

Vom Unterschied eines bürgernahen zu einem bürgerwürdigen Strafrecht: Ansatz einer demokratischen Kritik an der neuen empirischen Vergeltungslehre in Deutschland

Luka Breneselović

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Breneselović, Luka. 2023. "Vom Unterschied eines bürgernahen zu einem bürgerwürdigen Strafrecht: Ansatz einer demokratischen Kritik an der neuen empirischen Vergeltungslehre in Deutschland." In *Strafrecht und Demokratie: 9. Symposium des Jungen Strafrechts*, 8. - 10. September 2022, Zürich, Schweiz, edited by Lukas Staffler, Gian Ege, Oliver Jany, Luisa Lichtenberger, Andrés Payer, Luca Ranzoni, Franziska Reinicke, Theresa Schweiger, and Dimitrios Tsilikis, 109–30. Baden-Baden: Nomos.
<https://doi.org/10.5771/9783748931225>.

Vom Unterschied eines bürgernahen zu einem bürgerwürdigen Strafrecht

Ansatz einer demokratischen Kritik an der neuen empirischen Vergeltungslehre in Deutschland

Luka Breneselović, Augsburg & Belgrad

In der langen Geschichte der Bemühungen um die Sichtung und Auswahl einer oder mehrerer stichhaltiger Strafbegründungen können immer wieder gewisse Moden herausgestellt werden. Die „Mode“ entfaltet sich dabei inhaltlich. Es geht zentral um gewisse unmittelbare Forderungen an die Reaktion, wenn ein Verbrechen auftritt: *Feuerbach* fordert die negative Generalprävention, die Moderne Schule fordert die Spezialprävention, *H. Mayer* fordert die Strafe als Mittel der Volkwerdung.¹ Zusätzlich zu ihrem unmittelbaren Inhalt hat aber eine straftheoretische „Mode“ immer auch einen gesellschaftlichen Platz und eigenen politischen Kontext. Was gefordert wird, hängt entscheidend und innerlich mit gewissen – befürworteten oder implizit vorhandenen – gesellschaftlichen und politischen Vorstellungen zusammen. Umgekehrt möchten die einzelnen Straftheorien oft selbst als gewisse Verstärker auf ein Bild des Menschen oder Staates einwirken. So betrachtet stellt sich – vielleicht mit einer Ausnahme bei den absoluten Straflehren – die Frage nach der Berechtigung einer Straftheorie nie allein abstrakt, sondern immer *relativ* in Bezug auf die gedachte politische Ordnung und die Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft.²

1 Die ältere straftheoretische Diskussion ist dokumentiert bei *Abegg*, Die verschiedenen Strafrechtstheorien, Neustadt 1835; *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl., Berlin 1888, S. 6 ff.; *Nagler*, Die Strafe, Leipzig 1918; *Kasseckert*, Strafrecht im Dritten Reich, Berlin 2009, S. 167 ff. Für aktuelle Übersichten vgl. z.B. *Roxin/Greco*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl., München 2020, § 3, Rn. 2 ff.; *Montenbruck*, Deutsche Straftheorien, 3. Aufl., Berlin 2016.

2 Vgl. bereits aus dem älteren Schrifttum *Liszt*, Die Rückwirkung der November-Revolution auf Strafrecht und Strafverfahren, JW 1918, 754; *Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, Hamburg 1933. Danach *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft, München 1957, S. 205 ff.; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Berlin 1975, S. 56 ff.; *H. Müller*, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1984, S. 28 ff.; *Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der

Die Absicht meines Aufsatzes ist eine kritische Prüfung des politisch-demokratischen Anspruchs einer neuer Straftheorie – der neuen empirischen Vergeltungslehre in Deutschland – zu leisten, die vor einigen Jahren von Walter in Regensburg vorgeschlagen wurde. Es geht um einen neuen Ansatz der Vergeltungslehre, der vom empirischen Befund, dass die Menschen Vergeltungsbedürfnisse haben, ausgeht und auf dieser Grundlage die Retribution als eine wissenschaftlich moderne und richtige Straftheorie vorschlägt. Walters Forderungen sind dabei zwar nicht prinzipiell auf die Straftheorie begrenzt (es geht auch um Einstellungen zum Deliktskatalog), jedoch entspricht es seiner Grundabsicht, dass sein Ansatz als eine *neue Straftheorie* verstanden wird. Ausgeführt wurde der Ansatz, mit entsprechenden kriminalpolitischen Forderungen, zuerst 2011 in der „Zeit“ und in der „ZIS“.³ Walters Schüler Andrissek hat die Lehre 2017 umfassend geprüft und inhaltlich mit der Lehre von Gerechtigkeitsintuitionen („Intuitions of Justice“) aus den USA verknüpft.⁴

Die bisherige Kritik an Walters und Andrisseks Vergeltungslehre – ich nenne sie hier: neue empirische Vergeltungslehre – konzentrierte sich auf das normative Problem der Irrationalität, auf die die Lehre hinausläuft, sowie auf die Überprüfung des Anspruchs der Lehre, ein „empirischer“ Ansatz zu sein.⁵ Dagegen wurde der politische Anspruch der Lehre, ein

Staat 49 (2010), 331, 348 ff.; Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden 2014, S. 27 ff.; Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, Tübingen 2017, S. 84 ff. (zitiert als Wilfert, Strafe und Gesetzgebung). Lesenswert, aber mit Vorbehalten zu berücksichtigen ist revolutionäres Schrifttum wie Ewald, Theoretische Probleme und Ideologie des „Täterstrafrechts“ im imperialistischen Deutschland, Berlin 1983.

- 3 Walter, Jenseits der Rache – Warum Gesellschaft und Justiz Vergeltung brauchen, Die Zeit v. 15.12.2011 S. 15; ders., Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, ZIS 2011, 636; ferner ders., Das absolute wird relativ – wie sich Vergeltung als Strafzweck soziologisch begründen lässt, in: Gedächtnisschrift für M. Walter, Berlin 2014, S. 831; ders., Strafe und Vergeltung, Baden-Baden 2016 (zitiert als Walter, Strafe und Vergeltung); ders., Grundlage einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes“, 2019, S. 49 (zitiert als Walter, in: Kaspar/Walter [Hrsg.]); ders., Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, 649; ders., Gedanken zur deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft, ZIS 2021, 298.
- 4 Andrissek, Vergeltung als Strafzweck: Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen, Tübingen 2017 (zitiert als Andrissek, Vergeltung als Strafzweck).
- 5 Vgl. zur direkten Kritik H.E. Müller, Deliktsschwereforchung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), S. 117; Köbel/Singelstein, Strafrechtliche Sanktion und gesellschaftliche Erwartung – zu den Problemen und

demokratischer Ansatz zu sein, bisher nicht zentral aufgegriffen, was dem Umstand entsprechen dürfte, dass in der Anfangsphase ein entsprechender Anspruch nur rudimentär vorgetragen worden war.⁶ Spätestens 2020 erhob dann *Walter* einen unmittelbaren Anspruch, dass das Anliegen seines Ansatzes im Zusammenhang mit der Demokratisierung des Strafrechts zu verorten sei.⁷

Meine Gegenthese soll hier lauten, dass sich die neue empirische Vergeltungslehre nur mit einer *mangelhaften Berechtigung* als ein demokratischer Ansatz bezeichnen lässt. Dafür möchte ich Gründe positivrechtlicher und demokratietheoretischer Natur nennen. Zuerst werde ich kurz den neuen Vergeltungsansatz, auch anhand von Originalzitaten, näher darstellen (Punkt I.). Daraufhin werde ich prüfen, inwieweit die Lehre mit der konkreten demokratischen Ordnung des Grundgesetzes vereinbar ist (Punkt II.). In einem zweiten Prüfungsschritt erfolgt dann die Erörterung, inwieweit der demokratische Anspruch der Lehre in Anbetracht der verschiedenen Möglichkeiten, dass man sich dem Phänomen und Begriff des Bürgers annähert, berechtigt ist (Punkt III.). In diesem Abschnitt werden auch die Unterscheidung zwischen einer Bürgernähe und der Bürgerwürdigkeit hervorgehoben und das Verhältnis der Lehre zu den deliberativen Konzepten der Demokratie erörtert. Schließlich werde ich die Untersuchung mit einem Fazit schließen (Punkt IV.).

Gefahren eines publikumsorientierten Strafrechts, NSTz 2020, 333; ferner *Bublitz*, Die Genealogie der Vergeltung, Festschrift für Merkel, Berlin 2019, S. 459, der (S. 481 ff.) auch eine „deliberative“ Verkürzung diskutiert. Ein wichtiger Teil der Kritik erfolgt durch Förderung von Gegenauffassungen. Vgl. dazu insb. *Höffler*, Die Rolle der Spezialprävention aus Sicht der Bevölkerung, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), S. 91; sowie in der Schweiz *Coninx*, Kritische Anmerkungen zu Möglichkeiten und Grenzen empirischer Argumente in der Schweizerischen Strafzweckdiskussion, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), S. 215.

