastung oder unzumutbaren Härten, die bei (weiterer) Strafvollstreckung dem Verurteilten drohen, aber weder auf gerichtlichem Wege noch durch Entscheidungen der Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörde korrigiert werden können. Insofern kommt Gnadenerweisen grundsätzlich Ausnahmecharakter zu. Das bringt etwa § 27 der baden-württembergischen GnadenO zum Ausdruck, wenn er die gnadenweise Aussetzung von Strafen oder Geldbußen in der Regel nur bei Vorliegen besonderer Umstände gestattet, „die erst nachträglich bekanntgeworden oder eingetreten sind und nicht mehr bei der gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt werden konnten oder die so außergewöhnlich sind, dass sie eine über die gesetzlichen Aussetzungsvorschriften hinausgehende Vergünstigung angezeigt erscheinen lassen“ (vgl. auch § 23 der niedersächsischen GnadenO). Solche Gründe können sich – wie etwa § 14 der niedersächsischen GnadenO näher erläutert – namentlich „ergeben aus der Eigenart und den besonderen Anlagen des Verurteilten, seinem Vorleben, den Umständen seiner Tat, seinem Verhalten vor und nach der Tat sowie im Strafvollzug und während anderer unmittelbar vorausgegangener Freiheitsentziehungen, seinen Lebensverhältnissen und schließlich aus den vom Gnadenerweis zu erwartenden Wirkungen auf den Verurteilten“<sup>44</sup>.

Parallelen zu den Vorschriften des materiellen Strafrechts über die Strafzumessung enthalten die Gnadenordnungen auch insofern, als sie die grundsätzliche Respektierung der Strafzwecke bei Gnadenerscheidungen vorschreiben. Dies gilt sowohl für die Gewährung eines Gnadenerweises überhaupt als auch für dessen inhaltliche Ausgestaltung. So gestattet etwa § 14 der niedersächsi-

---

44 In gewisser Weise erinnert diese Regelung an § 46 I 2 StGB, wonach der Tatrichter bei der Strafzumessung die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, zu berücksichtigen hat.

schen GnadenO Gnadenerweise nur dann, wenn „erhebliche Gnadengründe vorliegen, denen gegenüber die Schuld des Täters sowie die Verteidigung der Rechtsordnung, die Wiederherstellung des Rechtsfriedens, die Wirkung der Bestrafung auf Dritte und andere Strafzwecke im Einzelfall zurücktreten“<sup>45</sup>.

So verbietet etwa die sächsische GnadenO einen Gnadenerweis in Fällen, in denen „die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung gebietet“ (§ 3). Nach den rheinland-pfälzischen Richtlinien darf ein Gnadenerweis nicht gewährt werden, wenn dadurch „die Rechtsordnung unerträglich verletzt würde“ (Nr. 4). Der bremischen GnadenO zufolge darf „der Strafzweck die sofortige Vollstreckung oder ihre Weiterführung“ in Fällen vorläufiger Einstellung der Strafvollstreckung bis zur Entscheidung über das Gnadengesuch nicht erfordern (§ 7; so auch § 7 der hessischen GnadenO). Die niedersächsische GnadenO schließt „die vorläufige Einstellung der Vollstreckung“ aus, „wenn das öffentliche Interesse die sofortige Vollstreckung der Strafe erfordert“ (§ 12).

Freilich sind die Gründe, die nach den Gnadenordnungen der Gewährung eines Gnadenerweises entgegenstehen, durchweg in allgemeine, pauschale Formeln gegossen oder mit unbestimmten Rechtsbegriffen belegt, die nicht näher erläutert werden. Was z.B. „Verteidigung der Rechtsordnung“ bedeutet oder was unter einer „unerträglichen Verletzung der Rechtsordnung“ zu verstehen ist, bleibt offen. Insofern operieren die Gnadenordnungen in bekannter Manier mit Generalklauseln, die einer unterschiedlichen Interpretation und Anwendung auf den Einzelfall Tür und Tor öffnen.

Dabei haben sie sich, vor allem was die Beachtung der Strafzwecke, etwa was die Wahrung general- und spezialpräventiver Anforderungen anlangt, an den Vorgaben des Strafrechts orientiert. Namentlich wollen die Gnadenordnungen darauf hinwirken, dass durch einen Vollstreckungsverzicht die Sicherheit der Gesellschaft nicht beeinträchtigt wird. Das wird paradigmatisch an der Regelung der gnadenhalber bewilligten Strafaussetzung und deren Ausgestaltung deutlich (z.B. positive Kriminalprognose). Dementsprechend wird die gnadenweise Aussetzung von Strafen an die Voraussetzung geknüpft, dass künftig eine straf- oder vielmehr kriminalitätsfreie Lebensführung vom Verurteilten erwartet werden kann (§ 27 der baden-württembergischen GnadenO). Die hessische Gnadenordnung verlangt darüber hinaus, dass auch in einem solchen Falle „keine überwiegenden Gründe für die Vollstreckung von Freiheitsstrafe sprechen“ (§ 18). Besonders eng lehnt sich die niedersächsische Gnadenordnung an die gesetzliche Regelung der Strafaussetzung an, wenn sie einen solchen Gnadenerweis an die Erwartung bindet, „daß schon die Verurteilung dem Verurteilten zur Warnung dienen und er sich künftig auch ohne Einwirkung des Strafvollzuges ordentlich führen, insbesondere keine Straftaten mehr begehen wird“ (§ 23).

---

45 Zur Berücksichtigung der Strafzwecke bei Gnadenentscheidungen umfassend DIMOULIS (Anm. 4), S. 406 ff.

Ähnlich verfährt die rheinland-pfälzische Gnadenordnung, wenn sie bei Verurteilten, die eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verbüßen haben, die Einholung eines Gutachtens darüber zur Voraussetzung macht, „ob nach der bisherigen Entwicklung des Verurteilten eine einwandfreie und insbesondere straffreie Führung in Freiheit zu erwarten ist (Kriminalitätsprognose)“ (Nr. 12). Damit knüpft sie der Sache nach an § 454 II StPO an, wonach sich ein Gutachten aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit zur Frage der Gefährlichkeit des Verurteilten äußern muss.

Ganz im Sinne des geltenden Strafrechts sehen Gnadenordnungen einen Widerruf oder eine Rücknahme des Gnadenerweises vor, wenn die Erwartungen, die in die künftige Lebensführung des Verurteilten gesetzt worden sind, durch dessen Verhalten enttäuscht worden sind – insbesondere dadurch, dass er erneut straffällig geworden ist (vgl. z.B. § 32 bayerische GnadenO, § 13 bremische GnadenO zum Widerruf, § 39 der nordrhein-westfälischen GnadenO).

### 3. Zur Problematik sogenannter Sammelbegnadigungen

Darüber hinaus hat die Gnadenpraxis der Länder Wege eingeschlagen, die dem Gnadenrecht gleichsam kriminalpolitische Funktionen zugewiesen und es dadurch ebenfalls dem Strafrecht angenähert haben. So sind die Gnadenträger in vermehrtem Umfange aus Gründen der Gleichbehandlung und einheitlicher Handhabung dazu übergegangen, durch Festlegung allgemeiner Merkmale und Voraussetzungen in generellen Richtlinien ganze Gruppen von Verurteilten zu umschreiben, die für einen Gnadenerweis in Betracht gezogen werden können (oder sollen).<sup>46</sup> Prototyp solcher Sammelbegnadigungen bilden die sog. (fälschlich so bezeichneten) „Weihnachtsamnestien“, die über § 16 StVollzG hinaus vorzeitige Entlassungen vorsehen.<sup>47</sup> Mit Sammelbegnadigungen können verschiedene kriminal- und vollzugspolitische Ziele verfolgt werden. Sie werden im neueren Diskurs über die Gnade unterschiedlich beurteilt.

Ziel von Sammelbegnadigungen kann es sein, das Fehlen gesetzlicher Ermächtigungen (für Gerichte, Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörden) hinsichtlich solcher Gruppen von Verurteilten auszugleichen, für die allgemein unter bestimmten Voraussetzungen ein Vollstreckungsverzicht angebracht oder erwünscht erscheint.

Der an allgemeine Voraussetzungen geknüpfte gnadenhalber zu gewährende Vollstreckungsverzicht kann auch die Entlastung des Strafvollzugs (im Falle der Überbelegung von Justizvollzugsanstalten) zum Ziele haben. Darauf sind

---

46 Zu Sammelbegnadigungen HARTMUT FISCHER, Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat, *Neue Kriminalpolitik* 4/2001, S. 21, 23 f.; SANDRA WIONTZEK, Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts, 2008, S. 315 ff.

47 Vgl. ERNST FIGL, „Alle Jahre wieder ...?“ Vorzeitige Entlassung von Strafgefangenen aus Anlass des Weihnachtsfestes, *BewH* 2001, S. 392; MONIKA SCHMITZ, Gnadenbringende Weihnachtszeit ... auch für sog. „Vollverbüßer“!, *StV* 2007, S. 609.

denn auch viele Amnestien im früheren Ostblock – nicht zuletzt in der DDR – gerichtet gewesen.<sup>48</sup> Ein solches Ziel verfolgen aber auch Amnestien in westlichen Ländern (wie z.B. in Italien).

Ein generell gnadenhalber gewährter Vollstreckungsverzicht kann aber auch der Erprobung neuer kriminalpolitischer Mittel und Möglichkeiten dienen. Der Charakter eines kriminalpolitischen Experiments liegt jedenfalls dann nahe, wenn der Test auf regional begrenzter Grundlage mit dem Ziel erfolgt, Erfahrungsmaterial für etwaige legislatorische Entscheidungen zu liefern. In der erneuten Zunahme der Gnadenpraxis – wie sie gerade unter kriminalpolitischem Vorzeichen konstatiert wird – erblickt man verschiedentlich ein wichtiges Indiz, wenn nicht gar ein Erfordernis für bestimmte rechtspolitische Reformen.

Die Praxis der sog. Sammelbegnadigungen wirft die Frage auf, ob das Institut der Gnade als kriminalpolitisches Instrument verwendet werden darf. Dem Strafgesetzgeber selbst ist aus verschiedenen Gründen – etwa der Grundrechte, namentlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes, aber auch des Gesetzlichkeitsprinzips wegen – die Regelung von Gesetzesexperimenten verwehrt.<sup>49</sup> Die Frage ist, ob es Gnadenträgern gestattet sein oder werden darf, kriminalpolitische Experimente – z.B. zur Erprobung von Alternativen zu bestehenden Sanktionen – zu realisieren, die der Strafgesetzgeber selbst nicht regeln dürfte.

Die einschlägigen Auseinandersetzungen haben sich gerade am „Musterbeispiel“ der sogenannten Sammelbegnadigungen entzündet. Bekanntlich setzen Gnadenentscheidungen eine umfassende, gründliche Prüfung aller Umstände des Einzelfalles voraus. Für einen Gnadenerweis ist das Vorliegen derjenigen Gründe erforderlich, die ein Abweichen vom strikten Gebot der Urteilsvollstreckung rechtfertigen (können). Sammelbegnadigungen knüpfen indessen nicht an solche umfassenden Prüfungen an, sondern an die Zugehörigkeit der dafür in Betracht kommenden Verurteilten zu einer bestimmten, allgemein umschriebenen Gruppe sowie an das Fehlen gleichfalls generell festgelegter Ausschlusskriterien. Hier stellt sich nun in der Tat die Frage nach der Vereinbarkeit einer solchen Verfahrensweise mit dem Charakter einer einzelfallbezogenen Gnadenentscheidung.

Dagegen hat sich jüngst namentlich HERO SCHALL ausgesprochen.<sup>50</sup> Ihm zufolge darf Gnade nicht „zur generellen Korrektur von Gesetzen eingesetzt“ werden. Dies gilt auch dann,

---

48 SCHÄTZLER (Anm. 17), S. 109.

49 KLAUS MARXEN, Strafgesetzgebung als Experiment? Gesetzesexperimente in strafrechtlicher Sicht, GA 1985, S. 533, 552. Zur Problematik auch KLAUS HOFFMANN-HOLLAND, Der Modellgedanke im Strafrecht. Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuchen, 2007.

50 HERO SCHALL, Gnade vor Recht oder Recht vor Gnade?, in: Holm Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, S. 899, 908. Kritisch auch FISCHER (Anm. 46) und WIONTZEK (Anm. 46), S. 389. Das von mir (MÜLLER-DIETZ [Anm. 12],

„wenn sie als Mittel der ‚Rechtsevolution‘ dient, d.h. für kriminalpolitische Experimente zur Fortentwicklung insbesondere des Vollstreckungs- und Sanktionenrechts eingesetzt wird, um ausreichend gesicherte Erfahrungen mit neuen Methoden zu sammeln, bevor diese Gesetz werden. Ein derartiger Einsatz der Gnade lässt sich nicht mehr als zulässige Ausnahme vom Gewaltenteilungsprinzip legitimieren, denn die Vorbereitung, Reformierung und Novellierung der Gesetze obliegt im parlamentarischen Rechtsstaat ausschließlich den Gesetzgebungsorganen. Eine Notwendigkeit der Durchbrechung dieses Grundsatzes zur Korrektur eines als ungerecht oder unerträglich empfundenen Einzelfalls ist hier nicht ersichtlich.“<sup>51</sup>

In der Tat liegt im Gebrauch des Gnadeninstituts als kriminalpolitisches Instrument, das sich auf ganze Gruppen Verurteilter erstreckt, eine Zweckentfremdung, die mit seiner eigentlichen Funktion unvereinbar ist.

Mit Recht hält SCHALL eine Gnadenpraxis für unzulässig,

„die trotz der gesetzlichen Regelung der vorzeitigen Entlassung aus der Strafhafte in § 16 II StVollzG als kollektiver Gnadenerweis für eine Art ‚Weihnachtsamnestie‘ sorgt. Hier wird durch Gnade unzulässig in den zeitlichen und sachlichen Rahmen des § 16 StVollzG eingegriffen und die grundsätzliche Nachrangigkeit der Gnade gegenüber dem Recht missachtet.“<sup>52</sup>

Wenn der Rahmen dieser Regelung aus triftigen kriminalpolitischen Gründen zu eng gefasst oder überhaupt problematisch erscheinen sollte, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers – und keineswegs Sache des Gnadenträgers –, ihn zu korrigieren. So dient denn auch die Verwendung der Gnade für kriminalpolitische Zwecke Kritikern des Instituts als (weiteres) Argument, seine Abschaffung zu fordern.<sup>53</sup>

Die sogenannten „Weihnachtsamnestien“ werfen überdies noch in mehrfacher Hinsicht die Frage der Gleichbehandlung Verurteilter auf: So gibt es Bundesländer, die keine über § 16 StVollzG hinausgehende Regelung solcher Sammelbegnadigungen kennen. Dort können Verurteilte also nur nach Maßgabe der gesetzlichen Regelung vorzeitig entlassen werden. Darüber hinaus wird in den Ländern, die besondere Regelungen für Sammelbegnadigungen getroffen haben, der „Weihnachtszeitraum“ unterschiedlich definiert. Dies hat zur Folge, dass diejenigen Verurteilten, die die Voraussetzungen für eine Sammelbegnadigung in einem großzügig verfahrenen Land erfüllen, gegenüber den Verurteilten in einem Land mit kürzeren Fristen privilegiert werden. Auf diese Weise werden bestimmte Tätergruppen regional ungleich behandelt. Die Gefahr einer solchen Ungleichbehandlung wird durch die Föderalismusre-

---

DRiZ 1987, S. 480) vertretene, aber schon damals recht eingeschränkte Plädoyer für die Zulassung regional begrenzter kriminalpolitischer Experimente halte ich nicht mehr aufrecht.

51 SCHALL (Anm. 50), S. 908.

52 Ebd.

53 KLEIN (Anm. 28).

form I – die ja zur Übertragung der Gesetzgebungszuständigkeit für den Strafvollzug auf die Länder geführt hat – eher noch verstärkt.<sup>54</sup>

#### 4. Empirische Untersuchungen zur Gnadenpraxis

Ursprünglich fand die Gnadenpraxis so gut wie kaum kriminologische Beachtung. Das hat sich seit einiger Zeit namentlich aufgrund empirischer Untersuchungen, die BERND-DIETER MEIER entweder selbst betrieben oder zumindest betreut hat, geändert. Noch 2000 hat er in einer ersten Studie zur Handhabung und zu den Wirkungen des Gnadenrechts die mehr oder minder rhetorische Frage aufgeworfen, ob die Gnadenpraxis „terra incognita der Kriminologie“ sei.<sup>55</sup> MEIER hat damals im Bund sowie in Niedersachsen einen deutlichen Rückgang von Gnadenerweisen konstatiert.<sup>56</sup> Er hat ferner eine unterschiedliche Handhabung registriert und festgestellt, dass ihr Schwergewicht bei der Freiheitsstrafe liege.<sup>57</sup> Allerdings hätten Gnadenerweise – die in der Regel nach sorgfältiger „Prüfung der Bewährungswahrscheinlichkeit“ ergingen<sup>58</sup> – nach zeitweiligem Bedeutungsverlust wieder stärker zugenommen. Er hat dies freilich weniger auf Einzelfallentscheidungen, die individualisierender Gerechtigkeit Rechnung tragen sollen, als vielmehr auf Sammelbegnadigungen zurückgeführt, die vor allem der Überbelegung im Strafvollzug abhelfen sollten.<sup>59</sup>

Auf Grund dieser Erfahrungen hat MEIER damals das Gebot stärkerer Transparenz von Gnadenentscheidungen zum Ausdruck gebracht und sich für eine empirisch fundierte Kontrolle ausgesprochen. Ein Bedürfnis dafür wachse in dem Maße, je mehr mit Begnadigungen „generalisierend kriminalpolitisch experimentiert“ werde.<sup>60</sup> In diesem Sinne hat er namentlich auf die kriminalpolitische Bedeutung der Gnadenpraxis für ein folgenorientiertes Strafrecht hingewiesen. Dementsprechend plädierte er dafür, die Auswirkungen einzubeziehen,

„die Gnadenentscheidungen für die Allgemeinheit haben – etwa wie Begnadigungen in der Öffentlichkeit aufgenommen werden und welche Einstellungen Tatopfer hierzu haben – sowie diejenigen Effekte, die die Gnadenentscheidungen für das Strafjustizsystem als Ganzes nach sich ziehen.“<sup>61</sup>

54 WIONTZEK (Anm. 46), S. 389.

55 BERND-DIETER MEIER, Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts – terra incognita der Kriminologie?, MSchrKrim 2000, S. 176.

56 MEIER (Anm. 55), MSchrKrim 2000, S. 177.

57 MEIER (Anm. 55), MSchrKrim 2000, S. 178.

58 MEIER (Anm. 55), MSchrKrim 2000, S. 182.

59 MEIER (Anm. 55), MSchrKrim 2000, S. 183.

60 MEIER (Anm. 55), MSchrKrim 2000, S. 184; WIONTZEK (Anm. 46), S. 86 ff. Vgl. aber Anm. 50-52, 54.

61 MEIER (Anm. 55), MSchrKrim 2000, S. 182.

In einem weiteren Beitrag von 2006 hat MEIER über Ergebnisse des von ihm geleiteten, DFG-geförderten Forschungsprojekts über „Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts“ – das von 1999 bis 2003 realisiert wurde – berichtet.<sup>62</sup> Im Rahmen dieses empirischen Projekts sind Verfahrensakten der Staatsanwaltschaften Braunschweig und Magdeburg aus den Jahren 1998 und 1999 sowie Bundeszentralregisterauszüge ausgewertet worden. Über die Details und die rechtspolitischen Konsequenzen, die sich aus den erhobenen Befunden ziehen lassen, informiert die 2008 erschienene Dissertation von SANDRA WIONTZEK.<sup>63</sup>

Das Projekt hat sich auf alle nur erdenklichen aktenmäßig erfassten Fragestellungen erstreckt. Im Einzelnen sind nicht nur das Vorgehen und die Verfahrensweise der Gnadenbehörden,<sup>64</sup> sondern auch die Zusammensetzung<sup>65</sup> und Legalbewährung der begnadigten Straftäter<sup>66</sup> analysiert worden. Gnadenerweise sind überwiegend zur Vermeidung von Freiheitsentzug gewährt worden. Sie haben sich hauptsächlich auf Vermögens- und Verkehrstäter konzentriert, die keine relevanten Unterschiede gegenüber vergleichbaren Vollzugsinsassen haben erkennen lassen.<sup>67</sup> Im Rahmen der sog. „Weihnachtsamnestie“ beschränkt sich die Prüfung darauf, ob Negativkriterien bei Angehörigen der von ihr erfassten Gruppe vorliegen. 70,5 Prozent der Gnadenentscheidungen sind in solchen Fällen positiv ausgefallen, während in anderen Fällen 79,9 Prozent negative Entscheidungen ergangen sind.<sup>68</sup> Sammelbegnadigungen hatten in 54,4 Prozent der Fälle Straferlasse und -unterbrechungen zum Gegenstand. 75 Prozent der Einzelbegnadigungen – die aus den unterschiedlichsten Gründen erfolgten – betrafen Strafaussetzungen. Sammelbegnadigungen zogen eine höhere Rückfallquote nach sich.<sup>69</sup>

Die Untersuchung hat dem Vernehmen nach keine Hinweise auf fehlerhaftes, missbräuchliches oder kontraproduktives Verhalten der Gnadenbehörden ergeben.<sup>70</sup> In der Regel seien die Schranken des Rechtsstaats – namentlich die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit, Formgebundenheit sowie der Gleichbehandlung Verurteilter – gewahrt worden. Danach respektieren die Gnadenordnungen und die darauf fußende Praxis den grundsätzlichen Vorrang des geltenden Straf-, Strafverfahrens-, Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts. Dies hat zur Folge, dass sowohl

---

62 MEIER (Anm. 9).

63 WIONTZEK (Anm. 46), S. 177 ff. (zum methodischen Vorgehen).

64 WIONTZEK (Anm. 46), S. 254 ff. (zum Einzelgnadenverfahren), S. 315 ff. (zum Sammelgnadenverfahren).

65 WIONTZEK (Anm. 46), S. 195 ff.

66 WIONTZEK (Anm. 46), S. 376 ff.

67 WIONTZEK (Anm. 46), S. 196 ff., 391.

68 WIONTZEK (Anm. 46), S. 297, 393, 395.

69 WIONTZEK (Anm. 46), S. 380, 383.

70 MEIER (Anm. 9), S. 1070.

ein Gnadenverfahren als auch ein Gnadenerweis ausscheidet, wenn und soweit das mit ihm erstrebte Ziel durch gerichtliche, strafvollstreckungs- oder strafvollzugsrechtliche Entscheidungen erreicht werden kann. Ausnahmen bilden vor allem die bereits erwähnten Fälle, in denen – wie etwa bei Sammelbegnadigungen – die Gnade zu mehr oder minder langfristigen kriminalpolitischen Zwecken genutzt wird.

