

## Gerechtes oder zweckmäßiges Strafen? Überlegungen zur Relevanz kriminologischer Erkenntnisse in der straftheoretischen Diskussion

Johannes Kaspar

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2013. "Gerechtes oder zweckmäßiges Strafen? Überlegungen zur Relevanz kriminologischer Erkenntnisse in der straftheoretischen Diskussion." In *Gerechtigkeitsfragen in Gesellschaft und Wirtschaft: 40 Jahre Juristische Fakultät Augsburg*, edited by Arnd Koch and Matthias Rossi, 103–25. Baden-Baden: Nomos.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

#### Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Gerechtes oder zweckmäßiges Strafen?

## Überlegungen zur Relevanz kriminologischer Erkenntnisse in der straftheoretischen Diskussion

*Johannes Kaspar*

### A. Einführung in das Thema

Um die »gerechte Strafe« und ihr Verhältnis zur »zweckmäßigen Strafe« soll es gehen. Warum fügen wir anderen Menschen als Reaktion auf ihre Taten eigentlich ein Übel in der Form der Strafe zu? Um »Gerechtigkeit« zu verwirklichen? Oder weil wir damit einen bestimmten Zweck verfolgen? Oder beides? Dem will ich in meinem Vortrag nachgehen. Der Einwand, dass es sich dabei um eine uralte Gerechtigkeitsfrage und keine des 21. Jahrhunderts handelt, liegt nahe, ist aber nicht ganz zutreffend. Denn wir haben es hier mit einer bis heute nicht befriedigend gelösten Problematik zu tun, der man sich immer wieder, also auch im 21. Jahrhundert, neu stellen muss. Nehmen wir nur zwei aktuelle Beispiele aus der kriminalpolitischen Diskussion.

Die neue Kronzeugenregelung in § 46b StGB steht unter Beschuss. Wer Informationen über andere Straftaten liefert, kann sich nach dieser Norm eine Strafmilderung verdienen, und zwar auch dann, wenn die auf diese Weise aufgedeckten Taten in keiner Verbindung zur eigenen Tat stehen. Die Vorschrift kommt durchaus zur Anwendung, vor nicht allzu langer Zeit z. B. bei Strafverfahren gegen Mitglieder der Motorradgang der »Hells Angels«. Nun wenden aber manche Kritiker ein, dass ein Straftäter, dazu noch ein »Denunziant«, auf diese Weise seiner »gerechten Strafe« entgehen könne, indem er zu milde davon kommt. Müssen wir die Vorschrift also im Namen der Gerechtigkeit wieder einschränken oder gar abschaffen?<sup>1</sup>

Nehmen wir als zweites Beispiel die 2012 erfolgte Verschärfung des Jugendstrafrechts. Bei Heranwachsenden, also jungen Straftätern zwischen 18 und 21, die aber u. a. wegen Reifeverzögerungen wie Jugendliche behandelt werden, wurde der Strafraum bei Mordtaten mit festgestellter besonderer Schwere der Schuld von zehn auf 15 Jahre Jugendstrafe angehoben. Ausweislich der Begründung des ursprünglichen Gesetzesentwurfs geht es dabei nicht um eine zweckmäßigere Strafe im Sinne einer erhöhten abschreckenden oder erzieherischen

1 Zur Kritik (und zu möglichen Gegenargumenten) *Kaspar/Wengenroth*, GA 2010, 453 sowie die Darstellung Pro § 46b StGB (*Kaspar*) und Contra (*König*) in: ZRP 2011, 159.

Wirkung. Vielmehr wird als Argument lediglich angeführt, dass das bisherige Höchstmaß als unzureichend angesehen werde, »dem Ausmaß der Schuld gerecht zu werden«<sup>2</sup>.

Wie dem Untertitel des Beitrages entnommen werden kann, möchte ich die Thematik zusätzlich mit der Frage verbinden, welche Rolle die Kriminologie in dieser straftheoretischen Grundlagendiskussion spielt oder spielen sollte. Wie es sich für eine Antrittsvorlesung gehört, will ich den vorliegenden Beitrag für eine persönliche Standortbestimmung gerade auch in dieser Hinsicht nutzen.

Zur Einführung in das Thema bietet es sich an, zwei zentrale Begriffspaare etwas näher zu beleuchten: Kriminologie und Strafrecht einerseits, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit andererseits.

## I. Kriminologie und Strafrecht

Wenn Wissenschaften Tierarten wären, dann wäre die Kriminologie ein Delfin. Schlau – aber leider vom Aussterben bedroht. Immer wieder müssen wir erleben, dass ein kriminologischer Lehrstuhl von der Bildfläche verschwindet, entweder indem er im Zuge von Sparmaßnahmen ganz gestrichen oder neu, d. h. auf vermeintlich wichtigere und aktuellere Themen zugeschnitten wird. Die Universität Augsburg hat das, worüber ich aus naheliegenden Gründen sehr glücklich bin, nicht so gehandhabt, sondern hat sich, wenn man im Bild bleiben möchte, als großer Delfinschützer hervor getan.

Dennoch: Der Trend geht leider derzeit noch immer in eine andere Richtung. Das hat vielfältige, auch strukturelle Gründe, auf die ich im Einzelnen nicht näher eingehen kann. Wirklich bedauerlich wäre dieser Befund ohnehin nur dann, wenn man plausibel machen könnte, dass kriminologische Forschung unverzichtbar ist für eine rechtsstaatliche und humane Strafrechtspflege. Es wird Sie nicht überraschen, dass ich das genau so sehe. Nach meiner Meinung hat auch die Kriminologie zur Frage der »richtigen« Strafe, wie ich es einmal vorläufig und neutral nennen möchte, Wichtiges zu sagen.

Dafür ist zunächst in aller Kürze zu klären, was »Kriminologie« eigentlich ist – gerade auch in Abgrenzung zum Strafrecht. Dass hier ein Unterschied schon in der Fremdwahrnehmung besteht, kann ich aufgrund eigener, wenn auch nicht verlässlich repräsentativer Erfahrungen bestätigen. Stellt man sich nämlich bislang unbekannten Personen als »Jurist« vor, erntet man regelmäßig eine Mischung aus distanziertem Respekt bei gleichzeitig je nach Grad der Höflichkeit gut oder schlecht verstecktem Desinteresse. Ein schneller Themenwechsel ist hier so gut wie sicher. Ganz anders, wenn man die Berufsbezeichnung »Krimino-

loge« verwendet. Da leuchten die Augen: «Ah, das kenn' ich aus dem Fernsehen, »CSI Miami«, mit Tatortspuren auswerten und so – interessant!«. Das muss man dann, wenn man ehrlich ist, korrekterweise etwas geraderücken: Um die Methoden und Techniken zur Aufklärung konkreter Verbrechen geht es dem Kriminologen gerade nicht, das ist die Aufgabe der Kriminalistik.<sup>3</sup>

Die Kriminologie beschäftigt sich vielmehr mit übergreifenden Theorien und Erklärungsansätzen rund um das Phänomen »Kriminalität«. Sie ist nach der geläufigen zusammenfassenden Definition von *Kaiser* die Wissenschaft vom »Verbrechen«, vom »Verbrecher« und von der »Verbrechenskontrolle«<sup>4</sup>. Wichtig für das vorliegende Thema ist, dass es sich um eine empirische Wissenschaft handelt. Das bedeutet, dass hier versucht wird, mit bestimmten Forschungsmethoden Erkenntnisse über die Verbrechenswirklichkeit zu gewinnen, also v. a. über Ursachen und Häufigkeit von Straftaten sowie die Möglichkeiten, Straftaten wirksam zu verhindern. Das unterscheidet die Kriminologie fundamental vom Strafrecht, das sich als normative Wissenschaft mit dem Verständnis der Rechtsnormen befasst.

Um das Verhältnis beider Disziplinen ist es nicht zum Besten bestellt. Man hat sich, so scheint es, nicht viel zu sagen. Das hat verschiedene Gründe, hängt aber, so meine These, untrennbar eben auch damit zusammen, dass eigentlich bis heute ungeklärt ist, ob es im Strafrecht in erster Linie um »Gerechtigkeit« oder »Zweckmäßigkeit« geht.

## II. Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit als Schlüsselbegriffe der straftheoretischen Diskussion

Und damit sind wir schon beim zweiten Begriffspaar angelangt. Was ist nun letztlich der tragende Grund, warum wir einem Menschen, der einem anderen z. B. durch eine schwere Gewalttat großes Leid zugefügt hat, wiederum Leid zufügen, indem wir ihm mehrere Jahre in ganz umfassender Weise die Freiheit entziehen? Ich habe es bereits erwähnt: Das ist keine neue Fragestellung; über Sinn und Zweck des Strafens wird vielmehr schon seit der Antike gestritten. Von *Seneca* ist der Satz überliefert:

»Ein weiser Mann straft nicht, weil eine Straftat begangen wurde, sondern damit in Zukunft keine mehr begangen wird«<sup>5</sup>.