6 Für die frühen Stellungnahmen vgl. insb. *Walter*, ZIS 2011, 636, 636, 646 – sowie die Angaben im Punkt I.

7 *Walter*, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), S. 50, 57; *ders.*, Zur Demokratisierung des Strafrechts, Festschrift für Merkel, Berlin 2020, S. 549 ff. Vgl. für die ähnliche Perspektive auch *Robinson*, Democratizing Criminal Law, Northwestern University Law Review 111 (2017) 6, 1565 und *Hoven*, Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen, KriPoZ 201 8, 276.

I. Die neue empirische Vergeltungslehre und ihr demokratischer Anspruch

Die klassischen Vergeltungslehren, die in der Strafrechtswissenschaft und in der Philosophie vertreten werden, sind metaphysischer Art. Sie knüpfen die Notwendigkeit und die Berechtigung der Vergeltung nicht an einen sozialen oder psychischen Sachverhalt an, sondern gewinnen die Forderung der Vergeltung in einem übergreifenden System von Prinzipien. Der Philosoph findet dieses System und die ihm immanenten Vergeltungsforderungen durch eine kräftige Einsicht und seine vorhandene – oder zumindest öffentlich beanspruchte – persönliche Genialität. Ein bekanntes Beispiel solcher Aufarbeitung findet sich bei *Kant* und *Hegel*, deren Ansätze Gegenstand zahlreicher vorzüglicher Darstellungen sind.⁸ Die neue empirische Vergeltungslehre wird explizit *nicht* metaphysisch begründet und versteht sich insoweit als eine *relative, empirisch-soziologische Vergeltungslehre*.⁹ Es sollen *empirisch* die Vergeltungsbedürfnisse als „ubiquitär feststellbare, antriebsstarke Bedürfnisse des Menschen“ untersucht werden.¹⁰ Der Staat soll sie, das ist die kriminalpolitische Folgerung, sättigen.¹¹

Walter spricht in seinen Darstellungen ausdrücklich davon, dass „die Erkenntnisse der Verhaltenspsychologie“ zeigen würden, „dass im Wesen des Menschen das Bedürfnis verwurzelt ist, Unrecht vergolten zu sehen“.¹² Es geht um „Vergeltungsverlangen von Bürgern“.¹³ Daraus folge, dass dieses Verlangen „geordnet und maßvoll befriedigt werden muss, wenn der Rechtsfrieden einer Gesellschaft erhalten bleiben soll“.¹⁴ Vergeltungsbedürf-

8 Vgl. für gängige Überblicke Hörnle, *Straftheorien*, in: *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, Heidelberg 2019, S. 507 ff.; Roxin/Greco, *Strafrecht AT*, Bd. 1, § 3, Rn. 2 ff.; ferner White (Hrsg.), *Retributivism*, Oxford 2011. Für den – bei direkten Anknüpfungen an *Kant* und *Hegel* öfters in Frage gestellten – metaphysischen Charakter der Ansätze vgl. Hill, *Kant on Punishment*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 5 (1997), 291 und grundlegend Neumann, *Anfragen an Hegels Straftheorie aus „nachmetaphysischer“ Sicht*, in: Hirsch et al. (Hrsg.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden 2011, S. 159. Für die neueren Ansätze, die teilweise nur lose an den Idealismus anknüpfen vgl. systematisierend Bruckmann, *Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien*, *KriPoZ* 2019, 105.

9 Walter, *ZIS* 2011, 636, 646; ders., *Gedächtnisschrift für M. Walter*, S. 836 ff., 841; ders., *Strafe und Vergeltung*, S. 8; ders., in: Kaspar/Walter (Hrsg.), S. 49 f.; ders., *JZ* 2019, 649, 653; zur Empirie Andrissek, *Vergeltung als Strafzweck*, S. 14 ff.

10 Walter, *ZIS* 2011, 636, 636.

11 Walter, *ZIS* 2011, 636, 641 f., 645; ders., *Gedächtnisschrift für M. Walter*, S. 838 f.

12 Walter, *ZIS* 2011, 636, 636.

13 Walter, *ZIS* 2011, 636, 636.

14 Walter, *Gedächtnisschrift für M. Walter*, S. 837.

nis sei ein „Grundbedürfnis der Gesellschaft“.¹⁵ Der Mensch habe „von seiner Natur aus das Bedürfnis“, das Unrecht vergolten zu sehen.¹⁶ Die „Rachewünsche des Opfers“ seien mit diesem Bedürfnis verwandt, aber nicht identisch.¹⁷ Es geht darum, dass „jedes Vergeltungsbedürfnis auch ein gesellschaftliches Bedürfnis“ sei.¹⁸ Durch die Vergeltung schaffe die Gesellschaft „die Bedingungen“, die ihr „Fortbestand verlangt“.¹⁹

Der demokratische Anspruch eines solchen Ansatzes und seiner Forderungen wurde bereits 2011 von *Walter* angedeutet und im Laufe der Zeit verfestigt. Bereits 2011 heißt es, es sei „vor allem, aber nicht nur für demokratisch verfasste Gesellschaften“ von Bedeutung, dem Vergeltungsverlangen der Bürger Rechnung zu tragen.²⁰ „In einer demokratischen Gemeinschaft steht es denen“, so *Walter* weiter, „die Strafgesetze machen und denen, die sie anwenden, gut zu berücksichtigen, für wen diese Gesetze gelten sollen (...)“.²¹ Darüber hinaus wurde ein demokratisches Verständnis, wie es mir scheint, auch in weiteren Teilen der Analyse bereits in frühen Veröffentlichungen vorausgesetzt. Denn der Mensch wird bei *Walter* oft emphatisch als *Bürger* bezeichnet und der Staat als Einrichtung wird mit einer „Gesellschaft mit Verfassung“ gleichgestellt,²² zu der – so ausdrücklich *Walter* – die Demokratie als ein wesentliches Element gehört.²³

In einem speziell dem Thema „Demokratisierung des Strafrechts“ gewidmeten Aufsatz erhob dann *Walter* 2020 unmittelbar den demokratischen Anspruch für sein Anliegen. Die Ausrichtung des Strafphänomens an die Auffassungen über Verbrechen und Strafe in der Bevölkerung würde „eine Möglichkeit“, die „kriminalpolitischen Entscheidungen weiter zu demokratisieren“, darstellen.²⁴ Die Kriminalpolitik, die *Walters* Grundsätze der Vergeltung fördern würde, wäre ein „Schauplatz einer weiteren Demokratisierung des Strafrechts“.²⁵ Dem Ansatz *Walters* komme es auf ein Werben für Demokratisierung an.²⁶ An erster Stelle steht dabei „der Vorschlag, schon

15 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 839.

16 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 837; *ders.*, Strafe und Vergeltung, S. 10.

17 *Walter*, ZIS 2011, 636, 636, 641.

18 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 837.

19 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 839.

20 *Walter*, ZIS 2011, 636, 636.

21 *Walter*, ZIS 2011, 636, 646.

22 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 840.

23 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 840.

24 *Walter*, Festschrift für Merkel, S. 549.

25 *Walter*, Festschrift für Merkel, S. 549.

26 *Walter*, Festschrift für Merkel, S. 563.

in der Kriminalpolitik die Gerechtigkeitsintuitionen der Bürger zu berücksichtigen, die auf dem Gebiet des Strafrechts die Form von Vergeltungsbedürfnissen haben“.²⁷ Die empirische Ermittlung und kriminalpolitische Aufarbeitung solcher Bedürfnisse bewirke im Ergebnis „eine basisdemokratische Grundierung des Strafrechts“.²⁸

II. Die neue empirische Vergeltungslehre und die Konkretisierung des Demokratieprinzips in der geltenden Verfassung (Art. 20 Abs. 2 GG)

Für die Bewertung, inwieweit die neue empirische Vergeltungslehre als ein demokratisches Konstrukt bezeichnet werden kann, ist zuerst vorteilhaft, zu bestimmen, *in welchem demokratischen Kontext man sich bewegt*. Dabei möchte ich, wie in der Rechtswissenschaft üblich, zuerst zwischen einer indirekten und einer direkten Demokratie unterscheiden. Gemeinsam ist beiden Konzepten – dem indirekten und dem direkten –, dass sie von der Souveränität des Volkes ausgehen. Das Volk ist Inhaber der Staatsgewalt.²⁹ In einer *direkten* Demokratie beschließt das Volk selbst die Sachentscheidungen, in einer *indirekten* (repräsentativen) Demokratie tradiert es institutionell durch Wahlen die Sachentscheidungskompetenz an eine Körperschaft, also meistens an Parlamente. Die Unterscheidung ist eine formale, weil im Grunde auch eine „direkte“ und eine „indirekte“ Demokratie ganz unterschiedlich gedacht werden können.³⁰ Sie ist jedoch für diese Untersuchung schon deshalb analytisch förderlich, weil in einem normati-

