

## Gemeinwohl und Strafzwecke

Johannes Kaspar

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2013. "Gemeinwohl und Strafzwecke." In *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, edited by Eberhard Kempf, Klaus Lüderssen, and Klaus Volk, 139–48. Berlin: de Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110315851.139>.

### 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/>



Johannes Kaspar

# Gemeinwohl und Strafzwecke

## Gliederung

- I. Einleitung
- II. Gemeinwohlschutz als „Aufgabe des Strafrechts“?
- III. Gemeinwohl und Vergeltung
- IV. Gemeinwohl und Prävention
  - 1. Generalprävention
  - 2. Spezialprävention
- V. Fazit

## I. Einleitung

Der Beitrag wird die Frage aufgreifen, inwiefern der Begriff des „Gemeinwohls“ für die Diskussion über die Strafzwecke fruchtbar gemacht werden kann. Das versteht sich nicht von selbst. Schlägt man in den gängigen Abhandlungen über den Sinn und Zweck des staatlichen Strafens nach, finden sich die bekannten Verweise auf absolute Schuldvergeltung einerseits sowie die relativen Präventionstheorien mit den Spielarten von Spezial- und Generalprävention andererseits.

Vom „Gemeinwohl“ ist hier weder bei der Erläuterung der Theorien die Rede, noch wird gar das „Gemeinwohl“ selbst als Zweck der staatlichen Strafe erwogen. Das war nicht immer so. *Köstlin* etwa systematisiert die Straftheorien in seiner Abhandlung über das „System des deutschen Strafrechts“ von 1855 anhand ihres Gemeinwohlbezugs.<sup>1</sup> Welche Chancen und Risiken mit einer möglichen Renaissance dieses Begriffs innerhalb der straftheoretischen Diskussion verbunden sind, wird der wesentliche Inhalt der folgenden Ausführungen sein.

## II. Gemeinwohlschutz als „Aufgabe des Strafrechts“?

Aber wäre das überhaupt eine echte „Renaissance“ – oder nur eine neue Begrifflichkeit? Zwar kommt die straftheoretische Diskussion heute wie gesagt ohne ausdrückliche Thematisierung des „Gemeinwohls“ aus. Aber es liegt nahe, dass

---

<sup>1</sup> *Köstlin* System des deutschen Strafrechts, 1855, § 119.

es sich dabei eher um eine terminologische als eine inhaltliche Abweichung handelt. Denn wenn es richtig ist, dass der Staat die Aufgabe hat, ein (dann natürlich noch genauer zu definierendes) „Gemeinwohl“ sicherzustellen, dann wäre es ein merkwürdiges Ergebnis, wenn ausgerechnet die Strafe als besonders symbolträchtige und zugleich eingriffsintensive staatliche Maßnahme an dieser Zielsetzung nicht teilhaben sollte.

Und in der Tat wird man schnell fündig, wenn man die Fragestellung der „Strafzwecke“ im engen Sinn einmal verlässt und sich dem zuwendet, was *Roxin* als „Aufgabe“ des Strafrechts bezeichnet.<sup>2</sup> Dies sei, so *Roxin*, der „Rechtsgüter-schutz“. Der Teufel steckt hier im Detail, denn welche dieser Interessen gerade so gewichtig sind, dass sie sogar per Strafandrohung geschützt werden dürfen, lässt sich eben nicht ohne weiteres aus dem Begriff des „Rechtsguts“ ableiten. Das gilt übrigens auch für den schillernden und nicht einheitlich gebrauchten Begriff der „Strafwürdigkeit“<sup>3</sup>, der eigentlich nur die Fragestellung umschreibt, aber selbst keinen Ansatz zu ihrer Beantwortung erkennen lässt. Insofern wäre es denkbar, an dieser Stelle quasi synonym auf den zumindest nicht wesentlich unbestimmteren Begriff des „Gemeinwohlschutzes“ als „Aufgabe des Strafrechts“ abzustellen.

