

Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention

Johannes Kaspar

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kaspar, Johannes. 2019. "Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention." In *Strafen "im Namen des Volkes"? Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung*, edited by Johannes Kaspar and Tonio Walter, 61–90. Baden-Baden: Nomos.
<https://doi.org/10.5771/9783845294452-61>.

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/>



Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention

Johannes Kaspar, Universität Augsburg

A. Einführung

Ich möchte in meinem Beitrag die Brücke vom Strafrecht zum Verfassungsrecht schlagen, nicht nur, weil mich die Schnittstelle der beiden Rechtsgebiete sehr interessiert und schon lange beschäftigt, sondern weil ich denke, dass das Verfassungsrecht der straftheoretischen Grundlagendiskussion Impulse verleihen kann, die auch für unser heutiges Thema relevant werden. Dabei gehe ich von folgender Prämisse aus, die hoffentlich konsensfähig ist:¹ Strafen sind gravierende Grundrechtseingriffe, für deren Rechtfertigung der Staat gute Gründe vorbringen muss.² Der Bürger hat einen Anspruch darauf, dass man ihm plausibel erklären kann, warum man ihn überhaupt bestraft und warum man ihn auf diese Art und Weise bestraft. Genau hier, am neuralgischen Punkt der Begründung von Strafe, darf sich der Rechtsstaat keine zu großen Unklarheiten leisten. Die im Folgenden näher zu begründende These lautet nun, dass die Berücksichtigung von empirisch ermittelten Strafbedürfnissen der Bevölkerung helfen kann, um die notorischen Probleme im Bereich der Legitimation staatlichen Strafens zu reduzieren. Sie kann gleichzeitig dazu beitragen, die Pattsituation in der uralten straftheoretischen Debatte zu überwinden, die sich um die Frage einer retributiven (vergeltungsorientierten) oder präventiven Strafbegründung dreht.³

Die Vorstellung, dass empirisch ermittelte Einstellungen der Bevölkerung einen legitimen Platz im Bereich der Schaffung und der Anwendung von Strafgesetzen haben oder zumindest bekommen sollen, ist nicht neu,

1 Näher *Kaspar* 2014, 351 ff. und 619 ff.; s. auch *Kaspar* RW 2018, 224.

2 Ähnlicher Ausgangspunkt bei *Robinson* *Northwestern University Law Review* 111 (2017), 1565.

3 S. dazu auch *Robinson* (in diesem Band), 13 ff. Vgl. auch *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 609, der von diesem Ausgangspunkt eine dem hier vertretenen Ansatz ähnliche Position entwickelt.

erst recht nicht, wenn wir ins Ausland blicken. Paul Robinson steht mit seinem umfangreichen Werk für diese Denkrichtung.⁴ Er spricht von „Gerechtigkeitsintuitionen“ der Bevölkerung, die vor allem der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Strafgesetze zu berücksichtigen habe. In einem jüngst auf Deutsch erschienenen Aufsatz hat mit Daniel Rodríguez Horcajo ein spanischer Kollege eine auf empirisch ermittelte Gerechtigkeitsgefühle gestützte Straftheorie entwickelt.⁵ Auch hierzulande wird über eine Berücksichtigung der Einstellungen der Bevölkerung im Bereich des Strafrechts diskutiert. Tonio Walter hat schon vor einiger Zeit eine entsprechende neue Variante der Vergeltungstheorie vorgeschlagen.⁶ Ich selbst habe, wie ich nachher noch etwas ausführlicher darlegen werde, ähnliche Gedanken im Rahmen einer generalpräventiven Straftheorie entwickelt.⁷ Insgesamt verläuft diese Debatte in Deutschland aber nur zögerlich und überwiegend äußerst skeptisch. Die Empirie wird in diesem Kontext von vielen bestenfalls als unnütz, nicht selten sogar als gefährlich angesehen. Eine positiv konnotierte „Demokratisierung“⁸ der Strafjustiz wird mit dieser Vorstellung üblicherweise nicht verbunden; man fürchtet vielmehr, dass hier dem historisch vorbelasteten „gesunden Volksempfinden“ gefolgt werden soll und dies zu einer massiven Strafschärfung in allen Bereichen führen würde, möglicherweise bis hin zur Wiedereinführung der Todesstrafe.⁹