27 Walter, Festschrift für Merkel, S. 563.

28 Walter, Festschrift für Merkel, S. 563.

29 Brenner, Repräsentative Demokratie, in: Stern et al. (Hrsg.), Staatsrecht der BRD, 2. Aufl., Bd. 2, München 2022, § 30, Rn. 1 ff., 4 ff. (zitiert als: Brenner, in: Stern et al. [Hrsg.]; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Bd. 2, Tübingen 2015, Art. 20, Rn. 82 ff. (zitiert als: Dreier, in: ders. [Hrsg.]); Böckenförde, Demokratische Willensbildung, in: Handbuch des StaatsR, 3. Aufl., Bd. 2, Heidelberg 2004, § 24, Rn. 2 ff. (zitiert als: Böckenförde, in: Handbuch des StaatsR); mit kritischen Überlegungen Jaestedt, Radian der Demokratie, in: Heinig/Terchichte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Tübingen 2013, S. 3, 15; Dreier, Das Problem der Volkssouveränität, in: Stekeler-Weithofer/Zabel (Hrsg.), Philosophie der Republik, Tübingen 2018, S. 37.

30 So kann man unter einer direkten Demokratie die Volksabstimmungen verstehen, bei welchen, im gewissen Sinne, das ganze Volk als ein großes Parlament zur Stimmabgabe aufgerufen wird. Man kann unter direkter Demokratie aber auch fließende Überlegungs- und entscheidungsintensive dynamische Gruppenprozesse verstehen, die nur im Falle gewisser unlösbarer Meinungsunterschiede in Form einer „Stimmabgabe“ aufgelöst werden. Man kann das Parlament als eine notgedrungene Reduktion des ganzen Staatsvolkes auf eine überschaubare Zahl von Repräsentanten betrachten,

ven Kontext, in welchem das eine von zwei alternativen Konzepten fest in der Verfassung etabliert ist, ein unbekümmerter Rekurs auf Ressourcen des anderen Konzeptes auf Strukturdefizite der äußerlich demokratisch wirkenden Überlegungen hindeutet.

Als ersten demokratischen Widerspruch und ein Problem der neuen empirischen Vergeltungslehre möchte ich hervorheben, dass diese mit dem inhaltlichen Rahmen der Demokratie nach der geltenden deutschen Verfassung kaum vereinbar sein dürfte. Der deutsche Verfassungsgeber hat aus historischen, aber auch aus demokratietheoretischen Gründen,³¹ die direkte Demokratie in enge Schranken verwiesen. Der zentrale Art. 20 Abs. 2 GG handelt zwar – im ersten Satz – davon, dass die ganze Staatsgewalt vom Volke ausgeht; und sieht – im zweiten Satz – neben repräsentativen Instrumenten („Wahlen“) auch eine unmittelbare Beschließung der Sachentscheidungen durch das Volk vor („Abstimmungen“). Allerdings enthalten nach ganz herrschender Ansicht weder Art. 20 Abs. 2 noch sonstige Vorschriften im Grundgesetz eine Zuständigkeits- oder Ermächtigungsnorm für das Volk, die Sachentscheidungen als autonomer Gesetzgeber unmittelbar zu treffen. Die Konsequenz ist, dass das ist das unumstrittene Ergebnis der Auslegung des Art. 20 Abs. 2 GG, dass dem Bundestag im Verhältnis zum Volk – auch im Bereich des Strafrechts – ein anerkanntes Gesetzgebungsmonopol zukommt.³²

oder es auch als institutionell selbstständige Wirkungsstätte mit eigenständigen Existenzvorteilen auffassen. Vgl. *Brenner*, in: Stern et al., Bd. 2, § 30, Rn. 40 ff.

- 31 Vgl. *Böckenförde*, in: Handbuch des StaatsR, § 34, Rn. 1 ff., 3 („notwendige Grundform der Demokratie“); *Grzeszick*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Lfg. 97 (München 2022), Art. 20, Rn. 66 ff. (zitiert als *Grzeszick*, in: Düring/Herzog/Scholz) jeweils m.w.N. Vgl. auch die bekannte Untersuchung von *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331, 354 f. (Wert der „Distanzierung qua Repräsentation“); *H.E. Müller/Schmoll*, Deliktsschwerforschung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?, in: *Kaspar/Walter* (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes“? 2019, S. 127 f. Die Überlegungen entsprechen dem bekannten Topos der Veredelung der politischen Entscheidungen durch Parlament in der Demokratietheorie. Vgl. *Dreier*, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, AöR 113 (1988), 451, 461 ff.; *Bessette*, The Mild Voice of Reason, Chicago 1997, S. 6 ff.; *Urbinati*, Representative Democracy, Chicago 2006.
- 32 Insoweit spricht man von einer Entscheidung für die repräsentative Demokratie auf der Bundesebene. Vgl. *Brenner*, in: Stern et al., Bd. 2, § 30, Rn. 1 ff., 59 ff.; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Art. 20 GG, Rn. 102 ff.; *Grzeszick*, in: Düring/Herzog/Scholz, GG, Lfg. 97 (2022), Art. 20, Rn. 69 ff.; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., Bd. 2, München 2018, Art. 20, Rn. 143 ff., 161 ff. Vgl. noch *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 47 ff.

Die neue empirische Vergeltungslehre kann in die geltende, im Art. 20 Abs. 2 GG erfolgte Konkretisierung des Demokratieprinzips nicht ohne formale und materielle Widersprüche eingefügt werden. Die sozialempririschen Untersuchungen, die der neue Vergeltungsansatz fordert, würden immer auf eine Ermittlung von Mehrheitsverhältnissen in der Population abzielen. Solche Befunde laufen im Prinzip auf die Ermittlung von gleicher numerischer Größe wie die – nach GG praktisch nicht zugelassenen – Volksentscheide. Möchte man als eine Grundforderung von *Walters* Lehre das Ziel hervorheben, dass sich der Inhalt von Gesetzen an der empirisch festgestellten Meinungsmehrheit in der Bevölkerung ausrichtet, dann stellt sich ein solches Unternehmen als gewisser Widerspruch zur repräsentativen Demokratie dar.³³ Eine Bindung der Parlamentarier an eine durch empirische Untersuchung ermittelte Volksmeinung würde auf eine Aushöhlung des im Grundgesetz optierten Demokratiemodells und Aufhebung der verfassungsrechtlich etablierten Zuständigkeiten hinauslaufen. Dieser Kritikpunkt ist nicht neu, weist jedoch gerade in seiner alten Eigenschaft auf ein ausgeprägtes *Begründungsdefizit* in *Walters* straftheoretischem Ansatz hin.³⁴

Präziser betrachtet hängt die Richtung der Kritik davon ab, wie man die „Bindung“ der Parlamentarier an die Ergebnisse der empirischen Forschung verstehen möchte. Die neue empirische Vergeltungslehre erhebt diesbezüglich keinen einheitlichen Anspruch, sodass auch der Inhalt des

33 Kritisch *Kaspar*, Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, in: *Kaspar/Walter* (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes“?, 2019, S. 64 f., 77 f. (zitiert als: *Kaspar*, in: *Kaspar/Walter* [Hrsg.]) und aus der schweizerischen Perspektive *Coninx*, in: *Kaspar/Walter* (Hrsg.), S. 231. In staatsrechtlicher Perspektive *Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: *Handbuch des StaatsR*, 3. Aufl., Bd. 3, Heidelberg 2005, § 35, Rn. 23 ff.; *Brenner*, in: *Stern et. al.*, Bd. 2, § 30, Rn. 60 ff. Für eine Zulässigkeit der Volksbefragung – nicht jedoch im Wege der empirischen Sozialforschung – *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Art. 20 GG, Rn. 107f.

34 Aus der älteren kritischen Literatur vgl. *Schuppert*, Bürgerinitiativen als Bürgerbeteiligung an staatlichen Entscheidungen, *AöR* 102 (1977), 369 ff., 393 m.w.N. („Okkupation bestehender Zuständigkeiten“); *Brede/Siebel*, Zur Kritik der Bedürfnisforschung, *Leviathan* 5 (1977), 1. Auf das Problem einer Ungereimtheit der Forderungen der neuen empirischen Vergeltungslehre mit dem System der repräsentativen Demokratie wird auch bei *Walter*, in: *Kaspar/Walter* (Hrsg.), S. 58 [anders jedoch *Walter*, *JZ* 2019, 649, 654], sowie *Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck, S. 151f. („eine offizielle Befragung oder gar ein Volksentscheid wären hier derzeit nicht möglich“) hingewiesen. Die bloße Anzeige einer Schwachstelle kann jedoch die erkannte Grundschwierigkeit nicht beseitigen. Vgl. zur inneren Seite der Problematik unten, Punkt III.

