

»Verhältnismäßige Generalprävention« und Zurechnung

Ringpublikationsprojekt »Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung?« (Teil 1)

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Augsburg*

Lüderssen hat in dieser Zeitschrift für eine grundlegende Neuorientierung der strafrechtlichen Zurechnungslehre plädiert, bei der das klassische Vergeltungsdenken zurückgedrängt und die (spezial-)präventive Ausrichtung der Strafe hervorgehoben werden soll.¹ Dieser Gedanke, der mit einer ausdrücklichen Aufforderung zur Diskussion verbunden war,² soll hier aufgegriffen werden. Nach Ansicht des *Verfassers* ist eine Präventionsorientierung der Strafe und damit auch der strafrechtlichen Zurechnung sachgerecht und auch aus verfassungsrechtlichen Gründen gegenüber einer klassischen »Schuldorientierung« vorzugswürdig. Abgelehnt wird allerdings eine spezialpräventive Zurechnungslehre, bei der nicht erst die Strafzumessung, sondern bereits die materielle Strafbarkeit vom spezialpräventiven »Einwirkungsbedarf« abhängig gemacht wird. Nach hier vertretener Ansicht enthält vielmehr eine an »verhältnismäßiger Generalprävention« orientierte Theorie der Strafbegründung und -bemessung am ehesten das Potenzial, um realistische Spielräume für den Verzicht auf Strafe auszuloten. Das eröffnet zugleich neue Perspektiven für die Rolle der Strafverteidigung.

A. Zurechnung im Strafrecht

Der durchaus schillernde Begriff der »Zurechnung« begegnet uns im Strafrecht auf allen Ebenen des Deliktssystems. Wir kennen zunächst die in der Literatur überwiegend anerkannte Lehre der »objektiven Zurechnung«, mit der die Frage beantwortet wird, ob die Tat bzw. der Taterfolg dem Täter als »sein Werk« zugerechnet wird.³ Auch bei der Frage der Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens ist in Teilbereichen, etwa bei der hypothetischen Einwilligung, von (erneut: objektiver) Zurechnung die Rede.⁴ Die »Schuld« des Täters wiederum enthält, auch wenn gerade hier besonders viel umstritten ist, richtigerweise Zurechnungselemente und wird nicht umsonst teilweise als »subjektive« oder »individuelle Zurechnung« bezeichnet.⁵ Der gemeinsame Nenner dieser Anwendungsfälle der Zurechnung dürfte sein, dass es stets um die Begründung von strafrechtlicher Verantwortung geht, und zwar in zweifacher Weise: Einerseits geht es darum, zwischen einem bestimmten tatsächlichen Geschehen und einer Person⁶ eine Beziehung herzustellen, so dass dieses Geschehen als (wie dann feststeht) tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung als Grundlage der Bestrafung dieser Person herangezogen werden kann. Das könnte man als *tatbezogene Zurechnung* bezeichnen. Um die Möglichkeit *personenbezogener Zurechnung* geht es andererseits beispielsweise, wenn die Schuldfähigkeit des Täters gem. § 20 StGB geprüft wird. Es handelt sich dabei um eine (letztlich richterliche) Entscheidung, die zwar auf empirisch feststellbaren Tatsachen (etwa über tatsächliche oder hypothetische Kausalverläufe auf der Tatbestandsebene oder über psychische Störungen auf der Schuld ebene) aufbaut, aber eine Wertung erforderlich macht. Selbstverständlich geht es dabei stets auch um die Begrenzung strafrechtlicher Verantwortung – was nicht zurechenbar ist, darf nicht zum Gegenstand des strafrechtlichen Vor-

wurfs gemacht werden, und wer nicht zurechnungsfähig ist, darf nicht Adressat dieses Vorwurfs sein.⁷

B. Zurechnung und Strafzwecke

Damit stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien diese Wertung vorgenommen wird bzw. richtigerweise vorzunehmen wäre. Hier ist noch vieles unklar. Das Abstellen auf die »Strafwürdigkeit« etwa ist keine Lösung dieses Problems, sondern nur eine andere Bezeichnung für die Fragestellung. Inhaltliche Maßstäbe sind, sollen sie nicht willkürlich erscheinen, aus dem Zweck der Strafe abzuleiten. Denn wir rechnen ja nicht quasi im luftleeren Raum zu, sondern mit Blick auf die Rechtsfolge »Strafe« oder »Straflosigkeit«. Die von *Lüderssen* thematisierte straftheoretische Fundierung der Zurechnungslehre⁸ weist also in die richtige Richtung, und auch, dass er die Frage letztlich auf »Prävention« zugespitzt hat, ist überzeugend.

I. Ausschluss von »Vergeltung« oder »Schuldausgleich« als legitime Strafzwecke

Allerdings setzt das Einigkeit darüber voraus, dass Vergeltung oder (synonym) Schuldausgleich als legitime (genauer: den Eingriff durch Strafe legitimierende) Strafzwecke ausscheiden. Denn ansonsten könnte man sich darauf beschränken, die »schuldhafte Tatbegehung« nach eigenständigen, von präventiven Überlegungen ganz unabhängigen Kriterien festzustellen – und das allein wäre dann Grund und zugleich Rechtfertigung der Strafe. Eine »absolute« Strafrechtstheorie in diesem Sinne hat in letzter Zeit durchaus eine Renaissance innerhalb der Strafrechtswissenschaft erfahren⁹ und kann daher als Grundlage einer straftheoretischen, am mit Strafe verfolgten Zweck ausgerichteten Zurechnungslehre nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

1. Das Verfassungsrecht als Prüfstein für legitime Strafzwecke

Stellungnahmen zum vorzugswürdigen Strafzweck haben allerdings oft Bekenntnischarakter und lassen sich schwer kritisch hinterfragen, solange man nicht übergreifende Krite-

* Der Beitrag eröffnet das StV-Ringpublikationsprojekt im Jahrgang 2014; siehe dazu die Einführung von *Lüderssen* (in diesem Heft), S. 247.

1 *Lüderssen* StV 2011, 377.

2 *Lüderssen* StV 2011, 377 (380).

3 S. dazu *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 44 ff. sowie *Schünemann* GA 1999, 207.

4 So jedenfalls die sehr plausible Deutung der Figur der »hypothetischen Einwilligung« durch *Kuhlen* FS Roxin I, 2001, S. 331.

5 *Achenbach*, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: *Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984.

6 Vom Spezialproblem der »Strafbarkeit« juristischer Personen und den damit verbundenen Zurechnungsfragen soll hier nicht die Rede sein.