Bei der Gewährung von Strafaussetzung und Strafausstand orientieren sich die Gnadenerweise hinsichtlich der Voraussetzungen und inhaltlichen Ausgestaltung an strafrechtlichen Vorgaben. Insofern spielen die Strafzwecke der negativen und positiven General- und Spezialprävention eine maßgebende Rolle, die freilich nicht weiter hinterfragt wird. Sie sind dementsprechend sowohl für die grundsätzliche Entscheidung über einen Gnadenerweis als auch für die etwaige Erteilung von Auflagen und Weisungen von Bedeutung. In diesem Sinne wird z.B. ein Verzicht auf die Vollstreckung von Freiheitsentzug stets von einer günstigen Kriminalprognose abhängig gemacht.

WIONTZEK kommt in ihrer überaus detaillierten und umfangreichen Studie zu folgenden Schlussfolgerungen: Das Rechtsinstitut der Gnade werde in zunehmendem Maße als kriminalpolitisches Instrument zur praktischen Erprobung von Veränderungen im strafrechtlichen Sanktionensystem genutzt. Es liefere insofern auf Grund der dabei gewonnenen Erfahrungen Modelle für den Gesetzgeber. Gegen kurzfristige und regional begrenzte Projekte, die mit dem Mittel der Gnade „auf die aktuelle Situation im Strafvollzug Einfluss nehmen, ist nichts einzuwenden“<sup>71</sup>. Jedoch lehnt WIONTZEK „die langfristige Instrumentalisierung der Gnade wie es z.B. bei der Weihnachtsamnestie der Fall ist“ ab.<sup>72</sup> Auch spricht sie sich gegen eine weitere „Verrechtlichung“ der Gnade – selbst durch Gesetz – aus. Wohl aber hält sie die bisherige Vertraulichkeit des Gnadenverfahrens mit der wünschenswerten Transparenz für unvereinbar. Ebenso tritt sie für die Gewährung von Akteneinsicht ein. Für die in der Literatur verschiedentlich geforderte Übertragung der Gnadenzuständigkeit auf die Strafvollstreckungskammer<sup>73</sup> – die ja in Richtung auf Abschaffung der Gnade geht – sieht sie keinen Grund.<sup>74</sup>

---

71 WIONTZEK (Anm. 46), S. 388 f. Vgl. aber Anm. 50.

72 WIONTZEK (Anm. 46), S. 389.

73 So z.B. KLEIN (Anm. 28), S. 69 ff.; ALEXANDER BÖHM, Strafvollzug, 3. Aufl. 2003, Rn. 420.

74 WIONTZEK (Anm. 46), S. 401.

### III. Zur künftigen Ausgestaltung der Gnade

#### 1. Zur Beibehaltung der Gnade als Rechtsinstitut

Aus grundsätzlichen Erwägungen, die dem modernen Verfassungs- und Rechtsstaat und dem ihm immanenten Verhältnis zwischen Bürger und Staat entnommen werden, begegnet die Gnade als Rechtsinstitut – wie bereits dargestellt – wachsender Kritik. Die Zahl der Autoren, die dementsprechend für eine Abschaffung der Gnade eintreten, hat ungeachtet des Umstandes, dass das Grundgesetz und die Landesverfassungen an ihr festhalten und die Gnadenordnungen der Länder ihrerseits in gewisser Weise am fortschreitenden „Verrechtlichungsprozess“ partizipieren, deutlich zugenommen.<sup>75</sup> Das erfordert denn auch eine Stellungnahme zur Frage, ob und inwieweit sich die Beibehaltung der Gnade heute noch rechtfertigen lässt.

Für dieses besondere Institut spricht allein schon die rechtspraktische Erfahrung, dass der Gesetzgeber unmöglich sämtliche Sachlagen und Fälle voraussehen und gleichsam antizipatorisch regeln kann, in denen die völlige oder teilweise Vollstreckung einer kriminalrechtlichen Sanktion die Einzelfallgerechtigkeit verletzen oder wegen nachträglicher Veränderung der allgemeinen oder persönlichen Verhältnisse zu unbilligen Konsequenzen für den Verurteilten (und seine Familie) führen würde. Darauf verweist namentlich die Vielzahl unterschiedlicher Fälle und Konstellationen, in denen Begnadigungen in Betracht kommen (können). Weder lassen sie sich auf einen gemeinsamen Nenner bringen, noch ermöglichen sie die Bildung von Fallgruppen, die jeweils einer der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechenden eigenständigen gesetzlichen Regelung zugänglich wären. Selbst die Fälle gerichtlicher Fehlurteile, die auf dem Rechtswege nicht mehr korrigiert werden können, ließen sich durch eine etwaige Reform des Wiederaufnahmerechts zugunsten des Verurteilten nicht hinreichend erfassen. Zumal eine solche Reform ja schon wegen der Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils an relativ enge Grenzen gebunden wäre.<sup>76</sup>

Dass es innerstaatliche oder gesellschaftliche Konstellationen geben kann, in denen um der inneren Befriedung willen andere „Lösungen“ oder Antworten vor strafrechtlichen (oder strafvollstreckungsrechtlichen) den Vorzug verdienen können, wird bis heute immer wieder zur Diskussion gestellt. Besondere Sachlagen können sich nicht zuletzt aus allgemein-, aber auch aus kriminalpolitischen Gründen ergeben, in denen die Gnade als Mittel in Betracht kommt, in staatlichen oder gesellschaftlichen Krisensituationen zur Herstellung

---

75 Vgl. nur GERHARD SCHNEIDER, Anmerkungen zum Begnadigungsrecht, MDR 1991, S. 101, 104; HUBA (Anm. 26), Der Staat 1990, S. 124; KLEIN (Anm. 28); BÖHM (Anm. 73).

76 Vgl. z.B. ULRICH EISENBERG, Aspekte des Verhältnisses von materieller Wahrheit und Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 359 ff. StPO, JR 2007, S. 360.

des inneren Friedens, namentlich des Rechtsfriedens, in der Rechtsgemeinschaft beizutragen. In diesem Zusammenhang ist vor allem auf die Bereinigung bürgerkriegsähnlicher Verhältnisse oder Fälle politischen Umsturzes hinzuweisen.<sup>77</sup> Dies gilt nicht zuletzt dann, wenn die gesetzlichen Möglichkeiten zur Herstellung des Rechtsfriedens – etwa auf der Grundlage einer Amnestie – nicht in Betracht kommen oder nicht ausreichen.

Davon zu unterscheiden sind freilich jene Fallgestaltungen, die Anlass zur Frage geben könnten, ob Straftäter begnadigt werden können oder gar sollen, deren Delikte aus dem Rahmen „normaler“ Kriminalität fallen. In diesem Sinne hat sich der öffentliche wie der fachliche Diskurs in neuerer Zeit namentlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob und inwieweit Terroristen der sogenannten RAF und Angehörige des Machtapparats der DDR, die als sogenannte Grenzschützer und Schreibtischtäter für Tötungen an der innerdeutschen Grenze verantwortlich sind, für Begnadigungen in Betracht kommen. Diese Diskussion ist indessen nicht frei von verfehlten Sichtweisen und Missverständnissen, namentlich von der Verkennung des Rechtsbegriffs und Inhalts der Gnade, verlaufen. Das ist bereits an der Problematik des Sprachgebrauchs deutlich geworden – so wenn etwa im Verhältnis zu RAF-Terroristen von „Versöhnung“ die Rede gewesen ist.<sup>78</sup> So hat denn auch das Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“ im Rahmen dieses Diskurses die Frage aufgeworfen, ob „Gnade für die Gnadenlosen“ gewährt werden kann.<sup>79</sup>

Die Problematik des gnadenweisen Umgangs mit RAF-Terroristen muss jedoch vor dem nahe liegenden und immer wieder paraphrasierten Missverständnis bewahrt werden, hier gehe es um innerstaatliche oder innergesellschaftliche Befriedung. Fraglos hat während der Zeit des RAF-Terrorismus eine bürgerkriegsähnliche Situation, die nur durch mehr oder minder großzügige Handhabung des Gnadenrechts hätte bereinigt werden können, keineswegs bestanden. Dies gilt auch im Hinblick auf öffentliche Verlautbarungen der Täter, die für sich in Anspruch genommen haben, dem ihnen verhasst erscheinenden „bürgerlichen Staat“ den Krieg erklärt zu haben.<sup>80</sup> Jenseits der

---

77 Vgl. z.B. MERTEN (Anm. 7), S. 69; KÖHLER, Strafgesetz (Anm. 36), S. 73; HOLSTE (Anm. 13), JR 2003, S. 741. Vgl. auch DIMOULIS (Anm. 4), S. 452 ff.

78 Krit. RUDOLF WASSERMANN, Versöhnung mit Terroristen?, NJW 1993, S. 2426 f. Vgl. aber OTTO SEESEMANN, Von der Zumutung der Gnade und der Versöhnung, in: Ralf Grigoleit (Hrsg.), Es wird ein Leben ohne Gitter geben. Festschrift für Manfred Lösch, 2004, S. 244.

79 Gnade für die Gnadenlosen: Darf der Staat die RAF-Mörder freilassen? Der Spiegel Nr. 5 vom 29.01.2007, S. 20.

80 Zu dieser Problematik etwa HEINZ MÜLLER-DIETZ, Terrorismus und Strafrechtspflege, ZfStrVo 1989, S. 84, 91; MICHAEL WALTER, Labeling durch „Terroristen“ – ein Perspektivenwechsel, in: Thomas Görgen u.a. (Hrsg.), Interdisziplinäre Kriminologie. Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, 2. Bd., 2008, S. 783, 786 ff.; MATTHIAS JAHN, Die Terroristen und ihr Recht – Zum Umgang des BGH mit der zweiten Generation der „RAF“, NJW 2008, S. 3197, 3198.

Frage, ob sich die RAF-Terroristen tatsächlich als Revolutionäre verstehen konnten – oder ob sie nicht in Wahrheit von Größenwahn und Machtgier zu ihren mörderischen Taten getrieben worden sind<sup>81</sup> –, hat sich im Diskurs über ihre Begnadigung die Erkenntnis herauskristallisiert, dass an sie die für alle geltenden Maßstäbe des Rechts und der Gnade anzulegen sind.<sup>82</sup> Das betrifft sowohl den Vorrang des Verfahrens und die Voraussetzungen einer bedingten Entlassung nach § 454 II StPO und § 57a StGB als auch das Gnadenverfahren und die Kriterien, an die das Gnadenrecht Gnadenerweise knüpft. Deutlich wurde dies vor allem an den Fällen BRIGITTE MOHNHAUPTS und CHRISTIAN KLARS, die beide inzwischen auf Grund von Entscheidungen des OLG Stuttgart bedingt entlassen worden sind.<sup>83</sup> Der einschlägige Diskurs hat auch dazu beigetragen, den Blick auf die Bedeutung der bisher eher vernachlässigten Opferperspektive im Gnadenverfahren zu lenken.<sup>84</sup>

Ob die gleichen Gesichtspunkte – wiewohl unter anderem Vorzeichen – auch für die Täter gelten, die wegen ihrer im Rahmen des organisierten Machtapparates der DDR begangenen Straftaten verurteilt worden sind, mag strittig sein. Doch haben bereits Rechts- und Gerichtspraxis durch die Abschichtung leichter Delikte, die Unterscheidung zwischen schweren Verbrechen gegen die Menschlichkeit, insbesondere Tötungsdelikten, die geahndet worden sind, und leichteren Straftaten, die strafrechtlich nicht verfolgt worden sind, sich darum bemüht, dem Umstand Rechnung zu tragen, welche geradezu revolutionär anmutende Umgestaltung der politischen und rechtlichen Verhältnisse für ehemalige Bürger und Funktionsträger der DDR mit deren Beitritt zur Bundesrepublik verbunden war.

Freilich hat die sog. Aufarbeitung von DDR-Unrecht – jedenfalls soweit sie sich nicht allein auf strafrechtliche Reaktionen beschränkt hat – auch Erfahrungen darüber vermittelt, wie wichtig Opfern die öffentliche Klärung einschlägiger Vorgänge und deren Charakterisierung als Unrecht ist. Diese Erkenntnis zieht sich wie ein roter Faden durch praktisch alle Studien, die in

---

81 JAN PHILIPP REEMTSMA, Lust an Gewalt, Die Zeit Nr. 11 vom 08.03.2007, S. 45 f. Vgl. auch WOLFGANG KRAUSHAAR/JAN PHILIPP REEMTSMA/KARIN WIELAND, Rudi Dutschke, Andreas Baader und die RAF, 2005. Grundlegend WOLFGANG KRAUSHAAR (Hrsg.), Die RAF und der linke Terrorismus, 2006.

82 GABRIELE KETT-STRAUB, Auch Terroristen haben einen Rechtsanspruch auf Freiheit, GA 2007, S. 332, 344 ff.; SCHALL (Anm. 50), S. 906 ff.; KLAUS PFLIEGER, Gnade vor Recht?, ZRP 2008, S. 84.

83 Dass im Falle CHRISTIAN KLARS kein Anlass für einen Gnadenerweis bestanden hat, haben KETT-STRAUB (Anm. 82), GA 2007, S. 347, SCHALL (Anm. 50), S. 909 f., und PFLIEGER (Anm. 82), ZRP 2008, S. 86, zu Recht dargelegt.

84 Zur Opferperspektive ANNE SIEMENS, Für die RAF war er das System, für mich der Vater. Die andere Geschichte des deutschen Terrorismus, 2007; FELIX ENSSLIN, Die doppelte Verdrängung, Die Zeit Nr. 13 vom 22.03.2007, S. 5. Vgl. auch die Bemühungen MICHAEL BUBACKS, den Mord an seinem Vater aufzuklären (Der zweite Tod meines Vaters, 2008).

empirischer oder straftheoretischer Absicht den Umgang von Kriminalitätsoffern mit den von ihnen erlittenen Rechtsbrüchen analysieren.<sup>85</sup>

Auf das Rechtsinstitut der Begnadigung wird nach alledem auch unter dem Vorzeichen fortschreitender „Verrechtlichung“ der Beziehungen zwischen Bürger und Staat im Rechts- und Sozialstaat jedenfalls solange nicht verzichtet werden können, als der Staat auf Kriminalität mit Strafsanktionen antwortet.<sup>86</sup>

## 2. Zur Reform des Gnadenverfahrens, insbesondere zur Frage gerichtlicher Kontrolle von Gnadenentscheidungen

Aus bisher vorliegenden empirischen Befunden und normativen Erkenntnissen ist auf das Bedürfnis zu schließen, das Gnadenverfahren transparenter als bisher zu gestalten und die Gnadenpraxis einer laufenden kriminologischen Begleitforschung zu unterziehen. Als Beispiel für eine stärkere Transparenz figuriert namentlich die Befugnis eines vom Antragsteller bevollmächtigten Rechtsanwalts auf Akteneinsicht (wie sie z.B. in § 2a der Berliner GnadenO – wenn auch in eingeschränkter Form – vorgesehen ist). Dadurch könnte ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, Kenntnis von den Gründen der (ablehnenden) Gnadenentscheidung zu nehmen.<sup>87</sup> Freilich erlangt dieses Recht auf Einsichtnahme natürlich erst bei Begründung ablehnender Gnadenentscheidungen und Eröffnung des Rechtswegs gegen diese größere Bedeutung.

In zunehmendem Maße wird denn auch die Eröffnung des Rechtswegs gegen Gnadenentscheidungen gefordert. Das Bundesverfassungsgericht hat in den tragenden Gründen seiner relativ frühen – mit vier zu vier Stimmen getroffenen – Entscheidung zur Gnade positive wie negative Gnadenentscheidungen nicht als justiziabel angesehen.<sup>88</sup> Es hat dabei an das traditionelle, vom

---

85 Vgl. namentlich WINFRIED HASSEMER/JAN PHILIPP REEMTSMA, *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002, S. 112 ff. Vgl. auch HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Das Straftatopfer in literarischen Darstellungen*, in: *Interdisziplinäre Kriminologie* (Anm. 80), S. 482, 494 f.

86 Vgl. nur HOLSTE (Anm. 13), JR 2003, S. 742; ANDREAS GROSSMANN, *Recht und Gnade – Gnade vor Recht?*, *Rechtstheorie* 2005, S. 495, 511 f. (aus philosophischer und verfassungsrechtlicher Perspektive); MEIER (Anm. 9); WIONTZEK (Anm. 46), S. 400; SCHALL (Anm. 50), S. 910 f.; HINDRICHS (Anm. 16), JZ 2008, S. 244. DIMOULIS (Anm. 4), S. 602, geht davon aus, dass das Institut der Begnadigung auch künftig nicht abgeschafft werden wird.

87 MICKISCH (Anm. 13), S. 192 ff., hält aus rechtsstaatlichen Gründen das Recht auf Einsichtnahme in die Gnadenakte durch den verurteilten Antragsteller selbst für geboten. Die Ablehnung einer Gnadeninstanz, einem bevollmächtigten Rechtsanwalt Einsicht in die Gnadenakte zu gewähren, unterliegt nach OLG Hamburg, NJW 1975, S. 1985 keiner gerichtlichen Kontrolle.

88 BVerfGE 25, S. 352, 361 f.

Kaiserreich und der Weimarer Reichsverfassung herrührende Verständnis des Gnadenrechts angeknüpft.

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist eine recht umfangreiche Rechtsprechung von Verwaltungs- und ordentlichen Gerichten vorausgegangen, die ihrerseits eine gerichtliche Überprüfung ablehnender Gnadenentscheidungen verneint hatte, weil es sich dabei um justizfreie Hoheitsakte handele.<sup>89</sup>

An seiner negativen Position hat das Bundesverfassungsgericht auch in seiner späteren Rechtsprechung festgehalten.<sup>90</sup> Es hat aber aus verfassungsrechtlichen Gründen die gerichtliche Kontrolle des Widerrufs (und der Rücknahme) von Gnadenerweisen für statthaft erachtet.<sup>91</sup> Diese Auffassung hat das Gericht damit begründet, dass der Widerruf (und die Rücknahme) die Wirkung des gerichtlichen Urteils umgestalte.<sup>92</sup> Er stelle eine belastende Maßnahme dar, die die Rechtsstellung des Verurteilten verschlechtere.<sup>93</sup> Dabei hat das Bundesverfassungsgericht die Frage offen gelassen, welcher Rechtsweg für die gerichtliche Überprüfung solcher Entscheidungen des Gnadenträgers in Betracht kommt.

Auf dieser Grundlage hat sich denn auch eine mehr oder minder umfangreiche fachgerichtliche Rechtsprechung entwickelt, die den Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG zum Oberlandesgericht bejaht hat.<sup>94</sup> Ganz in diesem Sinne sehen manche Gnadenordnungen ausdrücklich vor, dass der Widerruf oder die Rücknahme eines Gnadenerweises nach §§ 23 ff. EGGVG gerichtlich angefochten werden kann (z.B. § 2 der Berliner GnadenO, § 39 der nordrhein-westfälischen GnadenO). Dabei erblickt die Rechtsprechung im Widerruf und in der Rücknahme eines Gnadenerweises eine Ermessensentscheidung, die lediglich im Hinblick auf Ermessens Fehlgebrauch und -missbrauch gerichtlich überprüft werden kann.<sup>95</sup> Hinsichtlich des Widerrufs einer gnadenhalber gewährten Strafaussetzung zur Bewährung, der nach Ablauf der Bewährungszeit

---

89 Vgl. z.B. Württ.-Bad. VGH, DÖV 1950, S. 377; OVG Münster, DÖV 1953, S. 768; OVG Hamburg, JZ 1961, S. 165 mit ablehnender Anmerkung von GÜNTER DÜRIG; BVerwGE 24, S. 73 = JZ 1963, S. 26 mit ablehnender Anmerkung von HARTMUT MAURER (das BVerwG hat auch nach der Entscheidung des BVerfG an seiner ablehnenden Position festgehalten: BayVBl 1982, S. 758); OLG Düsseldorf, JZ 1959, S. 58; OLG Celle, MDR 1964, S. 697; OLG Neustadt, NJW 1964, S. 681; OLG Hamm, NJW 1964, S. 682; OLG München, NJW 1968, S. 609; OLG München, NJW 1977, S. 115; OLG Hamburg, NJW 1969, S. 671.

90 Vgl. z.B. BVerfG, NJW 1971, S. 795; BVerfGE 66, S. 363; BVerfG, NJW 2001, S. 3771.

91 BVerfGE 30, S. 108. A. A. aber noch OLG Hamburg, GA 1973, S. 52.

92 BVerfGE 30, S. 110.

93 BVerfGE 30, S. 111.

94 Vgl. CARSTEN RINIO, Rechtsprechungsübersicht zum Widerruf von Gnadenerweisen, NSStZ 2006, S. 438.

95 Vgl. nur KG, GA 1978, S. 14; OLG Saarbrücken, MDR 1979, S. 338.

erfolgt, orientiert sie sich bezeichnenderweise an den Grundsätzen, „welche die Rechtsprechung zum Widerruf gem. § 56f StGB entwickelt hat“<sup>96</sup>.