Widerspruchsvorwurfs notwendig variabel ausfallen muss. Angenommen werden darf hier, dass die zentrale Forderung des neuen Vergeltungsansatzes – Vergeltung als Zweck der Strafe – als eine „parlamentsfeste“ Forderung gedacht wird. Die Mitberücksichtigung einer durch empirische Forschung als richtig ausgewiesenen Vergeltungslehre würde das straftheoretische „Ermessen“ der Parlamentarier auf null reduzieren, und damit das Gesetzgebungsmonopol des Parlaments unterlaufen. Sollten die Parlamentarier in anderen Bereichen (wie Bestimmung der Strafhöhe und Verbrechenskataloge) an die ermittelte Mehrheitsmeinung nicht streng gebunden sein,³⁵ dann müsste man die Kritik auf die *Mitberücksichtigungspflicht* des Parlaments konzentrieren: Fällt die Mitberücksichtigungspflicht stark aus, dann liegt auch mit ihrer Etablierung eine Umgehung des Systems der repräsentativen Demokratie nahe.³⁶ Sollte die Bindung andererseits „schwach“ als reine Aufforderung zur Information über das aktuelle Volksrechtsbewusstsein verstanden werden, dann würde das zwar keine Unterlaufung der parlamentarischen Entscheidungskompetenz implizieren, aber mit steigender Irrelevanz der zusammengetragenen Informationen verschwände auch der Kernanspruch, dass ein „basisdemokratisches“ Plus erreicht wird.

35 *Walter* selbst plädiert offenbar im Bereich zahlreicher Einzelheiten fortschreitend für eine gemäßigte Bindung *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 841 ff.; *ders.*, Strafe und Vergeltung, S. 18f.; *ders.*, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), S. 57. Von einer deutlich schwächeren Bindung geht – unter Anlehnung an US-amerikanische Literatur – *Andrissek* aus: *Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck, S. 106ff., 151ff., 183ff. („Außerdem ist es eine zentrale Aufgabe des Gesetzgebers, eine kriminalpolitische Abwägung zwischen Intuitionen und Vernunft vorzunehmen“). Vgl. noch *Kaspar*, in: Kaspar/Walter, S. 62 f., 71, 76 ff.; *ders.*, Wege zur Strafgleichheit, Gedächtnisschrift für Tröndle, Berlin 2019, S. 279, 292 f.

36 Nach den Maßstäben der Diskussion im öffentlichen Recht kann auch eine nicht stringente Bindung eine Verletzung des Grundsatzes vom freien Mandat bedeuten. Vgl. dazu *Greifeld*, Volksentscheid durch Parlamente, Berlin 1983, S. 70 ff., und den Überblick bei *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, Berlin 2016, S. 120ff. Eine offene Auseinandersetzung über die Vor- und Nachteile der direkten Demokratie würde ferner auch die Statuierung gewisser Parlamentsvorbehalte, im Sinne der Materie, über die nur Parlament entscheiden kann, voraussetzen. Vgl. dazu mit einem instruktiven Beispiel *Isensee*, Volksgesetzgebung, DVBl 2001, 1161.

III. Die neue empirische Vergeltungslehre und Demokratietheorie: *mangelnde Bürgerwürdigkeit trotz Bürgernähe aus politischer Sicht*

1. Der „breite“ Begriff des Bürgers in der Behördenreformdiskussion als demokratischer Referenzpunkt

An dieser Stelle darf zugegeben werden, dass die bisherige Analyse einen positivistischen Hauch hatte. Ob ein Konzept demokratisch oder nicht demokratisch ist, lässt sich nicht (nur) anhand der Konkretisierungen des Demokratieprinzips im Grundgesetz oder einer anderen geltenden Verfassung bestimmen. Allerdings dürfte der Anspruch der neuen empirischen Vergeltungslehre, demokratisch zu sein, auch aus der Sicht allgemeiner demokratischer Überlegungen fraglich und widersprüchlich sein. Ein solcher Anspruch beruht, das ist der Kern des hier erhobenen Vorwurfs, auf einer geistesgeschichtlich bedingten Verwechslung einer *Bürgernähe* mit der Demokratie. Die Wurzel und der Kontext dieser Verwechslung können in der Entwicklung der Diskussion über das „New Public Management“ und „Neues Steuerungsmodell“ seit den 1980er Jahren verortet werden. Wer die Bürgernähe – also eine äußerliche Erkundung und Befolgung von Bürgerwünschen – als „Demokratie“ versteht, überträgt bewusst oder unbewusst die Denkmuster der für die Reform der (Kommunal-)Verwaltung am Ausgang des 20. Jahrhunderts entwickelten Diskussion in die Domäne der grundlegenden Entscheidungen der Staatsgemeinschaft, und das auf eine Art und Weise, die – wie ich behaupte – demokratiewidrig ist.

Der Grundgedanke des „New Public Management“ als Reformbewegung und seiner späteren Modifikationen ist, dass über die Fragen der Organisation und Funktion der Behörden und über die Art ihres Verhältnisses zu den Bürgern nicht die tradierten bürokratischen Vorstellungen, sondern die Grundsätze der Betriebswirtschaftslehre walten sollen.³⁷ In Bezug auf die

37 Vgl. *Grüning*, Grundlagen des New Public Management, Münster 2000 (zitiert als: *Grüning*, Grundlagen des New Public Management); *ders.*, Origin and Theoretical Basis of New Public Management, *International Public Management Journal* 4 (2001) 1, 25; *Schedler*, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung, in: Pulitano (Hrsg.), *New Public Management*, Bern 2000, S. 33; *Schedler/Proeller*, *New Public Management*, 5. Aufl., Bern 2011; *Schröter*, *New Public Management*, in: Veit et al. (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 5. Aufl., Berlin 2019, S. 115; *Gourmelon* et al., *Management im öffentlichen Sektor*, 4. Aufl., Heidelberg 2020, S. 11ff. Für die spezifisch deutsche Entwicklung, mit Akzenten im Kommunalbereich, vgl. *Bogumil/Kißler*, Risiken und Chancen eines Neuen Steuerungsmodells, in: *dies.* (Hrsg.), *Verwaltungsmodernisierung und lokale Demokratie*, Baden-Baden 1997, S. 9.

Bürger bedeutet das, dass sie technisch als Verbraucher oder Kunden aufgefasst werden.³⁸ Das geschieht in dem Bereich der „New-Public-Management“-Lehre zweifelslos zwecks Förderung einer besseren Leistungskultur, denn der Bürger soll im Verhältnis zur Verwaltung, anders als ein Untertan, eine „Subjektstellung“, die dem Verhältnis zwischen Kaufleuten und ihren Klienten entliehen ist, erhalten. Insoweit sprach man im Rahmen der Diskussion über „New Public Management“ und verwandte Reformplattformen gerne von einer Neuetablierung der „Bürgernähe“, die einer Logik der Kundenorientierung folgt.³⁹ Andererseits zeigten verschiedene Autoren schon in den 1990er Jahren an, dass das Konzept im Grunde genommen die klassische demokratische Rolle des Bürgers als aktives Subjekt – dort, wo es faktisch oder als normatives Ideal besteht – auslöscht und insofern,

38 Dazu kritisch *Schedler*, Zur Vereinbarkeit von wirkungsorientierter Verwaltungsführung und Demokratie, *Swiss Political Science Review* 1 (1995) 4, 154, 17f.; *Reichard*, Neue Ansätze der Führung und Leitung, in: König/Siedentopf (Hrsg.), *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, 2. Aufl., Baden-Baden 1997, S. 641, 658 f.; *Grüning*, Grundlagen des New Public Management, S. 361 ff.; *Box/Marshall* et al., *New Public Management and Substantive Democracy*, *Public Administration Review* 61 (2001) 5, 608, 611 ff.; *Noll*, Bürger und Kommune, Marburg 2007, S. 99 ff. (zitiert als: *Noll*, Bürger und Kommune); *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, 2008, S. 193 ff. (zitiert als: *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht); *Schröter*, Die Reform des öffentlichen Sektors als Demokratieproblem – New Public Management im Spiegel politischer Theorie, *Kurswechsel* 2008, Heft 2, S. 27, 32 ff.; *ders.*, Der öffentliche Managerialismus im Lichte der Demokratietheorie, in: König (Hrsg.), *Grundmuster der Verwaltungskultur*, 2014, S. 271, 294 f. (zitiert als: *Schröter*, in: König [Hrsg.]); *Lörig*, Die kundenorientierte Verwaltung, in: Czerwick et al. (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung*, Wiesbaden 2009, S. 225, 234 ff. (zitiert als: *Lörig*, in: Czerwick et al. [Hrsg.]). Affirmativ *Kißler*, Kundenorientierung der Kommunalverwaltung – eine dritte Säule der lokalen Demokratie?, in: Bogumil/Kißler (Hrsg.), *Verwaltungsmodernisierung und lokale Demokratie*, Baden-Baden 1997, S. 95; *Schiller*, Verwaltungsmodernisierung und direkte Demokratie, ebendort, S. 113, 120 f.; *Bogumil* et al., *Verwaltung auf Augenhöhe*, Baden-Baden 2001, S. 15 ff.; *Bresser-Pereira*, *Democracy and Public Management Reform*, Oxford 2004, S. 193 f., 267 ff.