7 Am Vorwurfscharakter bzw. Tadelscharakter im Hinblick auf eine in der Vergangenheit liegende Tat als *Wesensmerkmal* der Strafe kommt man nicht vorbei. Eine Festlegung im Hinblick auf den mit Strafe verfolgten und sie legitimierenden Zweck liegt darin aber nicht (vgl. *Paulik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 16). S. dazu noch unten **B.I.1.**

8 *Lüderssen* StV 2011, 377.

9 Vgl. die Beschreibung von *Schünemann* FS *Lüderssen*, 2002, S. 327; *Paulik* (Fn. 7), S. 45 ff.; *Gärditz* Der Staat 2010, 333.

rien zur Bewertung dieser Zwecke festgelegt hat.¹⁰ Als kleinsten gemeinsamen Nenner wird man sich darauf einigen können, dass der oder die Strafzwecke einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten müssen. Das *BVerfG* hat sich hier stets in Zurückhaltung geübt, in neueren Entscheidungen allerdings bedauerlicherweise sehr stark den Aspekt der »gerechten Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen«¹¹ bzw. die Bestimmung der Strafe, »gerechter Schuldausgleich zu sein«¹² in den Vordergrund gerückt. Strafrechtlich ist das ein Rückschritt, sofern damit tatsächlich ein legitimierender Strafzweck (und nicht nur ein bei der Strafzumessung zu berücksichtigender »Aspekt«) gemeint sein sollte. Denn in früheren Entscheidungen hat das *Gericht* völlig zu Recht klargestellt, dass Strafe nicht »Selbstzweck« sein dürfe;¹³ sie bedarf also, anders waren diese Entscheidungen nicht zu verstehen, über die Feststellung schuldhafter Tatbegehung hinaus stets einer zusätzlichen Rückführung auf präventive Zwecke.

An dieser Stelle ist auf einen Punkt hinzuweisen, der möglicherweise oft zu Missverständnissen über die Reichweite strafrechtlicher Aussagen führt: Die Tatsache, dass Strafe nach ihrem *Wesen* vergangenheitsbezogene Reaktion auf Strafe (und in diesem Sinne auch »Vergeltung«) ist, bedeutet nicht, dass man sich allein mit dieser Wesensbeschreibung zufrieden geben müsste, wenn es um die Frage des damit verfolgten Zwecks geht. Sofern das *BVerfG* in früheren Entscheidungen also (man achte genau auf die Terminologie!) vom Schuldausgleich als »Wesen« der Strafe spricht,¹⁴ Schuldausgleich als einen »Aspekt« der Strafe bezeichnet oder festhält, dass Strafe ein »sozialethisches Unwerturteil«¹⁵ enthält, sind das allesamt gerade keine Bekenntnisse zu einem Strafe legitimierenden Zweck der Vergeltung. In einer Entscheidung kommen diese zwei verschiedenen Ebenen deutlich zum Ausdruck, wenn gesagt wird, »dass die Strafe neben ihrer Aufgabe, abzuschrecken und zu resozialisieren eine angemessene Antwort auf strafrechtlich verbotenes Verhalten sei«¹⁶. Letzteres ist eben keine Aufgabenbeschreibung, sondern eine Wesensbeschreibung.¹⁷

Dass es ganz allgemein im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung belastender Grundrechtseingriffe nicht zulässig ist, Wesen und Zweck einer Maßnahme in eins zu setzen, hat *Schlink* überzeugend dargelegt. Er spricht von »eingriffsnahen Zwecken«¹⁸, bei deren Formulierung lediglich der Inhalt der Maßnahme paraphrasiert werde und die daher bei der Frage der Rechtfertigung der Maßnahme außer Betracht bleiben müssten. Konkret und auf das Strafrecht bezogen: Es wäre offensichtlich nicht legitim, einem Bürger durch eine staatliche Zwangsmaßnahme die Freiheit zu entziehen allein mit der Begründung, dass er dann nicht mehr in Freiheit sei. Hier muss vielmehr ein externer Zweck hinzukommen (etwa der Schutz der Allgemeinheit), um der zweckrationalen Begründungslast genügen zu können,¹⁹ die dem Staat bei Grundrechtseingriffen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nun einmal auferlegt ist.

2. Unvereinbarkeit von »Vergeltung« als Strafzweck mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Und damit ist man an dem Punkt angelangt, der deutlich macht, warum genau (auch wenn das im Ergebnis schon vielfach vertreten wird) »Vergeltung« als die Strafe legitimierender Zweck von vornherein ausscheidet. Denn dabei werden die Anforderungen verfehlt, die sich aus dem Verfassungsrecht in Gestalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergeben und die bei allen belastenden staatlichen Maßnahmen zwingend zu beachten sind, also doch wohl auch im Hinblick auf die Strafe als »besonders scharfes Schwert« in

der Hand des Staates. Das zeigt der Blick auf die weitgehend anerkannte Struktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Seine Prüfung setzt bekanntlich voraus, dass man den verfolgten Zweck präzise formuliert und sodann die »Geeignetheit«, »Erforderlichkeit« und »Angemessenheit« der Maßnahme anhand dieses Zweckes durchdekliniert. Dabei werden zwar auf allen Ebenen große Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers anerkannt. Nicht zulässig sind jedoch Zielsetzungen einer belastenden staatlichen Maßnahme, die von vornherein nicht anhand der genannten Kriterien geprüft werden können.²⁰ Und genau das wäre bei Anerkennung des Strafzwecks der Vergeltung der Fall: Weder die »Geeignetheit«, noch die »Erforderlichkeit« einer Strafe im Hinblick auf den rein metaphysischen Zweck der Vergeltung lässt sich rational diskutieren, geschweige denn empirisch überprüfen.²¹ Warum eine solche Zwecksetzung zulässig sein soll, obwohl sie dazu führt, dass ausgerechnet eine so eingriffssintensive Maßnahme wie die Strafe einem anerkannten verfassungsrechtlichen Prüfungsraster teilweise entzogen wird, wäre erst noch zu begründen. Ein verfassungsrechtliches »Sonderregime« ausgerechnet für Strafen²² wäre schwer plausibel zu machen. Allein die Be-

10 Zur oft fehlenden Kommunikation zwischen den Vertretern der verschiedenen straftheoretischen »Lager« s. *Lüderssen* StV 2011, 377 (378) mit Hinweis auf *Stratenwerth* FS Lüderssen (Fn. 9), S. 373 (380).

11 S. BVerfGE 128, 326 (374) = StV 2011, 470 (Sicherungsverwahrung); krit. zu den straftheoretischen Prämissen der Entscheidung *Höffler/Kaspar* ZStW 123 (2012), 87.