In seiner Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht die gerichtliche Überprüfung ablehnender Gnadenentscheidungen mit Stimmgleichheit abgelehnt hat, haben die vier dissentierenden Richter demgegenüber die Auffassung vertreten, dass nach Art. 19 IV GG der Rechtsweg gegen willkürliche, den Gleichheitssatz verletzende Gnadenentscheidungen eröffnet sei.<sup>97</sup> Sie haben aus dem umfassenden Rechtsschutz, den diese Verfassungsgarantie dem Bürger gegen die öffentliche Gewalt gewährt, die Konsequenz gezogen, dass auch im Falle von Gnadenentscheidungen eine gerichtliche Kontrolle der Ermessensausübung (im Hinblick auf Ermessensmissbrauch und -fehlgebrauch) zulässig sei. „Gnade ist zwar nicht völlig verrechtlicht, die Gewährung oder Versagung eines Gnadenerweises aber rechtlich begrenzt.“<sup>98</sup> Hierbei haben die Richter offen gelassen, ob der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG zu beurteilen ist.

Dieser Auffassung ist bereits eine in diese Richtung weisende Rechtsprechung von Landesverfassungsgerichten vorausgegangen. Sowohl der Bayerische Verfassungsgerichtshof<sup>99</sup> als auch der Hessische Staatsgerichtshof<sup>100</sup> haben Verfassungsbeschwerden gegen ablehnende Gnadenentscheidungen für zulässig erachtet, weil in Ausnahmefällen auch solche Entscheidungen willkürlichen Charakter haben und deshalb in die Grundrechtsposition des Antragstellers eingreifen könnten.

In der Literatur wird heute die Auffassung überwiegend vertreten, dass Gnadenentscheidungen nach Art. 19 IV GG einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen.<sup>101</sup> Demgegenüber hält eine Mindermeinung an der traditionellen These fest, dass der „freie“ Hoheitsakt der Gnadenentscheidung seinem Wesen nach nicht justitiabel, gerichtsexemt sei.<sup>102</sup>

96 OLG Hamburg, NStZ 2004, S. 223.

97 BVerfGE 25, S. 363-366.

98 BVerfGE 25, S. 365.

99 Vgl. z.B. BayVerfGE 19, S. 23, 29 f.; BayVerfGE 24, S. 53; BayVerfG, NJW 1966, S. 443; BayVerfG, GA 1970, S. 184 (ständige Rechtsprechung).

100 NJW 1974, S. 791.

101 Vgl. vor allem HINRICH RÜPING, Die Gnade im Rechtsstaat, in: Gerald Grünwald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31, 43; DERS., Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, S. 186; ELLEN SCHLÜCHTER, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, Rn. 847; HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 924; MICKISCH (Anm. 13), S. 165 ff., 200; MICHAEL WALTER, Strafvollzug, 2. Aufl. 1999, Rn. 370; HEINZ SCHÖCH, in: Günther Kaiser/Hans Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl. 2003, § 9, Rn. 82; FRANZ STRENG, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 39; HOLSTE (Anm. 13), JR 2003, S. 740; WIONTZEK (Anm. 46), S. 85, 400. Vgl. auch DIMOULIS (Anm. 4), S. 185 ff.

102 So z.B. MERTEN (Anm. 7), S. 81, 83; SCHÄTZLER (Anm. 17), S. 127 ff.; WOLFGANG HELD, Gnade und Recht, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walter

Indessen wird, wer die Garantie umfassender gerichtlicher Kontrolle der öffentlichen Gewalt durch Gerichte in Form des Art. 19 IV GG ernst nimmt, schwerlich die Zulässigkeit des Rechtswegs gegen ablehnende Gnadenentscheidungen in Zweifel ziehen können. Dies gilt auch gegenüber dem nahe liegenden Einwand, dass eine solche Rechtsprechung – die ja ohnehin auf Ermessenskontrolle beschränkt wäre – in Anbetracht der bisherigen Erfahrungen lediglich mehr oder minder symbolische Funktionen erfüllen und dementsprechend wohl auch keine weiterführenden Erkenntnisse zutage fördern würde. Haben doch die vorliegenden empirischen Untersuchungen keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Gnadeninstanzen fehlerhaft oder willkürlich verfahren würden. Demgegenüber muss indessen darauf hingewiesen werden, dass zwischen der Verfassungsgarantie des Art. 19 IV GG und den von ihrer Einlösung möglicherweise zu erwartenden Entscheidungen differenziert werden muss. Die Zulässigkeit des Rechtswegs hängt keineswegs davon ab – und kann auch davon nicht abhängen –, wie oft oder wie selten Antragsteller mit ihrem Vorbringen durchdringen, d.h. bei Gericht Erfolg haben.

Auch wenn Hinweise auf eine unsachgemäße Ausübung des Gnadenrechts bisher nicht erkennbar sind, könnte die Möglichkeit einer gerichtlichen Ermessenskontrolle überdies das öffentliche Vertrauen in eine willkürfreie Handhabung des Gnadenrechts stärken. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erfahrung, dass in einer Mediengesellschaft ohnehin gerade diejenigen Gnadenfälle zur Kenntnis der Öffentlichkeit gelangen, die schwerwiegende Straftaten, namentlich Kapitaldelikte, betreffen und deshalb sowohl deren emotionale Verarbeitung durch die Gesellschaft als auch Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit in vitaler Weise berühren (können).

### 3. Gesellschaftliche Reaktionen auf Straftaten und Gnade

Seit der Aufklärung postuliert man nicht nur für das Kriminalrecht im engeren Sinne, sondern auch für die Kriminalpolitik im Ganzen die Gebote der Humanität und Rationalität. Was immer inhaltlich unter diesen nicht selten als Leerformeln gebrauchten Begriffen zu verstehen ist. Ebenso wie das Aufklärungszeitalter dem geltenden Recht auf Grund des Gesetzlichkeitsprinzips vielfach absoluten Vorrang vor der Gnade eingeräumt hat, hat es auch voll und ganz auf die Rationalität der Kriminalpolitik gesetzt. Es ist davon ausgegangen, dass diese sich ausschließlich von Gründen der Vernunft leiten lassen darf. Ebenso wie die Gnade verschiedentlich als nicht nur überholtes traditionales Institut, sondern geradezu als irrationales „Fossil“ des absolutistischen Staates kritisiert, ja gebrandmarkt wurde, sollte sich demnach die Kriminalpolitik vor Zugeständnissen an Gefühle und Empfindungen hüten, die Straftaten immer wieder in der Gesellschaft auslösen.

---

Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 413, 421; GROSSMANN (Anm. 86), Rechtstheorie 2005, S. 509; PFLIEGER (Anm. 82), ZRP 2008, S. 86.

Inzwischen hat sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, dass der einstige Topos der Aufklärung, der auf eine rein rational begründete Kriminalpolitik zielte, schon aus sozialpsychologischen Gründen weitgehend unreal erscheint. Vor allem im Falle schwerer und spektakulärer Straftaten reagiert das Publikum, das in der Regel von ihnen erfährt, in emotionaler Weise und wird durch sie vielfach innerlich aufgewühlt. Das gilt keineswegs nur für den Personenkreis des Straftatopfers und seiner Angehörigen – der durch die Straftat(en) verständlicherweise in seinem seelischen Empfinden besonders betroffen ist –, sondern auch für Dritte, die heutzutage auf Grund einer umfassenden und nicht selten bis ins Detail gehenden Kriminalitäts- und Gerichtsberichterstattung darüber informiert werden.

Dementsprechend verweisen individual- und sozialpsychologische Untersuchungen denn auch darauf, dass kaum ein Bereich, der öffentlicher Wahrnehmung und gesellschaftlichem Diskurs unterliegt, stärker mit Gefühlen und Emotionen besetzt ist als individuelle und kollektive Reaktionen auf Kriminalität.<sup>103</sup> Das trifft verständlicherweise vor allem auf das Straftatopfer und seine Angehörigen zu. Wird doch ihr Vertrauen in ein geordnetes und funktionierendes gesellschaftliches Zusammenleben durch den ihnen widerfahrenen Rechtsbruch – natürlich je nach dessen Eigenart und Schwere – in mehr oder minder starkem Maße erschüttert.<sup>104</sup> Dass Strafrecht und Kriminalpolitik im Ganzen es mit Emotionen zu tun haben, erscheint etwa SCHÜLER-SPRINGORUM selbstverständlich. Dementsprechend siedelt er denn auch die Straftheorien „zwischen Aggression und Zuwendung“<sup>105</sup>, die „Sanktionen zwischen Abschreckung und Hilfestellung“<sup>106</sup> an.

Dies alles bedeutet freilich nicht, dass sich die Kriminalpolitik unbesehen und unreflektiert Rachebedürfnissen oder punitiven Einstellungen, die keineswegs nur bei Straftatopfern und deren Angehörigen virulent werden können,<sup>107</sup> öffnen darf oder gar muss. Vielmehr muss sie im „Vorfeld“ ihrer Entscheidungen und Handlungspraxis die Gefühle und Reaktionen, die Straftaten

103 Vgl. namentlich HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, S. 175 ff.; DERS., *Emotionale Kriminalpolitik*, in: Rolf Herrfahrdt (Hrsg.), *Auswirkung der Kriminalpolitik auf Gesetzgebung und Justizvollzug*, 2002, S. 11; DERS., *Das Feld der Emotionen stärker bearbeiten*, in: Heinz Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, 2007, S. 875; HEIKE JUNG, *Wider die neue „Straflust“*, GA 2006, S. 724, 730 f.; DERS., *Kriminalsoziologie*, 2. Aufl. 2007, S. 101, 108; SUSANNE KARSTEDT, *Die Vernunft der Gefühle: Emotion, Kriminalität und Strafrecht*, in: Henner Hess/Lars Ostermeier/Bettina Paul (Hrsg.), *Kontrollkulturen. Texte zur Kriminalpolitik im Anschluss an David Garland*, 2007, S. 25.

104 Vgl. etwa DIETER HERMANN/Franz STRENG, *Die Bewältigung des Traumas*, BewH 1991, S. 5; GÜNTER JEROUSCHEK, *Straftat und Traumatisierung*, JZ 2000, S. 185; HASSEMER/REEMTSMA (Anm. 85), S. 30 ff., 112 ff.

105 SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik* (Anm. 103), S. 189 ff.

106 SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik* (Anm. 103), S. 193 ff.

107 Zur Problematik der Punitivität umfassend RÜDIGER LAUTMANN/DANIELA KLIMKE/FRITZ SACK (Hrsg.), *Punitivität*, 2004.

in der Gesellschaft auslösen, zur Kenntnis nehmen und analysieren, um daraus Mittel und Wege für einen sozialverträglichen, vernünftigen Umgang mit ihnen zu gewinnen. In diesem Sinne gilt es, sich über den menschlichen Emotions- und Gefühlshaushalt – der gerade beim Umgang mit Kriminalität zutage tritt – Klarheit zu verschaffen, darüber aufzuklären und auf dieser Grundlage mit diesen psychisch-seelischen Reaktionen in einer angemessenen Weise umgehen zu lernen.<sup>108</sup> SCHÜLER-SPRINGORUM hat – in Übereinstimmung mit anderen Autoren (z.B. WINFRIED HASSEMER, GÜNTHER KAISER) – zwar konstatiert, dass die Kriminalpolitik jedenfalls in der Langfristperspektive einem „Prozess der Rationalisierung“ unterliege und insoweit Zugewinne an Rationalität zu verbuchen habe, dass aber nach wie vor gravierende Defizite im Umgang mit Emotionen bestünden. Mit der Ratio habe es die Menschheit bisher weiter gebracht. „*In puncto* Emotionen hingegen besteht noch größter Nachhol- und Lernbedarf.“<sup>109</sup>

An den eine Gesellschaft tragenden und ihre Mitglieder verbindenden Maximen der Gerechtigkeit und Menschlichkeit führt kein Weg vorbei. An diesen Grundsätzen müssen sich dementsprechend auch Strafrecht und Kriminalpolitik orientieren. Da sie umfassenden, ungeteilten Anspruch erheben, gelten sie denn auch für Täter und Opfer gleichermaßen. Staatliche Reaktionen auf Straftaten müssen demnach in einer Weise erfolgen, die – ganz in diesem Sinne – von der Gesellschaft, zugleich mit Blick auf das Opfer wie auf den Täter, akzeptiert werden kann.

Schon vor über einem Menschenalter hat WINFRIED HASSEMER das Strafrecht als „formalisierte Konfliktverarbeitung“ begriffen.<sup>110</sup> Dementsprechend wird es heute – in Fortschreibung dieser grundsätzlichen Position – als eine formalisierte und an den Maximen der Rationalität und Humanität orientierte Verarbeitung sozialer Erwartungsenttäuschungen charakterisiert. In diesem Sinne soll es namentlich dem Verlust an Vertrauen in ein auf Achtung anderer und deren Rechte gegründetes gesellschaftliches Zusammenleben entgegenwirken, der durch Straftaten entsteht und das soziale Miteinander – freilich je nach Schwere des Delikts in unterschiedlichem Maße – beeinträchtigt.<sup>111</sup> Dadurch sollen Funktionsfähigkeit und Zusammenhalt der Gesellschaft gewährleistet und gestärkt werden.

---

108 So etwa SCHÜLER-SPRINGORUM, Emotionale Kriminalpolitik (Anm. 103) im Anschluss an ELISABETH MÜLLER-LUCKMANN.

109 SCHÜLER-SPRINGORUM, Das Feld der Emotionen (Anm. 103), S. 880.

110 WINFRIED HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtslehre, 1973, S. 184 ff.

111 Zum Aspekt des (Norm-)Vertrauens in strafrechtlicher Perspektive KNUT AMELUNG, Auf der Rückseite der Norm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: Jörg Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 3; WALTER KARGL, Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil, in: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, S. 41.

#### 4. Opferperspektive und Gnade

Im bisherigen Diskurs über die Gnade – und wohl auch in der Gnadenpraxis – hat die Perspektive des Straftatopfers, die seit einiger Zeit die Entwicklung des Strafrechts und Strafverfahrensrechts beeinflusst und begleitet, wohl nicht in vergleichbarer Weise Ausdruck gefunden. Obschon aus den Opfererfahrungen Konsequenzen in allen kriminalrechtlichen Bereichen zu ziehen sind.

Das traumatische Erleben des Opfers hat längst Eingang in die sozial- und individualpsychologische sowie in die kriminologische Forschung gefunden. DIETER HERMANN und FRANZ STRENG sind etwa der Frage nach der „Bewältigung des Traumas“ nachgegangen und haben „spezifische Opferstrategien im Viktimisierungsprozeß“ analysiert.<sup>112</sup> GÜNTER JEROUSCHEK hat die Bedeutung der Strafe aus viktimologischer Perspektive untersucht.<sup>113</sup> Er führt den bekannten „Legitimationsdruck“, unter dem der staatliche Strafanspruch und das Institut der Strafe stehen, nicht zuletzt auf die dem Strafrecht zugeschriebene täterzentrierte Perspektive zurück. „Neuere psychologische Forschungen haben nunmehr den Nachweis erbracht, daß der Strafe klinisch eine heilsame Funktion bei der Bewältigung von durch Straftaten ausgelösten Traumatisierungen zukommt.“ JEROUSCHEK knüpft dabei an das eindrucksvolle Selbstzeugnis JAN PHILIPP REEMTSMA „Im Keller“ an, in dem der Literaturwissenschaftler seine „Extremtraumatisierung“ durch die von ihm erlittene Entführung und Freiheitsberaubung schildert.<sup>114</sup> Aus dem von ihm entwickelten „viktimotheoretischen Strafansatz“ leitet er „eine die Verarbeitungskapazität der Opfer befördernde Wirkung der Täterbestrafung“ ab.<sup>115</sup> In diesem Sinne begreift er die Strafe als „symbolische Solidarisierung (der Gesellschaft) mit dem Opfer“.<sup>116</sup>

In seinem Regensburger Vortrag von 1999 hat es REEMTSMA denn auch – unter Rekurs auf die Ergebnisse der Traumatisierungsforschung, aber eben auch vor dem Hintergrund seiner eigenen Erfahrungen als Entführungsoffer – unternommen, „das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters zu begründen“.<sup>117</sup> Dem Anspruch des Täters auf Resozialisierung setzt REEMTSMA unter Rückgriff auf die Theorie der positiven Generalprävention das Recht des Opfers auf seine Resozialisierung entgegen. Demnach muss der Staat durch angemessene Bestrafung des Täters dafür sorgen, dass das Opfer seine durch den Rechtsbruch erlebte Orientierungslosigkeit verarbeiten kann. Die Bestrafung zeige, dass dem Opfer kein „Unglück“ widerfahren, sondern vielmehr ein

---

112 HERMANN/STRENG (Anm. 104), BewH 1991, S. 5.

113 JEROUSCHEK (Anm. 104), JZ 2000, S. 185.

114 JEROUSCHEK (Anm. 104), JZ 2000, S. 188.

115 JEROUSCHEK (Anm. 104), JZ 2000, S. 193.

116 JEROUSCHEK (Anm. 104), JZ 2000, S. 194.

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

„Unrecht“ angetan worden sei. Sie bringe die Solidarisierung der Gesellschaft mit dem Opfer zum Ausdruck. Demzufolge erwächst das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters aus der Pflicht des Staates, den sozialen Schaden, den eine Straftat anrichtet, zu begrenzen.<sup>118</sup>

Strafverfahrensrecht und Gerichtspraxis haben sich längst auf die Berücksichtigung von Opferbelangen eingestellt. Eine andere Frage ist freilich, ob sie dies bisher in hinreichendem Maße getan haben und in der jeweils gebotenen Weise auch realiter tun. Die Opferperspektive hat Eingang in die gesetzliche Regelung des Rechtsstatus im Prozess gefunden.<sup>119</sup> Die empirischen Probleme, die mit der Situation und Behandlung des Opferzeugen – namentlich mit den Gefahren einer zweiten Viktimisierung – zusammenhängen, sind von der kriminologischen Forschung erkannt. Praktische Konsequenzen daraus werden teils durch entsprechende opferschonende Gestaltung des Verfahrens, teils durch Angebote freier Träger der Opferhilfe gezogen.

Besondere Schwierigkeiten bereitet hingegen offenkundig die Verortung des Straftatopfers im Spektrum bisheriger Straftheorien. Sie können hier nur angedeutet, nicht weiter vertieft werden. Die gängigen Straftheorien der General- und Spezialprävention sind zwar auf prospektive sowie auf reale Opfer und Täter bezogen. Doch hat das Straftatopfer selbst im Spektrum der Präventionstheorien keinen eigenständigen Ausdruck gefunden. Mit der Frage, auf welche Weise sich die Opferperspektive straftheoretisch begründen und verankern lässt, haben sich in letzter Zeit verschiedene Autoren näher auseinandergesetzt.<sup>120</sup>

Ungeachtet der Unterschiedlichkeit der einzelnen Begründungsansätze besteht wohl Einigkeit darüber, dass das Opfer ein legitimes Interesse an einer öffentlichen Reaktion auf die an ihm begangene Tat, namentlich an deren Kennzeichnung als Unrecht hat. Freilich gehen die Auffassungen auseinander, ob der öffentlichen Zurechnung von Unrecht und Schuld eine zugleich die Strafe legitimierende Funktion zukommt – wie sie wohl HÖRNLE und NEUBACHER annehmen – oder ob es dabei „lediglich“ um „die autoritative Entscheidung“ geht, „wer sich recht und wer sich unrecht verhalten hat, wer sich

---

118 Vgl. auch JAN PHILIPP REEMTSMA, Was erwarten Opfer vom Recht?, DVJJ-Journal 1/2002, S. 3.

119 Vgl. z.B. MARKUS LÖFFELMANN, Das Opfer im Strafverfahren, BewH 2006, S. 364; DIETER DÖLLING, Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in: Festschrift für Jung (Anm. 103), S. 77; WILFRIED HOLZ, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, 2007.

120 So etwa JEROUSCHEK (Anm. 104), JZ 2000, S. 193 f.; CORNELIUS PRITTWITZ, Opferlose Straftheorien?, in: Bernd Schünemann/Markus Dirk Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 51; TATJANA HÖRNLE, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, S. 950; FRANK NEUBACHER, Strafzwecke und Völkerstrafrecht, NJW 2006, S. 966; TINO KLEINERT, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung. Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsofers im Strafrechtssystem, 2008, S. 186 ff.

zu Recht schuldig fühlt oder fühlen sollte und wer keine Schuldgefühle entwickeln sollte“.<sup>121</sup> NEUBACHER jedenfalls erblickt in der Theorie der positiven Generalprävention einen Ansatzpunkt für eine straftheoretische Berücksichtigung von Opferinteressen. „Ein Befriedungseffekt stellt sich beim Opfer ein, wenn erfahrbar wird, dass sich das Recht letztlich durchsetzt.“<sup>122</sup>

Aus der Bedeutung, die der Opferperspektive im materiellen Strafrecht – nicht zuletzt in straftheoretischer Hinsicht – sowie im Strafverfahren zukommt, kann – oder muss – man folgern, dass sie auch für das Rechtsinstitut der Gnade relevant ist. Freilich blenden sowohl die Gnadensordnungen als auch der bisherige Gnadendiskurs diese Fragestellung weitgehend aus – soweit sie nicht die Wirkung der Bestrafung auf Dritte ausdrücklich berücksichtigt wissen wollen. Darauf hat ja MEIER schon in seinem Beitrag von 2000 aufmerksam gemacht.<sup>123</sup> Dementsprechend existieren auch keine Regelungen darüber, wie Täter- und Opferinteressen im Prozess der Entscheidungsfindung in Gnaden-sachen im Verhältnis zueinander abzuwägen und auszutariieren sind. Immerhin hat PFLIEGER aus Anlass des öffentlichen Diskurses über die Begnadigung von RAF-Terroristen dafür plädiert, dass Gnadenerweise (gesellschaftlich) nachvollziehbar sein müssten. „Dies ist nicht nur der Allgemeinheit, sondern speziell den Tatopfern geschuldet, damit sie akzeptieren können, weshalb ein Täter in den Genuss einer Begnadigung kommt.“<sup>124</sup>

Die grundsätzliche Anerkennung von Opferinteressen durch das Strafprozessrecht und die strafgerichtliche Praxis legt auch ihre angemessene Berücksichtigung im Gnadenverfahren und bei Gnadenentscheidungen nahe. Dabei könnten Ob, Art und Maß der Beteiligung sich am Gewicht der Straftat – etwa nach dem Grundsatz – orientieren: Je schwerer die Tat – nach ihrem Unrechts- und Schuldgehalt – wiegt, desto größere Bedeutung kommt der Berücksichtigung der Interessen des Straftatopfers oder seiner Angehörigen zu. Ob in diesem Kontext auch der zeitliche Abstand zwischen Tatbegehung und Gnadenverfahren zu Buche schlagen soll, erscheint jedenfalls bei schweren Straftaten zweifelhaft, weil bei ihnen (wie etwa die psychischen Belastungen im Falle der Angehörigen der RAF-Opfer sowie im Fall REEMTSMA zeigen) die seelischen Verletzungen über lange Zeiträume andauern (wenn sie denn je geheilt werden [können]).