39 Vgl. aus dem ursprünglichen und späteren Reformschrifttum *Reinermann*, Ein neues Paradigma für die öffentliche Verwaltung, Speyer 1993, S. 20 f. (größere Bürgernähe, Bürger als Klienten); *Deckert/Wind*, Das neue Steuerungsmodell, Köln 1996, S. 3 („bürgernah und wirtschaftlich“, „kundenfreundlich“); *Hill*, Verwaltungsmodernisierung als Demokratiechance in der Kommune, in: Bogumil/Kißler (Hrsg.), *Verwaltungsmodernisierung und lokale Demokratie*, Baden-Baden 1997, S. 23, 29 f. (Bildung von konsultativen Produktgruppen als Demokratisierung); *Margies*, Kundenorientierung in Bürgerbüros, Speyer 2002 (zitiert als: *Margies*, Kundenorientierung in Bürgerbüros), S. 1, 4 ff. (Bürgernähe, Bürger als Kunden).

obwohl es mannigfaltig auf der Agenda demokratischer Programme auftrat, nichtdemokratisch ist.⁴⁰

Wie oben hervorgehoben, möchte die neue empirische Vergeltungslehre mit Mitteln der empirischen Forschung die Vergeltungsbedürfnisse und das Kriminalitätsverständnis der Bürger erkunden. Der Staat soll die Vergeltungsbedürfnisse wie einen bestehenden gesellschaftlichen Bedarf auffassen und sie sättigen. Dieses Vorgehen hat eine immanente Verbraucherlogik, die, auch wenn man die Herangehensweise generell billigen möchte, außerhalb der spezifischen Demokratierhetorik des „New Public Management“ kein demokratisches Zeichen trägt. Denn die unbestrittene Schaffung einer Bürgernähe – im Sinne von Annäherung an Bürgerwünsche – bedeutet an sich noch keine Würdigung der Bürger in der spezifischen Rolle als Inhaber der Staatsgewalt. Man kann sich durch verschiedene empirische Forschungen genauso gut den Erwartungen von Studierenden in einem Kurs, der Meinung der Touristen in einem Hotel oder den Präferenzen von Kunden eines Unternehmens annähern. Sogar die Essenspräferenzen von Pferden und von Tieren in einem Zoo sind empirisch ermittelbar. Aber das Mitberücksichtigen von Kundenwünschen oder Tierbedürfnissen an sich ist kategorial noch kein demokratisches Anliegen. Die Bürger werden ähnlich Verbrauchern nur als ein Objekt der Wahrnehmung behandelt.

Das Konzept des „New Public Management“ und mit ihm verwandte Plattformen der Bürgernähe haben in zahlreichen Staaten der Welt, viel intensiver als in Deutschland, den Menschen, die mit Anträgen und Forderungen bei den Behörden erscheinen, ein Stück der im Staat sonst verlorenen Würde zurückgegeben. Sie versprochen eine schnelle und „unbürokratische“ Bearbeitung des Anliegens und eine grundlegende Ausrichtung am Bedarf und den Wünschen von Bürgern, vor allem im kommunalen Bereich. Solche positiven Erscheinungen sind jedoch nicht an sich demokratisch. Man kann auch in der Epoche des Absolutismus sehr anspruchsvolle Erfolgsgeschichten über eine vom Herrscher eingeleitete Annäherung an Bürgercharakter und Volksbräuche finden.⁴¹ Die Demokratie setzt jedoch begrifflich nicht voraus, dass etwas nach dem Geschmack von Bürgern

40 *Schedler*, *Swiss Political Science Review* 1 (1995) 4, 154; *Box et al.*, *Public Administration Review* 61 (2001) 5, 608; *Christensen/Laegreid*, *Organization Theory, The Journal of Political Philosophy* 10 (2002) 3, 267, 280 ff.; *Schröter*, *Kurswechsel* 2008, Heft 2, 27, 32 ff.; *ders.*, in: *König* (Hrsg.), insb. S. 294 ff.

41 Für diese Gattung im aufgeklärten Absolutismus vgl. z.B. *Gianni*, *Die Staatsverwaltung Von Toskana unter Der Regierung Seiner Königlichen Majestät Leopold II.*, Leipzig 1795. Für das Bedürfnis der Annäherung an den Volkscharakter im älteren

abläuft (das kann auch jedes Unternehmen und auch ein absolutistischer Staat leisten), sondern dass der Ablauf selbst im Machtbereich von Bürgern als Herrscher liegt. Wie gleich näher zu erörtern ist, setzt eine Demokratie ein normatives Verständnis der Bürgerrolle voraus, die wesentlich anders ist als die Rolle, die ein Bürger-Kunde oder Verbraucher-Bürger des „New Public Management“ hat.

2. Der „enge“ Begriff des aktiven Bürgers in der Demokratietheorie als Gegen-Ideal

Das Bild des Bürgers in der Demokratietheorie weicht kategorial von dem Bürgerbild ab, das vom „New Public Management“ und der neuen empirischen Vergeltungslehre geteilt wird. Viele möchten von einem republikanischen Bürgerverständnis sprechen,⁴² was für die allgemeine Diskussion dann berechtigt ist, wenn man unter Republikanismus die Tradition von Stadtstaaten versteht; und nicht die – in einigen Staaten im Gegensatz stehend zur „liberalistisch“ firmierten – „republikanische“ Staatsphilosophie. Im Grunde geht es – ob bei dem Begriff des Bürgers der attischen Polis, beim Citoyen der Aufklärung oder beim Citizen des Pragmatismus – um das Bild eines Subjektbürgers.⁴³ Er ist ein aktiver Bürger, der im Staat

Schrifttum vgl. J. Schröder, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre, ZRG GA 109 (1991),1.

42 Vgl. Putnam, Making Democracy Work, Princeton 1994 (zitiert als: Putnam, Making Democracy Work); Dagger, Civic Virtues, New York 1997 (zitiert als: Dagger, Civic Virtues); Richter, Republikanische Politik, Reinbek 2004; Buchheim, Zur Ideengeschichte des republikanischen Staates, in: Gröschner/Lembcke (Hrsg.), Freistaatlichkeit, Tübingen 2011, S.1; Wiegand/Zabel, Der demokratische Verfassungsstaat zwischen Ideal und Wirklichkeit, Der Staat 50 (2011),73, 95 ff.; Gröschner, Republik, in: Festschrift für P. Kirchhof, Bd. 1, Heidelberg 2013, S. 263; Llanque, Der republikanische Bürgerbegriff, in: Thiel/Volk (Hrsg.), Die Aktualität des Republikanismus, Baden-Baden 2016, S. 95; Zucca-Soest, Individuum und Gemeinschaft im Republikanismus, in: Thiel/Volk (Hrsg.), S.127; Goerlich/Wiegand, Verspätete Republik, in: Gräfin v. Schlieffen, Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur, Tübingen 2018, S.39. Für enges Verständnis des „Republikanismus“ vgl. insb. Schulz, Die Krise des Republikanismus, Baden-Baden 2015; für zentralen Versuch einer Begriffsbestimmung vgl. Wiegand, Demokratie und Republik, Tübingen 2017.

43 Haller, Repräsentation, Münster 1987; Dreier, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille, AöR 113(1988),450, 458ff.; Putnam, Making Democracy Work, S. 86 ff., 162ff.; Dagger, Civic Virtues, S. 98 ff.; Honneth, Demokratie als reflexive Kooperation, in: Brunkhorst/Niesen (Hrsg.), Das Recht der Republik, Frankfurt a.M. 1999, S. 37 (zitiert als: Honneth, in: Brunkhorst/Niesen [Hrsg.]); Forndran, De-

nicht bloß als ein Gegenstand der *guten Policy* oder ein Objekt eines Verwaltungsinteresses auftritt, sondern durch eine innere Verflechtung mit Gemeinschaft und Staatsgeschehen mittels öffentlichen Handelns seine Herrscherrolle im Rahmen einer demokratisch konstruierten Ordnung entfaltet. Vor allem steht der aktive Bürger einer Demokratie dem Staat nicht allein gegenüber: Er aktiviert und durchlebt seine Herrscherrolle in einem dynamischen Prozess der kollektiven Befassung mit dem Öffentlichen in der zivilen Gesellschaft.