Tatsächlich lassen sich der Rechtsprechung des BVerfG durchaus Hinweise für eine solche „globale“ oder „kollektive“ Aufgabenbeschreibung des Strafrechts entnehmen. Das Gericht formuliert in seiner Entscheidung im 27. Band (BVerfGE 27, 18, 32): „Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen“. Das klingt zumindest stark nach „Gemeinwohl“ und wird teilweise als Vorrang kollektiver Belange vor individuellen Gütern und Interessen interpretiert. Letzteres halte ich allerdings nicht für zutreffend. Vielmehr ergibt sich ein anderer Akzent schon dann, wenn man den nächsten Satz in der genannten Entscheidung des BVerfG liest. Denn dort heißt es: „Was zweifellos in den Kernbereich des Strafrechts gehört, lässt sich an Hand der grundgesetzlichen Wertordnung mit hinreichender Bestimmtheit ermitteln“. Diese Wertordnung enthält aber nun mit dem bewusst an den Anfang des Grundgesetzes platzierten Grundrechtskatalog sowie mit der Menschenwürdegarantie in Art. 1 I GG ganz zentral ein klares Bekenntnis zu starken Rechtspositionen des Individuums, die entweder gar nicht oder nur mit gutem Grund eingeschränkt werden dürfen. Gerade die individuellen Rechtsgüter wie Leib oder Leben und erst recht die Menschenwürde sind daher, so wäre meine Folgerung, Prototypen von „ele-

<sup>2</sup> Zum Folgenden s. *Roxin* Strafrecht AT, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> S. dazu nur *Günther* JuS 1978, 8, 12; *Volk* ZStW 97 (1985), 871; aus jüngerer Zeit *Deckert* Strafwürdigkeit und Gesetzgebung, 2008.

mentaren Werten des Gemeinschaftslebens“. Werden diese Güter des einzelnen geschützt, steht das *pars pro toto* für einen damit erzielten Schutz des „Gemeinwohls“. Das kann und will ich hier aber nicht vertiefen, zumal die Bezüge von Gemeinwohl und Rechtsgüterschutz Gegenstand eines separaten Beitrags sind. Wichtig war mir nur zu zeigen, dass wir bereits hier auf ein mögliches Risiko der Betonung des „Gemeinwohls“ innerhalb der Strafrechtslehre stoßen, auf das ich mehrfach zurückkommen werde, namentlich eine systematische Unterschätzung des Stellenwerts individueller Rechte, die im Begriff des „Gemeinwohls“ nicht ausdrücklich zur Geltung kommen.

Erwähnt habe ich den Rechtsgüterschutz in meinem Beitrag aber auch deshalb, weil m. E. die Frage der „Aufgabe des Strafrechts“ sehr eng mit der klassischen Frage der „Strafzwecke“ zusammenhängt, ja, sich letztlich nach meiner Einschätzung sogar mit ihr stark überschneidet. Denn „Rechtsgüterschutz durch Strafrecht“ kann doch nur bedeuten, dass durch die Existenz strafrechtlicher Verbote bestimmte für Rechtsgüter schädliche Handlungen unterbleiben sollen. Das ist aber nichts anderes als Prävention, also die Verhinderung von Straftaten. Die Entscheidung für den Rechtsgüterschutz respektive Gemeinwohlschutz als „Aufgabe des Strafrechts“ impliziert also schon die Anerkennung der Prävention als Zweck – jedenfalls des strafbewehrten Verbots. Wenn aber die Androhung von Strafe diesem Zweck dient, wäre es stark begründungsbedürftig, wenn die Realisierung dieser Androhung, also die Verhängung der Sanktion, plötzlich von einem ganz anderen Gedanken, etwa demjenigen der „Schuldvergeltung“ getragen, wäre.<sup>4</sup> Auch hier müsste es doch konsequenterweise darum gehen, wie präventiver Rechtsgüterschutz bewerkstelligt werden kann, der dann nicht nur „Aufgabe“ sondern auch eigentlicher „Zweck“ der Strafe ist. Zu klären bleibt dann noch die Rolle der oben erwähnten Spezial- und Generalprävention: diese sind dann selbst genau genommen nicht „Zwecke“ der Strafe, sondern eher Funkti-