In diesem Sinne könnte – namentlich im Falle schwerer Straftaten, etwa bei Kapitaldelikten – erwogen werden, Straftatopfer oder nahe Angehörige an Gnadenverfahren zu beteiligen. In Betracht käme eine Anhörung – wie sie ja für die nach den Gnadensordnungen am Gnadenverfahren längst partizipierenden Instanzen (Gericht, Staatsanwaltschaft, Vollzugsbehörde usw.) vorgesehen ist. Dadurch könnte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Opferperspekti-

---

121 PRITTWITZ (Anm. 120), S. 73.

122 NEUBACHER (Anm. 120), NJW 2006, S. 969.

123 Vgl. Anm. 61.

124 PFLIEGER (Anm. 82), ZRP 2008, S. 86.

ve vom Gnadenträger ebenso ernst genommen wird wie die anderen Aspekte, die bei einer Gnadenentscheidung zu berücksichtigen sind und in sie einfließen.

Freilich würde ein derart weitgehender Schritt gewichtige Fragen aufwerfen. Zu bedenken wären die psychischen Belastungen, die bei schweren Delikten im Falle einer erneuten amtlichen Konfrontation mit dem traumatisierenden Geschehen zusätzlich zu den ohnehin schon vorhandenen seelischen Verletzungen eintreten könnten. Auch müssten dann Opfer oder Angehörige darauf vorbereitet – und mit dieser Situation auch fertig – werden, dass ihre ablehnende Stellungnahme im Gnadenverfahren zwar berücksichtigt werden würde, aber mitnichten präjudiziellen Charakter hätte. Wenn der Verurteilte also entgegen ihren Erwartungen – aus zwar allgemein nachvollziehbaren, aber auf Grund der Opferperspektive doch nicht akzeptierten Gründen – begnadigt werden würde, müssten Opfer oder Angehörige auch dieses Ergebnis hinnehmen und verarbeiten (können).

## 5. Schlussbemerkung

Die Gnade ist nach alledem ein hilfreiches Institut, das auch im Rechts- und Sozialstaat zur angemessenen Lösung jener Problemfälle beitragen kann, in denen das Recht an seine Grenzen stößt. In gewisser Weise ist sie Ausdruck der allgemeinen rechtspraktischen Erfahrung, dass selbst ein ausgebauter, hochentwickelter Rechtsstaat, für den sich das Verhältnis zum Bürger grundsätzlich auf der Basis verfassungskonformer Gesetze bestimmt, nicht sämtliche Wechselfälle des Lebens vorausszusehen und auf legislatorischem Wege zu regeln vermag.

Indessen stellt die Gnade jedoch kein „Allheilmittel“ für alle derartigen Eventualitäten und Unwägbarkeiten dar. So wenig sie in der Lage wäre, jeglichen Gebrechen der Strafrechtspflege Rechnung zu tragen (um es im KLEISTschen Sinne auszudrücken). So kann sie z.B. in Fällen nicht mehr korrigierbarer gerichtlicher Fehlentscheidungen nur die Urteilsfolgen, nicht aber das Urteil selbst beseitigen. Dass die Gnade ihrerseits als Rechtsinstitut auf das Recht, das sie legitimiert, angewiesen ist, verweist auf die Wechselbeziehung, die wechselseitige Abhängigkeit, in der Recht und Gnade stehen.



## Diskussion zum Vortrag von Heinz Müller-Dietz

Leitung: WOLFGANG SELLERT

SELLERT:

Vielen Dank, Herr Müller-Dietz, für Ihren lebhaften Vortrag, der ja mehr Probleme aufgezeigt als gelöst hat. Aber das war ja auch Ihre Absicht. Ungelöst erscheint mir beispielsweise das Verhältnis von Amnestie und Begnadigung. Sie meinten unter anderem, dass eine weitere Verrechtlichung des Gnadenrechts nicht viel bringen würde. Das leuchtet mir nicht ohne weiteres ein, wenn man davon ausgeht, dass die Gnade eine Ermessensentscheidung ist. Denn Ermessensentscheidungen sind, denkt man beispielsweise an den Verwaltungsgerichtsprozess, rechtlich nachprüfbar. Ich eröffne jetzt die Diskussion und gebe Herrn Schreiber das Wort.

SCHREIBER:

Ich habe gerade wieder mehrere Erfahrungen gemacht, die mich doch im Ergebnis dazu bringen, Herrn Müller-Dietz zuzustimmen, dass die Gnade unverzichtbar ist und dass wir sie brauchen, aber auch wie Sie, Herr Sellert, eventuell dafür zu plädieren, eine begrenzte gerichtliche Nachkontrolle zuzulassen. Ich war Assessor im Justizministerium in Hannover und bekam einen Fall übertragen: Ein Mann war zu lebenslanger Haft verurteilt, saß 10 Jahre. Er war verurteilt wegen Mordes. Er hatte mit seinem Bruder allein auf einem Hof gelebt. Der Bruder war tot in der Jauchegrube aufgefunden worden, das Gericht hatte ihn verurteilt und als Verurteilungsgründe im Wesentlichen angegeben: Wer soll es denn sonst gewesen sein? Wir wissen keinen anderen, der in Frage kommt, der der Täter gewesen sein könnte. Das war alles sehr zweifelhaft; und im Übrigen dann, als der Bruder aus der Jauchegrube gefischt worden war, stand der Tatverdächtige daneben und sagte: „Ich war es nicht.“ Und das Gericht sagte: „So spricht das schlechte Gewissen.“ Der Vorsitzende Richter wurde befragt zu dem Gnadengesuch und sagte: „Na ja, ich bin mir heute unsicher. Ich würde das heute wahrscheinlich nicht mehr so machen.“ Die Strafrechtsabteilung lehnte eine Begnadigung ab, weil das praktisch eine Art ersetzender Revisionsentscheidung werden würde, die Revision war als offensichtlich unbegründet verworfen worden. Ich habe mit ständig wachsendem Unbehagen dieses Urteil mehrfach gelesen und habe dann gesagt, also mir sträuben sich die Haare; wenn man die Argumentation dieses Gerichtsurteils sieht, bin ich für eine Begnadigung. Und dann gab es mit dem Abteilungsleiter und der Strafrechtsabteilung eine wilde Debatte beim Minister, und der Minister, vom Abteilungsleiter so gekennzeichnet: „der ist ja sowieso so weich wie

Butter“, der hat dann Begnadigung verfügt. Die Frage der Abgrenzung zu Revisionsentscheidungen ist mir da sehr problematisch geworden. Ich glaube, die Entscheidung war im Ergebnis richtig. „So spricht das schlechte Gewissen“ und „Wer soll es sonst gewesen sein“ sind keine Argumente. Damit kann man natürlich alle möglichen Urteile begründen. Das hat mich damals tief beeindruckt, diese Entscheidung.

Dann habe ich ein zweites Erlebnis gehabt: Auf einer Einladung mit dem damaligen Ministerpräsidenten ALBRECHT sagte dieser zu mir: „Na ja, die Gnadenentscheidungen, die trifft ja der regierende Landesfürst aus der Tiefe seines abgrundtief schwarzen Gemütes.“ Und da konnte ich ihn nur fragen: „Wie kamen Sie in meine Vorlesung?“ „Ja“, sagte er, „meine Tochter hat einen Freund, der ist Jurist, und der ist in Ihrer Vorlesung gewesen, das haben Sie in der Vorlesung gesagt.“ Da war in Niedersachsen folgender Brauch eingerissen: Die Gerichte entschieden nach § 57a StGB und lehnten eine Entlassung ab. Und einen Monat später legte der Verurteilte einen Gnadenantrag vor, und der Ministerpräsident ALBRECHT, der sehr gnadenfreundlich war, kümmerte sich sehr um diese Geschichte. Er lud die Kandidaten ein, sprach mehrere Stunden mit ihnen, las die Akten, ließ sich Gutachten machen und begnadigte dann in mehr als der Hälfte der Fälle, was zu einem Wutschrei in der Justiz führte, und das war auch mein spöttischer Scherz gewesen. Ich bin dann bei diesen Anhörungen zweimal dabei gewesen und ALBRECHT sagte: „Na, sagen Sie immer noch, aus der Tiefe seines schwarzen Gemütes?“ Ich habe gesagt, nein, so ganz tief schwarzen Gemütes kann ich nicht sagen, aber Willkür bleibt es doch. Und das Verhältnis zur gerichtlichen Entscheidung nach § 57a StGB ist mir da sehr problematisch geworden, aber man kann es wohl dem Ministerpräsidenten nicht versagen. Ich habe damals dann versucht, mir anzuschauen, wie in den Ländern die Praxis war. In Nordrhein-Westfalen regierte ein streng sozialdemokratischer Ministerpräsident, der hat praktisch überhaupt nicht begnadigt. Und in Niedersachsen ALBRECHT, der dann verfügt hat, dass die Leute in kirchliche Einrichtungen entlassen und dort betreut wurden, der hat in 70% der Gnadenantragsfälle begnadigt. Das war also sehr verschieden in den Ländern. Ich weiß nicht, ob es auch neuere Erkenntnisse gibt, vielleicht können Sie dazu etwas sagen. Das scheint mir doch auf ein Defizit der Gnadenpraxis hinzudeuten, wenn so willkürlich in dem einen Land so, in dem anderen Land so begnadigt wird. Diese Probleme der Gnade lassen mich dazu kommen zu sagen, sie ist wohl unverzichtbar, aber man braucht, um eine gewisse Gleichmäßigkeit zu erreichen, eine irgendwie geartete Grenzkontrolle, nicht eine totale Nachkontrolle, aber eine Grenzkontrolle muss man im Zweifel haben.

SELLERT:

Nun läge es nahe, von der Gnade eine Parallele zur Strafzumessung zu ziehen. Aber jetzt haben Sie, Herr Müller-Dietz, das Wort.

MÜLLER-DIETZ:

Ich will aus meiner Seele keine Mördergrube machen, ich habe sehr wohl geschwankt bei der Frage des Rechtswegs. Und zwar war ich zunächst der festen Überzeugung, das ist ein Fall für den Art. 19 IV GG, Bürger-Staat-Verhältnis, und es muss einen Rechtsweg geben. Was ich da jetzt im Referat ausgeführt habe, das sind eigentlich nachträglich gekommene Überlegungen über den Erkenntniswert von solchen Entscheidungen. Nun kann man natürlich sagen, möglicherweise dürfen im Gerichtswege diese Dinge korrigiert werden, wie ich es eben beanstandet habe, da bin ich mir nicht sicher. Das ginge an die Ländergerichte, das wären Entscheidungen nach §§ 23 ff. EGGVG, und ob diese Gerichte dann sozusagen für die Praxis ihres eigenen Landes in andere Länder schauen würden, weiß ich nicht. Sie müssten es vielleicht tun, wenn sie gerade diese Willkür abstellen wollen. Aber ich gebe zu, die Parallele zum Recht der Strafzumessung ist völlig richtig. Wir haben hier auch ein enormes Gefälle, große Unterschiede in der Praxis. Also für mich ist das kein Dogma. Man muss natürlich zunächst einmal sich mit der Frage auseinandersetzen: Gibt es gerichtsfreie Hoheitsakte, wenn ja, wo ist die Grenze zu ziehen?

LOOS:

Darf ich direkt etwas dazu sagen?

SELLERT:

Herr Frisch hat zugestimmt, dass Sie direkt dazu etwas sagen können.

LOOS:

Kriegt man das denn hin mit Art. 19 IV GG? Herr Schreiber hat uns ja gesagt, dass er Bedenken hatte gegen zu weitgehende Begnadigungen durch den Ministerpräsidenten ALBRECHT. Und da würde Art. 19 IV GG überhaupt nicht helfen. Das Problem ist doch offensichtlich, dass zu weitgehende Begnadigungen mit § 57a StGB wohl nicht kompatibel waren, und dagegen kann man gar nichts machen mit Art. 19 IV GG.

SCHREIBER:

Begnadige ich drauflos, aber trotz Art. 19 IV GG und ohne Rücksicht auf § 57a StGB.

LOOS:

Der Rechtsweg nach Art. 19 IV GG kann immer nur dazu führen, dass andere auch begnadigt werden. Eingriffe in die Justiz durch zu weitgehende Begnadigungen kann man durch Art. 19 IV GG nicht korrigieren. Deshalb muss man wohl dann wirklich darüber nachdenken, ob man das ganze Institut nicht in Frage stellen muss, was Herr Rüping ja auch wohl gemeint hat.

SELLERT:

Herr Müller-Dietz bitte.

MÜLLER-DIETZ:

Ich stimme da zu, wenn Sie sagen, dass diese Fälle sich nicht korrigieren lassen auf diesem Weg. Aber die Frage, ob sich dann Ansprüche anderer ergeben bei der Abwägung, das vermag ich nicht ganz so zu sehen, ich weiß nicht, ob das diese Auswirkungen haben würde. Es würde wahrscheinlich zur Aufhebung der einen oder anderen Gnadenentscheidung führen, aber Konsequenzen für Dritte sehe ich noch nicht.

SELLERT:

Herr Frisch.

FRISCH:

Herr Müller-Dietz, Sie haben sehr eindrucksvoll aufgezeigt, wie der Raum der Gnadenentscheidungen durch einen fortschreitenden Prozess der Verrechtlichung vieler Entscheidungen, die vor hundert Jahren noch Gnadenentscheidungen waren, geschwunden ist. Ich meine, das trifft nicht nur im Verhältnis von Strafurteilen zur Gnade zu. Wir haben Parallelerscheinungen solcher Verrechtlichung, etwa im Verhältnis des Gedankens der Toleranz gegenüber Gewissensentscheidungen und der Verrechtlichung der Gewissensfreiheit. Gleichwohl halten Sie die Gnadenentscheidung im Sinne eines zweiten Schrittes auch heute noch für wohl nicht völlig verzichtbar, insbesondere im Hinblick auf das Nichtvoraussehbare. Indessen muss man sehen, dass es dieses Problem natürlich auch sonst im Recht gibt und gegeben hat. Immer wieder gab es gewisse Entwicklungen, gewisse Probleme, die zunächst einmal nicht voraussehbar waren, sich aber plötzlich stellten. Fast alle diese Fälle sind rechtlich entschieden worden, etwa indem ein übergesetzliches Institut gefunden wurde, aber eben doch ein Rechtsinstitut, wie zum Beispiel der übergesetzliche entschuldigende Notstand – auch bei ihm geht es um Fälle, die man sich zunächst so gar nicht hat vorstellen können, für die es deshalb auch keine Regelung gab. Diese Fälle sind dann aber doch im Namen des Rechts entschieden worden, mit Hilfe von Figuren des Rechts. Das führt mich zur eigentlichen Frage: Auch wenn jemand begnadigt werden soll, stellt sich doch unausweichlich die Frage, nach welchen Maßstäben hier eigentlich entschieden werden soll. Auch hier muss man einen Katalog von Gesichtspunkten besitzen, tragende Gründe finden, die für eine bestimmte Entscheidung sprechen können, desgleichen entgegenstehende Gründe usw. Ich vermute nun sehr stark, dass die Entwicklung dieser Gründe überhaupt nicht ohne Ansehung des Rechts erfolgen kann. Wenn ich zum Beispiel die von Ihnen erwähnten Opferinteressen zuvor bei den echten Vollstreckungsentscheidungen nur begrenzt berücksichtigen darf, kann ich sie dann hinterher bei einer etwaigen Gnadenentscheidung unbegrenzt heranziehen, bin ich nun völlig frei? Ich habe doch wohl auch hier rechtliche Vorgaben und rechtliche Entscheidungen, die zu berücksichtigen sind. Und wenn das so sein sollte, stellt sich natürlich die Frage, was dann wirklich von der Gnade *als Gnade* bleibt: Ist es nicht vielleicht so, dass es bei so genannten Gnadenentscheidungen um Entscheidungen geht, die

zunächst, also vorab, so noch nicht getroffen werden konnten? Dann entstehen irgendwelche Lagen oder Situationen, die man nicht vorausgesehen hat und die eine neue Entscheidung fordern, und jetzt wäre es eigentlich notwendig, ein Institut zu haben, das solche Entscheidungen nach rechtlichen Kriterien bestimmt. Denn mit welchem Recht nimmt man solche Entscheidungen, die ihrerseits rechtliche Entscheidungen modifizierend fortschreiben, von einer rechtlichen Bestimmung und Kontrolle aus? Haben wir hier nicht ein Relikt aus vergangener Zeit vor uns, das so in unser insgesamt verrechtlichtes Denken nicht mehr hineinpasst? Ich kann mich noch gut an eine parallele Diskussion mit Herrn HASSEMER erinnern, in der es um den Toleranzgedanken ging. HASSEMER, damals noch Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, sagte in dieser Diskussion: Toleranz – als Modifizierung rechtlich vorgezeichneter Entscheidungen? Wir haben nichts zu vergeben. Die Rechte des einen und die Rechte des anderen schließen aneinander. Wenn ich diese Rechte korrekt abgewogen und bestimmt habe, woher nehme ich dann die Befugnis, das zu korrigieren? Meine Behauptung wäre also: Es geht in den Fällen so genannter Gnadenentscheidungen, insoweit stimme ich Ihnen zu, um Korrekturen im Blick auf Nichtvorhersehbares. Nicht ganz einverstanden bin ich damit, dass diese Korrekturen nach irgendwelchen Gnadenmaßstäben zu erfolgen haben. Hier, so würde ich sagen, sollten wir erst einmal die maßgebenden rechtlichen Kriterien herausarbeiten. Das wäre auch die Weichenstellung für die Frage der Kontrolle dieser Entscheidungen: Soweit diese nach rechtlichen Kriterien zu erfolgen haben, müssen sie auch überprüft werden können. – Ein letzter Punkt: Möglicherweise treffen unsere Beispiele noch nicht das Gesamtspektrum der Fälle, für die Gnade als notwendig reklamiert wird. Vielleicht gibt es, Sie haben das angedeutet, irgendwo noch einen Raum, zum Beispiel des Politischen, in dem auch Gnade eine Rolle spielt. Hier müsste man wohl noch gründlicher analysieren.

SELLERT:

Herr Müller-Dietz.

MÜLLER-DIETZ:

Ich bin etwas gespalten, eines Teils stimme ich Herrn Frisch zu, nur finde ich den Topos noch nicht. Und zwar deshalb: Ich habe zu Beginn versucht, das Sammelsurium, das sich hinter dem Begriff Gnade verbirgt, mit wenigen Begriffen knapp zu umreißen. Es ist ein Sammelsurium. Und da sehe ich noch nicht den tragenden Gedanken, der das alles zu einem Ganzen zusammenfassen kann. Ich sehe beispielsweise das Stichwort „Einzelfallgerechtigkeit“, was immer das heißen mag, auch sehr kritisch, weil man dann ja über Gerechtigkeit nachdenken muss. Auf der anderen Seite die überproportionalen Belastungen, die also ein Täter, der verurteilt ist, im Verhältnis zu anderen Verurteilten hinnehmen soll. Nur zwei Beispiele aus diesem Katalog von Gnadenfällen. Ob sich das auf einen einheitlichen Gedanken zurückführen lässt im Sinne einer Lösung in Ihrem Sinne, für die ich viel Sympathie habe, weiß ich nicht. Ich

habe darüber nachgedacht, ob man das aufgliedern kann nach verschiedenen Gesichtspunkten und für die verschiedenen Gesichtspunkte jeweils eine Art Lösung finden kann, einen Topos, einen Anknüpfungspunkt, aber mir ist nichts eingefallen, ich weiß keine Lösung.

SELLERT:

Herr Behrends.