Das Phänomen eines aktiven Bürgers als demokratisches Grundelement ist breiter als es die staatsrechtliche Diskussion über die Fassung des demokratischen Staates zulässt. Denn während es in der modernen staatsrechtlichen Diskussion um das *Anrecht des Bürgers an der – direkten oder indirekten – Gesetzgebung* geht, entfaltet sich die bürgerliche Herrscherrolle täglich in mannigfaltigen verflochtenen Zusammenhängen der Meinungsbildung, fachlicher Selbstspezialisierung, spontanem und geplantem Überwachen von öffentlichen Arbeiten, der Wirkung in und durch Zusammenkünfte und Verbände.⁴⁴ Dass sich dabei in einer bevölkerungs- bzw. ressourcenreichen Gemeinschaft nicht jeder Bürger gleich, ja nicht jeder einzelne Bürger überhaupt um *res publica* kümmern muss, liegt auf der Hand. Der moderne Staat, mit seinen streng geregelten Einrichtungen wie Parlamenten oder Gerichten, entlastet die klassische Bürgerrolle. Die Parlamente üben das Verfahren der Analyse, Erkundung und Entscheidung anstelle der Bürger aus. Damit besteht ein demokratischer Widerspruch in der neuen empi-

mokratie und demokratischer Staat in der Krise, Baden-Baden 2002, S. 273 ff.; Richter, Die Wurzeln der Demokratie, Göttingen 2008, S. 207 ff.; Scherb, Der Bürger in der streitbaren Demokratie, Wiesbaden 2008, S. 47 ff.; Schröter, Kurswechsel 2008, Heft 2, 27, 33 ff.; Kasiske, Rechts- und Demokratietheorie im amerikanischen Pragmatismus, Baden-Baden 2009, S. 126 ff. (zitiert als: Kasiske, Rechts- und Demokratietheorie); Zucca-Soest, Gerechtigkeit und Rationalität im Republikanismus, in: Stekeler-Weithofer/Zabel (Hrsg.), Philosophie der Republik, Tübingen 2018, S. 344, 353 ff.; Schliesky, Der Bürgerstatus als Grundpfeiler des demokratischen Verfassungsstaates, in: Festschrift für Schmitd-Jortzig, Berlin 2022, S. 15, 36 ff. Für die allgemeine Bedeutung der Bürgerstellung in der politischen Theorie vid. Schmitz, Homo democraticus, Opladen 2000, S. 304 ff.

- 44 Rinken, Aufgabe der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Bürgernahe Verwaltung?, Neuwied 1979, S. 23 (Der Bürger ist „ständig am Herrschaftsprozess zu beteiligen“); Putnam, Making Democracy Work, S. 89 ff., 162 ff.; Benhabib, Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy, in: dies. (Hrsg.), Democracy and Difference, Princeton 1996, S. 67, 73 f. (zitiert als: Benhabib, in: dies. [Hrsg.]); Nantz, Rediscovering Republicanism, Lanham 2022, S. 169 ff. Vgl. ferner die Literatur unten, im Abschnitt III.4.

rischen Vergeltungslehre, wenn sie direkt auf die Meinung von Bürgern zugreifen möchte, ohne dem Bürger den an das Parlament abgewanderten Prozess der Analyse, Erkundung und Entscheidung zurück anzuvertrauen.

In einer repräsentativen Demokratie, bei welcher Analyse, Erkundung und Entscheidung dem Parlament delegiert sind, tritt der Bürger selbständig in der Regel nur in einer „deprivierten“ Rolle auf; es kommt bedingt durch die Rolle des Parlaments zu einer Erlahmung der bürgerlichen Aktivität. Einerseits wird der Prozess der Analyse, Erkundung und Entscheidung systematisch, manchmal sogar auch wissenschaftlich im Parlament vollzogen, andererseits kommt es, wie es in der Staatlehre und Politikwissenschaft diagnostiziert wurde, zu einer „kollektiven Verdrossenheit der Bürger“.⁴⁵ In einer ideal gedachten *direkten* Demokratie wird der Bürger, anders als im Ansatz der neuen empirischen Vergeltungslehre, nicht einfach über seine Meinung wie ein Objekt gefragt, sondern taucht als *aktiver, wachsamer Bürger* inmitten des demokratischen Prozesses auf. Er nimmt als Subjekt an einem semi-institutionalisierten Entscheidungsprozess teil, der sich gemeinschaftlich in fließenden und dynamischen gesellschaftlichen Formen aus Fragebildung, Erkundung, Analyse und Entscheidung zusammensetzt. Die Wachsamkeit des Bürgers bedingt sich in der direkten Demokratie wechselseitig mit ihrer Form des demokratischen Prozesses, während sie in einer repräsentativen Demokratie fehlt bzw. nicht unmittelbar durch die Form des Prozesses gewährleistet wird.

Der Ansatz der neuen empirischen Vergeltungslehre zielt zentral darauf, die Entscheidungen des Parlaments als zentrales Gremium für die Analyse, Erkundung und Entscheidung an *Vorstellungen von Bürgern zu binden*, denen die Analyse-, Erkundungs- und Entscheidungspotenziale gerade wegen der Grundentscheidung für eine parlamentarische Demokratie fortschrittlich entzogen werden. Die bloße Meinungsabnahme von – in verschiedenen tatsächlichen Graden – nicht wachsamem Bürgern, ohne systematische Aktivierung ihrer politischen Potenziale, mag man als eine Annäherung

45 Die Kritik wird mit Begriffen der „Politikverdrossenheit“ und „politischen Apathie“ artikuliert. Vgl. zur Politikverdrossenheit *Huth*, Politische Verdrossenheit, Münster 2004; und zur Apathie – einem Topos aus der US-amerikanischen Empirie – bereits *Zimpel*, Selbstbestimmung oder Akklamation, Stuttgart 1972, S. 110ff. Ferner *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 10. Aufl., Tübingen 2020, S. 337ff.; *Pinzani*, An den Wurzeln moderner Demokratie, Berlin 2009, S. 335ff.; *Lösch*, Keine Demokratie ohne Partizipation, in: Widmaier/Nonnenmacher (Hrsg.), Partizipation als Bildungsziel, Schwalbach 2011, S. 115ff.; und als staatsrechtliche Warnung *Maurer*, Staatsrecht, 6. Aufl., München 2010, § 7, Rn. 55.

an die Bürger in dem oben bezeichneten Sinne (Punkt III.1.) betrachten. Diese Bürgernähe überzeugt aber nicht als ein tragfähig *bürgerwürdiges* Konzept. Aus der Sicht des demokratischen Ideals eines aktiven Bürgers wird in *Walters* Ansatz, dort, wo es um Sammlung und Würdigung der Einstellungen der Bürger gehen sollte, der Bürger in einem *spezifischen Zustand der Unachtsamkeit* aufgesucht, der nicht, wie *Walter* annimmt, einem „basisdemokratischem“ Zustand entspricht, sondern eine strukturell mit dem repräsentativen Prinzip bedingte Deprivationserscheinung ist.

3. Beispiele des Bürgerbegriffs bei *Walter* und *Andrissek*

Dass bei *Walter* im Grunde bei der Erörterung seiner Vergeltungslehre ein Vorverständnis des „New Public Management“ und verwandter Plattformen vorschwebt, ist meines Erachtens evident. Denn es gibt keinen anderen politisch-theoretischen Zusammenhang, in welchem eine bloße Annäherung an die Bürger als ein demokratischer Inhalt aufgefasst wird. Daneben sprechen für einen Einfluss des „New Public Management“ auch konkrete Anhaltspunkte wie die Verwendung des Begriffs des Bürgers bei *Walter*. Die Ideale des „New Public Management“ und verwandter Konzepte wurden in Europa vordergründig im kommunalen Bereich entwickelt, wo es politisch ging, das Verhältnis zwischen Bürokratie und Bürger effektiver und menschengerechter auszugestalten. Aus dieser geistesgeschichtlich spezifischen Perspektive wird auch der Bürgerbegriff des „New Public Management“ eigentlich nicht in einem demokratischen Sinne präzisiert. Bürger ist vielmehr für dieses Konzept jeder, der ein Anliegen bei der Verwaltung hat; ein durch ein Land im Transit durchfahrender Automobilist mit einem Anliegen vor einer Behörde genauso wie ein alle Einzelheiten der Nachbarschaftsarmut oder Jugendkriminalität in derselben Stadt überblickender Vorstand eines wohlthätigen Vereins.