Der zukunftsbezogene Zweckbezug der Verhinderung von Straftaten, die Prävention also, wird hier betont und nicht der vergangenheitsbezogene Aspekt der

3 Zur Abgrenzung s. *Meier*, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 6.

4 *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 1 Rn. 2.

5 *Seneca*, De ira, liber I, XIX-7 (in Bezug auf Plato); zitiert nach *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 11.

reinen Vergeltung. »Vergeltung« und »Prävention« - ein weiteres Begriffspaar zur Strukturierung unseres Themas, das bis heute die straftheoretische Diskussion beherrscht und das sich den beiden Polen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit recht klar zuordnen lässt.

## 1. Vergeltung

Die »Vergeltung« hat einen engen Bezug zur »Gerechtigkeit«. Nicht umsonst spricht man auch von »gerechter Vergeltung« oder (synonym) vom »gerechten Schuldausgleich« und meint damit, dass Strafe ihren Zweck quasi schon in sich selbst trägt und keine messbaren positiven Folgen in der Gesellschaft hervorbringen muss. Wegen dieser Losgelöstheit von externen Zwecken wird dieser Ansatz auch als »absolute Straftheorie« bezeichnet.<sup>6</sup> Immanuel Kant hat diesen Gedanken in seinem berühmten Inselbeispiel zusammengefasst:

»Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (zum Beispiel das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinanderzugehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann«<sup>7</sup>.

Nun könnte man hiergegen einwenden, dass die Mitglieder der Gesellschaft ja dennoch irgendwo weiter leben werden und der Täter selbst, aber auch manch anderer, vom Erlebnis des straflosen Mordes motiviert werden könnte, auch in Zukunft eine solche Tat zu begehen. Ein präventiver Nutzen einer Strafe lässt sich hier also nicht ausschließen.

Der Rechtsphilosoph Norbert Hoerster hat ein anderes Inselbeispiel formuliert, das den Unterschied beider Ansätze vielleicht noch etwas besser zum Ausdruck bringt:<sup>8</sup>

Stellen Sie sich vor, sie leben mit 1000 Bürgern in einem Gemeinwesen auf einer einsamen Insel. Verstöße gegen Strafnormen werden von Ihnen als Richter sanktioniert. Zu den Strafnormen zählt auch das Verbot, auf den Straßen der Insel betrunken Auto zu fahren. Genau das geschieht aber, und Sie sind nun für die Bestrafung des Alkoholsünders, der zu viel Kokos-Schnaps erwischt hat, zuständig. Wenn nun aber beschlossen wird, dass ab sofort auf der Insel sämtliche Autos abgeschafft werden – müsste man den Täter dennoch für seine in der Ver-

6 Roxin (Fn. 5), § 3 Rn. 2.

7 Kant, Metaphysik der Sitten, 1798, § 49 E I.

8 Hoerster, Muss Strafe sein?, 2012, S. 141 f.

gangenheit liegende Tat bestrafen, obwohl ein Präventionseffekt für die Zukunft hier ins Leere geht? Dürfte man es überhaupt?

Auch hier bliebe allerdings noch eine Unsicherheit, denn es könnte ja in Zukunft jemand auf die Idee kommen, sein Auto auf der Insel schlicht illegaler Weise zu benutzen – und dann vielleicht sogar betrunken. Oder es könnte jemand die Insel verlassen und dann anderswo betrunken Auto fahren, in dem Wissen, dass auch der damalige Vorfall sanktionslos blieb. Um wirklich jeden präventiven Nutzen auszuschließen, müsste man die Inselbeispiele also in ein »Weltuntergangsbeispiel« umformulieren und am besten in die USA verlegen, um das Problem in voller Schärfe auf den Punkt zu bringen: Angenommen, wir wüssten sicher, dass nächste Woche die Welt untergeht – müssten wir den verurteilten Mörder trotzdem noch hinrichten, um »Gerechtigkeit« zu verwirklichen – auch wenn ein irdischer Zweck hier nicht mehr zu erreichen ist?

## 2. Prävention

Im Unterschied zu einer solchen vollständig »absoluten« Vorstellung vom Zweck der Strafe geht es bei den sogenannten »relativen Straftheorien«<sup>9</sup> um die *positiven Folgen im Sinne der Verhinderung von Straftaten in der Zukunft*, um Prävention also. Damit ist klar der Bereich absoluter Gerechtigkeit verlassen und derjenige der Zweckmäßigkeit erreicht.

Strafe soll danach auf den einzelnen Täter durch Besserung, Abschreckung oder einen sichernden Effekt einwirken, um weitere Straftaten von ihm zu verhindern – das nennt man Spezialprävention. Geht man davon aus, dass die Strafe eher der Abschreckung anderer dient und zugleich das durch die Straftat erschütterte Vertrauen in die Rechtsordnung wiederherstellen soll, spricht man von negativer oder positiver Generalprävention.

Damit ist der Rahmen gespannt für die Frage, wohin das Pendel richtigerweise ausschlagen muss: zur Gerechtigkeit oder (auch) zur Zweckmäßigkeit. Die Antwort auf diese Frage hat unmittelbare Auswirkungen auf die Rolle der Kriminologie. Denn es liegt auf der Hand, dass bei einer rein absoluten Begründung der Strafe im Sinne der Verwirklichung von »Gerechtigkeit« die Kriminologie mit ihrer empirischen Herangehensweise wenig bis gar nichts beitragen könnte. Richtigerweise, so will ich im Folgenden zeigen, ist es falsch, Gerechtigkeit gegen Zweckmäßigkeit auszuspielen. Beide haben ihren Platz – man muss aber differenzieren. Gerechtigkeit hat im Strafrecht zwei ganz unterschiedliche Gesichter.

9 Roxin (Fn. 5), § 3 Rn. 11 ff.

Einerseits ist »Gerechtigkeit« bzw. besser »das Streben nach Gerechtigkeit« unverzichtbarer Bestandteil jeder Vorstellung von »Recht«. Man kann das schon am Bild der Justitia ablesen, die die »Gerechtigkeit« nicht nur im Namen trägt, sondern durch Augenbinde und Waage nahe legt, dass Recht über die bloße Macht hinaus (die durch das Schwert symbolisiert wird) auch in gleicher und abgewogener Weise angewendet werden muss. Auch das Strafrecht ist richtigerweise von Vorschriften und Prinzipien durchzogen, die sich auch auf »Gerechtigkeitsüberlegungen« zurückführen lassen. Wie das Verbot der Folter des Beschuldigten oder das Verbot, bei der Beweiserhebung in seine absolut geschützte Intimsphäre einzudringen, wird auf diese Weise ein reines Effektivitäts- oder Zweckmäßigkeitsdenken begrenzt und der betroffene Bürger vor dem staatlichen Zugriff geschützt. Soweit so gut.

Problematisch wird es dort, wo »Gerechtigkeit« als Wert und zugleich Zweck verabsolutiert wird und sich dadurch in missbrauchsanfälliger Weise gegen das Individuum richten kann. Das droht dann, wenn man schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie eine Freiheitsstrafe allein oder auch nur vorrangig auf die Verwirklichung von »Gerechtigkeit« stützt. Daher besteht hier, so meine These, auf der Ebene der Begründung und Bemessung der Strafe ein Primat der Zweckmäßigkeit. Dieses führt, wenn man die verfassungsrechtlichen Grenzen beachtet, nicht zu härteren Strafen.<sup>10</sup> Im Gegenteil entstehen bei dieser Sichtweise neue Spielräume für einen Prozess der Liberalisierung und Humanisierung des Strafens, zu dem die Kriminologie mit ihren Forschungsergebnissen maßgeblich beitragen kann. Und wenn all das richtig ist, wäre zugleich klargestellt, dass das Ökosystem »Strafrecht« durch ein Aussterben der Delfine akut bedroht wäre.

## B. Die gerechte Strafe

Wie halten wir es also mit der »gerechten Strafe«? Kann eine gravierende staatliche Maßnahme wie die Strafe allein oder ganz vorrangig auf »Gerechtigkeit« gestützt werden, ohne dass sie einem darüber hinausgehenden Zweck dient? Wie gesagt: Für eingefleischte Kantianer geht es bei der Strafe in der Tat um gerechte Vergeltung. Zweckmäßigkeitsüberlegungen spielen keine Rolle. Und das wirkt bis heute nach; denn nach der zumindest in der Rechtsprechung vorherrschenden Straftheorie geht es beim Strafen auch heute noch vorrangig um »gerechten Schuldausgleich«, während präventive Überlegungen nur ergänzend und im Rahmen dessen, was der »Schuldausgleich« fordert, akzeptiert werden.<sup>11</sup> Ge-

10 S. dazu demnächst *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (erscheint 2013).

11 Vgl. grundlegend BGHSt 7, 28 (89).

stützt wird das v. a. auf § 46 Abs. 1 S. 1 StGB. Dort heißt es: »Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe«.