BEHRENDTS:

Meine Wortmeldung möchte ihre Tendenz, Herr Müller-Dietz, der Gnade mit aller Behutsamkeit einen selbständigen Platz einzuräumen, unterstützen. Ich sehe Justiz und Gnade, Rechtsprechung und Begnadigung als etwas Grundverschiedenes an. Die Gnade hat eine ganz andere Rationalität als die Rechtsprechung. Sie trägt von der Rechtsprechung aus gesehen ein Element des Irrationalen an sich. Daher scheint mir auch die Ansicht, dass ein Urteil durch den Gnadenerweis nicht berührt wird, vernünftig zu sein. Es gilt dann „Gnade vor Recht“. In alten Zeiten konnte jemand schon deswegen der Strafe entzogen werden, weil ihm der zum Gnadenerweis befähigte König von Angesicht zu Angesicht begegnet war. Der Betreffende hatte einfach Glück gehabt, ohne dass die Geltung des Strafrechts damit aufgehoben wurde. Das moderne Gnadenrecht hat demgegenüber seine eigene Rationalität. Man würde sie erkennen, wenn man z.B. alle von Herrn ALBRECHT gewährten Gnaden erweise einmal daraufhin durchmustern würde. Es könnte sein, dass die Motive menschlich einleuchten würden, so verschieden sie gewesen sein mögen, verschieden wie die Biographien, die hinter den Fällen stehen. Deswegen empfinde ich die Versuche, die Gnade justiziabel und auf allgemein gültige Regeln zu bringen, als tief widersprüchlich. Auch die hervorgehobene Tatsache, dass die Gnadenpraxis von Bundesland zu Bundesland verschieden ist, ist kein Grund gegen ihre Sonderstellung. Verschiedenheit ertragen wir auch im Recht. In den Vereinigten Staaten wird in dem einen Staat hingerichtet, in dem anderen nicht. Natürlich ist das unglaublich, aber ist so. Und auch in Europa sind das Strafrecht und die Strafrechtspflege nicht einheitlich. Die Vorstellung, man könne je eine Rechtspflege erzeugen, die so sehr alle menschlichen Werte und Bedürfnisse integriert, dass sie das Palliativ der Gnade nicht mehr braucht, ist für mich eine Illusion und auch Ausdruck einer rationalen Hybris. Daher mein Plädoyer für ein Gnadenverfahren, das eigenen Kriterien folgt und die Rechtsfrage nicht erneut aufwirft. Gnadenverfahren sind keine Wiederaufnahmeverfahren, auch wenn sie, wie Sie, Herr Schreiber, für den Jauchefall gezeigt haben, der Beseitigung eines groben Missstandes dienen können.

SCHREIBER:

Ja, das war Korrektur eines Fehlers.

BEHRENDTS:

Die Korrektur eines Fehlers, ohne dass es möglich war zu sagen, ich gehe mit dem Fehler vor ein Gericht.

SELLERT:

Herr Starck.

STARCK:

Herr Schreiber hat gesagt, dass die Gnadenpraxis der verschiedenen Länder in Deutschland verschieden ist. Das ist etwas völlig Normales. Das Schulrecht ist in Niedersachsen anders als in Nordrhein-Westfalen. Es gibt eine eigene Zuständigkeit zur Begnadigung in dem einem Land wie in dem anderen. Deshalb ist die Gnadenpraxis nicht die gleiche in jedem Land.

SELLERT:

Frau Hörnle.

HÖRNLE:

Herr Müller-Dietz, Sie sagten, dass Sie für Nichtvorhersehbares ein Sicherheitsventil für unverzichtbar halten. Nun macht es sicher wenig Sinn, wenn wir uns darüber unterhalten, was das Nichtvorhersehbare ist. Aber man könnte sich doch zumindest über Folgendes unterhalten: Wenn wir ein solches Sicherheitsventil für notwendig erachten, ob man dann nicht in den Gnadenordnungen festschreiben müsste, dass die Begnadigung erstens begründet werden muss und dass zweitens diese Begründung sich auf unvorhersehbare Umstände beziehen muss, insbesondere nicht auf die Umstände, die bereits im Strafvollstreckungsrecht eine Rolle spielen.

MÜLLER-DIETZ:

Ja, der Sache nach steht es ja eigentlich drin. Es steht nur nicht der Begriff der Unvorhersehbarkeit drin. Aber wenn man die Gnadenordnungen so durchforstet, dann decken sie in der Tat Fälle, die eben gerichtlich nicht mehr, also im Rechtswege nicht mehr zu reparieren sind. Das sind aber eben doch nicht nur Fälle, die nicht vorhersehbar waren, es sind ja auch Fehlentscheidungen. Fehlentscheidungen sind immer vorhersehbar, oder?

SELLERT:

Herr Duttge.

DUTTGE:

Ich habe zunächst etwas Schwierigkeiten mit der These von Herrn Behrends, wonach die Gnadengewähr das Urteil unangetastet lasse. Das Urteil hat doch zunächst einmal den kommunikativen Bedeutungsgehalt, dass ein konkreter Anlass zu Missbilligung im Namen der Rechtsgemeinschaft besteht, die hierin zugleich zum Ausdruck gebracht wird, verbunden mit der Verfügung eines sinnlich wahrnehmbaren Übels. Eine Begnadigung führt aber ebenso wie jede Strafrestausssetzung nach § 57a StGB dazu, dass von der eigentlich vorgesehenen Übelzufügung in ihrer sinnlich spürbaren Dimension teilweise abgesehen wird. Insofern wirkt die Gnadenentscheidung oder Aussetzung des Freiheitsentzugs dem Urteilspruch entgegen. Erfolgt dies jedoch ohne konkreten rechtlichen Maßstab, obwohl zuvor ein hoher Aufwand betrieben wurde bei

der Feststellung von Schuld und Strafe, dann meine ich schon, dass hier die Gefahr eines rechtlich unkontrollierten Unterlaufens des vorausgegangenen justizförmigen Verfahrens und seines Abschlusses besteht. Im Verhältnis von Begnadigung und Strafrestausssetzung würde ich gerne zwei Fragen unterscheiden: Die erste zielt auf die Überlegung, ob das Institut der Gnade vielleicht einstweilen einfach geduldet werden muss, solange es Fälle geben könnte, die von § 57a StGB nicht hinreichend erfasst werden. Eine ganz andere, viel grundsätzlichere Frage ist jedoch, ob ein solches Institut auch generell, für die weitere Zukunft stets benötigt wird und akzeptiert werden kann. Und da stehe ich nun doch ganz auf Ihrer Seite, lieber Herr Behrends: Die Anerkennung eines solchen, sich den üblichen rechtlichen Kategorien entziehenden, teilweise außerhalb des Rechtssystems stehenden Instituts belegt nicht die Herrschaft des Rechts, sondern – ein Stück weit – das Fortwirken einer Art landesherrlichen Fürstenhoheit.

Jetzt aber zu meiner eigentlichen Frage: Was sollen denn die überzeugenden Gründe sein für die Anerkennung dieser weiteren, ohne näheren Beurteilungsmaßstab auskommenden Sphäre neben § 57a StGB, die – nur auf anderem Wege – ebenfalls zur Verkürzung der Strafvollstreckung führt, trotz der deutlichen Parallelen hinsichtlich der Konstellationen, die in beiden Bereichen zum Anlass hierfür genommen werden? Es bestehen infolge der von Ihnen eindrucksvoll geschilderten Annäherung der Gnadenentscheidungen an § 57a StGB jedenfalls tendenziell ähnliche Maßnahmen der Handhabung und eine jedenfalls tendenzielle Annäherung auch im Verfahren. Die Entwicklung der jüngeren Vergangenheit zeigt deutlich, dass wohl alles auf eine weitgehende Parallelisierung hinausläuft. Wo gibt es dann aber noch einen berechtigten Bedarf jenseits des § 57a StGB? Sie haben, lieber Herr Müller-Dietz, von einem Sammelsurium möglicher Gründe für Gnadenakte gesprochen, dabei aber die Relevanz von im Wesentlichen drei Konstellationen betont: Die erste betrifft die Möglichkeit von Justizirrtümern; liegt hierin ein plausibler Grund für Gnadenakte? Wir haben einen ausgedehnten Rechtsgang mit vielerlei Partizipationsmöglichkeiten, dazu einen Instanzenzug, der mit Hilfe von Rechtsmitteln beschritten werden kann. Am Ende steht natürlich der Zwang zur Entscheidung, die unweigerlich – wie RADBRUCH es formuliert hat – stets nur mit schlechtem Gewissen gefällt werden kann. Doch ist dem ein aufwendiges Prozedere mit ernstlichem Bemühen um Aufklärung, Rechtsfindung und eine gerechte Entscheidung vorausgegangen: Warum sollte eine außerhalb des vorgegebenen Rechtsgangs, gleichsam aus externer Sphäre getroffene Vollstreckungsentscheidung von einer besseren Erkenntnis und höheren Dignität getragen sein? Der zweite Bereich praktisch relevanter Gnadengründe resultiert aus allgemein- oder sozialpolitischen Erwägungen: Genannt werden etwa Entlassungen, um der Überbelegung mancher Justizvollzugsanstalten entgegenzuwirken, oder zwecks Ermöglichung von urlaubsbedingten Absenzen der Justizvollzugsbeamten. So verständlich diese Anliegen auch für sich sind, können sie doch wohl kaum das Infragestellen eines vorangegangenen Rechtsakts legi-

timieren. Die dritte, wahrscheinlich bedeutsamste Kategorie betrifft das verständliche Streben nach Vermeidung unbilliger Härten, etwa infolge besonderer gesundheitlicher Bedrängnisse oder familiärer Belange. Hier kann man sich in der Tat vorstellen, dass die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG jenseits von Tatschuld- und Präventionsüberlegungen auf die Vollstreckungsentscheidung gleichsam unvermittelt durchschlägt. Wenn das aber so ist, dass es also dahingehende berechnete Anliegen geben kann, so sollte dies besser schon im Rahmen von § 57a StGB aufgefangen werden können, *de lege lata* oder *de lege ferenda*.

DIEDERICHSEN:

Ich hatte mich auch zu diesen Fragen gemeldet.

SELLERT:

Ja, die Liste ist lang, aber in diesem Falle ist ja Herr Behrends so unmittelbar angesprochen worden von Herrn Duttge, und da mag es erlaubt sein, dass er jetzt kurz dazu etwas sagt.

BEHRENDTS:

Ich sage nur einen Satz: Dass das Urteil stehen bleibt, ergibt sich doch schon daraus, dass die Gnade nicht aufgedrängt werden kann. Sie muss angenommen werden. Ein Gnadenerweis befreit nicht von moralischer Schuld. Das Urteil als eine rechtliche Missbilligung bleibt bestehen. Die Gnade kommt aus einer anderen Sphäre und macht deutlich, dass die Welt nicht nur vom Recht verwaltet wird, sondern auch von Gesichtspunkten, die einer anderen Kategorie angehören. Und das hat eine große, bei allen Schwächen und Missbrauchsgefahren menschlich anrührende Tradition. Wer Verantwortung für so etwas trägt, wird daher auch spüren, dass er damit etwas ganz Exzeptionelles verwaltet. Daher scheint mir der Vorwurf, all das sei Willkür, nicht ganz fair. Wer ihn erhebt, sollte sich einen Moment vorstellen, er selber sei als Landesfürst von Rechts wegen mit einer Gnadensache befasst. Er würde vermutlich sofort anders denken.

SELLERT:

Jetzt aber bitte Herr Müller-Dietz.

MÜLLER-DIETZ:

Eine Bemerkung dazu, was Sie, Herr Duttge, gesagt haben. Deckt die Amnestie alle Fälle ab? Nein. Wir haben also eine Teilgruppe, die hier sicherlich in Betracht kommt, aber es gibt eine Vielzahl von Einzelfällen, die ganz verschieden, ganz unterschiedlich geartet sind und sich nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen lassen. Natürlich stellt sich auch die Frage der Wiederaufnahme. Dass die Begnadigungen in etlichen Fällen, ich sage es jetzt einmal ganz deutlich, Reparaturen des Gesetzes sind. Man versucht eben, insuffiziente Gesetze anzupassen, auf diesem Weg passend zu machen. Die Regelungen der Strafprozessordnung über Strafausstand, Strafaufschub, Strafunterbrechung

betreffen entweder Ermessensentscheidungen der Vollstreckungsbehörden in Fällen, wo man sagen würde, eigentlich müsste von Rechts wegen, vielleicht sogar mit Bezug auf Art. 1 GG, Strafunterbrechung, Strafausstand gewährt werden – müsste, es steht aber nicht so im Gesetz. Und so verfahren wir auch nicht bei der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde. Und so gibt es eine Fülle von Regelungen, auch die Fälle der sogenannten Sammelbegnadigungen. § 16 Strafvollzugsgesetz könnte man ändern. Das Ganze kommt für den Bundesgesetzgeber nicht mehr in Betracht, weil es Landessache ist. Das ist ja auch bekannt, dass die Praxis in den Ländern auseinander geht. Soll heißen, wir könnten in vielen Bereichen durch Gesetzesreformen Gnadenentscheidungen überflüssig machen. Nur kann man das eben nicht immer machen. Und was soll geschehen, bis der Gesetzgeber tätig wird? Und ob er überhaupt tätig wird? Das ist das Problem.

SELLERT:

Da für zwölf Uhr die Abschlussdiskussion auf dem Programm steht, möchte ich jetzt die Beiträge sammeln und um kurze Äußerungen bitten.

RÜPING:

Ich möchte noch einmal werben für die Sicht, dass die Gnade ins Museum gehört. Eine Gnadenordnung, wie sie positivrechtlich existiert, widerspricht dem herkömmlichen Wesen der Gnade. Und mein letzter Aspekt, um es aus Zeitgründen darauf zu beschränken: Gnade war auch im Verwaltungsrecht schon der Dispens durch den Landesherrn. Und beim Dispens hat sich die Verrechtlichung vollendet. Man könnte staatsrechtlich vielleicht Gnade auch als eine Form des Dispenses deuten. Ich meine, das Rechtsinstitut hat keine Daseinsberechtigung mehr.

SELLERT:

Herr Diederichsen.

DIEDERICHSEN:

Nimmt man die Strafe als Rechtsinstitut ernst, so muss man meines Erachtens auch die Gnade als ein selbständiges Rechtsinstitut anerkennen und darf sie nicht als Teilaspekt der Strafzumessung in der Strafe aufgehen lassen. Die Begnadigung folgt zudem unter Umständen ganz anderen Gesichtspunkten als die Strafe und ist so auch nicht einfach nur eine Korrektur der Bestrafung.

Wenn ich mich hierin also dezidiert auf die Seite von Herrn Behrends schlage, so ist dafür GUSTAV RADBRUCH verantwortlich. Wir haben in der Nachkriegszeit mit ihrem großen Nachholbedarf seine Schriften verschlungen. In einem dieser Bände kam ein Fall vor, den Sie alle kennen und der auch mich ganz besonders beeindruckt hat. In den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts war die englische Segelyacht Mignonette anderthalbtausend Meilen vom Kap der guten Hoffnung entfernt schiffbrüchig geworden. Drei Seeleute und ein Schiffsjunge hatten sich ohne Trinkwasser und fast ganz ohne Nahrung in ein offenes Boot gerettet und waren nach einigen Tagen am Verhungern. Die

Männer haben daraufhin den Schiffsjungen getötet und mehrere Tage von seinem Fleisch gelebt. Als sie gerettet und angeklagt wurden, weigerte sich das Seegericht, den Angeklagten entschuldigenden Notstand zuzubilligen. Sie wurden verurteilt, weil es, wie das Gericht meinte, keinen Maßstab gäbe, das Verhältnis des Werts verschiedener Menschenleben zueinander zu messen. Doch verwies das Gericht zugleich auf das Vorrecht des Souveräns, Gnade auszuüben, die Queen Victoria dann auch walten ließ.

Das hielt die strenge kategoriale Unterscheidung zwischen den Rechtssphären von Strafe und Gnade aufrecht: Es gehört sich einfach nicht, andere Menschen aufzuessen, auch in solchen Extremsituationen nicht. Schließlich sind wir keine Kannibalen! Und diese Maxime soll auf der Ebene des Strafrechts auch durchgängig gelten, auch wenn wir für die betroffenen Seeleute psychologisch Verständnis hätten und rechtsethisch Mitleid empfinden. Dass den Angeklagten durch einen Wechsel der Kategorien geholfen werden konnte, das ist typisch für die Gnade.

Ich glaube auch nicht, dass die Gnade eine Funktion nur in einer absoluten oder konstitutionellen Monarchie hat, weil sie quasi das Gegenstück zur Bestrafung ist, so dass der großen Machtfülle des Fürsten die Möglichkeit entspricht, auf den staatlichen Strafanspruch auch zu verzichten. Ich meine vielmehr, dass auch in einer Republik die Gnade überzeugend legitimiert ist, zumal sie manchen zusätzlichen Momenten, die bei der Bestrafung keine Rolle spielen dürfen, Rechnung tragen kann. So kann für Fehler des Gerichts, die durch Rechtsmittel nicht mehr behebbar sind, die Gnade ein sinnvolles Remedium sein oder lässt sich für die Aufgeregtheit der Bevölkerung, wenn sie sich über ein ungerecht erscheinendes Urteil empört, mit der Gnade ein rechtspolitisch sinnvolles Ventil schaffen.

SELLERT:

Herr Jehle.

JEHLE:

Wenn diese Opferinteressen, die vorher schon angesprochen worden sind, bei der Gnadenentscheidung eine Rolle spielen sollen, wenn man das in der Tat erwägen würde, käme hier ein sehr stark subjektiver Maßstab ins Spiel. Da ist auf der einen Seite das unversöhnliche Opfer, das nach 30 Jahren immer noch nicht vergeben hat und immer noch Rachegefühle hegt, auf der anderen Seite das Opfer, das eine Haltung im Sinne einer christlichen Vergebung einnimmt. Wenn wir also Opferinteressen als die Interessen der individuell Geschädigten verstehen, dann halte ich das für keinen tragenden Maßstab.

SELLERT:

Herr Schreiber.

SCHREIBER:

Meine Bemerkung hat sich weitgehend erledigt, Herr Müller-Dietz hat es nun schon so schön gesagt, die Abwägung von Herrn Duttge hat viele Gründe,

aber angesichts der Mängel des Wiederaufnahmerechts müssen wir auch solche Ventile wie die Gnadenentscheidung haben. Ob man durch eine Änderung des Wiederaufnahmerechts nun doch nicht zu viele Schleusen öffnen würde – dann lieber Gnade als diese weite Öffnung des Wiederaufnahmerechts.

MÜLLER-DIETZ:

Nur eine kurze Bemerkung angesichts der fortgeschrittenen Zeit zu Herrn Jehle: die Opferinteressen. Ich habe das nicht in dem Sinne verstanden, dass nach dem Rachegefühl eines Opfers entschieden werden muss. Sondern ich habe nur die Abwägung von Täter- und Opferinteressen gemeint, das sind ja legitime Interessen auf beiden Seiten. Und wohin die führt, das ist dann eben die Entscheidung der Gnadenbehörde. Die viel schwierigere Frage, nämlich nach einer Beteiligung des Opfers an dem Verfahren, die habe ich offen gelassen, weil ich tatsächlich Zweifel habe, dass das sinnvoll ist. Ich bin nur deshalb auf den Gedanken gekommen, weil es im Strafverfahren das Institut des Nebenklägers gibt und im Grunde in irgendeiner Form das, was Opferinteressen genannt werden kann, auch in die Gnadenentscheidungen einfließen soll. Dazu braucht man vielleicht die Beteiligung nicht. Die wäre auch schwierig, das sollte dann auch nur durch einen Anwalt geschehen, das sollte nicht durch die Opfer selbst geschehen.

Aber da ist eine Frage, die noch weiterer Diskussion bedarf. Die Frage der Schuld: Es ist natürlich nun diese ganze Gnadenentscheidung, vor allen Dingen natürlich bei Kapitaldelikten, schweren Straftaten, von Schuld- und Unrechtserwägungen begleitet. Es ist gar keine Frage, dass das abgewogen wird, und das führt zur Frage der Vertretbarkeit, der Akzeptierbarkeit einer Begnadigung in solchen Fällen, das muss geprüft werden. Die empirische Untersuchung von Herrn MEIER, die hat sich ja mehr auf die üblichen Vermögens- und Verkehrstäter erstreckt, das war ja das Gros derer, die in diesen Akten vorgekommen sind, weil sie im entsprechenden Verhältnis im Strafvollzug einsitzen. Also da ging es natürlich auch gar nicht um diese Kapitaldelikte, aber dass je nach Schwere abgewogen werden muss, dass eben diese Gesichtspunkte hier auch eine Rolle spielen, auch in die Abwägungsentscheidung der Gnadenbehörde einfließen, das steht außer Frage. Das ist eigentlich auch über die sehr allgemein gehaltenen Gnadenregelungen hinaus in der Praxis in den Formulierungen der Gnadenbehörden sichtbar. Wenn es also um Unerträgliches geht, da tauchen Begriffe auf wie „Verteidigung der Rechtsordnung“, „unerträgliche Verletzung der Rechtsordnung“, also das sind alles Wischiwaschibegriffe. Jedenfalls ist damit eben auch begründet, dass die Schwere des Tatunrechts und der Schuld in die Entscheidung einfließen muss.

SELLERT:

Herzlichen Dank. Wir kommen nun zur Abschlussdiskussion.

## Abschlussdiskussion

Leitung: UWE DIEDERICHSEN

DIEDERICHSEN:

Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich glaube, es könnte Ihre Zustimmung finden, wenn ich sage, wir haben fünf anregende, überaus anregende, ergiebige und zum Teil vielleicht sogar aufregende Referate gehört und entsprechende Diskussionen gehabt. Damit hat sich die Konzeption unserer Akademiekommission, das jeweilige Grundthema in andere Bereiche, in die Rechtsphilosophie, in diesem Fall in das Sozialrecht, hinein auszudehnen, wieder einmal bewährt, weil es uns mit Hilfe der Referenten und auch der Diskutanten besonders gut gelungen ist. Nun, es wird genauso viel Zustimmung finden, wenn ich sage, wir können in der Diskussion nicht alles wieder aufgreifen; und ohne Ihren Anregungen vorzugreifen, würde ich sagen, wir sollten uns noch einmal zwei Themen vornehmen. Wenn ich dazu gleich einen Vorschlag machen darf, so sollten wir als Erstes, obwohl Herr Pawlik nicht mehr da ist, noch einmal die Strafzwecke diskutieren, denn die Diskussion war zwar außergewöhnlich eindringlich, aber, obwohl es sich im Grunde um ein rechtsphilosophisches Thema handelte, doch reichlich juristisch und so auch im hohen Maße unzeitgemäß.