12 BVerfGE StV 2013, 353 Rn. 55 (Verständigung).

13 S. etwa BVerfGE 39, 1 (46).

14 Vgl. nur BVerfGE 22, 125 (132); weitere Nachweise bei *Volk* ZStW 82 (1971), 418.

15 BVerfGE 27, 18 (29).

16 S. BVerfGE NJW 2004, 2073.

17 Vgl. auch BVerfGE 39, 1 (57): Strafe »ist« Vergeltung für begangenes Unrecht, unbeschadet ihrer »Aufgabe«, abzuschrecken und zu resozialisieren. S. bereits die zutreffende Differenzierung bei *Hörnle*, Strafrecht, 2011, S. 18.

18 *Schlink* FS BVerfGE II, 2001, S. 445 (450). S. auch *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 158 Fn. 34, der von einer »Quasi-Tautologie« von Zweck und Mittel spricht.

19 Das heißt nicht, dass damit dieser Begründungslast auch tatsächlich genügt wird – auf das Problem auch nur einigermaßen zutreffender Prognosen wurde im Zuge der aktuellen Debatte um die Sicherungsverwahrung mehrfach und eindringlich hingewiesen, vgl. nur *Schöch* NK 2012, 47 (53).

20 S. bereits *Kaspar*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004, S. 92 f. sowie demnächst umfassend *Kaspar*, Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht, 2014 (im Erscheinen).

21 Vgl. jüngst *Frisch* NSZ 2013, 249, der daraus aber den umgekehrten Schluss zieht: Nicht unser Begriff vom »Zweck« der Strafe müsse modifiziert werden, sondern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei beim Eingriff durch Strafe im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit »untauglich« – daher könne man es bei der Prüfung der Schuldangemessenheit belassen. Das ist, auch wenn die von *Frisch* formulierten Schwierigkeiten bei der konkreten Umsetzung von präventionsorientierter Zurechnung bzw. Strafzumessung nicht zu leugnen sind, keine überzeugende Lösung der Friktion mit einem Verfassungsgrundsatz.

22 *Frister*, Das Schuldprinzip, 1988, S. 15 Fn. 5 deutet die Rechtsprechung des *BVerfG* zur Begründung der Strafe tatsächlich so, dass das *Gericht* »incidenter die Ausnahme von der allgemeinen Verfassungsdogmatik zugelassen« habe. *Schild* FS Lenckner, 1998, S. 297 meint, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müsse zur »Begründung« des Strafrechts offenbar ausscheiden, da er in Verbindung mit dem Schuldgrundsatz und im Hinblick auf ein »sinn- und maßvolles Strafen«, aber nicht in seiner herkömmlichen Gestalt geprüft werde. Das ist eine richtige Beschreibung des status quo – ob eine nur modifizierte bzw. reduzierte Heranziehung des Grundsatzes legitim ist, wäre aber noch zu klären. Überzeugend gegen eine »Sondergrundrechtsdogmatik« im Bereich des Strafrechts *Lagodny*, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: *Hefendehl* u.a. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 86. Ähnlich (unter stärkerer Betonung der Bindung an das Demokratieprinzip) *Gärditz* Der Staat 2010, 331 (337), der von einer lediglich »gefühlten Sonderstellung staatlicher Strafe« spricht.

grenzung auf das »Schuldangemessene« ist kein vollwertiger Ersatz für die Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil dies lediglich eine Art Anlass (Tat) – Mittel (Strafe) – Relation sicherstellt, aber die Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit ersatzlos überspringt und damit zugleich jeden Ansatz für die von Lüderssen zu Recht geforderte empirische Verankerung der Strafbegründung und -bemessung²³ verbaut. Ob die Beharrungskräfte, die man hier deutlich spürt, dem ebenfalls von Lüderssen erwähnten »theologischen Ursprung der modernen Strafe«²⁴ geschuldet sind, ist schwer zu beurteilen, aber durchaus naheliegend. Meines Erachtens kommt als nicht zu unterschätzender Aspekt aber hinzu, dass der Fokus auf den rein normativen Bereich des »Schuldangemessenen« einem allzu schlechten Gewissen der Akteure innerhalb der Strafjustiz entgegenwirkt und ihnen jedenfalls erspart, sich mit lästigen Fragen nach der präventiven Wirksamkeit oder eben Unwirksamkeit von Strafe zu beschäftigen. Insofern ist die Redeweise vom Schuldprinzip als bequemer »Ruhebank« der Strafjustiz²⁵ berechtigt.

II. Präventionsorientierung der Zurechnung

Es leuchtet daher ein, dass man versucht, die Zurechnungslehre mit präventiven Erwägungen anzureichern.²⁶ Bei genauer Betrachtung geschieht dies ja in Teilbereichen bereits. So ist die (freilich sehr umstrittene) Lehre der »Sozialadäquanz« nichts anderes als die Überlegung, dass bestimmte Handlungen weder spezial- noch generalpräventive Strafbefürnisse nach sich ziehen, weil die auf diese Weise begründete Strafflosigkeit keine schädlichen Nachahmungseffekte auslöst, weder beim Täter, noch bei der Allgemeinheit. Die Strafflosigkeit des Maibaumdiebstahls als Teil anerkannten Brauchtums beispielsweise motiviert niemanden zur Begehung eines Ladendiebstahls, zumal (was man im Übrigen mit großer Sicherheit auch empirisch feststellen könnte) das Geschehen gar nicht als »Straftat« wahrgenommen wird. Der »Täter« des Maibaumdiebstahls ist damit zwar unbestreitbar der »Urheber« des Geschehens – auf diese Zurechnung in einem alltäglichen Sinne kommt es uns aber nicht an; das Geschehen wird nicht als »Straftat« bewertet bzw. »zugerechnet« und das, wie gesehen, aus letztlich präventiven Gründen. Diese Gründe sind personenunabhängig und generalisierbar, so dass bereits ein Tatbestandsausschluss angezeigt ist. Auch die Fallgruppe des fehlenden »Schutz-zweckzusammenhangs« weist auf den Konnex von Zurechnung und Prävention hin. Denn ein Ausschluss der Zurechnung in den Fällen, in denen die vom Täter kausal verursachte Rechtsgutsverletzung nicht in den Schutzbereich der Verhaltensnorm fällt, ist nur dann verständlich, wenn man von einem präventiven Zweck dieser Norm ausgeht, der im konkreten Fall dann nicht einschlägig ist.

Wie weit trägt dieser Gedanke? Kann eine präventive Zurechnungslehre entwickelt werden, die den oben erwähnten vergangenheitsbezogenen Aspekt der »gerechten Vergeltung« als Wesensmerkmal der Strafe integriert, zugleich aber den Anspruch empirischer Fundierung der Wirkungen von Strafe nicht aufgibt? Ich glaube, dass das möglich ist, allerdings nur auf der Grundlage einer vorrangig generalpräventiven Konzeption, bei der zugleich die verfassungsrechtlichen Bindungen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stärker als bisher »mitgedacht« werden. Eine solche an »verhältnismäßiger Generalprävention« orientierte Zurechnungslehre hat im Vergleich zum status quo durchaus zusätzliches kritisches Potenzial. Wie eingangs bereits angedeutet sehe ich allerdings – anders als Lüderssen – den möglichen Beitrag spezialpräventiver Überlegungen auf dieser Ebene eher skeptisch.