Das Demokratiekonzept verlangt, anders als die Analysen der Verwaltung-Kunde-Relation im „New Public Management“, dass unter Bürgern nur die Träger der Souveränität, also die Staatsbürger oder – auf kommunaler Ebene – Mitglieder einer Gemeinschaft mit Stimmrechten verstanden werden. In *Walters* Ausführungen wird das Problem des Fehlens einer empirischen Übereinstimmung zwischen *Staatsbürger* als Staatsvolk und *Bevölkerung* als Einwohnermasse gänzlich übersehen. Sein straftheoretisches Konzept möchte *demokratisch* sein, was begrifflich deutlich eine

Abstellung auf die Meinung und politischen Wünsche der Staatsbürger verlangt. Davon ist jedoch bei *Walter* keine Rede. Denn in empirischen Studien, auf die er Rücksicht nimmt,⁴⁶ wird, soweit ersichtlich, keine Eingrenzung der Probanden nach Staatsangehörigkeit durchgeführt. Auch sprachlich besteht eine Unklarheit: *Walter* geht es im Text fließend etwa einerseits um „in Deutschland lebende Menschen“⁴⁷ und andererseits um „Bürger“.⁴⁸ Bei *Andrissek* begegnet dem Leser die Forderung nach einem „Diskurs zwischen Staat und Bürger“.⁴⁹ Dem liegen meines Erachtens eine folgenreiche begriffliche Verschiebung und ein politisches Missverständnis zugrunde. Denn im „New Public Management“ hat die Gegenüberstellung von Behörde und Bürger den Sinn, *den Bürger und seine Angelegenheit auf eine Augenhöhe mit der Bürokratie zu setzen*.⁵⁰ Demgegenüber dürfte bei der Gegenüberstellung von *Staat* und *Bürger* als zwei Entitäten, die einen „Diskurs“ führen, eine absolutistische Konnotation hinzukommen, die mit dem Konzept der Zurückführung der staatlichen Gewalt auf die Volkssouveränität unvereinbar ist.⁵¹

Dass die Logik des „New Public Management“, wenn man sie von der lokal-kommunalen auf eine gesamtstaatliche Ebene übertragen möchte, im Grunde zur Etablierung eines nichtdemokratischen Denkens führt,

46 *Walter*, ZIS 2011,636, 638 ff.

47 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 842;

48 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 842; vgl. noch *ders.*, ZIS 2011,636, 636 ff., *ders.*, Strafe und Vergeltung, S. 18.

49 *Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck, S. 152,234.

50 Vgl. aus dem Reformschrifttum *Kißler* et al., Das kleine Rathaus, Baden-Baden 1994, S. 95 („Sie wollen sich nicht länger als BittstellerInnen behandeln lassen und verlangen nicht zu Unrecht gute Leistungen für gutes Geld, das sie immerhin in Form von Steuern und Gebühren zahlen.“); *Kißler*, in: Bogumil/Kißler (Hrsg.), S. 105 (der Bürger komme durch Beachtung seiner Bedürfnisse und Interessen als Kunde „in Augenhöhe“); *Noll*, Bürger und Kommune, S. 99. Für die Perspektive im Staatsrecht vgl. *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 25 ff.

51 *Andrissek* meint, dass durch das Berücksichtigen der Verbrechenbedürfnisse in der Bevölkerung eine „Kooperation“ zwischen Staat und Bevölkerung gesichert wird, wobei die lautende Parole lautet: „Vertraut uns! Wir machen das, was eueren Vorstellungen von Gerechtigkeit entspricht“ (*Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck, S. 80). „Es geht um Botschaften des Strafrechtssystems an die Bevölkerung, der Staat muss sein Strafonopol permanent rechtfertigen, um die Kooperation der Bevölkerung zu erhalten“ (ebenda). M.E. haben diese Ausführungen eine ausgeprägte absolutistische Tendenz. Dem Leser möchte ich jedoch nicht vorenthalten, dass bei *Andrissek* gelegentlich unklar bleibt, ob er nur die fremden Ansichten (von Autoren aus den USA) zusammenfasst oder sie als für sein eigenes Konzept grundlegende Überlegungen affirmativ referiert.

haben bereits in den 1990er Jahren auch jene Autoren erkannt, die sich grundsätzlich günstig über derartige Reformplattformen im kommunalen Bereich äußerten. So forderte *Glück* in seiner grundlegenden Untersuchung über „Bürgerzufriedenheit“, dass unter Bürgern auch in einem kommunal-regionalen Bereich nur jene Einwohner „mit vollen politischen Rechten und Pflichten“ zu verstehen seien.⁵² Etabliert haben sich differenzierte Ansätze, die den Bürger im kommunalen Bereich in spezifischen Rollen – der Bürger als politischer Auftraggeber, der Bürger als Mitgestalter des Gemeinwesens, der Bürger als „Adressat der Leistungserstellung“ – aufgreifen. Dabei soll das Denken in der Relation Kunde-Verwaltung und in Begriffen wie Bedürfnis und Zufriedenheit *nur* für die letztgesagte Rolle reserviert werden,⁵³ während in allen übrigen Angelegenheiten, der Bürger – anders als bei *Walter* – keiner Kundenlogik unterordnet werden sollte, sondern in klassischer Rolle eines aktiv beteiligten Subjekts in einem politischen Prozess erscheinen soll.

Dem Idealtypus eines aktiven Bürgers nähern sich in der Tendenz jene Ausführungen bei *Walter*, die ausdrücklich verlangen, dass die Bürger vor der empirischen Abnahme ihrer Vergeltungsverständnisse und Strafbedürfnisse *gut informiert werden*.⁵⁴ „Informiert heißt, dass ihm [dem Bürger] zumindest die wichtigsten gesicherten Erkenntnisse zur Wirklichkeit der Kriminalität und der Sanktionen mitgeteilt werden.“⁵⁵ Diese Idee eines Vor-Inputs kann gewiss als ein Anstoß zum aktiven Denken verstanden werden. Aber auch dieser Aspekt wird bei *Walter* im Grunde äußerst passiv gedacht. Es soll um Lieferung von fertigen Informationen an die Bürger seitens des Staates gehen.⁵⁶ Ein qualitätsvoller kollektiver Prozess der politischen Meinungsbildung und Argumentation ist etwas anderes als bloß separate Hinzuleitung von Informationen an die einzelnen Individuen, deren Meinung dann separat erhoben und vom Staat zusammenaddiert

52 *Glück*, Vertrauen und Legitimation, Bern 2007, S. 39 ff.

53 *Bogumil/Kißler*, Vom Untertan zum Kunden?, Berlin, 1995, S. 27 ff.; *Margies*, Kundenorientierung in Bürgerbüros, S. 4 ff.; *Lörig*, in: Czerwik (Hrsg.), S. 225, 234 ff.; *Winkel*, Wege zur Revitalisierung der kommunalen Selbstverwaltung durch Bürgerbeteiligung, in: Festschrift für Kutscha, 2013, S. 316 ff.

54 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 842 („informierte Bürger“); *ders.*, Vergeltung und Strafrecht, S. 18 („informierter Bürger“). Für die Forderung eines informierten Bürgers im Verwaltungsrechtsreformtum s. *Kißler*, in: *Bogumil/Kißler* (Hrsg.), S. 107f.

55 *Walter*, Vergeltung und Strafrecht, S. 18.

56 *Walter*, Gedächtnisschrift für M. Walter, S. 842; *ders.*, Vergeltung und Strafrecht, S. 18. Gegen bloße Meinungsumfragen *Andrissek*, Vergeltung als Strafzweck, S. 109f., 171ff.

werden soll. Außerdem dürfte dem Idealbild eines aktiven Bürgers bereits das Ziel widerstreben, dass der Staat, wohl selbst eine Variable der Kriminalitäts- und Sanktionswirklichkeit, über maßgebliche „wichtigste gesicherte Erkenntnisse“ unterrichten soll.

4. Die neue empirische Vergeltungslehre und das Ideal der „deliberativen“ Demokratie

In den bisherigen Ausführungen wurde die Kritik an dem demokratischen Anspruch von *Walter* durch Betrachtung von verschiedenen Idealtypen von Bürgern geübt. *Walters* Ansatz entspricht, wie hier festgestellt wurde, stark einem Typus des Verbraucher- oder Kundenbürgers, wogegen er mit jenen Konzepten, die einen aktiven Bürger fordern, nicht vereinbar ist (formal, weil er nicht auf Staatsbürger abstellt; materiell, weil er gerade die Bedürfnisse von eingeschlafenen, apathischen Bürgern einer repräsentativen Demokratie sammeln möchte). Daneben kann man eine ausgeprägte demokratische Kritik an *Walters* Ansatz auch aus dem Blickwinkel der diskursiven oder deliberativen Demokratie entwickeln. Dieser Ansatz der Kritik ist meines Erachtens im Vergleich mit jener Kritik, die von Idealtypen der Bürger ausgeht, enger, weil sich die aktive Rolle des Bürgers in einer Demokratie nicht in seiner Rolle als Teilnehmer am Entscheidungsprozess („Deliberation“) erschöpft, sondern vielmehr einen mannigfaltigen Einsatz auch außerhalb der Sphäre der Gesetzgebung und Normsetzung, eben eine vollständige und organische Aktivität als Ideal, beinhaltet.