Ich würde zum Einstieg einmal fragen, wie sieht es denn bei uns hier in der Mehrheit aus? Sind wir hinsichtlich der Strafzwecke mehr für ein Einheitsmodell oder mehr für die Kombination, die Frau Hörnle empfohlen hat? Ich habe eigentlich nie verstanden, warum wir denn nicht die Strafzwecke kombinieren können. Dass es dafür Begrenzungen geben muss, ist klar, es würde sonst zu einem Wildwuchs von Strafzwecken führen und man hätte wirklich große Schwierigkeiten, das einzugrenzen. Im Übrigen gibt es auch genau den entgegengesetzten Weg mit der lange Zeit lebhaft geführten Auseinandersetzung darüber, ob man nicht das Strafrecht in weiten Teilen, nämlich in der Bagatellkriminalität, auf das Zivilrecht übertragen könnte, also eine Art Entsorgung der eigenen Probleme. Das hängt mit den Strafzwecken ganz erheblich zusammen; mich würde mehr interessieren, was, abgesehen von dem philosophischen Interesse, auf Vereinheitlichung der Kategorien zu dringen, eigentlich dagegen spricht, wenn wir die verschiedenen Strafzwecke munter miteinander mischen.

Das Zweite, was ich anregen würde, noch einmal genauer herauszuarbeiten, ist das, was Frau Schumann auch schon hervorgehoben hatte, nämlich in welchem Verhältnis das strafende Gesetz zum Sozialstaat steht. Wenn man So-

zialstaat hört, dann assoziiere ich als Familienrechtler das Unterhaltsrecht mit über 15 relevanten sozialen Versorgungssystemen wie dem Arbeitslosengeld I und II, der Sozialhilfe, Pflegerecht, BaföG usw., die alle ins Erziehungsrecht hineinwirken. Und dann ist man etwas erstaunt, wie wenig das alles eben bei uns in der Diskussion eine Rolle gespielt hat und wie verengt der Gesichtspunkt war, unter dem wir das eigentliche Problem diskutiert haben. Daran sollten wir vielleicht noch einmal herangehen. Also das Verhältnis von Strafe und Maßregel, insbesondere sichernde Maßregeln, das sollten wir uns noch einmal vornehmen. Man müsste nämlich ernst nehmen, was Herr Naucke bereits ganz deutlich gesagt hat, dass die Maßregeln Polizeirecht sind und nur das andere wirkliches Strafrecht. Dann haben wir hehre Prinzipien im Strafrecht und das Polizeirecht bleibt völlig offen, prinzipienlos und, abgesehen von der bloßen Erwähnung, auch undiskutiert. Doch gibt es da noch ein weiteres Problem, das wir klären sollten. Herr Naucke hat gesagt, zwischen Strafrecht und den Maßregeln gäbe es gleitende Übergänge, und jetzt hat er einen Ausdruck gebraucht, der mich verwirrt hat: das Kontinuum. Denn wenn etwas ein Kontinuum ist, dann müssen auch gleiche Grundsätze herrschen, dann kann man sich nicht einmal hochherzig in tiefenpsychologischen Abgründen tummeln, um anschließend in die Luft zu gehen und zu tun, was man polizeitaktisch will. Also, diese Thesen sollten wir vielleicht behandeln, wenn es Ihnen recht ist, jedoch ohne dass ich das begrenzen will, wenn Sie weitere haben. Ich habe jetzt auf meiner Liste Herrn Starck und Herrn Schreiber sowie Herrn Behrends.

STARCK:

Ich knüpfe zunächst an den zweiten Aspekt an und kann etwas sagen, was die ganze Konzeption der Tagung betrifft. Ich möchte daran erinnern, wie wir damals dieses Thema festgelegt haben. Also der Sozialstaat ist in die Formulierung des Themas gelangt, weil wir der Meinung waren, dass er das Strafrecht erweicht, dass die Strafe nicht mehr so ernst genommen wird. Wenn man die sehr gelungene Tagung jetzt unter diesem Gesichtspunkt sieht, meine ich, dass wir auf das Wort „Sozialstaat“ verzichten sollten. Ich darf das kurz begründen: Frau Hörnle hat das Element Sozialstaat extra thematisiert. Herr Pawlik hat über den staatlichen Strafanspruch gesprochen, da schließt der Sozialstaat die Pflicht zur Mitwirkung ein. Herr Rüping hat Geschichte erzählt und ist dabei zur Humanität gekommen, und die Humanität passt im Grunde nicht zum Sozialstaat. Und Herr Duttge hat über die Menschengerechtigkeit des Strafens gesprochen, dabei ist der Sozialstaat auch nicht der eigentliche Schwerpunkt gewesen. Und beim Vortrag von Herrn Müller-Dietz über die Gnade, da ist mir dann durch diese Wortmeldung von Herrn Schreiber der Gedanke auch gekommen, ob vielleicht ein Ministerpräsident die Gnade sozialstaatlich auffasst, aber das spielt keine Rolle. So dass ich eigentlich glaube, man sollte bei der endgültigen Publikation von dem Ausdruck „Sozialstaat“ absehen. Natürlich kommt er vor, aber nicht entscheidend. Was wir eigentlich erörtert haben,

ist, dass wir nicht nur das strafende Gesetz betrachtet haben, sondern dass wir auch dessen Anwendung betrachtet haben. Der Titel des Bandes, der das Symposium dokumentiert, sollte daher lauten: „Das strafende Gesetz und seine Anwendung“.

DIEDERICHSEN:

Vielen Dank. Ich habe jetzt Herrn Schreiber, Herrn Behrends, Herrn Frisch, Herrn Duttge, Herrn Jehle, Frau Schumann und Herrn Naucke auf der Liste. Und wenn ich jetzt nicht noch den einen oder anderen aufnehmen soll, dann sollten wir Schluss machen, dass wir alles in der vorgesehenen Zeit noch schaffen. Bitte, Herr Schreiber.

SCHREIBER:

Herr Starck, ich habe nichts dagegen, die Überschrift zu ändern. Wir leben in einem Sozialstaat, und Sie haben es so formuliert, und viele Referenten haben darauf Bezug genommen. Weshalb ich mich vorhin gleich gemeldet habe, schon während Sie redeten, war, dass Sie über die Strafzwecke gesprochen und gesagt haben, wir sollten sie doch „munter miteinander mischen“. „Munter miteinander mischen“, das ist einerseits anstößig, aber auf der anderen Seite hat es genau das getroffen, was mein Eindruck gewesen ist, dass alle, die versucht haben zu entkommen, in die eine oder die andere Richtung, nur überwiegend vergeltendes Recht zu machen – wie es ja wohl Herr Duttge und Herr Pawlik gemacht haben –, dass die dann aus den Tiefen der anderen Strafzwecke wieder präventive, general- und spezialpräventive Motive hervorgezaubert haben. Herr Duttge hat ja auch Herrn Pawlik deutlich entgegengehalten, dass er im Grunde genommen sich bei seinem Strafbegriff auch von spezialpräventiven Gesichtspunkten nährt. Offensichtlich sind wir zur Zeit verurteilt und kommen aus diesem Zirkel nicht heraus, eine Vereinigungstheorie für die Strafe zu wählen, bei der beim einen dieser Gesichtspunkt und beim anderen jener Gesichtspunkt im Vordergrund steht. Wir mischen, und das gibt Brüche.

Mich hat am meisten beeindruckt der hohe HEGELsche Ansatz bei Herrn Pawlik, der dann endete mit einem Schadenersatzrecht, dass das absolute Vergeltungsstrafrecht dann, das bei HEGEL ja in seiner erhabenen Rohheit immer abschreckt, plötzlich doch in ein Ausgleichsrecht und in ein Abschreckungsrecht sich wieder wandelt. Ich glaube, wir kommen aus diesem Zirkel im Moment nicht heraus, und wenn Sie die Literatur nehmen, dann finden Sie den einen oder den anderen Gesichtspunkt mal mehr betont, wobei die Tendenz einer Humanisierung, die auch Herr Duttge und Herr Rüping festgestellt haben, besteht. Was heißt aber eigentlich Humanisierung, da würde ich ein Fragezeichen setzen. Humanisierung, heißt das „immer milder“ strafen? Die Strafen sind offensichtlich immer, schon seit der Frühaufklärung, milder geworden. Die Rahmen sind gesunken. Ist das die Humanisierung? Oder ist die Humanisierung, soll die Humanisierung hier etwas anderes sein? Uns fällt ja nicht viel mehr ein als Freiheitsstrafe und Geldstrafe. Wie jemand mal gesagt hat, wenn man Pferde behandelt, die sich schlecht benommen haben, dann

bekommen sie das beste Futter, werden gepflegt, werden gestreichelt, werden vorsichtig zugeritten. Wenn aber ein Mensch ein schlechtes Verhalten gezeigt hat, dann wird der in einem Käfig, in einem verlausten Käfig eingesperrt, dem wird die Freiheit entzogen, der kriegt Wasser und Brot. Das ist im Grunde eben der Unterschied zwischen der menschlichen Seite der Würde, die Vergelten und Nachteile erfordert, und der tierischen Seite, der man dann nur noch durch Wohltun helfen kann. Ich glaube in dem Dilemma sitzen wir, uns fällt nichts weiter ein. Ich weiß auch nichts weiteres. Ich glaube, wir bleiben in einem Sammelsurium von Zwecken stecken, aus dem wir nicht herauskommen.

DIEDERICHSEN:  
Herr Behrends.

BEHRENDEN:  
Ich möchte anschließen an den prüfenden Blick auf das Einheitsmodell. Ich meine wie Herr Starck, dass der einseitige Zugang entweder vom Sozialstaats- oder vom Rechtsstaatsprinzip unser Thema nicht ausschöpft. Deswegen würde ich für die Publikation den Titel „Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat“ vorschlagen, der auf den spannungsvollen Dualismus hinweist, der im Begriff des sozialen Rechtsstaats steckt. Die damit verfassungsrechtlich verankerte Zweispurigkeit bestimmt ja das ganze Recht. Wir unterscheiden im Verwaltungsrecht Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung, im Privatrecht haben wir einerseits die zentralen Ideen der Privatautonomie und der subjektiven Rechte, andererseits eine Fülle von Inpflichtnahmen zugunsten des schutzbedürftigen Gegenübers, Verkehrspflichten, culpa in contrahendo, Geschäftsgrundlage usw. Im Strafrecht begegnet uns, wie mir scheint, das gleiche Phänomen, das man als Unterschied zwischen rechtsstaatlichem Tat- und sozialstaatlichem Täterstrafrecht bezeichnen kann. Ein Strafverfahren wegen mehrfachen Mordes hat einen rechtsstaatlich und schuldbezogen tatstrafrechtlichen Anfangsteil, wenn die einzelnen Morde festgestellt werden, für die jeweils eine lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Dann kommt ein Sprung in eine sozialstaatliche, täterstrafrechtliche Betrachtungsweise, die mit der Vorschrift einsetzt, dass bei mehreren Morden nur eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden darf (§ 54 I StGB). Sie setzt sich in der nach 15 Jahren eintretenden Regelprüfung fort, ob eine Strafaussetzung zur Bewährung in Betracht kommt, und hat in dem vom Bundesverfassungsgericht aus der Menschenwürde des Täters abgeleiteten Grundsatz, dass in jedem Fall eine durch die Begnadigungsmöglichkeit nicht ersetzbare, verfahrensrechtlich gesicherte Möglichkeit der Wiedererlangung der Freiheit bestehen muss, einen nachhaltigen Wertungshintergrund. All das ist sozialstaatliche, als solche nachvollziehbare Sorge um den Täter. Aus den Prinzipien des Tatstrafrechts, das für jedes Mordopfer die gleiche lebenslange Strafe vorsieht, ist dagegen das Ergebnis ersichtlich nicht abgeleitet. Es stellt sich daher die Frage, ob die zur Zeit gel-

tende Rechtslage eine überzeugende Konkretisierung einer ja nicht einseitig sozialstaatlichen Verfassungsvorgabe ist.

DIEDERICHSEN:

Ja, vielen Dank. Herr Frisch.

FRISCH:

Zunächst einmal zum Strafbegriff und zur Frage des Mischens. Mischen ja, „munter“ dagegen „nein“. Ich würde sagen, das „Mischen“ muss schon nach Grundsätzen geschehen. Natürlich haben wir, auch wenn wir alle von einem Schuldstrafrecht ausgehen, gewisse Spielräume. Das folgt schon aus erkenntnistheoretischen Gründen, weil wir Schuld im Einzelfall intersubjektiv geringer und höher einschätzen können und werden. Wir haben insoweit also einen Spielraum, und diesen Raum sollte man sinnvoll – und das heißt: auch präventionsorientiert – ausfüllen. Wenn man die strafgerichtliche Praxis genau studiert, wird man freilich schnell feststellen, dass das, was eben in der Diskussion angemahnt worden ist, nämlich eine in jedem Fall erfolgende Berücksichtigung spezialpräventiver oder generalpräventiver Bedürfnisse, nicht der Realität entspricht. In den normalen Fällen des Ersttäters versuchen wir es zunächst einfach mit einer möglichst milden Strafe. Erst in späteren Fällen geht die Strafzumessung in andere Dimensionen. Da wird beispielsweise auch Ihre Frage gestellt, Frau Hörnle: Bleiben wir in der Mitte des Schuldrahmens oder gehen wir ganz nach oben oder unten?

Dann der nächste Punkt: Wenn wir Prävention berücksichtigen, dann muss sie natürlich etwas Greifbares sein. Sie muss insbesondere auch etwas sein, was in Größen, in Quantitäten übersetzbar ist. Sieht man dazu in die Kriminologie, dann wird man nun freilich etwas irritiert. Denn wenn man hier liest, die beste generalpräventiv wirkende Strafe sei die Schuldstrafe, dann bleibt es im Blick auf den Strafzweck der Generalprävention also doch in der Regel bei der Schuldstrafe. Und wenn man im Einzelfall wirklich einmal *spezialpräventive* Bedürfnisse nennen kann, die eine Korrektur verlangen könnten, dann ist es meist gar nicht so einfach, diese Korrekturbedürfnisse zu konkretisieren, insbesondere in Strafgrößen zu übersetzen. Natürlich gibt es Fälle, in denen es wahrnehmbar ist, dass spezialpräventive Bedürfnisse bestehen, sogar eminent große. Das sind insbesondere die Fälle hoher Rückfallgefahr bei Tätern, die wiederholt schwerste Taten im Bereich der Gewalt- oder Sexualkriminalität begangen haben. Diese spezialpräventiven Bedürfnisse lassen sich nun freilich in der Regel nicht mehr mit der Strafe befriedigen, jedenfalls nicht mit einer Strafe, die unserem Verständnis und dem Verständnis der Bevölkerung von gerechten Strafen entspricht. Denn hier läuft die Spezialprävention, das sehen Sie an der Sicherungsverwahrung, zum Teil auf lebenslange (und über die zeitliche Grenze von zehn Jahren hinausgehende) Freiheitsentziehung hinaus. Solche Prävention ist als Strafe für die begangene Tat oft nicht mehr darstellbar. Selbst wenn man es versuchen wollte, hätte man ein Problem, das beispielsweise die Schweden hatten und das wir zum Teil auch in Amerika

beobachten: Die Bevölkerung akzeptiert nicht, dass eine Strafe so lang ist, wenn nicht auch die begangene Tat überaus gewichtig war. Schweden hat deshalb seine früher stark spezialpräventiv orientierte Strafzumessung geändert und ist zu einem tatproportionalen Strafrecht übergegangen. Hier liegt der eigentliche Grund, weshalb die Prävention in der Strafzumessung nur eine begrenzte Rolle spielt: Wo sie gewichtig ist, „kriegen“ wir sie nicht mehr in der Strafe „unter“. Hier brauchen wir vielmehr eigene vorbeugende Maßregeln und sind damit bei deren Legitimationsproblematik und zugleich auch bei der Frage: Handelt es sich bei solchen Maßregeln nicht eigentlich um Polizeirecht, warum geschieht diese Prävention im Strafrecht? – Natürlich geht es im Grunde genommen um Gefahrenabwehr. Aber es wäre zu einfach zu fragen, ob die entsprechenden Entscheidungen damit beim Strafrecht bleiben können oder nicht richtigerweise dem Polizeirecht zu übertragen seien. Die entscheidende Frage ist vielmehr: Gibt es vernünftige Gründe dafür, die Prävention in einen oder im anderen Rechtsgebiet zu betreiben? Insoweit sollte man sich davor hüten, noch einmal die Diskussion des 19. Jahrhunderts führen zu wollen. ROBERT v. MOHL hat in dieser im 19. Jahrhundert in extenso geführten Diskussion sogar ein dreibändiges Werk über die Frage der Präventivjustiz geschrieben. Es gab damals rationale Gründe dafür, die hier interessierende Prävention im Strafrecht zu betreiben. Sicher war es zum Teil zeitbedingt, wenn man gesagt hat, der Strafrichter biete in dieser Frage für die Freiheit des Betroffenen eine ganz andere Garantie als das Polizeirecht. Man muss prüfen, ob das auch heute noch ein tragfähiger Grund ist. Aber es gibt weitere Gründe für die Zuweisung zum Strafrecht, insbesondere ökonomische Gründe. Am Beispiel der Sicherungsverwahrung: Hier hat sich ein Gericht bereits intensiv mit dem Fall beschäftigt, weil der Täter ja auch bestraft wird. Soll man im Anschluss an diese Entscheidung des Strafgerichts nun wirklich sagen, das Gericht habe damit seine Schuldigkeit getan – über die Frage der Prävention sei durch andere Instanzen zu entscheiden? Die Frage der Ökonomie des Rechts sollte an dieser Stelle nicht ungestellt bleiben.

Schließlich noch eine kurze Bemerkung zum Sozialstaat als Teilmoment des Themas unseres Symposions: Ich habe mich, offen gesagt, auch gefragt, was dieser Topos im Kontext unserer Thematik besagen mag. Nun, da mir deutlich geworden ist, dass er als ein möglicher Erklärungsgrund für die „Erweichung“ der Strafe in Erwägung gezogen worden ist, möchte ich aber doch sagen, dass diese Erweichung nicht erst unter dem Grundgesetz erfolgt ist, sondern schon weit früher, etwa ab 1915, eingesetzt hat. EXNER hat die entsprechende Entwicklung schon 1930 in seinem Buch über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte minutiös beschrieben.

DIEDERICHSEN:

Vielen Dank. Herr Duttge.

DUTTGE:

Ich habe den Titel unseres Symposiums so verstanden, dass der Begriff des Sozialstaates im hiesigen Kontext die Einbeziehung von Erwägungen in den Bereich der Strafverhängung und Strafvollstreckung meint, die mit dem originären Anliegen staatlichen Strafens nichts zu tun haben. Solche Erwägungen sind insbesondere auch jene, die im Rahmen der Strafzweckdebatte unter general- bzw. spezialpräventiven Aspekten verhandelt werden und etwa eine gewisse Milde im Rahmen der Vollstreckung oder eine Verschärfung aus Gründen der allgemeinen Sicherheit nahelegen können. Werden diese Erwägungen jedoch als solche begriffen, die jenseits dessen liegen, was Strafe eigentlich bezweckt, so stehen sie im Kontext des strafrechtlichen Rechtsgangs unweigerlich unter dem Verdacht der Illegitimität. Die entscheidende Frage geht also dahin, wie viel Raum noch verbleibt, um diese Aspekte innerhalb der eigentlichen Strafbegründung und/oder -vollstreckung oder wenigstens anlässlich eines Strafverfahrens (im Gewande einer Maßregel der Besserung und Sicherung) relevant werden lassen. In diesem Lichte ist der Begriff des Strafzwecks hochgradig missverständlich, weil es nicht um mehr oder weniger beliebige Zwecksetzungen für hoheitliche Interventionen, sondern um den letztendlichen Grund des Strafens geht. Und dieser kann immer nur in der schuldhaft begangenen Straftat gefunden werden, in nichts anderem.

DIEDERICHSEN:

Jetzt kommt Herr Jehle. Dann Frau Schumann und dann Herr Naucke.

JEHLE:

Ich wollte mich einmal kurz beziehen auf das, was Herr Frisch sagte zur Zweispurigkeit Maßregel – Strafe. Ich bin eigentlich ganz froh, dass wir dieses System haben. Wenn wir nämlich die andere Seite abtrennen, die präventive Seite, dann läßt sich das Strafrecht und die Strafe auch mit diesen präventiven Sicherungszwecken auf. Man kann das unmittelbar sehen in Amerika (nach dem Motto „Three strikes and you are out“), wo praktisch im Grunde genommen die Strafe eine Funktion der Sicherungsverwahrung übernimmt. Und wir hatten das auch in Skandinavien. Ich würde davor warnen zu glauben, dass man dann die Spezialprävention und andere präventive Zwecke aus dem Strafrecht heraushalten kann. Und der entscheidende Punkt ist, dass neben den Maßregeln auch die Strafe selber sich schon spezialpräventiv aufgeladen hat. Dies zeigt sich vor allem bei der Strafaussetzung, wir haben die Strafrestausssetzung nach § 57a StGB, wir haben überall präventive Gesichtspunkte: Ob wir also den Täter ins Gefängnis schicken oder nicht, hängt nicht nur von Schuld ab, sondern es hängt vor allem auch davon ab, wie wir präventiv seine Zukunft einschätzen. Also mit anderen Worten: Ich glaube, wir können diese alte schlichte Trennung – hier reine Vergeltung und reines Strafrecht, und dort reine Prävention und Polizeirecht – schlicht nicht durchhalten; das funktioniert nicht.

DIEDERICHSEN:  
Frau Schumann.