---

<sup>4</sup> Dazu näher demnächst *Kaspar Grundrechtsschutz und Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht* (erscheint 2014). Ausdrücklich a.A. *Hörnle* *Strafrechtslehre*, 2011, 6 im Anschluss u.a. an Arbeiten von *Hart*. Selbst wenn man den Vorgang der Strafzumessung als Anwendung einer „Verteilungsregel“ gegenüber dem von einer Institution Betroffenen versteht (so *Hörnle* a.a.O.), stellt sich doch die Frage, wie diese Verteilungsregel zustande kommt und warum sie vollständig vom Sinn und Zweck der Institution selbst abgekoppelt sein sollte; wer beispielsweise aus Gründen des „gerechten Schuldausgleichs“ statt einer ebenfalls denkbaren Geld- eine Freiheitsstrafe verhängt, gibt damit doch unmissverständlich zu verstehen, dass aus seiner Sicht gerade diese Freiheitsstrafe benötigt wird, um „gerechten Schuldausgleich“ zu bewirken. Damit wird aber exakt dies als Zweck der konkret verhängten Freiheitsstrafe apostrophiert, und es ist nicht zu sehen, warum dies nicht mit dem allgemeinen Zweck der „Institution“ Strafe in Verbindung stehen sollte.

onsweisen der Strafe auf dem Weg zur Erzielung ihres eigentlichen Zwecks, eben des präventiven Rechtsgüterschutzes.

### III. Gemeinwohl und Vergeltung

Damit sind wir sozusagen auf der „Habenseite“ angelangt, also bei einer möglichen Chance der Bezugnahme der straftheoretischen Diskussion auf das „Gemeinwohl“. Sie könnte, wie eben schon angedeutet, möglicherweise helfen, den angeblichen Strafzweck der Vergeltung, der heute bei unverändertem Inhalt eher als „Schuldausgleich“ firmiert, weiter zu delegitimieren. Denn wenn man einmal unterstellt, dass staatliches Strafen zum „Gemeinwohl“ beitragen muss, ist damit aus meiner Warte – unabhängig von der genauen begrifflichen Entfaltung von dem, was zum Gemeinwohl zählt – ein tatsächlicher gesellschaftlicher Zustand als Ziel formuliert, anhand dessen die Strafe zu messen ist. Sie kann dann eben nicht Selbstzweck sein, wie es ja auch vom BVerfG schon mehrfach formuliert wurde.<sup>5</sup> Dennoch ist das Vergeltungsdenken bis heute nicht etwa überwunden, im Gegenteil sind entsprechende theoretische Ansätze wieder en vogue, wie es scheint.<sup>6</sup> Auch in der Rechtsprechung lässt sich das nachweisen. Denn wenn dort ausdrücklich gesagt wird, dass ganz unabhängig von präventiven Zielsetzungen das Maß der schuldangemessenen Strafe nicht unterschritten werden dürfe,<sup>7</sup> ist das nichts anderes als die Anerkennung einer selbständigen Rechtfertigung der Strafe anhand des rein absoluten Vergeltungszwecks.

Aber noch ist die rechtliche Grundlage nicht benannt, aus der die Unzulässigkeit des Vergeltungszwecks folgt. Aus der Anerkennung von „Gemeinwohl“ als Staatsaufgabe allein lässt sich das nicht ableiten, denn dafür müsste man noch darlegen, warum es dem Staat nicht erlaubt ist, daneben noch ganz andere Aufgaben und Ziele zu verfolgen, hier eben „absolute Gerechtigkeit“ im Wege einer vergeltenden Strafe. Die rechtliche Begründung für dieses Ergebnis liegt im Verfassungsrecht. Wie ich in meiner demnächst erscheinenden Habilitationsschrift gezeigt habe, folgt aus der Struktur des verfassungsrechtlichen Verhältnismä-

<sup>5</sup> BVerfGE 39, 46; 72, 114. S. dazu auch *Roxin* Festschrift für Volk, 2009, 601, 612 ff. In seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung betont das BVerfG (NJW 2011, 1931) dagegen wieder zumindest implizit recht stark den Aspekt der Schuldvergeltung durch Kriminalstrafe, was straftheoretisch eine „Rolle rückwärts“ darstellt. S. dazu (kritisch) *Höffler/Kaspar* ZStW 123 (2012), 81 ff.