1. Spezialpräventive Zurechnung

a) Zurechnung und Unrecht

Spätestens an dieser Stelle muss man auf die oben angedeutete Differenzierung der verschiedenen Arten von Zurechnung zurückkommen. Denn wie das Beispiel der Sozialadäquanz gezeigt hat, geht es bei der *objektiven* (statbezogenen) Zurechnung letztlich um eine Bewertung der Tat, entweder im Hinblick auf die Tathandlung (was *Roxin* als »Risikoschaffung« bezeichnet)²⁷ oder im Hinblick auf die Beziehung von Tathandlung und Erfolg (in *Roxins* System die »Risikoverwirklichung«)²⁸. Es geht um die Reichweite des Unrechts, und damit (zumindest nach bisherigem Verständnis) um das, was zunächst einmal unabhängig von Besonderheiten in der Person des Täters abstrakt strafwürdig²⁹ bzw. besser: im Sinne des Strafrechts »präventionswürdig« ist, also auch mit Blick auf eine mögliche zukünftige Begehung.³⁰ Sprechen wir von solchen Zurechnungsfragen auf der Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene, wäre eine einzelfallbezogene, auf die Person des Täters zugeschnittene Zurechnungslehre also systemfremd und auch in ihren Konsequenzen schwer akzeptabel. Würde ein weder abschreckungs- noch resozialisierungsbedürftiger Täter, der glaubhaft machen kann, die Tat nur aus einer einmaligen Situation heraus begangen zu haben, eine Straftat begehen, müsste man konsequenterweise schon (mangels spezialpräventiver Strafbefürnisse) die Zurechnung und damit bereits den Charakter als tatbestandsmäßige Handlung verneinen. Exakt dieselbe Handlung wäre dagegen als »Unrecht« zu qualifizieren, wenn sie von einem Rückfalltäter vollzogen wird, bei dem spezialpräventive Einwirkungsbedürfnisse ausgemacht werden. Das ist weder mit dem theoretischen Konzept des »Tatstrafrechts« noch mit dem Verständnis der Bevölkerung von einer »Straftat« vereinbar. Es würde zudem das (auch von Lüderssen nicht prinzipiell in Frage gestellte)³¹ Konzept der Androhungsgeneralprävention stark beeinträchtigen, das eine einigermaßen rechtssichere Orientierungsmöglichkeit des Bürgers ex ante voraussetzt und eine Relativierung der Verhaltensnorm je nach einzelfallbezogenem spezialpräventivem Bedarf nicht verträgt. Genau genommen wäre das strafrechtliche Unrecht beispielsweise der Körperverletzung im Rahmen der strafbewehrten Verhaltensnorm konsequenterweise folgendermaßen zu formulieren: »Wer einen Menschen körperlich misshandelt (...) wird (...) bestraft, es sei denn, ein spezialpräventives Strafbefürnis ist ausgeschlossen«. Man würde auf diese Weise generalpräventiv dysfunktionale Anreize zur Tatbegehung liefern, jedem nicht vorbestraften Bürger quasi einen »Freischuss« (bzw., um im Bereich des § 223 StGB zu bleiben, einen »Freischlag«) einräumen, da er gute Chancen hat, nicht nur straffrei zu bleiben, sondern sogar bescheinigt zu bekom-

23 Lüderssen StV 2011, 377.

24 Lüderssen StV 2011, 377 (378).

25 Ellscheid/Hassemer, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1, 1975, S. 266; dagegen Paulik (Fn. 7), S. 97.

26 So auch schon (aus verfassungsrechtlicher bzw. demokratietheoretischer Sicht) Gärditz Der Staat 2010, 349.

27 Roxin (Fn. 3), § 11 Rn. 53 ff.

28 Roxin (Fn. 3), § 7 Rn. 69 ff.

29 Vgl. Roxin (Fn. 3), § 7 Rn. 61.

30 Vgl. den Hinweis auf die Generalprävention bei Roxin (Fn. 3), § 7 Rn. 61 f.

31 S. Lüderssen StV 2011, 377 (379 Fn. 14).

men, gar kein strafrechtlich relevantes »Unrecht« verwirklicht zu haben.

b) Zurechnung und Schuld

Plausibler wäre eine spezialpräventive, auf die Person des Täters zugeschnittene Zurechnungslehre dagegen im Bereich der Schuld. Hier ist im klassischen Deliktssystem der Ort, um jenseits von Fragen des Unrechts die Person des Täters mit seinen Eigenheiten in den Blick zu nehmen. *Roxin* konzipiert die systematische Ebene der Schuld bekanntlich zweistufig und ordnet hier neben der Schuldfähigkeit bzw. »normativen Ansprechbarkeit« des Täters auch Fälle fehlender »Verantwortlichkeit« ein, wenn kein präventives Strafbedürfnis besteht.³² Dabei geht es ihm zwar auch um spezialpräventive Aspekte, aber vorrangig um die Generalprävention vor allem in ihrer positiven Komponente. Stets wird darauf abgestellt, ob in der Person des Täters Umstände vorliegen, die einen Verzicht auf Strafe auch aus Sicht der Bevölkerung akzeptabel machen, so dass es der Zufügung der Strafe aus Gründen der Wiederherstellung des »Rechtsfriedens« nicht bedarf.

Könnte man strafrechtliche »Schuld« oder »Verantwortlichkeit« nun rein spezialpräventiv konzipieren? Verfassungsrechtlich wäre das nur dann konsequent, wenn wir mit Strafe allein spezialpräventive Zwecke verfolgen würden. Denn ein Täter, gegenüber dem spezialpräventive Einwirkung einigermaßen nachweislich nicht nötig ist,³³ dürfte dann gar nicht bestraft werden. Die Strafe wäre hier schon eine sinnlose, nicht »geeignete« und damit unverhältnismäßige Maßnahme.