Versteht man das (was m. E. allerdings nicht zwingend ist) als Hinweis auf »gerechten Schuldausgleich« als Strafzweck, zeigt die Gerechtigkeit also ihr zweites Gesicht und wirkt sich – wie oben anhand der Kronzeugenregelung und der Verschärfung des Jugendstrafrechts erläutert – unmittelbar strafbegründend aus. Für ein modernes Strafrecht ist das, so meine These, nicht akzeptabel; vielmehr sollten wir die in gewisser Weise nach wie vor dominierende Vorstellung von »zweckloser Gerechtigkeit« als Grundlage der staatlichen Strafe überdenken.

## I. Das Problem der Unbestimmtheit

Zunächst leidet eine Strafbegründung und -bemessung anhand des Kriteriums der »Gerechtigkeit« unter dem altbekannten und ganz generellen Problem, Kriterien für »Gerechtigkeit« zu bestimmen.

Ich möchte mich dabei auf eine Schrift des Rechtsphilosophen *Hans Kelsen* stützen. Er hat sich in einem schmalen, gut lesbaren Bändchen aus dem Jahre 1953 mit der Frage auseinander gesetzt (und so lautet auch der Titel des Werkes): »Was ist Gerechtigkeit?«<sup>12</sup>. Hier *Kelsen* heranzuziehen, so könnte man kritisch einwenden, sei ungefähr so, wie wenn man *Luther* zu den Vorzügen der katholischen Kirche befragt hätte. Denn *Kelsen* war Positivist, also ein Vertreter der Ansicht, dass formal korrekt erlassene Gesetze unabhängig von ihrem Inhalt geltendes Recht sind. Die Idee einer Korrektur durch dem Gesetzgeber vorgelagerte verbindliche Gerechtigkeitsvorstellungen (etwa im Sinne des sogenannten Naturrechts) lehnte er ab. Und so kann es nicht verwundern, dass er, nachdem er viele Ansätze zur Bestimmung von Gerechtigkeit der Reihe nach sehr scharfsinnig analysiert hat, zu dem Ergebnis kommt, dass man letztlich kaum greifbare inhaltliche Maßstäbe zur Identifikation gerechter (oder eben ungerechter) rechtlicher Regelungen und Entscheidungen habe.<sup>13</sup> Ich halte es dennoch für weiterführend, *Kelsen* heranzuziehen. Sein Anliegen war, entgegen manchen Kritikern, nicht, die Rechtsordnung der Beliebigkeit zu überlassen und die Existenz höherer Werte wie »Gerechtigkeit« abzustreiten. Er weist vielmehr mit seiner Betrachtung (m. E. ganz zu Recht) auf die große Gefahr hin, dass unter dem Deckmantel scheinbar objektiver »Gerechtigkeit« letztlich nur die Durchsetzung historisch zufälliger, willkürlicher, im schlimmsten Fall in den Dienst einer Ideologie gestellter Interessen betrieben wird. Eine gewisse Skepsis vor der Argumentation

<sup>12</sup> *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 1953.

<sup>13</sup> *Kelsen* (Fn. 12), S. 49.



mit »Gerechtigkeit« im Rahmen der Rechtsanwendung ist daher angebracht, und zwar gerade im emotional und moralisch äußerst »aufgeladenen« Bereich des Strafrechts.

Ich will nur einige wenige Beispiele anführen. *Kelsen* erörtert z. B. die Formel »Jedem das Seine«<sup>14</sup>. Diese ist aber nicht nur durch ihre zynische Verwendung durch die Nationalsozialisten im Konzentrationslager Buchenwald belastet. Sie ist als Präzisierung von »Gerechtigkeit«, wie *Kelsen* richtig feststellt, völlig wertlos, eine bloße »Leerformel«, die keine Maßstäbe bereithält. Weiter erwähnt *Kelsen* den Gleichheitsgrundsatz. Auch dieser löse nicht das Problem; denn die entscheidende Frage sei die nach den Kriterien legitimer Ungleichbehandlung.<sup>15</sup> Auch die goldene Regel (»Was Du nicht willst, das man Dir tu...«) führt nach *Kelsen* nicht weiter, wie er am Beispiel der Sanktionierung nach einer Regelverletzung zeigt: Niemand wünsche, bestraft werden zu werden, selbst nach einer Straftat. Also dürfe man nach der Goldenen Regel auch einen anderen nicht bestrafen. Man müsse für den Fall einer Straftat also offenbar eine Ausnahme zulassen und sich an anderen, objektiven Kriterien orientieren, die die goldene Regel aber selbst nicht bereithalte.<sup>16</sup> Selbst *Immanuel Kants* kategorischer Imperativ hat vor *Kelsens* kritischem Blick keinen Bestand; denn er gebe keine Antwort auf die Frage, welche die Maximen sind, von denen wir wünschen können, dass sie allgemein verbindlich sind. Nach *Kelsen* könne jede beliebige Norm jeder beliebigen Gesellschaftsordnung auf diese Weise gerechtfertigt werden. Eine brauchbare Antwort auf die Frage der Gerechtigkeit könne man so nicht finden.<sup>17</sup>

Als Fazit formuliert *Kelsen*, dass »die menschliche Vernunft nur relative Werte begreifen kann, und d.h. daß das Urteil, mit dem etwas für gerecht erklärt wird, niemals mit dem Anspruch auftreten kann, die Möglichkeit eines gegenteiligen Werturteils auszuschließen. Absolute Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal«<sup>18</sup>.

Das klingt desillusionierend und hinterlässt uns etwas ratlos. Ganz ohne eine Perspektive bleiben aber auch *Kelsens* Ausführungen nicht: Es gebe menschliche Interessen und Interessenkonflikte, bei denen eine Kompromisslösung gerecht erscheint, wenn man sozialen Frieden als höchsten Wert voraussetze. Diesen Aspekt des »sozialen Friedens« kann man aufgreifen und anhand einer neueren Theorie vertiefen, die bei *Kelsen* noch nicht auftaucht, weil sie jüngerem Datums ist. Ich spreche von der Theorie der Gerechtigkeit des US-amerikanischen

14 *Kelsen* (Fn. 12), S. 32.

15 *Kelsen* (Fn. 12), S. 34 f.

16 *Kelsen* (Fn. 12), S. 39 f.

17 *Kelsen* (Fn. 12), S. 41.

18 *Kelsen* (Fn. 12), S. 49.

Rechtsphilosophen *John Rawls*.<sup>19</sup> In seinem 1971 erschienenen Werk versucht *Rawls*, einen Weg zur Bestimmung gerechter politischer und gesellschaftlicher Ordnungen zu beschreiben. Er reagiert damit auch auf ein Problem, das die v. a. im angloamerikanischen Sprachraum weit verbreitete philosophische Denkrichtung des Utilitarismus hat.<sup>20</sup> Nach dem klassischen Utilitarismus ist eine Handlung gut, wenn sie nützlich ist, d. h. Schmerz vermeidet bzw. Glück erzeugt, und das bei möglichst vielen Personen – es geht um »the greatest happiness for the greatest number«. Das ist eine halbwegs griffige Formel (von den Schwierigkeiten abgesehen, »Glücksmengen« zu quantifizieren). Allerdings geraten so möglicherweise Positionen und Rechte von Minderheiten unter die Räder: Es geht ja definitionsgemäß nur um das Glück der Mehrheit. So könnte man also eventuell die Versklavung Einzelner rechtfertigen, wenn dadurch nur dem Wohl der Mehrheit gedient ist. Denkbar wäre auch eine Bestrafung Unschuldiger, die die aufgebrachte Mehrheit der Bevölkerung nach einer schweren Straftat wieder beruhigt. Hier kommt *Rawls* ins Spiel. Nach ihm müsse man sich eine fiktive Zusammenkunft vorstellen, bei der über Positionen und Rechte in einer neu zu schaffenden Gesellschaft verhandelt werde. Entscheidend sei, dass keiner der Beteiligten wisse, welche Stellung er in der späteren Gesellschaft habe. Jeder der Beteiligten habe also ein klares Eigeninteresse, die Rechte von Minderheiten nicht zu schwach auszugestalten: Denn er selbst sei ja möglicherweise später Teil dieser Minderheit. *Rawls* bezeichnet das als »Schleier des Nichtwissens«, der die Entscheider von der späteren Gesellschaft trenne (die Nähe zur eingangs erwähnten »Augenbinde« der *Justitia* ist offensichtlich).<sup>21</sup> Ich kann diesen Ansatz hier nicht weiter diskutieren, möchte aber einen Punkt hervorheben, und zwar den »prozeduralen Aspekt«. *Rawls* beschreibt einen Weg, wie man zu einer gerechten Entscheidung gelangt, wenn auch nur in Form eines gedanklichen Experimentes. Es geht dann um Gerechtigkeit nicht nur wegen bestimmter als »gerecht« bezeichneter Inhalte (wir haben bei *Kelsen* gesehen, wie schwierig es ist, hierfür objektive Maßstäbe zu formulieren), sondern es wird zugleich ein bestimmtes Verfahren entworfen, um Entscheidungen zu produzieren, die aufgrund ihres formalisierten und möglichst willkürfreien Entstehungsprozesses intersubjektiv als »gerecht« akzeptabel sind.