Das hat sich auch sehr deutlich bei den Diskussionen auf dem 72. Deutschen Juristentag in Leipzig Ende September 2018 gezeigt. Ich hatte in meinem Gutachten gefordert, mehr über die Strafbedürfnisse der Bevölkerung empirisch zu forschen.¹⁰ Diese Erkenntnisse sollten dann als eine von mehreren Erkenntnisquellen genutzt werden, um – unverbindliche – Strafmaßempfehlungen zu formulieren. Zugleich habe ich klargestellt, dass in meiner Konzeption, die das staatliche Strafen stärker als bisher an den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bindet, unmit-

4 S. vor allem *Robinson* 2013; *ders.* *Northwestern University Law Review* 111 (2017), 1565 ff.; zur Position Robinsons s. auch *Cancio Melá/Ortiz de Urbino Gimena* GA 2013, 288 sowie umfassend *Andrissek* 2017.

5 *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 609 ff. Der Autor spricht von „gesellschaftlicher Prävention“, was der hier vertretenen Position jedenfalls teilweise nahekommt, s. dazu sogleich unten Fn. 42.

6 *T. Walter* ZIS 2011, 636; *ders.* 2014, 831; *ders.* 2016; *ders.* JZ 2019, 649; *ders.* (in diesem Band), 49 ff.

7 *Kaspar* 2014, 631 ff.

8 S. dazu *Robinson* *Northwestern University Law Review* 111 (2017), 1565 ff.

9 Nachweise bei *Andrissek* 2017, 105 sowie 127 f.

10 *Kaspar* 2018, C 25 ff.; Zusammenfassung der wichtigsten Punkte bei *Kaspar* NJW-Beilage 2018, 37 sowie *ders.* GS Tröndle (erscheint 2019).

telbarer Handlungsbedarf nur dort entsteht, wo die Bevölkerung auch mit mildereren Strafen zufrieden wäre, als sie derzeit verhängt werden. Mir schwebt also eine asymmetrische Relevanz der ermittelten Straßbedürfnisse¹¹ vor, je nachdem, ob im Vergleich zum status quo eine mildere oder härtere Strafe im Raum steht. Das ist keine willkürliche Setzung von mir, sondern verfassungsrechtlich begründet – darauf komme ich gleich noch einmal zurück. Insgesamt vertrete ich (dachte ich jedenfalls) eine zurückhaltende Position. Keinesfalls ging es darum, einer unmittelbar an Bevölkerungsbefragungen orientierten punitiven Strafzumessung das Wort zu reden. Aber das kam offenbar in Leipzig nicht so richtig rüber. Denn gerade dieser Punkt, also die Relevanz empirischer Bevölkerungsumfragen, wurde dort, wenn ich es richtig in Erinnerung habe, von niemandem befürwortet. Ausschließlich Kritiker meldeten sich zu Wort. Das Konzept sei gefährlich, hieß es fast unisono, es drohten massive Strafschärfungen – so unter anderem der hessische Generalstaatsanwalt.¹² Eine schöne Randnotiz übrigens, dass ich mich mit einem Generalstaatsanwalt darüber streiten muss, wer die liberalere Konzeption vertritt! Der Vertreter des Bundesjustizministeriums verwies in diesem Zusammenhang auf die Massen an Beschwerde-Mails und -briefen, die dort ankämen und in denen über die zu lasche Justiz geschimpft werde – offenbar ein permanenter Shitstorm, um es neudeutsch auszudrücken. Auch eine Auswertung von Kommentarspalten im Internet, die Elisa Hoven vorgenommen hat, bestätigt dieses Bild:¹³ Überwiegend wird über zu milde Urteile geschimpft, und zwar teilweise auf eine Art, dass einem angst und bange werden kann. Überhaupt kann man die Rolle des Internets in diesem Zusammenhang gar nicht überschätzen. Es macht unser Leben in vielerlei Hinsicht leichter. Aber es ermöglicht eben auch eine Mobilisierung und gegenseitige Bestärkung von Gleichgesinnten jeglicher Couleur, die es in der analogen Welt in dieser Form schlicht nicht gab.¹⁴ Und das hat Folgen. So wird mittlerweile im Rahmen von Online-Petitionen versucht, härtere Strafen z.B. für Sexualstraftäter zu erreichen.¹⁵ In unzähligen Foren wird über „Skandal-Urteile“