Gegen eine solche Konzeption sprechen aber letztlich die Argumente, die auch sonst gegen eine rein spezialpräventive Zielsetzung der Strafe geltend gemacht werden. In aller Kürze und auf das Wesentliche reduziert: Es ist äußerst schwer bestimmbar, welche Maßnahmen (nach Art und Dauer) die Resozialisierung des Täters am besten gewährleisten und ab wann insoweit von einem »Erfolg« gesprochen werden kann. Ohnehin ist ein positiver Effekt in dieser Richtung gerade durch Strafen zweifelhaft. Der Ansatz, eine Einwirkung oder »Behandlung« des Täters zu fordern, fußt auf der (aus kriminologischer Sicht fragwürdigen) Prämisse, dass die Straftatbegehung regelmäßig ein Indiz für pathologische Merkmale oder sonstige zu erhebende Defizite beim Täter ist. Die in jedem Einzelfall erforderliche Feststellung des spezialpräventiven »Bedarfs«, die dann (von denkbaren Abstufungen einmal abgesehen) über Strafbarkeit oder Straflosigkeit entscheiden müsste, ist vor diesem Hintergrund schwer zu treffen und setzt zudem die eher skeptisch zu beurteilende spezifische »Wirksamkeit« gerade von Strafen voraus, Täter wieder auf den »rechten Weg« zu bringen.³⁴ Insofern erscheint nebenbei bemerkt die Kritik, wonach man auf spezialpräventiver Basis zu einer sehr langen Inhaftierung von Tätern mit geringfügigen Delikten, aber großem »Resozialisierungsbedarf« gelangen könnte, wenig plausibel. Denn auch dabei wird eine Eignung der Strafe unterstellt, für die wir auch dann keine besonders starke empirische Basis finden, wenn wir das unzutreffende Schlagwort des »nothing works«³⁵ richtigerweise durch ein »something works«³⁶ ersetzen.

Ein weiteres gravierendes Problem stellt die drastisch ungleiche Bestrafung ein und derselben Straftat allein anhand un-

terschiedlicher spezialpräventiver »Bedürfnisse« dar, die ja selbst im spezialpräventiv-erzieherisch orientierten Jugendstrafrecht nur partiell verwirklicht ist. Der Anspruch auf »gleichmäßiges«, der Tat »angemessenes« bzw. »gerechtes« Strafen würde bei einer Konzentration auf spezialpräventive Belange aufgegeben. Das ist kein prinzipielles Argument gegen eine solche radikal neue spezialpräventive Konzeption – gesellschaftliche Akzeptanz können wir für eine solche Abweichung von tief eingewurzelten Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung aber nicht erwarten. Das Extrembeispiel der hochbetagten NS-Täter, deren Bestrafung spezialpräventiv sinnlos ist, ließe sich noch lösen, indem man auch generalpräventive Strafbedürfnisse nach so langem Zeitablauf verneint.³⁷ Eine wirklich spezialpräventive Konzeption müsste konsequenterweise aber viel früher und außerhalb solch extremer Sonderkonstellationen ansetzen. Auch die Tötung eines Menschen durch einen ansonsten gesellschaftlich bestens integrierten Täter, die mit Sicherheit von ihm keine Wiederholung befürchten lässt, müsste mangels spezialpräventiv orientierter Zurechnung auf Schuldenebene zwingend straflos bleiben. Schon das ist auch bei Ablehnung einer strafbegründenden Funktion verwirklichter »Schuld« keine akzeptable Lösung, da die Straflosigkeit den Rechtsfrieden evident gefährden würde. Noch zugespitzter wäre dieses Problem in den Fällen, in denen der Täter zwar resozialisierungsbedürftig erscheint, aber (legitimerweise!) jede Mitwirkung an entsprechenden Maßnahmen verweigert und seine Strafe einfach nur in Ruhe absitzen will. Klammert man den negativ-spezialpräventiven Effekt der Sicherung aus, der hier generell außer Betracht bleibt, wäre ab diesem Zeitpunkt die Strafe zwingend zu beenden, da spezialpräventive Effekte nicht (mehr) zu erzielen wären. Der Täter hätte es dann selbst in der Hand, durch seine Weigerung die Voraussetzungen strafrechtlicher Zurechnung und damit diejenigen seiner Strafe zumindest im Nachhinein entfallen zu lassen. Das kann nicht richtig sein.

2. Generalpräventive Zurechnung

Die Lösung des Dilemmas, dass Schuldausgleich als legitimer Strafzweck und damit als Paradigma der Zurechnung ausscheidet, Spezialprävention diese Lücke aber nicht füllen kann, liegt *m.E.*, wie oben bereits angedeutet, in der Anerkennung der Generalprävention sowohl in ihrer negativen wie positiven Variante. Das kann hier nicht in voller Breite ausgeführt werden, aber beide Aspekte sind in ihrer Kombination geeignet, die Institution staatlicher Strafe zu legitimieren. Eine solche Zielsetzung der Strafe verstößt nicht gegen die Verfassung und führt auch nicht zu einem expansiven, harten Strafsystem, wenn man die verfassungsrechtlichen Bindungen beachtet. Im Gegenteil lassen sich auf diese Weise die von *Eb. Schmidt* formulierten Ziele der Liberalisierung, Humanisierung, Säkularisierung und Rationalisierung des Strafrechts³⁸ am ehesten verwirklichen.

32 *Roxin* (Fn. 3), § 7 Rn. 71 f. sowie § 22 Rn. 12.

33 Oder müsste man hier in dubio pro reo im Zweifel stets von fehlendem Resozialisierungsbedarf ausgehen?

34 Vgl. statt vieler *Hörnle* (Fn. 17), S. 21 f.

35 Vgl. dazu *Prittuitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 211.

36 S. *Heinz* BewHi 2000, 131 (153); vgl. auch *Roxin* (Fn. 3), § 3 Rn. 20 sowie 40; *Schöch*, Gutachten C für den 59. DJT 1992, S. C 40; *Weigend*, in: Radtke u.a. (Hrsg.), Muss Strafe sein?, 2004, S. 181

37 Was in diesen Sonderkonstellationen natürlich ein legitimes Bedürfnis der Opfer nach Feststellung, dass ihnen Unrecht zugefügt wurde, nicht ausschließt. Dafür bedürfte es aber nicht zwingend einer Bestrafung des Täters.