<sup>6</sup> Vgl. nur die Nachweise bei *Roxin* (oben Fn. 2), § 3 Rn. 47

<sup>7</sup> Zur „Spielraumtheorie“ des BGH, die auch die Anerkennung einer „Schulduntergrenze“ beinhaltet, s. nur BGHSt 24, 132, 133 f.

bigkeitsgrundsatzes zwingend, dass als rechtfertigender Zweck einer staatlichen Maßnahme eine externe und prinzipiell empirisch überprüfbare Zielsetzung formuliert werden kann. Denn nur dann ist eine Prüfung der „Geeignetheit“ und der „Erforderlichkeit“ überhaupt möglich. Der angebliche Zweck der „Vergeltung“ bzw. des „Schuldausgleichs“ erfüllt diese Kriterien evident nicht. Ob eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren zum Schuldausgleich „geeignet“ ist, kann von vornherein nicht sinnvoll in rationaler Weise diskutiert werden.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als wichtiges verfassungsrechtliches Kontrollinstrument würde also ausgerechnet hier, wo der Staat mit der vielzierten „schärfsten“ seiner „Waffen“ hantiert, leerlaufen. Und es ist auch nicht etwa so, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an dieser Stelle vom angeblich strengeren „Schuldprinzip“ ersetzt wird; denn bei diesem wird nur die Angemessenheit der Höhe der Strafe in Relation zur Tatschuld thematisiert, nicht aber die Vorfrage, welchen sinnvollen Zweck man mit dieser Maßnahme überhaupt verfolgt und ob dieser einen so gravierenden Grundrechtseingriff rechtfertigt<sup>8</sup>. Damit scheidet kraft Verfassungsrecht eine Rechtfertigung der Strafe anhand des Zweckes des „Schuldausgleichs“ aus. Dass eine allein diesem absoluten Zweck dienende Strafe nicht zum Gemeinwohl beitragen kann, ist also nicht der eigentliche rechtliche Grund für die Unzulässigkeit dieses Strafzwecks, aber immerhin Teil der im Kern verfassungsrechtlichen Argumentation.

## IV. Gemeinwohl und Prävention

So bleibt schließlich noch zu untersuchen, welche Bezüge die präventiven Funktionen der Strafe zum Gemeinwohl aufweisen. Der unmittelbare Bezug liegt auf der Hand: Durch die (erhoffte) Verhinderung schädlicher Verhaltensweisen trägt erfolgreiche strafrechtliche Prävention natürlich zum Gemeinwohl bei. Damit droht hier aber zugleich die bereits erwähnte Überbetonung des Nutzens durch Strafe für die Allgemeinheit und eine zu starke Ausblendung der Belange des Individuums, hier: des bestraften Täters.

<sup>8</sup> Vgl. (in etwas anderem Zusammenhang) Hörnle (oben Fn. 4), 51. A.A. aber Frisch NSTZ 2013, 249 ff., der eine überschießende Kontrollfunktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ablehnt.

## 1. Generalprävention

Das wird besonders deutlich mit Blick auf die negativ-generalpräventive Straffunktion, also die Abschreckung der anderen durch Bestrafung des Täters. Wenn man einmal davon absieht, dass die Furcht (oder mit *Feuerbach*: der psychologische Zwang), der bei der Bevölkerung durch das Exempel der Strafe ausgelöst werden soll, auch für diese ein (wenn auch kleines) Übel darstellt, so ist doch nicht zu übersehen, dass hier insgesamt ein kollektiver Nutzen auf dem Rücken eines einzelnen angestrebt wird.