11 Kaspar 2018; s. bereits Kaspar 2014, 668 ff.

12 Vgl. *Fünfsinn* 2019, M 13.

13 S. Hoven KriPoZ 2018, 276.

14 S. zur „dunklen Seite“ des Internets auch Kaspar Handbuch des Strafrechts 2019, § 20 Rn. 122.

15 Vgl. etwa <https://www.openpetition.de/petition/online/haertere-strafen-fuer-kinde-smissbrauch-im-strafgesetzbuch> sowie <https://www.change.org/p/bundesministerium-um-der-justiz-h%C3%A4rtere-strafen-f%C3%BCr-sexualstraft%C3%A4ter> (jeweils abgerufen am 24.3.2019).

geschimpft, natürlich keines davon in skandalöser Weise zu hart, alle zu milde! Vor diesem Hintergrund überrascht es auch nicht, dass in diesem Zusammenhang immer wieder auf die Gefahr der (vor allem medialen) Manipulierbarkeit der öffentlichen Meinung hingewiesen wird,¹⁶ der man schon deshalb keinen Einfluss auf das Strafrecht und seine Anwendung in der Praxis einräumen dürfe.

Ich denke, dass man diese Bedenken gegenüber einer drohenden Ausweitung und Verschärfung des Strafrechts, die ich in der Folge als „Expansionsproblem“ bezeichnen will, ernst nehmen muss. Paul Robinson verweist aus US-amerikanischer Perspektive auf Untersuchungsergebnisse, wonach die Allgemeinheit mit vielen harten kriminalpolitischen und strafjustiziellen Entscheidungen mehrheitlich nicht einverstanden ist und mehr Milde befürwortet.¹⁷ Das bezieht sich möglicherweise aber nur auf die US-amerikanische Situation, die von einem durchweg deutlich höheren Strafniveau und besonders herausragenden Exzessen wie bspw. der berüchtigten Three-Strikes-Regelung in Kalifornien geprägt wird.¹⁸ In Deutschland mit seinem auch im europäischen Vergleich eher moderaten Sanktionsniveau könnte das Ergebnis anders lauten. Und was wäre die Konsequenz, wenn sich die These der mehrheitlich punitiven, nach härterer Strafe rufenden Bevölkerung bewahrheiten würde? Mit Blick auf vorliegende empirische Untersuchungen zur „Punitivität“ ist das Bild nicht ganz so schwarz.¹⁹ Aber wenn doch – müsste man dann auf dem Boden einer entsprechend empirisch ausgerichteten Straftheorie nicht konsequenterweise auch diesem Ruf nachgehen? Öffnen wir damit Pandoras Büchse? Oder, um mit Goethe zu sprechen: Werden wir die Geister, die wir rufen, nicht mehr los?

Ein zweiter Punkt kommt hinzu. Ganz unabhängig von den Ergebnissen empirischer Untersuchungen, unabhängig davon, ob sie uns aus einer liberalen Perspektive gefallen oder nicht: Natürlich ist es begründungsbedürftig, warum überhaupt empirisch ermittelte Einstellungen der Bevölkerung im Strafrecht relevant werden sollten.²⁰ Das soll in der Folge als „Begründungsproblem“ bezeichnet werden. Ein allgemeiner staatstheoreti-

16 Nachweise bei *Andrissek* 2017, 104.

17 *Robinson* 2013, 110 ff.; *ders.* *Northwestern University Law Review* 111 (2017), 1565, 1574 ff.; *ders.* (in diesem Band), 39 ff.