38 *Eb. Schmidt* ZStrR 73 (1958), 341 f.; zit. n. *Lüderssen* StV 2011, 377.

a) Einwände gegen Generalprävention als Strafzweck

Diese Sicht der Dinge entspricht offensichtlich nicht dem generell eher schlechten »Image« vor allem der negativen Generalprävention in der straftheoretischen Diskussion. Daher soll kurz auf die Einwände eingegangen werden, die üblicherweise gegen diesen Strafzweck vorgebracht werden. Teilweise wird ein Verstoß gegen die Menschenwürde angenommen, wenn der Bestrafte zur Abschreckung anderer die Strafe erdulden müsse;³⁹ außerdem sei einer generalpräventiven Bestrafungslogik stets die Tendenz zur Expansion immanent, also ein Trend zu besonders harter Bestrafung.⁴⁰

Was die negative Generalprävention angeht, ist nicht zu sehen, warum es ein Verstoß gegen die Menschenwürde sein soll, wenn die vor der Tat erfolgte Strafandrohung nach begangener Straftat realisiert wird. Der damit angestrebte Abschreckungseffekt ist nicht nur auf die Allgemeinheit bezogen, sondern auch (als negativ-spezialpräventive Komponente, die man zugleich als Teil eines generellen generalpräventiven Effekts verstehen kann) auf den Bestraften selbst. Es ist also nicht so, dass man hier nur auf dem Rücken des Sanktionierten externe Zwecke verfolgt. Dafür spricht auch, dass auch der Bestrafte selbst von einem generalpräventiven Abschreckungseffekt und dem dadurch erzielten Rechtsgüterschutz innerhalb der Gesellschaft profitieren würde. Denn auch er selbst ist ja potenzielles Opfer zukünftiger Straftaten.⁴¹ Ob ein solcher Effekt in empirischer Hinsicht überhaupt festgestellt werden kann, ist bekanntlich hoch umstritten. Man wird den Forschungsstand aber zutreffend so zusammenfassen können, dass das »ob« einer angedrohten Sanktion zumindest moderate abschreckende Effekte erzielt, dass allerdings die Entdeckungswahrscheinlichkeit und nicht die Höhe der angedrohten Sanktion die entscheidende Variable darstellt.⁴² Ein noch wichtigerer Faktor sind offenbar die erwarteten Reaktionen auf die Strafe im sozialen Umfeld. Beides setzt aber voraus, dass sich die Strafandrohung nicht als leere Drohung entpuppt, sondern im Großen und Ganzen⁴³ tatsächlich auch realisiert wird. Insofern lässt sich nicht nur die Strafandrohung, sondern auch die Strafverhängung anhand des Zwecks der Generalprävention begründen. Das gilt jedenfalls für das »ob« der Strafe. Da wir über die Höhe der generalpräventiv geeigneten und erforderlichen Strafe keine exakten Kenntnisse haben, müssen wir uns dabei mit pauschalen Annahmen begnügen. Zumindest gewisse Anhaltspunkte für das »ob« und »wie« der Strafe lassen sich aber erneut aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten.

b) »Verhältnismäßige Generalprävention« als Strafzweck

Zunächst wird bei »verhältnismäßiger Generalprävention« schon begrifflich auf den (an sich banalen, aber allzu oft vernachlässigten) Aspekt hingewiesen, dass die Strafe ein gravierender Grundrechtseingriff ist, der aufgrund der Abwehrfunktion der Grundrechte – untechnisch gesprochen – »guter Gründe« bedarf. Den Staat trifft hier eine Argumentationslast, die man nicht mit dem Hinweis auf die zugleich bestehende grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten potenzieller Opfer von Straftaten beiseite wischen darf, obwohl dies oft geschieht. Denn trotz der Auffächerung der Grundrechtsfunktionen handelt es sich bei der Abwehrfunktion nach wie vor um die zentrale Bestimmung der Grundrechte, während andere Funktionen nur ergänzend hinzutreten. Zugleich wird dabei übersehen, dass die Existenz einer staatlichen Schutzpflicht noch nichts darüber aussagt, wie der Staat dieser Pflicht nachkommen muss. Hier wird zu Recht von einem sehr weiten Spielraum ausgegangen, der sich (wenn überhaupt) nur in Ausnahmefällen – quasi im Sinne einer »Ermessensreduzierung auf null« – auf eine Pflicht gerade zum Einsatz des Sanktionsmittels Strafe verdichtet.

Schließlich spricht gegen einen nivellierenden Gleichrang von Abwehr- und Schutzfunktion im »Grundrechtsdreieck« von Staat, Straftäter und (potenziellem) Opfer, dass wir von einer extremen Asymmetrie der grundrechtlichen Beeinträchtigungslage ausgehen müssen, vor allem dann, wenn es nicht um das »Ob«, sondern um das »Wie« der Bestrafung geht. Beispielhaft: Die Entscheidung zwischen einer dreijährigen oder fünfjährigen Freiheitsstrafe für einen Raubüberfall, die der Richter im Sinne der milderen Sanktion auflöst, bringt einen evidenten Freiheitsgewinn für den Betroffenen, aber keinerlei greifbare Freiheitseinbuße für potenzielle Opfer, weil sich der (general-)präventive Effekt beider Sanktionen, nach allem, was wir aus der Generalpräventionsforschung wissen, nicht signifikant unterscheidet. Dem Vergeltungstheoretiker bliebe dann immer noch das (schwer diskutierbare, geschweige denn mit guten Argumenten »widerlegbare«) Argument, dass eine solch abscheuliche Tat aber mindestens fünf Jahre Freiheitsstrafe »wert« sei. Wer präventiv argumentiert, kann es sich so leicht nicht machen.⁴⁴ Was bleibt, ist lediglich die Forderung nach der Einhaltung des (natürlich ebenfalls nicht leicht zu bestimmenden) generalpräventiven Minimums. Die Strafe muss sicherstellen, dass die Tat nicht ohne Reaktion im Raum stehen bleibt, sondern sowohl dem Täter als auch der Allgemeinheit gegenüber signalisiert, dass es sich um einen missbilligenswerten Akt handelt (was mit der Art und Höhe der Strafe zum Ausdruck kommt), der vom Staat in dieser Form weder jetzt noch in Zukunft hingenommen wird. Auf diese Weise wird auch vorhandenen Vergeltungsbedürfnissen Rechnung getragen und jeder Form von Selbstjustiz oder Normerosion vorgebeugt. Die Strafe dient so verstanden gleichermaßen der Beruhigung der Bevölkerung über die Tat als auch (damit zusammenhängend) der Sicherung eines negativ-generalpräventiven Effekts. Das kann man verkürzt als »Wiederherstellung und Sicherung des Rechtsfriedens« beschreiben.