Dieser Vorgang lässt sich (mit *Köstlin*) nur dann uneingeschränkt als Förderung des „Gemeinwohls“ auffassen, wenn man die oben aufgezeigte verfassungsrechtliche Bindung an individuelle Grundrechte ignoriert, die auch innerhalb einer Bestimmung des „Gemeinwohls“ die Berücksichtigung des Wohls des einzelnen voraussetzt. Das Wohl des Bestraften, der als unmittelbar Betroffener das Strafübel erleidet, müsste also mit anderen Worten in die „Gemeinwohlbilanz“ einfließen. Und auch das wird durch das geltende Verfassungsrecht gewährleistet. Insofern wird der negativen Generalprävention m. E. zu Unrecht der Vorwurf gemacht, sie verstoße gegen die Menschenwürde, weil der einzelne allein als Mittel zum Zweck behandelt werde.<sup>9</sup> Denn es geht ja nicht darum, an irgendjemanden, möglicherweise einem völlig Unbeteiligten, ein Exempel zu statuieren. Vielmehr wird derjenige mit einer Sanktion belegt, der als zurechnungsfähige Person selbst durch das schlechte Beispiel der Tat die Gefahr von Nachahmung geschaffen hat, wenn man so will also im Sinne von *Welcker* einen „Normgeltungsschaden“ hervorgerufen hat.<sup>10</sup> Wenn dies nun innerhalb der Grenzen der Verhältnismäßigkeit geschieht, liegt darin keine unzulässige Verobjektivierung des einzelnen zur Förderung eines kollektiven Nutzens.<sup>11</sup> Zugleich ist es auch nicht so, dass der Täter selbst von diesem kollektiven Nutzen nicht profitieren würde. Denn wenn man zunächst einmal unterstellt, dass die Bestrafung tatsächlich einen abschreckenden Effekt aufweist, dient das generell der Verhinderung von Straftaten, was allen potenziellen Opfern zugutekommt, also auch dem Bestraften selbst.<sup>12</sup>

Dennoch steht gegenüber der generalpräventiv bemessenen Strafe der Vorwurf im Raum, sie tendiere gleichsam automatisch zu übermäßiger Härte, zu

<sup>9</sup> S. nur *Badura* JZ 1964, 337.

<sup>10</sup> Dazu näher *Müller-Dietz* GA 1983, 481.

<sup>11</sup> Vgl. die Ausführungen bei *Hörnle* (oben Fn. 4), 45 ff., die entscheidend auf Fairnessargumente abstellt.

<sup>12</sup> A. A. *Hörnle* (oben Fn. 4), 46, die einen Nutzen für den Bestraften selbst verneint.

„staatlichem Terror“<sup>13</sup>, wie Roxin das formuliert hat. Das droht aber dann nicht, wenn man nicht nur die verfassungsrechtlichen Grenzen beachtet, sondern auch die empirischen Erkenntnisse über generalpräventive Wirkungszusammenhänge. Diese sind nicht ganz einheitlich, lassen sich aber so zusammenfassen, dass von einem moderaten Effekt der Existenz strafrechtlicher Normen ausgegangen werden kann, der aber mehr von der wahrgenommenen Entdeckungswahrscheinlichkeit abhängt und nicht von der erwarteten Strafhöhe.<sup>14</sup> Folgt man dem, wird deutlich, dass jedenfalls von der Erhöhung der Strafraumen bzw. des Niveaus der tatsächlich verhängten Strafen im Vergleich zum status quo kein generalpräventiver Nutzen zu erwarten ist. Solche Maßnahmen vergrößern also die Einbuße beim Bestrafen, erzielen aber keinen präventiven Gewinn. Die „Gemeinwohlbilanz“ solcher kriminalpolitischer Maßnahmen fällt daher sogar negativ aus und spricht daher für ihre Unzulässigkeit. Auch dabei handelt es sich allerdings um ein Ergebnis, das sich in gleicher Weise, aber auf stabilem verfassungsrechtlichem Fundament aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableiten lässt. Auch hier scheint mir der Gedanke des Gemeinwohlbezugs daher nicht entscheidend zu sein.

Betrachtet man die sogenannte positive Generalprävention, werden die Dinge noch komplizierter. Denn auf welche Weise hier tatsächlich „Prävention“, also die Verhinderung von Straftaten erzielt wird, ist alles andere als klar.<sup>15</sup> Wenn die Strafe der „Wiederherstellung des gestörten Vertrauens in die Rechtsordnung“ dient oder auch der „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“<sup>16</sup>, dann ist damit oft eine als gerecht empfundene Strafe gemeint, die in der Allgemeinheit vorhandene Strafbedürfnisse befriedigen, private Racheakte und Selbstjustiz verhindern und daher insgesamt zur Stabilität von Staat und Gesellschaft beitragen soll. Auch das lässt sich natürlich, da langfristig auf diese Weise Straftaten verhindert werden, als Präventionstheorie formulieren. Ich bin durchaus ein Anhänger dieser Theorie, sofern man sie wie skizziert auf einen tatsächlichen und prinzipiell empirisch überprüfbaren Präventionseffekt bezieht.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Roxin (oben Fn. 2), § 2 Rn. 32. S. bereits ders. JuS 1966, 380.