Das weist m. E. in die richtige Richtung, die auch für unsere Rechtsordnung relevant ist. In einer Demokratie ist es zunächst Sache des durch Wahlen legitimierten Gesetzgebers, durch seine Entscheidungen verbindliche Standards für eine Vorstellung von »richtigem«, »gerechtem« Recht zu setzen. Die Spielregeln dieses Verfahrens sind im Grundgesetz festgelegt. Allein auf dieses Verfahren

19 *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975. Zur Bedeutung des Rawlschen Ansatzes aus straftheoretischer Sicht s. *Wittig*, ZStW 107 (1995), 251 ff.

20 S. zum Folgenden *Höffe*, Einführung in die utilitaristische Ethik, 4. Aufl. 2008.

21 *Rawls* (Fn. 19), S. 36.

und die Weisheit der Parlamentarier verlässt man sich dabei aber zu Recht nicht: Zu viele partikuläre Interessen und Einflüsse sind hier denkbar, und stets muss auch die Gefahr ungerechter Entscheidungen zu Lasten von Minderheiten im Blick behalten werden, die das notwendige Mehrheitsprinzip in einem demokratischen System nicht ohne weiteres verhindern kann. Daher gibt es (auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen während der NS-Diktatur) in Deutschland eine vergleichsweise starke Verfassungsgerichtsbarkeit, die die Tätigkeit aller drei Staatsgewalten auch im Hinblick auf »Gerechtigkeit« kontrolliert. Der Gesetzgeber, aber auch die Verwaltung und die Gerichte werden auf diese Weise in ihrer Tätigkeit beschränkt bzw. an verfassungsrechtliche Prinzipien gebunden. Für die Installation einer solchen Verfassungsgerichtsbarkeit als »Hüter der Verfassung« hatte sich übrigens niemand anders als *Hans Kelsen* vehement eingesetzt<sup>22</sup> – so schließt sich der Kreis.

Aber selbst vor diesem Hintergrund ist noch nicht klar, wie der Gesetzgeber nun ganz konkret im Bereich des Strafrechts Kriterien für die »gerechte Strafe« bestimmen sollte, wenn er die Straffrahmen festlegt. Und wie soll der Richter die für den Angeklagten letztlich ungeheuer existentielle Art der Strafe sowie ihr konkretes »gerechtes Maß« innerhalb des oft sehr weiten Straffrahmens finden?

Bei *Kant* wird, wenn Sie sich an das Inselbeispiel erinnern, die Vergeltung des »Wertes« der Tat verlangt, womit das sogenannte »Talionsprinzip« angesprochen ist. Der Mörder etwa ist nach *Kant* zwingend hinzurichten. »Auge um Auge, Zahn um Zahn«, so steht es schon in der Bibel. Eine solche »Spiegelung« der Tat in der Strafe lässt sich allerdings praktisch nicht durchführen und entspricht auch nicht unserem heutigen System – eine Geldstrafe wird beispielsweise nicht nur bei Vermögensdelikten verhängt. Man kann aber Reste dieses Denkens in der Diskussion um ein Fahrverbot als Hauptstrafe<sup>23</sup> erkennen: Die Ansicht, die ein Fahrverbot als Strafe bei anderen als Straßenverkehrsdelikten ablehnt, weil dies der Tat nicht entspreche, geht von der falschen Prämisse aus, dass Strafen immer in einem engen Bezug zum Tatgeschehen stehen müssen. Meines Erachtens ist das kein überzeugendes Argument gegen die Einführung des Fahrverbots als Hauptstrafe.<sup>24</sup>

Das Talionsprinzip hilft also nicht weiter, und es ist eine offene Frage, anhand welcher Kriterien eine »gerechte« Strafe bestimmt werden soll. Dass hier eine gewisse relative Tatproportionalität herrschen muss, dass also etwa ein Totschlag härter zu bestrafen ist als eine schwere Körperverletzung und letztere wiederum härter als ein einfacher Diebstahl, leuchtet uns intuitiv ein. Endgültig versagt un-

22 *S. Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931.

23 So der Reformvorschlag von *Schöch*, Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag, 1992, C 120.

24 So auch *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 394; a. A. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 359.

sere Intuition aber bei der Frage, welche Art und welche Höhe der Strafe es denn für eine bestimmte Straftat sein soll – ein Jahr Freiheitsstrafe? Drei? Oder darf's ein bisschen mehr sein? Was hier letztlich den Ausschlag gibt, sind Traditionen, die von Region zu Region, zum Teil auch von Gericht zu Gericht durchaus unterschiedlich ausfallen können.<sup>25</sup> Die Strafe wird, wie empirische Studien gezeigt haben, anhand von recht wenigen Parametern zugemessen. Relevant ist v. a. die Schwere der Tat (die v. a. anhand der Schwere des Schadens bestimmt wird), außerdem die Frage, ob der Täter vorbestraft ist.<sup>26</sup> Straftat und Strafhöhe werden anhand der im Gericht üblichen »Tarife« festgelegt, die je nach den besonderen Umständen des Falles v. a. anhand der eben erwähnten drei Kriterien noch nach oben oder unten modifiziert werden. Das alles wirkt schon recht »irdisch« und lässt wenig übrig vom Anspruch, absolute »Gerechtigkeit« zu verwirklichen.

## II. Die Gefahr der »metaphysischen Überhöhung« der Strafe

Aber dennoch wird an diesem Bild festgehalten. Und damit besteht ein weiteres Problem, das ich die Gefahr der »metaphysischen Überhöhung« der Strafe nennen möchte. Das hat vermutlich auch mit den geschichtlichen Wurzeln des Strafrechts zu tun. Denn bei der Entwicklung des öffentlichen Strafanspruchs spielte ein Verständnis der Straftat als Provokation von göttlicher und zugleich weltlicher Autorität eine große Rolle.<sup>27</sup> Diese Provokation musste dann dementsprechend durch eine drastische staatliche Strafe symbolisch getilgt werden. Die Staatsmacht trat dabei mit dem unbedingten und keinen Widerspruch duldenden Anspruch auf, »Gerechtigkeit« zu verwirklichen. Das hat den Vorteil, dass Art und Höhe der Strafe (als Akt »absoluter Gerechtigkeit«, bezüglich derer die Definitionsmacht natürlich ausschließlich beim Staat liegt) letztlich hinzunehmen sind, ohne dass Widerspruch möglich ist. Gehen wir kurz zurück auf unsere Südseeinsel: Stellen Sie sich vor, die Gesellschaft bildet sich erst ganz neu und Sie sind für die Formulierung der Strafnormen zuständig. Welche Strafe sehen Sie für den Kokosnussdiebstahl vor? Wenn Ihnen das höchst verwerflich erscheint und es zugleich nur um »Gerechtigkeit« geht, ist die Festlegung einer Gefängnisstrafe von mindestens zehn Jahren ohne weiteres begründbar und auch nicht willkürlich, sofern andere Diebstähle in ähnlich schwerer Weise bestraft werden. Jedem das Seine, und dem dreisten Kokosnussdieb eben zehn Jahre Gefängnis! Rational diskutieren lässt sich dieses Strafmaß allerdings nicht, und der zaghafte Einwand, dass man das Kokosnussdiebstahlsunwesen doch vielleicht auch mit

25 Streng (Fn. 24), Rn. 482 ff.

26 Streng (Fn. 24), Rn. 744.

27 Zum theokratischen Strafverständnis Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 68 ff.; Koch, Denunciatio, 2006, S. 89 ff.

moderaten Geldstrafen in den Griff bekäme, läuft ins Leere – denn um einen solchen präventiven Effekt geht es hier ja definitionsgemäß gerade nicht! Auch hier zeigt sich nebenbei, wie weiterführend demgegenüber der Gedanke des »Schleiers des Nichtwissens« von *Rawls* ist – denn wenn man nicht weiß, ob man später seinen Lebensunterhalt auf der Insel als Kokosnussdieb bestreiten muss, würde man sich vor der Fixierung solcher drakonischer Strafen im Gesetz natürlich hüten.

Endgültig fragwürdig wird das Pochen auf »absolute Gerechtigkeit« bei der Begründung der Art und Höhe der Strafe, wenn man sich vor Augen hält, wie unterschiedlich und wandelbar die Vorstellungen von gerechter Vergeltung waren und sind, sowohl im Vergleich zwischen verschiedenen Rechtsordnungen als auch mit Blick auf die historische Entwicklung. In früheren Zeiten wurde, wie *Michel Foucault* in seinem Klassiker »Überwachen und Strafe« eindringlich beschreibt, unfassbar grausam bestraft,<sup>28</sup> man begnügte sich nicht mit der Todesstrafe, sondern zelebrierte öffentlich die raffiniertesten Hinrichtungsmethoden – natürlich alles im Namen der Gerechtigkeit. Auf die Gefahr des Missbrauches einer solchen Begründung habe ich bereits oben hingewiesen.