SCHUMANN:

Ich möchte noch einmal auf einen Aspekt des Sozialstaates zurückkommen, der mich in diesem Zusammenhang schon länger beschäftigt. Im Familienrecht sieht man sehr deutlich, dass der Staat in vielen Bereichen inzwischen den Bürger erziehen und – wenn dies nicht mehr gelingt – strafen will: ich nenne nur das Beispiel des Übergangs vom Zwangsgeld hin zum Ordnungsgeld im Familienverfahrensrecht. Bei einigen Formen staatlicher Kontrolle und Sanktionen im Familienrecht muss man sich in der Tat fragen, inwieweit hier nicht schon eine Nähe zum Strafrecht gegeben ist. Ein Gedanke, der auch auf unserer letzten Tagung diskutiert wurde, scheint mir bei dieser Frage wichtig, nämlich dass in immer stärkeren Maße in die Freiheit des Einzelnen zum Wohle des Ganzen eingegriffen wird: Der Staat will den Einzelnen – in Orientierung an positiven Standards – erziehen und ihn unter Androhung von staatlichen Sanktionen in nahezu allen Lebensbereichen zu einem bestimmten Verhalten im wohlverstandenen Interesse zwingen. Neben einer Legitimation für diese Verhaltenssteuerung fehlen auch Kriterien, die die Grundlage für ein abgestuftes Vorgehen des Staates abgeben könnten, ebenso wie keine überzeugenden Konzepte bzw. Maßstäbe bei der Strafzumessung oder bei Gnadenentscheidungen für mich erkennbar sind.

DIEDERICHSEN:  
Vielen Dank. Herr Naucke.

NAUCKE:

Frau Schumann, ich meine, dass Ihre beiden Fragen geeignet sind, noch einmal das Gesamtthema zu besichtigen. Ich fände es sehr schade, wenn wir diesen Titel änderten. Ich habe ihn als höchst anregend empfunden, und zwar wegen der Forderung, dass die Strafrechtler doch endlich aufhören sollten, ihre traditionellen Debatten aus dem 19. Jahrhundert zu führen, und sich endlich modernisieren sollen im Hinblick darauf, dass wir in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat leben. Es gibt keine Straftheorie, die diesen Bedingungen entspräche. Wir führen, das haben wir gestern gesehen, Debatten aus dem 19. Jahrhundert weiter, so als hätte es die Bundesrepublik nie gegeben. Ich habe den Titel so verstanden, dass man endlich mit der Straftheorie in der Gegenwart ankommt, und dass Sie das so deutlich nicht gehört haben, liegt an unserer Profession, denn wir können es nicht. Aber wir sollten es eigentlich können. Das führt zurück auf Ihre Fragen. Würde man dieses Spannungsverhältnis, das ist sehr vornehm ausgedrückt, dieses Nicht-Vereinbaren-Können von strafendem Gesetz und Sozialstaat, würde man das ernst nehmen, dann müsste man nämlich die Materien, die jetzt im strafenden Gesetz festgelegt sind, aufbrechen, aufbrechen und neu verteilen. Um nur ein Beispiel zu nehmen, im Sozialstaat müsste die Straftheorie vom Besonderen Teil her entwi-

ckelt werden und nicht vom Allgemeinen Teil, denn man müsste den Betrug einer anderen Straftheorie zuordnen als den Mord und den Totschlag, den Diebstahl einer anderen Straftheorie zuordnen als die Trunkenheit am Steuer; das verlangt aber ein Umdenken, das ich in unserer Profession bisher nur in Ansätzen sehe. Und das bringt mich zu Ihrem zweiten Punkt. Der Hinweis auf den Sozialstaat ist auch ein Hinweis darauf, dass ein neuer Gedanke in das gesamte Strafrecht gekommen ist, nämlich der Gedanke, dass es ein Zwangsrecht geben muss, das den Bürger in seiner Sicherheit, so ist der neuere Ausdruck, in seiner Sicherheit fördert. Dieser Teil des Sozialstaatsgedankens schleift den alten strafenden Staat. Der hat da nichts mehr zu suchen, sondern das Strafrecht baut sich um, ohne dass wir es recht merken, wird Teil, so ist auch der Sprachgebrauch, Teil einer Sicherheitsarchitektur. Und dieses ist das Kontinuum. Diese Sicherheitsarchitektur beginnt beim Strafrecht, ob das nun altes Strafrecht ist oder aktuelles spezial- und generalpräventives Strafrecht, ist gar nicht so wichtig, Hauptsache, es trägt zur Sicherheit bei, und geht dann unmerklich über in das Maßregelrecht. Dass das Maßregelrecht als Sicherheitsvermehrungsrecht aufgefasst wird, ist so plausibel, dass man gar nicht wagt, etwas dagegen zu sagen, außer dass es sozialstaatlich nicht in Ordnung ist. Denn der Sozialstaat nähert sich dem in Schwierigkeiten geratenen Individuum mit einem humanen Interesse und nicht mit dem Interesse, den anderen Bürger vor dem in Schwierigkeiten Geratenen zu sichern. Und wenn Sie dann bei diesem Sicherheitsaspekt des Sozialstaats bleiben, dann läuft das vom Strafrecht bis hin zum Ordnungsgeld im Familienrecht, ein einziger großer Apparat, der Zwangsmittel zur Verfügung stellt, um den Bürger, der den anderen Bürger in seiner Sicherheit, in seiner Wohlfahrt zu beeinträchtigen droht, still zu stellen. Wenn es uns nicht gelingt, diese zwei Aspekte des Sozialstaates mit der traditionellen Entwicklung, der traditionellen Debatte im Strafrecht zu verbinden, dann verfehlen wir die politische Realität.

DIEDERICHSEN:

Vielen Dank. Die Leitung geht jetzt zurück an Frau Schumann.

SCHUMANN:

Ich möchte mich im Namen der Kommission herzlich bei den Referenten und Diskutanten für die anregenden Vorträge und Diskussionen bedanken und darf alle Teilnehmer jetzt noch zum gemeinsamen Mittagessen einladen.



## Teilnehmer des Symposions

Prof. em. Dr. Okko Behrends, Göttingen  
Prof. Dr. Michael Buback, Göttingen  
Prof. em. Dr. Uwe Diederichsen, Göttingen  
Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen  
Prof. Dr. Wolfgang Frisch, Freiburg  
Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Bochum  
Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle, Göttingen  
Prof. em. Dr. Fritz Loos, Göttingen  
Prof. em. Dr. Dr. h. c. Heinz Müller-Dietz, Sulzburg  
Prof. em. Dr. Wolfgang Naucke, Frankfurt a.M.  
Prof. em. Dr. Dr. h. c. Günther Patzig, Göttingen  
Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg  
Prof. i. R. Dr. Hinrich Rüping, Hannover  
Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Hans-Ludwig Schreiber, Hannover  
Prof. Dr. Eva Schumann, Göttingen  
Prof. em. Dr. Wolfgang Sellert, Göttingen  
Prof. em. Dr. Christian Starck, Göttingen

Die Betreuung des Tagungsbandes oblag am Institut Frau Dr. Friederike Wapler, der die Herausgeberin ebenso wie allen Mitarbeitern und Hilfskräften, die von der Organisation der Tagung bis zur Drucklegung des Bandes unterstützend tätig waren, herzlich dankt.



## Register

- Abschreckung 2, 8, 31, 37, 40, 62-69, 88, 115, 117 f., 131, 176, 197
- Absolutismus 46
- Albrecht, Ernst 184 f., 188
- Alliierte 41 f., 50
- Amnestie 155, 163-165, 167 f., 170, 183, 191
- Anaximander 30
- Arendt, Hannah 49
- Aristoteles 5
- Aufklärung IX, 2, 35, 37, 46, 154 f., 175 f., 197
- Beccaria, Cesare 154
- Begnadigung (→ Gnade)
- Beschuldigter 27, 47, 83
- Bestimmtheitsgrundsatz 38, 47
- Bewährung (→ Strafaussetzung)
- Beweisverfahren/-würdigung 47, 53
- Billigkeit 16, 151, 155, 158, 169, 191
- Binding, Karl 81 f.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2
- Bundesrepublik IX, 43, 50, 171, 202
- Bürgerliches Gesetzbuch (→ Gesetze)
- Bürgerstatus 91, 99-101
- Bydlinski, Franz 1
- Byrd, B. Sharon 156
- Défense sociale X, 19, 22, 38, 49, 139
- Delikt (→ Straftat)
- Delinquent (siehe auch Straftäter, Verbrecher) 31, 66, 68, 70, 80-82, 88-92
- Demokratie 6, 86, 96, 102
- Deutsche Demokratische Republik (DDR) 43 f., 49, 164, 170 f.
- Dezisionismus 40
- Dölling, Dieter 8
- Dreher, Eduard 44, 143, 156
- Ermittlungsverfahren 46, 52
- Erziehung XIII, 22, 53 f. 62, 67, 88, 196, 202
- Eser, Albin VIII
- Europa 28, 42, 51, 188
- Existenz 15 f., 84, 97, 106, 111
- Soziale Existenz/Sozialexistenz VII, 2, 4, 21, 33, 56, 110 f., 127 f.
- Exner, Franz 55, 200
- Familienrecht VII, 196, 202 f.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von 2, 9, 31, 38, 47, 56 f., 59 f., 66-68, 82
- Folter 37, 46, 49, 53, 150
- Foucault, Michel 68
- Freiheit IX, XII f., 3 f., 7, 9-11, 15 f., 21, 31, 71, 83-91, 93, 95 f., 98-100, 103, 121, 128 f., 131, 133, 135, 139, 159, 163, 178, 186, 198, 200, 202
- Freiheitliche Rechtsgemeinschaft (→ Rechtsgemeinschaft)
- Handlungsfreiheit 25, 71, 96, 101
- Willensfreiheit 25, 108
- Freiheitsentzug (siehe auch Haft) 4, 25, 32, 106, 109 f., 119, 125, 131 f., 144 f., 158, 161, 167 f., 189, 198 f.
- Freiheitsstrafe X, 3, 7, 26, 90, 109, 113 f., 119, 125-127, 129, 131 f., 134, 142, 158, 162, 166, 197
- Lebenslange Freiheitsstrafe VII, 3 f., 7, 15, 32, 78, 99, 105, 111, 117, 119 f., 126-128, 132-134, 136, 139, 142, 153, 156, 158 f., 163, 198

- Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe 119, 127, 134, 142
- Frühliberalismus 81
- Fürsorge XIII, 4, 23 f., 124
- Fürst 153, 184, 190 f., 193
  
- Gans, Eduard IX, 80
- Gefahrenabwehr/-bekämpfung IX, 10, 79, 144, 200
- Gefängnis (→ Haft)
- Gefängnisstrafe (→ Strafe)
- Geldbuße 45, 51, 96, 161
- Geldstrafe (→ Strafe)
- Geldstrafengesetz (→ Gesetze)
- Gemeinschaft/Gemeinwesen VIII, XII, 1 f., 4, 8, 11, 19, 40, 42, 46, 48, 60, 85, 87, 96, 108, 124, 131, 142, 155, 157
- Gemeinschaftsinteressen 118, 132
- Gemeinwohl IX, 1, 32, 85, 96
- Generalklausel 40, 162
- Generalprävention (siehe auch Prävention, Spezialprävention) 7, 13, 20, 27, 36, 38, 61, 100, 117, 136, 149, 155, 162, 179, 197, 199, 203
- Negative Generalprävention 9, 59, 62, 64 f., 68, 72, 75, 77, 97, 115 f., 168
- Positive Generalprävention X, 8 f., 25-27, 59, 62, 72 f., 75-77, 79, 92, 155, 168, 178, 180
- Genugtuung 5, 12, 97, 140
- Gerechtigkeit 5 f., 11, 20 f., 29 f., 44, 63, 68, 74, 76, 78-80, 101, 105, 109-112, 117 f., 127, 143, 155, 159, 165 f., 169, 177, 190, 193, 199
- Ausgleichende Gerechtigkeit 8, 81
- Einzelfallgerechtigkeit 16, 161, 169, 187
- Gerechter Tausgleich 11-13, 22
- Gerhardt, Volker 87
- Gesellschaft XII, 3 f., 7-10, 15, 19, 22, 29 f., 38, 41, 69, 75-77, 84, 87, 89, 90, 101, 124, 127, 141, 156, 161 f., 175, 177-179
- Gesellschaftsvertrag 9, 11, 35, 102
- Gesetze
  - Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) 53 f.
  - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 81, 140
  - Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) 46
  - Geldstrafengesetz 39, 55
  - Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats (KRG 10) 42 f., 48, 50
  - Gewohnheitsverbrechergesetz XI
  - Gnadenordnung 150, 159-163, 167, 169, 173, 180, 189, 192
  - Jugendgerichtsgesetz (JGG) 25
  - Reichsjugendgerichtsgesetz (RJGG) 39
  - Reichsjustizgesetze 54
  - Straf- und Maßregelgesetzbuch 23
  - Sozialgesetzbuch XII (SGB XII) 23
  - Sozialistengesetze 39
  - Strafgesetzbuch (StGB) XI, 43 f., 46, 91, 105, 112, 123
  - Strafprozessordnung (StPO) XI, 46, 51, 54 f., 158, 163, 171, 191
  - Strafvollzugsgesetz (StVollzG) 91 f., 125, 128, 131, 158, 163, 165, 192
- Gesetzgeber IX f., XII, 1, 15, 23, 31, 38, 45 f., 54, 79, 83, 87, 102 f., 108, 123 f., 154 f., 158 f., 165 f., 168 f., 192
- Strafgesetzgeber XII, 21, 38, 83, 164
- Gesetzlichkeitsgebot/-prinzip 155, 164, 175
- Gewaltdelikt (→ Straftat)
- Gewaltenteilung 151, 157, 165, 167
- Gewohnheitsverbrechergesetz (→ Gesetze)
- Gleichbehandlungsgrundsatz X, 105, 114, 120-122, 136, 143, 155, 164
- Optimierungsgebot 121 f., 124, 136

- Gnade (auch Begnadigung) VIII, XI, 5, 16 f., 28, 149-181, 183 f., 186-194, 196
- Gnaden-/Begnadigungspraxis XI, 39, 149, 157-159, 163-166, 172, 178, 184, 188 f.
  - Gnaden-/Begnadigungsrecht XI, 150-157, 163, 166 f., 170 f., 173, 175, 183, 188
  - Sammelbegnadigung (siehe auch Amnestie) 149, 163-168, 192
  - Verrechtlichung der Gnade XI, 17, 149, 157-163, 168 f., 172, 174, 183, 186, 192
- Gnadenentscheidung 152, 160 f., 164, 166 f., 172-175, 180 f., 184, 186 f., 189 f., 192-194, 202
- Gnadenakt, Gnadenerweis 16, 151 f., 159-168, 171, 173 f., 180, 188, 190 f.
  - Gerichtliche Kontrolle/Rechtsweg XI, 149, 172-175
- Gnadengesuch 160, 162, 183
- Gnadenordnung (→ Gesetze)
- Gnadenverfahren/-sache XI, 149 f., 159 f., 168, 171 f., 180 f., 188, 191, 193
- Goethe, Johann Wolfgang von 16
- Goldschmidt, James 45
- Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von 66
- Grotius, Hugo 2
- Grundgesetz (→ Verfassung)
- Grundrechte 92, 107, 116, 121, 124, 130, 132, 134, 136, 141, 159, 164, 174
- Fortbewegungsfreiheit 4, 116, 125, 131
  - Gleichbehandlungsgrundsatz (siehe dort)
  - Menschenwürdegarantie (siehe dort)
  - Persönlichkeitsentfaltung 107-109, 116, 124, 131
- Güde, Max 43
- Haft (siehe auch Freiheitsentzug) 4, 28, 120, 125, 128, 132-135, 165, 183
- Gefängnis 139, 201
  - Haftschäden 128, 134, 136
  - Hafturlaub 158
  - Überbelegung 163, 166, 190
- Haftentlassung X, 4, 92, 125-128, 132, 136, 163, 165, 171, 184, 190
- Hall, Karl Alfred 15
- Hassemer, Winfried XII, 77, 93, 177, 187
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich IX, 80-82, 96, 100 f., 150, 152, 157 f., 197
- Henkel, Heinrich 1
- Herder, Johann Gottfried von 47
- Hermann, Dieter 178
- Hindrichs, Gunnar 152
- Hirnforschung (→ Neurowissenschaften)
- Hitler, Adolf 7
- Hobbes, Thomas 2, 61, 86
- Hoffmann, E. T. A. 150, 155 f.
- Hruschka, Joachim 156
- Humanisierung (→ Strafe, Strafrecht)
- Humanität IX, 5, 15 f., 19, 35, 41 f., 45-48, 52-57, 69, 149, 155, 175, 177, 196
- Humanitätsgedanke/-prinzip 29, 119, 134, 136
- Humanitätsverbrechen (→ Verbrechen gegen die Menschlichkeit)
- Individualismus 3 f., 13, 32
- Individuum VIII f., XIII, 4, 19, 32, 38, 41, 64 f., 84, 108, 126, 131, 203
- Inquisitionsprozess 37, 46
- Integration, soziale 47, 69, 74, 116
- Intervention/Interventionsrecht 11, 22-24, 27, 29, 42, 70, 201
- Jakobs, Günther 9, 13, 20, 76
- Jeroschek, Günter 178

- Jhering, Rudolf von 56  
 Jugendgerichtsgesetz (→ Gesetze)  
 Justiz 15, 39-41, 51, 53, 55, 150, 173, 184 f., 188, 190, 200  
 Justizvollzugsanstalt 160 f., 163, 190
- Kaiser, Günther 177  
 Kaiserreich 102, 173  
 Kant, Immanuel 30, 84, 87, 91, 101, 150, 156 f.  
 Kapitaldelikt (→ Straftat)  
 Klar, Christian 171  
 Kommunismus 41, 47  
 Kontrollratsgesetz (→ Gesetze)  
 Körperverletzungsdelikt (→ Straftat)  
 Kraus, Karl 55  
 Krieg 40, 43, 52, 170  
 - Bürgerkrieg 86, 170  
 - Erster Weltkrieg 39, 50  
 Kriminalisierung 31, 88 f.  
 - Entkriminalisierung 46, 56  
 Kriminalität 41, 62, 64 f., 68-70, 147, 170, 172, 176 f., 195, 199  
 Kriminalpolitik 20, 72, 136, 154, 164-166, 175-177  
 Kriminalprognose (auch Kriminalitätsprognose, Sozialprognose) 4, 14, 135, 162 f., 168  
 Kriminologie 166, 199
- Landesverfassung 150, 169  
 Lebach-Entscheidung (BVerfG) 124 f.  
 Liszt, Franz von 7, 38, 50, 56 f., 68-72  
 Ludwig XIV. 150
- Marburger Programm 7, 68  
 Marx, Karl 41  
 Maßregeln der Besserung und Sicherung VIII, XIII, 14, 21-23, 26, 29, 32, 98, 131 f., 145, 158, 196, 200 f., 203  
 Maßregelzumessungslehre 146, 148  
 Mauerschützen 78
- Mediengesellschaft 157, 175  
 Meier, Bernd-Dieter 166 f., 180, 194  
 Melsheimer, Ernst 43  
 Menke, Christoph 85  
 Menschenbild VII f., 1-4, 14, 19, 21, 24, 32, 53, 62, 108  
 - Menschenbild des Grundgesetzes 3, 108, 135  
 Menschenrechte 5, 16, 48, 155  
 Menschenwürde X, 4 f., 9, 56, 85, 91, 105, 117, 124, 128-136, 159, 198  
 - Mensch als Objekt der Verbrechensbekämpfung 66, 117, 129, 131  
 Menschenwürdegarantie VII, 2, 11, 107, 136, 191  
 Menschlichkeit 49 f., 154, 177  
 - Verbrechen gegen die Menschlichkeit (→ Verbrechen)
- Merle, Jean-Christophe 7  
 Merten, Detlef 151  
 Mittelalter 2, 47  
 Mohl, Robert von 200  
 Mohnhaupt, Brigitte 171  
 Monarchie 50, 193  
 Mord 20, 28 f., 42, 78, 95, 112, 119 f., 132, 139, 183, 198, 203  
 - Massenmord 28, 32, 120, 125, 132 f.  
 - Mehrfachmord 28, 140  
 - Niedrige Beweggründe 19, 119, 140  
 Mörder 14, 26, 29 f.  
 Müller, Jörg Paul 2
- Nachkriegszeit 35, 41, 43 f., 48, 50, 192  
 Nationalsozialismus (NS-Zeit) 40, 43 f., 48 f., 102 f., 133, 140  
 - Nationalsozialistisches Unrecht 136, 148  
 Naturrecht 2, 35, 42, 46, 85  
 Naturzustand 86, 156  
 Neubacher, Frank 180  
 Neumann, Ulfrid 11, 72