Natürlich stößt man hier sehr schnell auf das bereits ange-deutete Problem, wie eine generalpräventiv begründete Strafbarkeit (bzw. Zurechenbarkeit) im Einzelfall bestimmt werden kann. Gerade der positiven Generalprävention wird ja oft der Vorwurf gemacht, dass sie gegen eine empirische Überprüfung immunisiert sei. Und natürlich ist es eine unmögliche Aufgabe für den Richter, im Einzelfall zu bestimmen, welche Strafe für die Wiederherstellung und Sicherung des Rechtsfriedens schon und noch geeignet ist. Würde man aber nun diesen möglichen Effekt der Strafe vollständig normativieren und jede Form der empirischen Überprüfung der Wirkungen von Strafe a limine zurückweisen, kann man

39 So etwa *Badura* JZ 1964, 337.

40 Vgl. *Roxin* (Fn. 3) § 3 Rn. 32.

41 S. aber *Hörnle* (Fn. 17), S. 46, nach der die Strafe bei beiden Varianten der Generalprävention rein »fremdnützig« begründet wird. Später wird allerdings bei der Erörterung der Frage, ob der Täter fairerweise mit einer Sanktion belegt werden darf, auf die Tatsache verwiesen, dass er in der Vergangenheit vom präventiven Effekt der Strafandrohung und -verhängung profitiert habe. Das ist zutreffend, lässt sich aber auch (und erst recht) im Hinblick auf die zukünftigen Wirkungen einer Bestrafung sagen, so dass auch insoweit ein »Eigennutz« formuliert werden kann.

42 Vgl. nur *Schöch* FS Jescheck, 1985, S. 1085 ff.; *Dölling* ZStW 102 (1990), 1; *Hörnle* (Fn. 17), S. 24 m.w.N.

43 Das steht sachlich begründeten und der Bevölkerung vermittelbaren Ausnahmen wie beispielsweise §§ 153 ff. StPO oder § 60 StGB nicht entgegen.

44 Siehe dazu noch genauer *Kaspar*, in: Koch/Rossi (Hrsg.), *Gerechtigkeitsfragen in Gesellschaft und Wirtschaft*, 2013, S. 103 (108 ff.).

sich den Umweg über eine (vermeintliche) Präventionstheorie sparen. Positive Generalprävention in diesem Sinne wäre nichts anderes – was Kritiker ja auch monieren – als eine verkappte Vergeltungstheorie. Ein echter Mehrwert ist also nur dann zu erzielen, wenn man prinzipiell am Postulat festhält, dass die einzelne Strafe wenn schon keinen ganz exakt messbaren, so doch rational begründbaren Beitrag zum Rechtsfrieden, anders formuliert: zur Stabilisierung der Gesellschaft und damit letztlich zum Rechtsgüterschutz leistet. Dabei können wir annehmen, dass jedenfalls flächendeckende Straflosigkeit den Rechtsfrieden erschüttern würde und auch eine willkürliche, selektive Bestrafung nur einzelner Straftaten nicht genügt, um in »gleich geeigneter« Weise Generalprävention zu betreiben.⁴⁵ Wir können zugleich davon ausgehen, dass die Natur des Menschen offenbar auf »gerechte Vergeltung« von Straftaten ausgerichtet ist, dass wir andererseits aber hierfür keine unverrückbaren Maßstäbe besitzen. Das bedeutet: Der Staat hat hier Vorgaben zu machen, nötigenfalls auch unter Missachtung vorhandener »Strafbedürfnisse« in der Bevölkerung, wie es bei Art. 102 GG zum Zeitpunkt seiner Einführung vermutlich der Fall war.

Vorhandene Einstellungen der Bevölkerung sind als empirisches Faktum zu erheben und zu berücksichtigen, allerdings – der oben skizzierten verfassungsrechtlichen Ausgangslage entsprechend – in asymmetrischer Weise. Der Ruf einer im Zweifel über Kriminalität und Strafjustiz denkbar schlecht informierten Öffentlichkeit nach härteren Strafen muss im Interesse des Straftäters frustriert werden, solange damit nicht nachweislich greifbare generalpräventive Einbußen verbunden sind. Umgekehrt gilt: Zeigen empirische Studien, dass die Bevölkerung bestimmte Verhaltensweisen (etwa einvernehmliche sadomasochistische Praktiken als mögliche Straftat gem. §§ 223, 228 StGB) nicht als sonderlich beunruhigend oder gar strafwürdig, sondern als Privatsache empfindet, ist das ein klares Zeichen dafür, dass Strafe hier keinerlei sinnvollen präventiven Zweck erfüllt, weil ein Verzicht auf Strafe von der Gesellschaft akzeptiert würde. Es geht also theorieimmanent um die Suche nach Bereichen, in denen Strafe ganz verzichtbar erscheint, im Übrigen um das Strafmaß, das dem »generalpräventiven Minimum« entspricht. Spezialpräventive Aspekte (etwa die ersichtlich fehlende Wiederholungsgefahr, da sich die Tat als einmaliger »krimineller Übersprung« mit verständlichen Motiven darstellt) können dieses generalpräventive Minimum in gewissem Umfang beeinflussen, aber nicht nach oben verschieben. Zusätzliches Potenzial für eine Korrektur des Strafniveaus nach unten erwächst aus dem Vergleich der Strafzumessungspraxis verschiedener Regionen. Lässt sich feststellen, dass in den wesentlichen Merkmalen gleiche Taten deutlich unterschiedlich sanktioniert werden, spricht dies dafür, dass auch das niedrigere der beiden Strafniveaus von der Bevölkerung noch als »gerechte«, der Tat angemessene Reaktion wahrgenommen wird.

Nur auf diese Weise erhält auch die u.a. von *Streng* festgestellte »Austauschbarkeit der Sanktionen«⁴⁶ die Sprengkraft, die ihr eigentlich zukommt: Wenn es stimmt, dass im Hinblick auf die präventive Wirksamkeit von strafrechtlichen Sanktionen eine Austauschbarkeit in dem Sinne besteht, dass auch die mildere Sanktion bei vergleichbaren Taten bzw. Tätern nicht mehr Rückfall produziert (spezialpräventive Austauschbarkeit), gleiche Abschreckungswirkung entfaltet (negativ-generalpräventive Austauschbarkeit)

und auch gute Chancen hat, als »noch gerecht« wahrgenommen zu werden (positiv-generalpräventive Austauschbarkeit) – dann ist von mehreren in Betracht kommenden Strafen stets die mildeste zu wählen.

c) Verhältnismäßige Generalprävention und Zurechnung

Der so skizzierte Strafzweck verhältnismäßiger Generalprävention kann dann auch als Grundlage von Zurechnungsüberlegungen dienen. Er erlaubt bereits auf der Tatbestandsebene die Aussonderung im weiten Sinne »unschädlicher« Verhaltensweisen, die keinen nennenswerten Schaden für das betroffene Rechtsgut aufweisen oder aus sonstigen Gründen keine schädlichen Nachahmungseffekte nach sich ziehen und daher schon als präventionswürdiges »Unrecht« nicht in Frage kommen. Hier eröffnet sich ein Betätigungsfeld für die empirische Erforschung der Wahrnehmung bestimmter Verhaltensweisen durch die Bevölkerung.⁴⁷ Auf der Schuldebene scheidet eine Zurechnung aus, wenn der Täter für seine Taten generell nicht verantwortlich gemacht werden kann (§ 20 StGB) oder die Tat aufgrund besonderer Umstände in der Person des Täters keine generalpräventiven Bedürfnisse nach sich zieht (vgl. §§ 33, 35 StGB). Auch hier wäre mit empirischen Methoden zu überprüfen, ob eine Ausdehnung oder Neuformulierung von (dann zunächst übergesetzlichen) Entschuldigungsgründen in diesem Sinne in Frage käme. Und auch auf der Strafzumessungsebene kann man wie gesehen generalpräventiv argumentieren, hier allerdings mit Begründungsdefiziten und unter den Bedingungen sehr unsicheren Wissens. Das führt dazu, in dubio pro libertate zugunsten der Strafmilderung bzw. – wo vertretbar – zugunsten des Verzichts auf förmliche Bestrafung zu entscheiden. Ob man hier noch von »Zurechnung« sprechen mag, ist allerdings fraglich. Hier ist die »Verantwortlichkeit« im Sinne *Roxins* wohl der passendere Begriff, da er Abstufungen erlaubt.