### III. Das Problem der moralischen Verdammung des Täters

Eng verbunden mit der »metaphysischen Überhöhung« der Strafe ist quasi als deren Spiegelbild die Gefahr der totalen moralischen Verdammung des Täters als Person. Zwar wird auf einer theoretischen Ebene stets betont, dass unser System kein Täter- sondern ein Tatstrafrecht beinhaltet. Die Tat soll geahndet werden, nicht aber der Täter in seiner gesamten Persönlichkeit. Diese subtile Differenzierung findet aber in der Lebenswirklichkeit wenig Widerhall, und das liegt eben auch, so meine These, an der nicht überwundenen Straftheorie der »gerechten Vergeltung« mit ihrer sehr starken moralischen Komponente. Der Straftäter erscheint (v. a. bei schweren Straftaten) als Inkarnation »des Bösen«, als Zugehöriger einer Gruppe Andersartiger, die selbstverständlich von »den anständigen Bürgern« abzugrenzen ist und deren nachhaltige Stigmatisierung dann nur konsequent erscheint. Dieses Schwarz-Weiß-Denken, also die gedankliche Trennung der Gesellschaft in »anständige Bürger« und »Verbrecher«, die sozialpsychologisch ebenso beharrlich wie wirkmächtig sein dürfte, ist nach den Erkenntnissen der Kriminologie allerdings ein äußerst schiefes Bild. Nahezu jeder Mensch begeht im Laufe seines Lebens, wie Dunkelfeldstudien ergeben haben, irgendwelche Straftaten.<sup>29</sup> Umgekehrt sind die Täter, die ihre kriminelle Karriere bis

28 *Foucault*, Überwachen und Strafen, 13. Aufl. 1993.

29 Zur Normalität der Jugenddelinquenz vgl. nur *Meier* (Fn. 3), § 5 Rn. 60 f.

ins hohe Alter quasi chronisch fortsetzen, die absolute Ausnahme.<sup>30</sup> Dies alles anzuerkennen, kann zur Rationalisierung des Strafrechts beitragen, indem dem ungebremsen Wunsch nach harter Bestrafung »des Bösen« ein aufgeklärtes Interesse an der Prävention zukünftiger Straftaten entgegengesetzt wird. Dagegen kann eine stark ethisch aufgeladene Verdammung des Täters als Person ganz offensichtlich das Ziel der Wiedereingliederung von Straftätern in die Gesellschaft ganz erheblich stören und schlimmstenfalls neue Kriminalität produzieren, anstatt sie zu verhindern.

#### IV. Das Problem der Zementierung bestehender Verhältnisse

Damit sind wir bei einem weiteren Einwand gegen die Überhöhung von Gerechtigkeitsvorstellungen im Rahmen der Bestrafung: Ein solches Denken führt unweigerlich zu einer Zementierung bestehender Verhältnisse v. a. im Bereich der Sanktionen. Wer bestimmte Strafarten in einer bestimmten Höhe als Gebot absoluter Gerechtigkeit deklariert, wird sich deutlich schwerer tun, Reformen einzuleiten und alternative Sanktionsmöglichkeiten auch nur zu erwägen – denn jede Veränderung des status quo muss als Eingeständnis interpretiert werden, dass man bislang die absolute Gerechtigkeit verfehlt hat. Das ändert sich schlagartig, wenn man die Strafe deutlich nüchterner als notwendiges Übel ansieht, auf das wir mangels Alternativen zur Prävention von Straftaten und letztlich zur Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung nicht verzichten können. Es ist kein Zufall, dass die großen Strafrechtsreformen der 60er und 70er Jahre von einer Abkehr vom reinen Schuldstrafrecht und einer Hinwendung zum (speziell)präventiven Denken geprägt waren.<sup>31</sup> Heute ist das Pendel wieder deutlich in die andere Richtung ausgeschlagen, Härte gegen Straftäter wird propagiert, eine Liberalisierung ist weit und breit nicht in Sicht, obwohl dies, wie ich nun begründen möchte, an sich aus dem Verfassungsrecht ableitbar wäre.

#### V. Der Konflikt mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Denn das stärkste Argument gegen die »gerechte Schuldvergeltung« als einzigen oder vorrangigen Strafzweck, das ich nun vortragen möchte, stammt aus dem Verfassungsrecht. Es handelt sich um das Postulat, dass jede belastende staatliche Maßnahme, die wie die Freiheitsstrafe in Grundrechte eingreift, verhältnis-

30 S. nur Kerner, in: Juristen-Rechtsphilosophie, 2007, S. 333 ff.

31 Programmatisch etwa der Aufsatz von Klug, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36.

mäßig sein muss.<sup>32</sup> Der Staat muss darlegen können, dass seine Maßnahme geeignet ist, einen bestimmten Zweck zu erfüllen, dass sie erforderlich ist, also nicht durch ein milderer, genauso wirksames Mittel ersetzt werden kann und schließlich, dass die Maßnahme insgesamt auch angemessen ist.<sup>33</sup>

Nehmen wir ein einfaches und unverfängliches Beispiel aus dem Sicherheitsrecht: In Ihrem Garten steht ein sehr alter Baum, der, wie ein genau beobachtender Nachbar festgestellt hat, im Laufe der Zeit morsch geworden ist, so dass er beim nächsten Sturm umknicken und Menschen gefährden könnte. Deshalb erhalten Sie von der Sicherheitsbehörde einen Bescheid, in dem Ihnen als Eigentümer zwingend auferlegt wird, den Baum fällen zu lassen. Der Zweck, der hier verfolgt wird, ist klar: der Schutz von Leib und Leben anderer. Das Fällen des Baumes ist geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Wir nehmen einmal an, dass es *zum Fällen auch keine Alternative gibt, so dass auch die Erforderlichkeit zu bejahen* ist. Bleibt noch die Frage, ob der Ihnen auferlegte Eingriff (Verlust des Baumes sowie die Kosten für das Fällen) im Verhältnis zum verfolgten Zweck (Schutz von Leib oder Leben) angemessen ist. Das wird man angesichts der wichtigen Bedeutung der zuletzt genannten Rechtsgüter bejahen müssen. Insgesamt also eine sinnvolle, vernünftige, durch und durch verhältnismäßige Maßnahme.

Was aber, wenn Ihnen per Bescheid das Fällen eines völlig gesunden Baumes in ihrem Garten auferlegt wird? Da der Bescheid keine Begründung enthält, gehen Sie empört direkt zum Sachbearbeiter der zuständigen Behörde und fragen nach, was der Hintergrund für diese Maßnahme sei. Er erklärt Ihnen sodann feierlich, dass das Fällen des Baumes ein Gebot absoluter Gerechtigkeit sei. Und dass man unbesorgt sein könne: Sämtliche Nachbarn hätten auch einen solchen Bescheid bekommen. Der letztgenannte Aspekt würde vermutlich bei vielen schon eine gewisse Beruhigung bewirken – aber so richtig überzeugt sind Sie als Bürger von dieser Begründung immer noch nicht. Sie haken also nach: Es könne doch nicht sein, dass eine Maßnahme allein mit »Gerechtigkeit« begründet werde, das sei doch kein sinnvoller und überprüfbarer Zweck! Wer könne schon wissen, ob das Fällen eines Baumes »geeignet« und »erforderlich« sei, um Gerechtigkeit zu verwirklichen. Ja, das sei schon richtig, räumt der Sachbearbeiter schließlich ein. Aber es werde hier durchaus ein weiterer Zweck verfolgt, nämlich der Zweck, dass in den Gärten der Bürger am Schluss keine Bäume mehr stehen. Jetzt wird es endgültig kafkaesk – und wenn Sie ihren Glauben an die staatlichen Institutionen nicht bereits jetzt verloren haben, werden Sie vermutlich den Gang zum Verwaltungsgericht antreten.

32 S. nur BVerfGE 19, 342 (348 f.); 23, 127 (133).

33 Diese drei Prüfungsstufen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind – bei Abweichungen in der Terminologie – weitgehend konsentiert, s. nur Ipsen, Staatsrecht II, 4. Aufl. 2010, Rn. 198.

Mit diesem zugegebenermaßen nicht sehr lebensnahen Beispiel wollte ich v. a. zeigen (und das ist für meine weitere Argumentation wichtig), dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen Komponenten der Geeignetheit und Erforderlichkeit ein klar zweckrationales Element enthält, das es dem Bürger ermöglicht, belastende staatliche Maßnahmen im Hinblick auf die angestrebte Zweckerreichung zu hinterfragen.<sup>34</sup> Die Struktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gibt zwingend vor, dass ein rational begründbarer und empirisch überprüfbarer Zweck formuliert werden kann. Das geht aber dann nicht, wenn man allein »Gerechtigkeit« als Zweck einsetzt, denn die »Geeignetheit« einer Maßnahme, Gerechtigkeit herbeizuführen, ist nicht feststellbar, so dass bei einer solchen Vorgehensweise, wie wir im Baumbeispiel gesehen haben, automatisch die Gefahr von Beliebigkeit und Willkür besteht.