Die deliberative Demokratie, verstanden als ein anzustrebendes Ideal, kann unterschiedlich gedacht werden. Die Ausführungen hier beruhen auf jenem wenig ideologisch ausgerichteten Teil der Lehre, für welchen die Kernforderung der deliberativen Demokratie der Gedanke einer rationalen und kollektiven Willensbildung ausmacht.⁵⁷ Das Konzept wendet sich im Bereich des Umgangs mit Bürgern gegen einen „Mythos des Ge-

57 *Cohen*, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in: Hamlin/Pettit (Hrsg.), *The Good Polity*, Oxford 1989, S. 17; *Benhabib*, in: dies. (Hrsg.), S. 67; *Suntrup*, *Zur Verfassung der deliberativen Demokratie*, *Der Staat* 49 (2010), 605. Vgl. z.B. ferner die Schilderungen bei *Gutmann/Thompson*, *Why Deliberative Democracy*, Princeton 2004; *Kasiske*, *Rechts- und Demokratietheorie*, S. 162ff.; *Gaus*, *Von der Kritik liberaler Demokratie zur Analyse der deliberativen Demokratie*, in: Landwehr/Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Deliberative Demokratie*, Baden-Baden 2014, S. 29; *Wilfert*, *Strafe und Strafgesetzgebung*, S. 64 ff.

gebenen“, bei welchem die exogenen Präferenzen der Bürger als „nicht rechtfertigungsbedürftig in den Entscheidungsprozess eingeschleust“ werden sollen.⁵⁸ Der Sinn einer öffentlichen Totaluntersuchung bei „deliberativen Verfahren“ ist also nicht Durchdringung und Zählung von bereits vorhandenen Meinungen, sondern Schaffung einer bzw. mehrerer öffentlicher Diskussionen, an deren Ende die eigenen Meinungen von Einzelnen schärfer gefasst, überprüft und von Einzelnen übernommen, profiliert und ggf. verworfen werden. Die „Quelle der Legitimation“, in diesem Sinne, „ist nicht der vorgegebene Wille der Einzelnen, sondern der Formungsprozess, die Deliberation selbst“.⁵⁹

Es liegt auf der Hand, dass der Ansatz der neuen empirischen Vergeltungslehre mit dem skizzierten Verständnis der Bedeutung von Öffentlichkeit und Partizipation nicht kompatibel ist. *Walter* betrachtet seinen Bürger wie ein Objekt, dem zwar durch den Staat Informationen zugeführt werden sollen, dessen Meinung jedoch isoliert von anderen Meinungen gesammelt und mit weiteren Meinungen in einem empirischen Verfahren addiert werden soll. Das kann man als „Demokratisierung“ nur dann bezeichnen, wenn bereits in dem Interesse für die Meinung der Bürger – im Unterschied etwa zu partikularen Interessen der Aristokratie in einer Monarchie – eine „Demokratisierung“ gesehen wird. Ähnliche Strategien der Annäherung, etwa im Bereich der Kundenzufriedenheitsforschung,⁶⁰ werden jedoch – meines Erachtens zu Recht – nicht als Demokratie eingestuft. Ein „deliberatives“ Verfahren würde zumindest die Interaktion *zwischen* Bürgern bei der Meinungsbildung voraussetzen. Und nach der hier vertretenen Auffassung sollte noch die Profilierung der individuellen Interessen für ein Thema (Strafrecht) in Formen des gesellschaftlichen Agierens, wie sie etwa bei Vereinstätigkeiten vorhanden ist, hinzukommen.

Nach einer weiteren, verhältnismäßig rigiden Auffassung der deliberativen Demokratie soll der Tatbestand der „Deliberation“ nur in staatlich (und kommunal) organisierten Foren erfüllt werden. Die Beteiligungsangebote sollen „von oben“ als regulatorische Maßnahmen den Bürgern zur

58 *Suntrup*, *Der Staat* 49 (2010), 605, 608.

59 *Manin*, *On Legitimacy and Political Deliberation*, *Political Theory* 15 (1987) 3, 338, 351f.; *Suntrup*, *Der Staat* 49 (2010), 605, 608.

60 *Bruhn*, *Kundenorientierung*, 2. Aufl., München 2003, S. 1: „(...) umfassende, kontinuierliche Ermittlung und Analyse der individuellen Kundenerwartungen sowie deren interne und externe Umsetzung in unternehmerischen Leistungen sowie Interaktionen im Rahmen eines Relationship-Marketing-Konzeptes mit dem Ziel, langfristig stabile und ökonomisch vorteilhafte Kundenbeziehungen zu etablieren.“

Verfügung gestellt werden.⁶¹ Dieser Aufsatz teilt ein solches Verständnis nicht. Es ist aber deshalb interessant, weil es *zusammen mit Walters Ansatz* als Versuch einer künstlichen Schaffung der Bürgerbeteiligung durch massives staatliches Engagement klassifiziert werden kann. Eine nähere Betrachtung vom regulativ-deliberativen Verständnis der Demokratie und *Walters Ansatz* der Demokratisierung zeigt jedoch wiederholt, dass *Walters* Verständnis der Demokratie außerhalb heutiger Strömungen in den politikwissenschaftlichen Überlegungen liegt. Denn auch nach dem regulativ-deliberativen Verständnis soll der Staat die Meinungen nicht sammeln, sondern Bürgerkonferenzen, Town-Hall-Treffen und ähnliche Diskussionsplattformen fördern.⁶² Solche Plattformen werden in den überschaubaren regionalen und kommunalen Bereichen gefordert, während für den staatlichen Makrobereich – also auch für strafrechtliche Grundentscheidungen – als Stärkung des demokratischen Systems eine Reform des Parlamentarismus und neue Grundsätze für die Parteiwirkung erwogen werden.⁶³

IV. Fazit

Die neue empirische Vergeltungslehre wurde in Deutschland 2011 von *Walter* als eine neue Straftheorie vorgeschlagen. Fern von der Metaphysik möchte diese Lehre die Vergeltung als Strafzweck anhand des Befunds, dass Vergeltungsbedürfnisse bei Bürgern verbreitet sind, rechtfertigen. Die Untersuchung des demokratischen Potenzials dieser Lehre hat gezeigt, dass sie nur in einem geistesgeschichtlichen Sonderkontext, nämlich im Rahmen der Diskussion um den „Verbraucher-Bürger“ des „New Public Management“, einen demokratischen Gehalt aufweist. Ein unmittelbarer Rekurs auf die Vergeltungsbedürfnisse und Strafvorstellungen in der Bevölkerung, im Sinne einer voll oder tendenziell verbindlichen Bürgerbefragung, wäre mit dem System der repräsentativen Demokratie des GG nicht vereinbar. Darüber hinaus lassen sich die wichtigsten Argumente gegen die neue empirische Vergeltungslehre gerade aus der Demokratietheorie gewinnen.

61 *Decker*, Bürgerbeteiligung in der parlamentarischen Parteiendemokratie, *Recht und Politik Beiheft* 4 (2020), 118. Für das Konzept von *Habermas* vgl. etwa *Honneth*, in: *Brunkhorst/Niesen* (Hrsg.), S. 37 ff.; *Dux*, Demokratie als Lebensform, *Weilerswist* 2013, S. 31 ff.

62 *Decker*, *Recht und Politik Beiheft* 4 (2020), 118, 120 ff.

63 *Decker*, *Recht und Politik Beiheft* 4 (2020), 118, 123 ff. Vgl. noch *ders.*, Der Irrweg der Volksgesetzgebung, *Bonn* 2017.

Ihre Grundforderung, dass der Staat die Meinungen von einzelnen Bürgern sammelt, ohne eine aktive Stellung und Rolle derselben vorauszusetzen, ist mit den innerlichen Anforderungen an die Demokratie als Bürgerherrschaft und mit modernen Strömungen in der Demokratietheorie – meines Erachtens – prinzipiell nicht zu vereinbaren.

Dr. *Luka Breneselović*, LL.M. | Gastwissenschaftler am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Risiko- und Präventionsstrafrecht sowie Juristische Zeitgeschichte (Prof. Dr. Arnd Koch) der Universität Augsburg. Rechtsanwalt in Belgrad.