Dargetan ist jedenfalls, dass mit einer solchen recht verstandenen generalpräventiven Konzeption (so lückenhaft und konkretisierungsbedürftig sie noch ist) keine Tendenz zum »staatlichen Terror«⁴⁸, kein »punitive turn« verbunden wäre. Im Gegensatz zur »Schuldmaßoptimierung« ginge es um »Grundrechtsoptimierung«, also ganz entgegen dem kriminalpolitischen Zeitgeist um die permanente Suche nach Potenzialen für den sachgerechten Rückbau des Strafrechts klassischer Prägung.

C. Perspektiven für die Strafverteidigung

Vieles davon ist Zukunftsmusik und könnte erst de lege ferenda volle Wirkung entfalten. Aber bereits jetzt und de lege lata wären auf dieser theoretischen Grundlage neue Perspektiven für die Aufgaben der Strafverteidigung eröffnet.⁴⁹ Wie dargelegt ist bei einem an »verhältnismäßiger Generalprävention« ausgerichteten Strafverständnis Raum für einen

45 Das Argument von *Hörnle* (Fn. 17), S. 24 f., wonach bei manchen Delikten auch durch eine rein selektive Bestrafung zumindest der negativ-generalpräventive Effekt in gleicher Weise erzielt werden könnte, ist daher fraglich. Sobald man auch den »Rechtsfrieden« im positiv-generalpräventiven Sinn mit in die Betrachtung einbezieht, wird deutlich, dass eine solche evident Gleiches ungleich behandelnde Strategie keine Chance auf Anerkennung als »gerechte«, angemessene Sanktion hätte und daher jedenfalls das positiv-generalpräventive Ziel verfehlen würde.

46 Vgl. *Streng*, in: Lösel u.a. (Hrsg.), *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik*, 2007, S. 65 ff.

47 S. *Kaspar* FS M. Walter (2014; im Erscheinen).

48 Vgl. den Einwand von *Roxin* (Fn. 3), § 2 Rn. 32.

49 Vgl. die ähnlichen, allerdings auf einer spezialpräventiven Konzeption beruhenden Überlegungen bei *Lüderssen* StV 2011, 377 (380).

letztlich auf fehlende präventive Strafbedürfnisse gestützten Zurechnungsausschluss. Bei generalisierbaren Fallgruppen ist dies bereits auf der Ebene des Tatbestands zu berücksichtigen und als Ausschluss der objektiven Zurechnung,⁵⁰ ggf. auch als teleologische Reduktion einzelner Tatbestandsmerkmale von der Verteidigung zu thematisieren. Ansonsten kann im Rahmen der Schuld ein Verantwortungsausschluss vorgetragen werden, der durchaus über die geschriebenen Entschuldigungsgründe hinausgehen kann, wie das Beispiel des sog. übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes zeigt. Und schließlich wären auch auf der Rechtsfolgenseite (wie schon bisher, aber in verstärktem Ausmaß) präventiv relevante Umstände zu thematisieren, die über eine mögliche Strafmilderung hinaus eine Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153 ff. StPO, ein Absehen von Strafe (§§ 46a, 46b, 60 StGB) oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB ermöglichen könnten. Diese Erwägungen können auch ohne Weiteres zum Gegenstand einer Verständigung gem. § 257c StPO gemacht werden.

Die Aufgabe der Verteidigung innerhalb eines solchen Systems wäre es, Umstände in der Person des Täters, vor allem aber im Zusammenhang mit seiner Tat darzulegen, die bei einer Gesamtbetrachtung ein präventives Strafbedürfnis in Frage stellen oder sogar ganz beseitigen. Lässt man sich hier auf eine (auch) empirisch fundierte Perspektive ein, wäre es konsequent, in Zweifelsfällen durch empirische Studien ermitteln zu lassen (und dies auch zum Gegenstand von Beweisanträgen zu machen), ob in exakt umschriebenen Situationen, die scheinbar unter den Wortlaut einer Straf-

norm subsumiert werden können, ein repräsentativer Teil der Bevölkerung von einer strafwürdigen Tat ausgeht. Wird das von einer überwiegenden Zahl der Befragten verneint, wäre damit ein starkes Argument für die Straflosigkeit formuliert. Auch hier steht dann letztlich das Verfassungsrecht im Hintergrund: Eine generalpräventiv nicht erforderliche Bestrafung ist sinn- und zwecklos und damit unverhältnismäßig. Ein Problem im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG ist damit nicht zwangsläufig verbunden, da es um eine Wirkung zu Gunsten der Betroffenen geht; zuzugeben ist allerdings, dass eine Kodifizierung schon deswegen vorzugswürdig ist, weil auf diese Weise Rechtssicherheit und Gleichheit bei der Rechtsanwendung weniger gefährdet erscheinen.

All dies würde voraussetzen, dass sich die Akteure innerhalb der Strafjustiz vom Vergeltungsdenken lösen, das präventive Strafbedürfnis in den Mittelpunkt rücken und sich zugleich auf die hier nur skizzierte verfassungsrechtlich fundierte Sichtweise einlassen, wonach die Bestrafung (und nicht die Straflosigkeit!) der aus grundrechtlicher Sicht begründungs- und legitimationsbedürftige Vorgang ist. Die Verteidigung wird mit dieser Botschaft aber wegen vermuteter berufsbedingter »Befangenheit« wohl kaum durchdringen; sie zu vermitteln bleibt die Aufgabe der »Gesamten Strafrechtswissenschaft«, zu der neben dem Strafrecht als normative Disziplin unverzichtbar auch die Kriminologie mit ihrer empirischen Herangehensweise gehört.

50 Das würde natürlich die überfällige Anerkennung dieser dogmatischen Figur durch die Rechtsprechung voraussetzen.