Zugleich haben wir gesehen, dass es nicht zulässig ist, den Inhalt der Maßnahme einfach zu wiederholen, um auf diese Weise einen scheinbaren »Zweck« aufweisen zu können.<sup>35</sup> Der Zweck der zwangsweise angeordneten Baumfäll-Aktion kann also nicht das Verschwinden des Baumes sein, denn das ist Inhalt und notwendige Folge der Maßnahme, aber nicht deren externe Begründung. Ebenso wenig wäre es zulässig – und jetzt nähern wir uns dem Strafrecht – einen zwangsweise auferlegten Freiheitsentzug mit dem »Zweck« zu begründen, dass der Inhaftierte nicht mehr frei ist.

Das leuchtet, denke ich, soweit ein. Wenn wir aber nun »gerechte Vergeltung« als Strafzweck formulieren, handelt es sich dabei bei genauer Betrachtung um exakt denselben Begründungsansatz, der uns am Beispiel des gesunden Baumes so absurd vorkam. Denn entweder wir argumentieren allein mit »Gerechtigkeit«, oder wir argumentieren damit, dass durch Strafe »Vergeltung« eintritt, also mit einem Übel auf eine bereits begangene Straftat reagiert wird, was aber nichts anderes ist, als eine Umschreibung dessen, was das Wesen der Strafe ausmacht. Das kann aber wie gesehen keine Erklärung der Strafe im Sinne eines damit verfolgten externen Zweckes darstellen. Das zeigt, dass man das Problem auch nicht mit der Behauptung umgehen kann, die »gerechte Schuldstrafe« sei ja gar nicht zwecklos, sondern sie verwirkliche den Zweck der Vergeltung oder des »Schuldausgleiches«. Denn wie gesagt: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeines Verfassungsprinzip setzt nun mal nach seiner Struktur zwingend bestimmte Mindestanforderungen an den vom Staat verfolgten Zweck voraus, die hier nicht erfüllt sind.<sup>36</sup>

34 Vgl. nur *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 288; *Weigend*, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 926.

35 Vgl. *Schlink*, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Band II, 2001, S. 450, der dies als unzulässigen »eingriffsnahen Zweck« bezeichnet.

36 Näher hierzu demnächst *Kaspar* (Fn. 10).



Man könnte die Argumentation also nur dadurch retten, dass man begründet, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich des staatlichen Strafens »nicht gilt«. Und in der Tat wird von manchen Autoren eine Art Sonderstellung des Strafrechts angedeutet.<sup>37</sup> Aber das führt m. E. in einen kaum auflösbaren Widerspruch: Warum sollte ausgerechnet bei der staatlichen Strafe, die unisono als schärfstes Schwert in der Hand des Staates bezeichnet wird,<sup>38</sup> ein so zentrales verfassungsrechtliches Schutzinstrument wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz suspendiert sein? Eine plausible Begründung dafür, die über diffuse Hinweise auf angebliche »Gebote des gerechten Schuldausgleichs« hinausgeht, habe ich dafür bislang nicht gefunden.

### C. Die zweckmäßige Strafe

Der Vorrang gebührt daher der Idee der zweckmäßigen Strafe. Nur sie liefert die Möglichkeit, der Gesellschaft, aber auch dem Täter selbst gegenüber die Strafe rational zu begründen. Als Zweck der Strafe kommt dabei m. E. allein die Generalprävention in Betracht einschließlich der Abschreckung des Täters selbst, die man gemeinhin der Spezialprävention zuordnet.

#### I. Ausschluss der Resozialisierung als Strafzweck

Spezialprävention in Form der Resozialisierung des Täters ist dagegen kein Strafzweck, der die Strafe begründen kann. Das heißt nicht, dass sie im Vollzug keine Rolle spielt. Natürlich muss der Staat sich schon aus verfassungsrechtlichen Gründen aktiv darum bemühen, Straftäter, denen er das Übel des Freiheitsentzugs aufbürdet, wieder in die Gesellschaft einzugliedern. Dafür müssen insbesondere Ausbildungs- und Therapiemöglichkeiten geschaffen werden, wie das BVerfG jüngst für den Bereich der Sicherungsverwahrung betont hat,<sup>39</sup> was für den normalen Strafvollzug aber ebenso gilt.<sup>40</sup> Wenn man schon einsperren muss, dann muss man sich in diesem Rahmen um Resozialisierung bemühen. Begründen kann man den Freiheitsentzug m. E. auf diese Weise aber nicht. Erstens sind die empirischen Ergebnisse über die positiven Wirkungen des Strafvollzuges

37 So die Interpretation der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung durch *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 15.

38 Vgl. *Weigend* (Fn. 34), S. 918 und S. 935; s. auch BVerfGE 6, 389 (433); 32, 98 (109).

39 S. BVerfG NJW 2011, 1981.

40 Insofern ist auch das vom BVerfG in der genannten Entscheidung (NJW 2011, 1981) sehr stark betonte Gebot des »Abstands« zwischen Sicherungsverwahrung und Strafvollzug zweifelhaft, s. dazu *Höffler/Kaspar*, ZStW 2012, 87 ff.

ambivalent. Man kann das Glas halbvoll sehen, wenn man betont, dass immerhin über die Hälfte der Insassen nicht wieder rückfällig wird.<sup>41</sup> Die Annahme, dass bei diesen Personen gerade der Strafvollzug die entscheidende Wende im Leben gebracht hat, steht allerdings empirisch auf schwachen Füßen und kann angesichts der ganz unzweifelhaften Belastungen, die der Vollzug für den Insassen sowohl während als auch nach der Haftzeit mit sich bringt, eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung nur schwer bewirken. Hinzu kommt folgende Überlegung: Therapie darf nicht erzwungen werden. Der Häftling hat das Recht, Resozialisierungsmaßnahmen dieser Art abzulehnen. Wären solche Programme aber nun der einzige oder zumindest tragende Zweck der Inhaftierung, so müsste man alle Häftlinge entlassen, die ihre Mitwirkung an entsprechenden Maßnahmen verweigern. Denn ab diesem Zeitpunkt wäre die »Geeignetheit« des Strafvollzugs zur Resozialisierung endgültig in Frage gestellt. Gleiches gilt für Straftäter, bei denen eine Rückfallgefahr und damit ein Resozialisierungsbedarf von vornherein nicht bestehen, was bei bestimmten Konflikttaten der Fall sein kann, aber auch bei den NS-Tätern, die erst Jahrzehnte nach ihren Taten im sehr hohen Alter belangt werden.

## II. Verhältnismäßige Generalprävention als Strafzweck

Ich vertrete daher eine Straftheorie, bei der es um die Einwirkung auf die Allgemeinheit im Wege »verhältnismäßiger Generalprävention« geht. Dabei setzt die negative Generalprävention auf die Abschreckungswirkung der angedrohten und verhängten Sanktion. Bei der anderen Variante der Generalprävention, der sogenannten positiven Generalprävention, geht es um die Wiederherstellung des Rechtsfriedens durch eine von der Allgemeinheit als »gerecht« oder besser »angemessen« akzeptierbare Sanktion. Bei diesem Strafzweck kommen letztlich also Vorstellungen von »Gerechtigkeit« und »Vergeltung« in Form legitimer gesellschaftlicher Reaktionsbedürfnisse ins Spiel, werden aber eben als tatsächliches und wandelbares Faktum in den Blick genommen und nicht als vermeintlich objektive, unverrückbare »Gerechtigkeit«. Dieser Strafzweck ist m. E. letztlich der entscheidende, der es ermöglicht, Präventionsdenken mit »Gerechtigkeit« zu verbinden.