<sup>14</sup> S. Schöch Festschrift für Jescheck, 1985, 1085 ff.; Dölling ZStW 102 (1990) 1 ff.; Streng Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 59.

<sup>15</sup> Insofern ist es gut nachvollziehbar, dass Hörnle (oben Fn. 4), 30 ff. diesen Ansatz eher der Kategorie der „expressiven Straftheorien“ zuordnet.

<sup>16</sup> S. Roxin (oben Fn. 2) § 3 Rn. 27.

<sup>17</sup> Zum empirischen Verständnis der „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“ s. näher im Zusammenhang mit der Erörterung der Varianten der positiven Generalprävention Kaspar Mediation und Wiedergutmachung im Strafrecht, 2004, 55 ff.



Ich glaube aber, dass man auch hier vor einer Vernachlässigung der Position des Bestraften warnen muss. Studiert man die verschiedenen Varianten der positiven Generalprävention einschließlich ihrer historischen Wurzeln, die bis zu *Durkheim* reichen<sup>18</sup>, so drängt sich das Bild auf, dass es hier teilweise um eine Art Selbstbestätigung der „rechtstreuen Bevölkerung“ geht (und gehen soll), die auch und gerade durch den stigmatisierenden Charakter der Bestrafung des Täters erzielt wird. Und auch dies könnte von einem ausschließlich kollektiv gedachten „Gemeinwohlprinzip“ unbeanstandet bleiben, vielleicht sogar gefordert werden. Dem stehen nicht nur die bereits erwähnten verfassungsrechtlichen Erwägungen entgegen. Hinzu kommt, dass das simple Bild einer klaren Unterscheidbarkeit von „rechtstreuer Bevölkerung“ einerseits und „Straftätern“ andererseits nicht haltbar ist, wenn man sich die Ergebnisse der kriminologischen Dunkelfeldforschung vor Augen führt.<sup>19</sup> Man muss also darauf pochen, dass der Täter auch bei einer positiv-generalpräventiv begründeten Strafe nicht außen vor bleiben darf und letztlich auch ihm gegenüber die Strafe prinzipiell als gerecht und angemessen erklärbar sein muss. Dafür spricht auch, dass ansonsten der ohnehin prekäre Resozialisierungszweck noch zusätzlich gefährdet wird.

## 2. Spezialprävention

Damit sind wir beim letzten Punkt angelangt, der Spezialprävention. Hierzu nur noch einige kurze Bemerkungen. Geht es um individuelle Abschreckung, gilt das oben Gesagte: Auch hier sind von Strafschärfungen keine besseren Effekte zu erwarten, so dass sich dies schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen verbietet.

Die Gefahr der Überbetonung der kollektiven Gemeinwohlaspekte scheint besonders bei der negativen Spezialprävention in der Form der Sicherung, virulent zu sein. Es handelt sich hier um einen sehr aktuellen und vielfach betonten Aspekt des „Gemeinwohls“, gerade im Hinblick auf schwere Sexual- und Gewaltstraftaten. Das ist im Ansatz natürlich legitim, denn der Schutz der hiervon betroffenen Rechtsgüter ist verfassungsrechtlich verankert. Aber allzu oft (und auch in der aktuellen Entscheidung des BVerfG zur Sicherungsverwahrung<sup>20</sup>) wird dabei das Problem der „false positives“ nicht ausreichend beachtet, also die empirisch belegte Tatsache, dass Prognosen in diesem Bereich nicht nur schwer gestellt werden können, sondern tendenziell zu einer drastischen Überschätzung

<sup>18</sup> Vgl. *Gephart Strafe und Verbrechen*, 1990.

<sup>19</sup> Zur Normalität der Jugenddelinquenz vgl. nur *Meier Kriminologie*, 4. Aufl. (2010), § 5 Rn. 60 f.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2011, 1931.

der Gefährlichkeit der Betroffenen führen.<sup>21</sup> Dieser individuelle Aspekt muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausreichend berücksichtigt werden und darf nicht vorschnell aus Gründen des „Gemeinwohls“ überspielt werden.