- Neurowissenschaften (auch Hirnforschung) 5, 16, 22, 25, 144
- Neuzeit 2, 19, 83, 87, 90
- Noll, Peter 92
- Norm 1, 9, 17, 22, 24, 31, 43 f., 64, 72, 74, 86-88, 90, 96, 103, 107, 123
- Normtreue XI, 39, 62, 88, 144
  - Normverstoß/-übertretung 3, 8, 22, 38, 64, 78, 89
  - Strafnorm XII, 7, 10, 62, 83
- Nothilfe 32
- Notstand 144 f., 155, 186, 193
- Notwehr 32, 148
- Nürnberger Gerichtshof 41, 48
- Oberster Gerichtshof für die Britische Zone 42 f.
- Opfer VIII, XII, 5, 8-10, 12 f., 30 f., 43, 48 f., 82 f., 89, 93, 103, 110-112, 120, 140, 166, 171 f., 176-181, 193 f., 198
- Angehörige 176, 180 f.
  - Opferinteressen VIII, 10, 82, 180, 186, 193 f.
  - Opferperspektive 171, 179-181
  - Täter-Opfer-Ausgleich 10, 89
- Ordnungsgeld XIII, 202 f.
- Ordnungswidrigkeiten IX, 23, 45, 51, 55
- Peter Leopold (Großherzog) 37
- Pfliederer, Klaus 180
- Philosophie 19, 21, 30, 48, 73, 87
- Platon 5, 30
- Polizei 39 f., 48, 51, 103
- Polizeirecht XIII, 23, 26, 29, 51, 54, 103, 196, 200 f.
- Pollmann, Arnd 85
- Prävention (siehe auch General-, Spezialprävention) IX f., 14, 21 f., 26 f., 47, 51, 60-62, 65 f., 76, 79, 100, 102, 105, 115-117, 191, 199-201
- Präventionslehren IX f., 12, 26, 37, 59-62, 64, 77-80, 88, 92 f., 97, 100-102, 179
- Preußisches Allgemeines Landrecht (→ Gesetze)
- Privatrecht (siehe auch Zivilrecht) 96, 140, 198
- Pufendorf, Samuel 2, 85
- Rache (siehe auch Vergeltung) 8, 12, 97, 176, 193 f.
- Radbruch, Gustav 1 f., 10, 15, 24, 42, 50, 190, 192
- Rawls, John 5
- Rechtsbruch 10, 21, 72, 98, 172, 176, 178
- Rechtsfrieden IX, XII, 10, 45, 162, 170
- Rechtsgemeinschaft VIII f., XII, 1, 7, 9-12, 27, 65, 83, 87-93, 98-100, 170, 189
- Freiheitliche Rechtsgemeinschaft (Mitwirkungspflicht) 59, 82-84, 88-91, 93, 97-99, 102 f.
- Rechtsgut 12, 31, 41 f., 44, 50, 83
- Rechtsgutsverletzung XII, 3, 8, 26, 83, 102 f., 110
- Rechtsmittel 122, 190, 193,
- Rechtsordnung X, 1 f., 5, 11, 16, 22, 25, 31, 59, 64, 72, 86, 88, 90, 102, 162, 194
- Rechtsphilosophie 16, 195
- Rechtssicherheit 155, 159
- Rechtssoziologie 72
- Rechtsstaat X, 16, 19, 31, 38 f., 72, 79, 109, 139, 151 f., 155-157, 165, 167, 169, 172, 181, 198
- Sozialer Rechtsstaat VII, XII, 141, 198, 202
- Rechtsstaatsprinzip X, 6, 107, 109, 139, 159, 198
- Rechtssubjekt 3, 47
- Rechtssystem 3, 40, 62, 64, 70, 118, 140, 190

- Rechtsweg 169, 172-175, 185, 189  
 Rechtswissenschaft 33, 49, 121, 136  
 Reemtsma, Jan Philipp 5, 8, 178, 180  
 Reichsjugendgerichtsgesetz (→ Gesetze)  
 Reichsjustizgesetze (→ Gesetze)  
 Religionsdelikt (→ Straftat)  
 Resozialisierung (auch Wiedereingliederung) VII, IX f., 4, 7 f., 11, 26, 41, 49, 57, 68 f., 79, 91 f., 124-126, 131, 139, 178  
 Retribution 10 f., 21, 60, 67, 76, 78, 80  
 - Retributive Straftheorie (→ Straftheorie)  
 Revision 12, 17, 68, 83, 122 f., 136, 143, 145, 183 f.  
 Rote Armee Fraktion (RAF) 5, 170 f., 180  
 Rousseau, Jean-Jacques 2, 84, 96 f., 102  
 Roxin, Claus 7, 11  
 Rückfallgefahr 51, 199  
  
 Säkularisierung 36, 46  
 Sammelbegnadigung (→ Gnade)  
 Sanktion VII, 3, 5, 7, 10, 12-14, 19, 21, 26, 29, 32, 36, 44, 47, 60, 64, 72, 75, 77, 91 f., 108-111, 117-120, 136 f., 140, 158 f., 164 f., 168 f., 172, 176, 202  
 Savigny, Friedrich Carl von 15  
 Schaden 8-10, 18, 81 f., 95, 100, 114, 116, 125, 128, 131, 134, 136, 140 f., 179  
 Schadenersatz IX, XII, 10, 59, 78, 81 f., 96, 99 f., 197  
 - Strafe als Schadenersatz IX, 59, 78, 81  
 Schall, Hero 164 f.  
 Schiedermaier, Hartmut 16  
 Schmerz 59, 82, 89 f., 100, 130, 139  
 - Strafschmerz 9  
 Schmidt, Eberhard 45  
 Schmidt, Richard 74, 82  
 Schmitt, Carl 40  
 Schreibtischtäter 170  
 Schuld X, 15, 20, 22, 25-27, 30, 44, 46, 66, 85, 100 f., 103, 109, 112-114, 117, 119, 123 f., 127, 132-135, 142, 145 f., 162, 179 f., 190 f., 194, 199, 201  
 - Individuelle Schuld 3, 24, 38, 110, 121, 127  
 - Tatschuld 3-5, 12-14, 16, 112 f., 147, 191  
 - Verschulden 3, 20, 68, 108, 110-113, 116  
 Schuldangemessenheit X, 13, 31, 44, 107, 109, 113-118, 122, 126 f., 130, 132-134, 136, 139  
 Schuldausgleich 21 f., 24, 27, 29, 78  
 Schuldgrundsatz/-prinzip X, 12, 30, 32, 70, 107, 109, 111, 113-122, 125-127, 130, 132-137, 139  
 Schuldrahmen 115 f., 118, 127, 136, 199  
 Schuldschwere 8, 13 f., 24 f., 46, 120, 133, 142, 194  
 Schuldvorwurf 24, 109, 125  
 Schüler-Springorum, Horst 176 f.  
 Scuderi, Das Fräulein von 150, 155  
 Selbstbestimmung 25, 44 f., 84, 108  
 Sexualdelikt (→ Straftat)  
 Sicherungsverwahrung X f., 5, 78, 131-133, 142, 144 f., 147, 199-201  
 Sinzheimer, Hugo 3 f.  
 Sittlichkeitsdelikt (→ Straftat)  
 Sozialgesetzbuch XII (→ Gesetze)  
 Sozialismus 40 f., 47  
 Sozialistengesetze (→ Gesetze)  
 Sozialprognose (→ Kriminalprognose)  
 Sozialrecht VII, XIII, 3, 23, 195  
 Sozialstaat VII, X, XII f., 4, 20, 24, 27, 32 f., 49, 52, 139, 141, 172, 181, 195-203

- Sozialstaatsprinzip VII, X, 4, 91, 105, 107, 124-128, 131, 136, 139, 198
- Spee, Friedrich 37
- Spezialprävention (siehe auch Prävention, Generalprävention) IX, 7 f., 20, 26, 38, 51, 56, 59, 62, 68-71, 91, 98-100, 115 f., 136, 149, 155, 162, 168, 179, 197, 199-201, 203
- Spielraumtheorie (→ Strafzumessung)
- Staat (→ Rechtsstaat, Sozialstaat, Wohlfahrtsstaat, Verfassungsstaat)
- Staatsanwaltschaft 40, 54, 121, 141, 159, 160, 167, 180, 192
- Generalstaatsanwaltschaft 43, 143
- Staatsgewalt 5, 32
- Stahl, Friedrich Julius IX, 59, 80 f.
- Steuerstrafrecht 141
- Strafandrohung 27 f., 31, 66
- Strafanspruch VII f., 155, 178, 193, 196
- Strafaufschub 158, 191
- Strafaussetzung (siehe auch Strafrestausssetzung) 7, 156, 158 f., 162, 167 f., 201
- Bewährung/Bewährungsstrafe 26, 120, 127, 140, 158, 166 f., 173, 198
- Strafbegründung VIII, 21, 76, 78 f., 81, 96, 99 f., 201
- Strafe/Bestrafung
- Duldungspflicht des Bürgers 89, 98
  - Erniedrigende Strafe 128-131
  - Freiheitsstrafe (siehe dort)
  - Gefängnisstrafe 55
  - Geldstrafe 26, 90, 113 f., 118 f., 125, 136, 197
  - Gerechte Strafe 44, 143
  - Gesamtstrafe 28, 139
  - Grausame Strafe 129 f., 133 f., 153
  - Höchststrafe 118, 126, 143
  - Humanisierung der Strafe 20, 30, 53, 197
  - Kriminalstrafe 14, 27, 31, 45, 59 f., 106, 109, 121, 125, 137
  - Legitimation von Strafe VII, IX, 6, 9, 60, 65, 68, 76-78, 93, 99, 103
  - Menschengerechte Strafe VII f., 5, 23, 41, 44, 196
  - Mindeststrafe 112, 114, 118 f.
  - Prügelstrafe 26
  - Schuldorientierte Strafe/Schuldstrafe 21, 57, 199
  - Shaming sanctions 130
  - Sinn des Strafens 24, 76, 82
  - Spiegelnde Strafe 29, 32
  - Staatliche Strafe IX, XII, 24, 47, 59, 106
  - Strafe als Schadenersatz (→ Schadenersatz)
  - Unmenschliche Strafe 44
  - Wirkung von Strafe X, 28, 74, 77, 180
  - Zweckrationalität der Strafe (Utilität) 36, 46
- Strafensystem 61, 119, 154
- Straferhöhung 113, 117
- Strafgefangene 4, 92, 124-128, 133-135, 161
- Deprivation 79, 125
  - De-Sozialisierung 125 f., 136
  - Gefährlichkeit X, 3 f., 7, 27, 32, 67, 70, 132, 135, 139, 142, 163
- Strafgesetz (auch strafendes Gesetz) VII, XII, 6, 31, 38, 48 f., 61, 122, 151, 156, 195, 197 f., 202
- Strafgesetzbuch (→ Gesetze)
- Strafgewalt 15, 21, 49, 59, 71
- Strafgrund 30, 60 f., 68, 93
- Strafhöhe 109, 116 f., 129, 142-144, 147
- Strafjustiz 53, 166
- Strafmaß 8, 25, 28, 109 f., 112 f., 115, 117-121, 123, 142-144, 147
- Strafmilderung 89, 151, 154, 158
- Strafnorm (→ Norm)
- Strafpraxis (auch Gerichtspraxis) XI, XIII, 26, 49, 61, 142, 171, 179

- Strafprozessrecht 27, 157, 180  
 - Strafprozessordnung (→ Gesetze)  
 Strafrahmen 26, 55, 112, 118, 121, 143-145  
 Strafrecht  
 - Bürgerstrafrecht 93  
 - Feindstrafrecht 6, 48  
 - Humanes Strafrecht/Humanisierung des Strafrechts IX, 20, 30, 39, 41, 47, 50, 56, 150, 153, 197  
 - Instrumentelles Strafrecht 52  
 - Kolonialstrafrecht 39, 102  
 - Nebenstrafrecht 45  
 - Politisches Strafrecht 39  
 - Sozialistisches Strafrecht 41  
 - Strafrecht im formellen Sinne 32, 104  
 - Strafrecht im materiellen Sinne 88, 104, 161, 180  
 - Tat-/Täterstrafrecht 198  
 - Vergeltendes Strafrecht 56, 197  
 - Verwaltungsstrafrecht IX, 39, 45  
 Strafrechtsdogmatik 70, 103, 123  
 Strafrechtspflege 33, 48, 147, 149, 153, 155, 181, 188  
 Strafrechtsreform 44 f.  
 Strafrechtswissenschaft XII, 33, 136  
 Strafrechtsaussetzung (siehe auch Strafaussetzung) 5, 120, 135, 159, 189 f., 201  
 - § 57a StGB 5, 8, 14, 120, 158, 171, 184 f., 189-191, 201  
 Straftat (auch Delikt) VIII, X, XII, 4 f., 7, 9 f., 13 f., 19-23, 25-29, 31-33, 36, 45, 49, 51, 60, 64-66, 68, 70 f., 79, 83, 88, 93, 95-97, 100, 110-113, 117, 120 f., 123, 125-127, 129, 136, 140, 142 f., 145, 147, 149 f., 152, 157, 159, 161 f., 170 f., 175-180, 194, 199-201  
 - Gewaltdelikt 199  
 - Kapitaldelikt 32, 175, 180, 194  
 - Körperverletzungsdelikt 26, 140  
 - Religionsdelikt 53  
 - Sexualdelikt 112, 131, 199  
 - Sittlichkeitsdelikt 53  
 - Verkehrsdelikt 143  
 - Vermögensdelikt 9, 140 f.  
 - Wirtschaftsdelikt 51  
 Straftäter (siehe auch Verbrecher, Delinquent) VIII, XIII, 5, 7 f., 13, 21, 23, 27, 49, 62, 87, 89 f., 100, 124-126, 135, 144, 157, 167, 170  
 - Gefährlichkeit X, 3 f., 7, 27, 32, 67, 70, 132, 135, 139, 142, 163  
 Straftheorie X, XII, 11-13, 27, 38, 59, 62, 68 f., 72, 75 f., 88, 90, 97, 101 f., 106, 141, 150, 172, 176, 179 f., 202 f.  
 - Absolute Straftheorie 56, 78-80  
 - Retributive Straftheorie 61, 78, 157  
 Straftübel (→ Übelzufügung)  
 Strafunterbrechung 158, 161, 191 f.  
 Strafurteil 4, 12, 44, 109, 113, 122, 124, 134, 139 f., 143, 150, 152 f., 169, 173, 181, 186, 188 f., 191, 193  
 Strafverbüßung 4, 133 f.  
 Strafverfahren VIII, 6, 12, 40, 46, 51, 54, 180, 194, 198, 201  
 - Effizienz (auch Beschleunigung) IX, 45 f., 51 f., 55, 72  
 - Verfahrenseinstellung 46, 51, 55  
 - Legalitätsprinzip 46  
 Strafverfahrensrecht 79, 83, 88 f., 167, 178 f.  
 Strafverhängung XII, 14, 38, 65, 68, 99, 106, 109, 114, 117, 119, 127, 201  
 Strafvollstreckung (→ Vollstreckung)  
 Strafvollzug VII, X f., 16, 19, 31, 39, 47, 91, 105, 111, 126, 128, 131, 133-136, 148, 159, 161-163, 166, 168, 194  
 - Vollzugsbehörde 158, 160 f., 163, 180  
 - Vollzugslockerung 92, 158  
 Strafvollzugsgesetz (→ Gesetze)

- Strafzumessung VII f., X f., 12 f., 21, 25 f., 39, 44, 101, 105-110, 112-117, 120-124, 126, 135 f., 139, 141-148, 161, 184 f., 192, 199 f., 202  
 - „Gerechtes-Verhältnis“-Formel 110, 112, 117 f., 127  
 - Spielraumtheorie 12, 115, 122  
 - Tatproportionale Strafzumessung (→ Tatproportionalität)  
 Strafzumessungslehre/-theorie X f., 44, 105-110, 112, 115 f., 120, 123, 135 f., 145 f.  
 Strafzumessungspraxis 116, 135, 143, 145, 200  
 Strafzweck VIII-X, 10 f., 13, 21-23, 36, 44, 53, 56, 59, 62, 78 f., 117, 149, 160-162, 168, 195, 197, 199, 201  
 Streng, Franz 178  
  
 Talion 8, 32, 110  
 Tatprinzip 70, 72  
 Tatproportionalität 12 f., 25 f., 29, 32, 36, 44, 109-111, 115 f., 118 f., 135, 140, 142, 144, 147, 200  
 Tatschwere X, 68, 110-113, 116 f., 120 f., 126, 135, 142  
 Theokratie 35  
 Therapie 5, 23  
 - Zwangsbehandlung/-therapie 7, 68  
 Thomasius, Christian 35-37, 49, 53, 56  
 Todesstrafe 19 f., 28 f., 31 f., 35-37, 39, 41, 47, 52, 107, 129, 156  
 Totschlag 83, 203  
 Tötungsdelikte 119 f., 171  
 Traumatisierung 178, 181  
  
 Übelszufügung (auch Strafübel) IX, 3, 6, 10, 31, 66, 69, 78, 80-82, 90, 100, 116 f., 119, 129, 131, 146, 189  
 Unrecht IX, 2, 5, 8, 21, 30 f., 43 f., 46, 59, 74, 83, 88, 101, 113 f., 116, 120, 123, 125, 132, 135, 145 f., 148, 152, 156, 171, 179, 194  
 - Erfolgs-/Handlungsunrecht 112-114, 119, 121, 123, 127  
 - Tatunrecht 135, 152, 194  
 Unrechtsausgleich IX, XII, 8, 30, 83  
 Unwerturteil X, XII, 19 f., 33, 116, 121  
  
 Verantwortung 16, 25, 42, 48, 56, 87, 89, 91-93, 100 f., 108, 125, 132, 135 f., 191  
 Verbrechen 8, 10, 19, 31, 37, 43, 49, 60, 74, 80 f., 83 f., 87-90, 93, 97-99, 134, 150, 152, 154, 156  
 - Verbrechen gegen die Menschlichkeit 41, 43 f., 48-50, 171  
 Verbrechensbekämpfung 66, 69, 129, 131  
 Verbrechenslehre 101, 123  
 Verbrechenschadenstheorie 81 f.  
 Verbrecher (siehe auch Delinquent, Straftäter) 2, 7, 9, 68 f., 150-152, 156  
 Verfahrenseinstellung (→ Strafverfahren)  
 Verfassung XI, 2, 107 f., 113, 124, 127, 136, 147, 153, 155, 174 f., 181  
 - Grundgesetz X, 3, 7, 11, 31, 105 f., 108, 113, 127 f., 131, 133, 135, 144, 147, 150, 169, 200  
 - US-amerikanische Verfassung 129  
 - Weimarer Reichsverfassung 173  
 Verfassungsprinzipien X f., 107  
 Verfassungsrecht VII, X, XII, 32, 70, 105-107, 109, 113, 116, 119, 121, 124, 127 f., 130, 132, 135, 139, 142, 146, 152, 155, 159, 167, 173, 198  
 Verfassungsstaat 8, 59, 105, 151, 157, 169  
 Vergeltung (siehe auch Rache) IX f., 8, 22, 25, 27, 44, 59, 76-79, 82 f., 91, 201  
 Vergeltungsgedanke/-theorie X f., 8 f., 12, 22, 35, 61, 78-80, 83, 88, 92, 99, 101 f.

- Verhältnismäßigkeit 32, 77, 116, 135 f., 155
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 32, 61, 118
- Verschulden (→ Schuld)
- Verwaltungsrecht (-vorschriften) 159, 192, 198
- Viktimisierung 178 f.
- Völkermord 42, 119
- Volksempfinden, gesundes 40
- Vollstreckung (auch Strafvollstreckung)  
VIII f., 3 f., 6, 14, 21, 26 f., 66, 91, 99 f., 119, 127, 129, 132-136, 142, 148, 151 f., 154-156, 158, 160-164, 168 f., 186, 189-192, 201
- Vollstreckungsverzicht 155, 162-164, 168
- Volonté générale 96 f., 102
- Voltaire 36
- Vorstrafen 113 f., 116, 120, 127
- Weimarer Reichsverfassung (→ Verfassung)
- Weimarer Republik 47, 50
- Weizsäcker, Richard von 152
- Welcker, Carl Theodor IX, 65, 81
- Welzel, Hans 86
- Wiederaufnahmeverfahren 122, 169, 188, 191, 194
- Wiedergutmachung XII, 5, 9, 89
- Wiontzek, Sandra 167 f.
- Wohlfahrtsstaat IX, 79
- Wolf, Erik 45
- Wolff, Christian 53
- Württemberg, Thomas 57
- Zaczyk, Rainer 9, 12
- Zippelius, Reinhold 1
- Zivilrecht (siehe auch Privatrecht) 10, 81 f., 89, 195
- Zwangsarbeit 36, 46
- Zwangsbehandlung/-therapie (→ Therapie)

Tagungsbände der Akademiekommission  
„Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“

Bände, die vor 2008 erschienen sind, sind über Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, erhältlich.

*Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, 1. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ vom 26. und 27. April 1985*, hrsg. von Okko Behrends und Christoph Link. Göttingen 1987. € 34,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 157. - Vergriffen

*Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 14. und 15. November 1986*, hrsg. von Christian Starck. Göttingen 1987. € 26,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 168. - Vergriffen

*Gesetzgebung und Dogmatik, 3. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 29. und 30. April 1988*, hrsg. von Okko Behrends und Wolfram Henckel. Göttingen 1989 (2. Aufl. 2004). € 34,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 178.

*Das Gesetz in Spätantike und frühem Mittelalter, 4. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Wolfgang Sellert. Göttingen 1992. € 30,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 196.

*Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden, 5. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 26. und 27. April 1991*, hrsg. von Christian Starck. Göttingen 1992. € 43,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 197.

*Nomos und Gesetz – Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 6. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Okko Behrends und Wolfgang Sellert. Göttingen 1995. € 68,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 209.

*Rangordnung der Gesetze, 7. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994*, hrsg. von Christian Starck. Göttingen

gen 1995. € 42,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 210.

*Das mißglückte Gesetz, 8. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Uwe Diederichsen und Ralf Dreier. Göttingen 1997. € 42,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 223.

*Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 9. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Okko Behrends und Wolfgang Sellert. Göttingen 2000. € 52,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 236.

*Das BGB im Wandel der Epochen, 10. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Uwe Diederichsen und Wolfgang Sellert. Göttingen 2002. € 54,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 248.

*Gesetz und Vertrag I, 11. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 10. und 11. Mai 2002*, hrsg. von Okko Behrends und Christian Starck. Göttingen 2004. € 46,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 262.

*Gesetz und Vertrag II, 12. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Okko Behrends und Christian Starck. Göttingen 2005. € 46,90. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 266.

*Der biblische Gesetzesbegriff – Auf den Spuren seiner Säkularisierung, 13. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Okko Behrends. Göttingen 2006. € 129,-. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Phil.-Hist. Klasse, Dritte Folge, Bd. 278.

*Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 14. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, hrsg. von Okko Behrends und Eva Schumann. Berlin/New York 2008. € 79, 95. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Band 3.