Er schafft zugleich die Möglichkeit, die Perspektive des Opfers zu integrieren, die früher im Strafrecht deutlich zu kurz kam. Denn wenn es um »Rechtsfrieden« gehen soll, dann darf der unmittelbar von der Tat Betroffene nicht ausgeblendet werden.<sup>42</sup> Hier hat sich in den letzten 30 Jahren viel bewegt. Vor allem wird es

41 S. Jehle u. a. (Hg.), Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2010, S. 16.

42 Dazu Kaspar, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004, S. 63 ff.

den Opfern leichter gemacht, ihre Schäden bereits im Rahmen des Strafverfahrens durch Schadenswiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich ersetzt zu bekommen und sich als Nebenkläger aktiv am Verfahren zu beteiligen. Die Strafe selbst muss der Richter allein verhängen und verantworten. Nur er hat die Augenbinde, nicht das Opfer. Das schließt aber nicht aus, darauf zu achten, dass die vorgesehene Strafe prinzipiell geeignet ist, auch bei den Opfern solcher Taten das Vertrauen in die Rechtsordnung wieder herzustellen. Dafür muss man aber (wiederum mit empirischen Mitteln) herausfinden, welche Bedürfnisse Opfer von Straftaten überhaupt haben, wie dies die kriminologische Opferforschung seit vielen Jahren schon versucht.<sup>43</sup>

### III. Gefahren der zweckmäßigen Strafe?

Droht bei einer Betonung der Zweckmäßigkeit der Strafe noch dazu unter Einschluss der abstrakten Opferperspektive automatisch besonders hartes Strafen, dass dann wiederum »ungerecht« wäre? Immerhin: Unser kurzer Ausflug in das utilitaristische Denken hat deutlich gezeigt, dass Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit nicht dasselbe sind. Die Bestrafung des Unschuldigen ist möglicherweise zweckmäßig zur Abschreckung der anderen oder zur Beruhigung der aufgebrachtten Massen, aber dennoch evident ungerecht. Der Zweck heiligt also gerade nicht die Mittel. Gleiches gilt für die Todesstrafe – diese ist zwar höchst zweckmäßig, um den Rückfall des Verurteilten zu vermeiden, widerspricht aber den Vorstellungen der Mehrheit von einem humanen und gerechten Strafrecht. Art. 102 GG lässt insofern auch keinen Zweifel übrig, er lautet lapidar: »Die Todesstrafe ist abgeschafft«. Dass natürlich dennoch im Namen der Gerechtigkeit zugleich die Wiedereinführung der Todesstrafe gefordert wird, steht auf einem anderen Blatt und zeigt einmal mehr, wie unterschiedlich die Vorstellungen von Gerechtigkeit sind.

Jedenfalls ist deutlich geworden, dass Zweckmäßigkeit nicht mit Gerechtigkeit gleichgesetzt werden kann; letztere muss anhand verschiedener begrenzender Prinzipien insbesondere aus dem Verfassungsrecht sichergestellt werden, wofür aus meiner Sicht aber ausreichende rechtliche Vorkehrungen bereit stehen, insbesondere der bereits erwähnte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er verlangt ja gerade ein »im Zweifel weniger« – wenn es mildere Mittel gibt, müssen diese vorgezogen werden, und insgesamt muss auf die »Angemessenheit« der staatlichen Maßnahme geachtet werden. Auch wenn ich das aus Zeitgründen nicht vertiefen kann, möchte ich der Vollständigkeit halber erwähnen, dass aus meiner Sicht das »Schuldprinzip«, das ansonsten an dieser Stelle als begrenzen-

43 Vgl. nur Kilchling, Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995.

des Prinzip genannt wird, was die Höhe der Strafe angeht, keine zusätzliche limitierende Funktion hat. Bei einer generalpräventiven Strafbegründung ist die Gefahr übermäßig harter Strafen aus meiner Sicht schon durch eine konsequente Verhältnismäßigkeitsprüfung gebannt – allerdings nur dann, wenn man kriminologische Forschungsergebnisse zur Kenntnis nimmt und bei dieser Frage berücksichtigt.

## 1. Negative Generalprävention

Was die negative Generalprävention anbelangt, haben Forschungen u. a. von *Schöch* und *Dölling* ergeben, dass v. a. die wahrgenommene Entdeckungswahrscheinlichkeit ein wichtiger Faktor der Abschreckung ist.<sup>44</sup> Zugleich hat sich gezeigt, dass entgegen einer weit verbreiteten Meinung der Höhe der angedrohten Sanktion keine entscheidende Abschreckungswirkung zukommt. Mit anderen Worten: Eine Erhöhung des Strafrahmens für bestimmte Delikte, wie sie oft auch von politischer Seite gefordert wird, verspricht keinerlei Reduzierung der entsprechenden Straftaten. Folgt man dem, ist eine Verschärfung des Strafrechts mit negativ generalpräventiver Begründung nicht plausibel begründbar. Sie ist ungeeignet zur Prävention und damit unverhältnismäßig. Wer mit »Strafgerechtigkeit« argumentiert, hat dieses Problem nicht. Es genügt dann die nicht ernsthaft rational diskutierbare Behauptung, dass zur Herstellung von »Gerechtigkeit« für bestimmte Straftaten eine höhere Strafe eingeführt werden muss. Dass das durchaus praktisch relevant ist, zeigt die Begründung der erwähnten Verschärfung des Jugendstrafrechts. Weder aus spezial-, noch aus generalpräventiver Sicht ist davon auch nur irgendein Nutzen erkennbar. Entgegen dem Rat sämtlicher Experten ist diese Erhöhung aber umgesetzt worden. Es handelt sich dabei um rein symbolische Politik, die nur in einem vergeltungsorientierten Strafrecht begründbar ist, nicht dagegen nach der hier vertretenen Konzeption, die »verhältnismäßige Generalprävention« fordert.

## 2. Positive Generalprävention

Etwas komplizierter liegen die Dinge bei der positiven Generalprävention. Dieser etwas schillernde und nicht leicht fassbare Strafzweck<sup>45</sup> besagt im Kern, dass nach einer Straftat innerhalb der Bevölkerung ein Reaktionsbedürfnis besteht,

44 S. *Schöch*, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, S. 1085 ff.; *Dölling*, ZStW 1990, 1 ff.; *Streng* (Fn. 24) Rn. 59.

45 Vgl. nur *Roxin* (Fn. 5), § 3 Rn. 26 ff.; zusammenfassend zu den verschiedenen Ansätzen *Kaspar* (Fn. 42), S. 48 ff.

das der Staat nicht einfach ignorieren darf. Verfehlt er dieses Bedürfnis langfristig, riskiert er, dass die Bürger dem Staat und der Rechtsordnung nicht mehr trauen. Das kann einerseits dazu führen, dass private Racheakte und Selbstjustiz zunehmen, weil man die Dinge selbst in die Hand nehmen will. Andererseits kann auf lange Sicht eine generelle Normerosion eintreten mit der Folge, dass die Bürger aufgrund der von ihnen wahrgenommenen ausbleibenden oder zu milden Bestrafung selbst vermehrt Straftaten begehen. Indem man solchen Entwicklungen mit einer als gerecht und angemessen wahrnehmbaren Strafe begegnet, wird die Stabilität der Rechtsordnung und damit der Gesellschaft gewährleistet und damit ebenfalls Prävention betrieben. Das ist m. E. ein legitimes Ziel. Bedeutet das, dass hier über die Hintertür doch die »gerechte Vergeltung« wieder die Oberhand gewinnt? Die Gefahr besteht, aber man kann sie bannen, wenn man die Theorie der positiven Generalprävention adäquat formuliert und insbesondere verfassungsrechtliche Vorgaben mit hinzuzieht.

a) Maßstab: aufgeklärte Öffentlichkeit

Zunächst kann es nur darum gehen, dass bestimmte Strafen und ihr Maß von einer informierten und aufgeklärten Öffentlichkeit generell als »angemessen« akzeptiert werden können. Umfragen im Einzelfall können diese Bestimmung ebenso wenig ersetzen wie die Erhebung dumpfer »Strafwünsche« bei Personen, die weder über die tatsächliche Entwicklung von Kriminalität noch über die Wirkung oder eben Nicht-Wirkung von Strafen Bescheid wissen. Die Festlegung von Strafrahmen und konkreten Strafen setzt einen Wertungsakt voraus, den letztlich nur staatliche Repräsentanten, also Gesetzgeber und Richter, vornehmen dürfen. In diesen Wertungsakt müssen aber Erkenntnisse darüber einfließen, welche Sanktionen eine aufgeklärte Bevölkerung noch als angemessen akzeptiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage der »angemessenen Strafe« in der Regel auch (wenn auch möglicherweise unausgesprochene) präventive Überlegungen beinhalten wird. Wer weiß, dass die längere Freiheitsstrafe keinerlei abschreckenden Effekt verspricht, aber möglicherweise eher einen Rückfall produziert als eine kürzere Bewährungsstrafe, die mit sinnvollen Auflagen verbunden wird, wird vermutlich letztere Sanktion sogar vorziehen.

b) Differenzierte Opferinteressen

Bei dieser Frage auch in abstrakt-genereller Weise die Interessen der Opfer einfließen zu lassen, ist deshalb weniger problematisch als es auf den ersten Blick erscheint, weil auch die Interessen der Opfer von Straftaten nach empirischen

Untersuchungen sehr differenziert sind und eben nicht ausschließlich oder vorrangig in einem Wunsch nach Rache und harter Bestrafung bestehen.<sup>46</sup> Das ist gerade der Grund, warum wir hier nicht pauschal von Straf-, sondern besser von »Reaktionsbedürfnissen« sprechen sollten. Es geht um den Ersatz der materiellen und immateriellen Schäden, es geht um den Gedanken, dass der Täter so etwas möglichst nicht erneut tun soll, es geht um die Anerkennung, dass einem Unrecht zugefügt wurde, das der Staat und die Allgemeinheit so nicht hinzunehmen bereit sind, sondern in Form der Sanktion missbilligen. Die absolute Höhe der Bestrafung tritt demgegenüber in ihrer Bedeutung zurück, solange die Strafe noch als ausreichend ernste Antwort auf das Tatgeschehen begriffen werden kann und die Tat nicht eher verharmlost.