Bei der Resozialisierungsfunktion der Strafe liegen die Dinge etwas anders. Gelungene Resozialisierung, darauf weist *Lüderssen* zu Recht hin, trägt dazu bei, Straftaten zu verhindern und ist ein Beitrag zum Opferschutz, so dass insoweit kein Widerspruch zwischen beiden Aspekten besteht.<sup>22</sup> Auch das Gemeinwohl wird so ganz offensichtlich gefördert. Ob die Strafe aber allein anhand des Resozialisierungszwecks gerechtfertigt werden kann, erscheint mir zweifelhaft<sup>23</sup> – das muss hier aber dahinstehen. Warnen würde ich jedenfalls davor, die positiv konnotierte Resozialisierung oder „Besserung“ des Täters zu stark als Förderung des Wohls des Straftäters zu verstehen, wie es *Köstlin* in Abgrenzung zu den rein kollektiv-gemeinwohlorientierten Ansätzen tut<sup>24</sup>. Denn eine Gefängnisstrafe ist und bleibt ein gravierender Grundrechtseingriff, der durch eine (verfassungsrechtlich zwingend gebotene) resozialisierungsfreundliche Ausgestaltung des Vollzugs zwar abgemildert und erträglicher gestaltet wird, aber ganz offensichtlich seinen freiheitsbeeinträchtigenden Kern behält.

## V. Fazit

Damit komme ich zum Fazit, das ambivalent ausfällt. Der Ertrag eines „gemeinwohlorientierten“ Blicks auf die Strafzwecklehren hält sich in Grenzen. Positiv zu verbuchen ist die Möglichkeit, den Vergeltungszweck als gerade nicht am Gemeinwohl orientierte Funktion der Strafe kritisch zu hinterfragen. Weiterhin zwingt die Frage des „Gemeinwohlbezugs“ der einzelnen Straffunktionen zu einer Vergewisserung, in welcher Balance die Interessen der Allgemeinheit zu den Interessen des Einzelnen, eben auch des zu Bestrafenden, jeweils stehen. Nennenswerte kritische Potenz gewinnt diese Perspektive aber meines Erachtens erst dann, wenn man anerkennt, dass unser geltendes Verfassungsrecht die individuellen Rechte des Einzelnen betont, so dass sein Wohl nicht gegen das (schwerer zu bestimmende und wie die Geschichte lehrt: missbrauchsgefährliche) Wohl der Allgemeinheit ausgespielt werden darf. Genau hier liegt dann auch die

<sup>21</sup> Vgl. nur *Schöch* NK 2012, 47, 53.

<sup>22</sup> *Lüderssen* FAZ v. 15.6.2011, abrufbar unter <http://www.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-klaus-luederssen-im-zweifel-gegen-den-taeter-1650031> (zuletzt abgerufen am 7.1.2013)

<sup>23</sup> Zur Kritik s. nur *Hörnle* (oben Fn. 4), 22 f.

<sup>24</sup> Vgl. *Köstlin* (oben Fn. 1).

Schwäche, vielleicht sogar Gefahr des Gemeinwohls als Maßstab für die Beurteilung der Straftheorien: Die individuelle Perspektive ist im Begriff nicht ausdrücklich enthalten, so dass hier stets eine Überbewertung kollektiver Belange droht. Nicht umsonst liest man oft Formulierungen, wonach die Interessen des „Gemeinwohls“ mit den Interessen des „Beschuldigten“ abzuwägen seien, als ob letzterer nicht zur Allgemeinheit gehörte. Insofern liegt es näher, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heranzuziehen, dem als „Schranken-Schranke“ für Grundrechtseingriffe die individuelle Perspektive immanent ist. Die Legitimation des strafrechtlichen Verbots wie auch der Strafe selbst kann hier anhand der bekannten Prüfungsstufen des legitimen Zwecks, der Geeignetheit, der Erforderlichkeit sowie der Angemessenheit thematisiert werden. Als kritischer Maßstab ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer reinen Bezugnahme auf das „Gemeinwohl“ daher deutlich überlegen – auch und gerade im Hinblick auf die von *Klaus Lüderssen* seit langem betonte Suche nach Alternativen zur Strafe<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> S. nur *Lüderssen* Abschaffen des Strafens, 1995.