### c) Die Austauschbarkeit der Sanktionen

Damit sind wir bei einem wichtigen Aspekt, nämlich der Tatsache, dass es offenbar einen Spielraum von Sanktionen gibt, die sich in ihrer präventiven Wirksamkeit nicht unterscheiden. Für die Spezialprävention, also die Einwirkung auf die Täter selbst, ist das zumindest für den Bereich leichter bis mittelschwerer Taten empirisch gut belegt. Vergleicht man Täter, bei denen das Verfahren folgenlos eingestellt wurde mit solchen, bei denen (bei vergleichbaren Taten und sonstigen Umständen) eine Geldstrafe verhängt wurde, so konnte jedenfalls keine höhere Rückfallquote bei den milder Sanktionierten festgestellt werden.<sup>47</sup> Für die negative Generalprävention kann man ähnliches vermuten, da der entscheidende Faktor wie oben erwähnt nicht die Höhe der angedrohten Sanktion, sondern die Entdeckungswahrscheinlichkeit zu sein scheint. Hier besteht also aus kriminologisch-empirischer Sicht eine »Austauschbarkeit der Sanktionen« – ein Befund, der bei Zugrundelegung einer präventiven Zielsetzung enormes Potenzial zur Liberalisierung und Flexibilisierung des Strafrechts nahe legt und vielleicht nur deswegen bislang ohne größere Folgen geblieben ist, weil man sich weiter auf »gerechte Vergeltung« als überschießenden Strafzweck zurückziehen konnte. Nun gibt es interessanterweise ähnliche Befunde aus dem Bereich der positiven Generalprävention. Der Kollege *Streng* aus Erlangen hat herausgefunden, dass die von ihm befragten Studenten bei der Frage nach der angemessenen Sanktion für bestimmte Straftaten einen erstaunlichen Spielraum von schon und noch angemessener Sanktion angaben.<sup>48</sup> Für eine am Verfassungsrecht orientierte generalpräventive Theorie genügt dann, dass man vom »unteren Rand« des Spiel-

46 Vgl. etwa die Ergebnisse der breit angelegten Untersuchung von *Kilchling* (Fn. 43).

47 S. die Nachweise bei *Streng* (Fn. 24), Rn. 328.

48 *Streng*, in: *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik*, 2007, S. 65 ff.

raums her denkt und die mildeste Strafe wählt, die noch ausreicht, um den Ernst der Tat zum Ausdruck zu bringen.

#### d) Der bereinigte status quo als Anhaltspunkt

Als Anhaltspunkt für ein Sanktionsniveau, das diese Voraussetzungen erfüllt, wird man vom aktuellen status quo ausgehen können, der allerdings noch zu bereinigen ist. Wenn in einer Region vergleichbare Taten mit drei, in einer anderen Region mit vier Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden, spricht wenig dafür, dass der Rechtsfrieden ernsthaft in Gefahr wäre, wenn man auch in der bislang punitiveren Region das Sanktionsniveau absenken würde. Wir hätten es dann mit *einer für den Straftäter milderen, ansonsten aber gleich geeigneten Sanktion* zu tun, die ihre präventiven Ziele nicht verfehlt. Und die (ohnehin nie zu beantwortende) Frage, ob wir damit die »absolute Gerechtigkeit« treffen, stellt sich ganz einfach nicht. Mir ist vollkommen klar, dass das keinerlei Chance auf politische Realisierung hat, aber im Rahmen einer Antrittsvorlesung haben schließlich auch Utopien und Visionen ihren Platz. Unverzichtbar wäre jedenfalls, dass wir uns noch viel mehr, als das bislang der Fall ist, Klarheit über die unterschiedlichen regionalen Strafzumessungsniveaus verschaffen, idealerweise im Wege einer systematischen bundesweiten statistischen Erfassung – wer weiß, ob wir Impulse in diese Richtung in Zukunft nicht auch von Augsburg aus senden können?

#### D. Die Rolle der Kriminologie

Und damit komme ich zum Schluss meines Beitrages nochmal auf die Rolle der Kriminologie innerhalb eines so verstandenen, an verhältnismäßiger Generalprävention orientierten Strafrechtssystems zurück.

Die Kriminologie muss auch in Zukunft empirische Befunde über die Entwicklung der Kriminalität sammeln und in aufklärerischer Weise der Allgemeinheit vermitteln. Man darf weder den Medien noch der Politik hier das Feld überlassen, da beide aus verschiedenen Gründen ein Interesse an der negativen Zuspitzung der Verhältnisse haben können. Die Menschen müssen wissen, dass die Dinge viel weniger dramatisch sind, als vielfach behauptet wird, übrigens auch und gerade im Bereich der Gewaltdelinquenz von Jugendlichen! Und sie müssen gleichzeitig wissen, dass Kriminalität sich leider nicht, so gerne wir das auch manchmal täten, als pathologisches Phänomen von ganz andersartigen Kreaturen einordnen lässt, sondern bei fast allen Menschen im Laufe des Lebens nachzuweisen ist. Wer beides weiß, kann mit deutlich kühlerem Kopf über sowohl zweckmäßiges als auch angemessenes Strafen nachdenken.

Die Menschen müssen außerdem wissen, dass lange Haftstrafen nicht nur bei Jugendlichen, sondern auch bei erwachsenen Tätern mehr Schaden als Nutzen anrichten können, weil die Gefahr besteht, dass mögliche erzieherische oder resozialisierende Effekte nach einigen Jahren von den Belastungen während der Haftzeit sowie den mit ihr verbundenen großen Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in die Gesellschaft überwogen werden. Das setzt aber voraus, dass man bereit ist, sich der Wirklichkeit des Vollzuges zu stellen. Es ist m. E. ein beklagenswerter Zustand, wenn junge Richter und Staatsanwälte Freiheitsstrafen verhängen oder beantragen, ohne im Rahmen ihrer Ausbildung jemals einen Fuß in ein Gefängnis gesetzt zu haben. Und ich plane, die von Prof. *Schöch* an der LMU München gepflegte Tradition von Exkursionen mit Studentengruppen in Haftanstalten auch hier in Augsburg fortzusetzen.

Nimmt man nun gleichzeitig zur Kenntnis, dass auch ein spezifischer Abschreckungseffekt gerade durch eine vollzogene Haftstrafe äußerst zweifelhaft ist, gilt es umso mehr, Spielräume für Sanktionsmilderungen und Haftvermeidung zu nutzen und zugleich die Suche nach alternativen Sanktionen voranzutreiben. Das Fahrverbot als Hauptstrafe hatte ich oben schon erwähnt, aber v. a. die gemeinnützige Arbeit hat noch Potenzial – »schwitzen statt sitzen« heißt die Devise! Der Täter wird dabei nicht aus seinem sozialen Umfeld gerissen, was dazu beitragen kann, dass das Abgleiten in weitere Kriminalität verhindert wird, ohne dass darunter der generalpräventive Strafzweck leiden müsste. Ich bin mir sicher, dass man für solche Maßnahmen breite Zustimmung bei einer aufgeklärten Öffentlichkeit finden könnte, wie wir es aus empirischen Studien z. B. für die Strafmilderung nach Wiedergutmachungsleistungen gegenüber dem Opfer wissen.<sup>49</sup>

Ob und wie sich solche Reformen erfolgreich umsetzen lassen, ist dann wiederum eine Frage der kriminologischen Implementations- und Evaluationsforschung. Aber man muss es eben versuchen und darf sich nicht auf der »Ruhebank«<sup>50</sup> der vermeintlich so und nur so verwirklichten »gerechten Vergeltung« ausruhen. Kurz zusammengefasst sorgt die Kriminologie auch dafür, dass Strafrecht gar nicht anders betrieben werden kann als mit latent schlechtem Gewissen, wie es schon der berühmte Strafrechtler und Rechtsphilosoph *Gustav Radbruch* formuliert hat.<sup>51</sup> Auch das macht sie vermutlich nicht gerade beliebter – der Überbringer schlechter Nachrichten hatte es noch nie leicht. Die Kriminologie hält auf diese Weise aber den Ruf nach möglichen Verbesserungen und Alternativen lebendig – und einem liberalen und humanen Strafrecht steht eine solche Haltung m. E. gut zu Gesicht.

49 S. *Sessar*, Wiedergutmachen oder Strafen, 1992.

50 So ausdrücklich *Ellscheid/Hassemer*, in: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität I, 1975, S. 266 (286).

51 *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7./8. Aufl. 1929, S. 105.