18 S. dazu nur *Robinson* 2013, 112.

19 S. etwa *Bliesener/Fleischer* 2017, 201; speziell in Bezug auf befragte Jura-Studierende s. *Kinzig/Stroezel* 2017, 519 ff.; weitere Befunde bei *Streng* (in diesem Band), 131 ff. Allgemein zur Punitivitätsforschung *Singelstein/Habermann* 2019, 125 ff.

20 Ausführlich dazu *Robinson* 2013, 95 ff.

scher Einwand lautet, dass ein solcher Einfluss in der repräsentativen Demokratie gerade nicht vorgesehen ist, sondern das Volk als Souverän nur vermittelt über die Abgeordneten des Parlaments kriminalpolitische Entscheidungen trifft. Das betrifft die Ebene der Strafgesetzgebung. Betrachten wir die Ebene des Strafrichters, folgt aus Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 92 GG, dass dieser an Recht und Gesetz gebunden ist, aber nicht an Meinungsumfragen. Um eine unmittelbare Bindung kann es also *de lege lata* nicht gehen, sondern nur um eine noch genauer zu beschreibende mittelbare Relevanz. Aber auch diese bleibt legitimationsbedürftig. Es stellt sich hier die ganz allgemeine rechtstheoretische Frage: Warum sollte überhaupt ein faktischer Umstand, also die Tatsache, dass die Allgemeinheit so oder anders denkt und fühlt, normative Relevanz haben? Wäre es nicht ein klassischer naturalistischer Fehlschluss, aus einem „Sein“ auf ein „Sollen“ zu schließen?²¹

Im Folgenden will ich versuchen, einen straftheoretischen Rahmen zu formulieren, der beide angesprochenen Kritikpunkte möglichst aufgreift, also sowohl das Expansionsproblem als auch das Begründungsproblem. Ich will der Frage in mehreren Schritten nachgehen. Zunächst will ich in aller Kürze meine eigene straftheoretische Position erläutern, soweit sie für das vorliegende Thema relevant ist. Kurz heißt hier tatsächlich kurz, umfassend habe ich das in meiner 2014 erschienenen Habilitationsschrift entwickelt.²² Nach meiner Überzeugung lässt sich aus den Vorgaben des Verfassungsrechts eine generalpräventive Position ableiten, die es nahelegt, jedenfalls bei der Höhe der zu verhängenden Strafen auf Einstellungen der Bevölkerung Rücksicht zu nehmen. Das Begründungsproblem lässt sich auf diese Weise lösen, bedarf dann aber natürlich noch weiterer Überlegungen im Hinblick auf die rechtstechnische Umsetzung, die ich am Ende meines Vortrags zusammen mit weiteren offenen methodischen Fragen nur noch kurz skizzieren kann. Der Fokus liegt dabei ausdrücklich auf der Strafzumessung – inwieweit wir die Empirie auch im Bereich der Strafgesetzgebung oder der Auslegung und Anwendung der Strafgesetze durch die Richterschaft heranziehen können, kann ich nur kurz andeuten.

Im zweiten Schritt will ich zeigen, dass der von mir vertretenen generalpräventiven Position (v.a. verfassungsrechtliche) Grenzen der Strafe immanent sind, die dem erwähnten Expansionsproblem Rechnung tragen. Bei präziser Formulierung des generalpräventiven Zwecks, bei Berücksichti-

21 Zu diesem Vorwurf bereits T. Walter 2016, 12 f.; Andrissek 2017, 34 sowie 88 ff.; Rodríguez Horcajo GA 2018, 609, 614.

22 Kasper 2014.

gung der empirischen Erkenntnisse der Sanktionsforschung und bei Beachtung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bietet der von mir vertretene Ansatz Potenzial für empirisch abgesicherte Strafmilderungen. Strafschärfungen sind dagegen deutlich voraussetzungsreicher und begründungsbedürftiger. Wir können also auf diese Weise, um nochmal das Bild von Goethe zu bemühen, gute und böse Geister trennen und unterschiedlich behandeln, und zwar nicht willkürlich, sondern aus der Sache heraus begründet.

B. Strafreoretischer Rahmen

Im Rahmen meiner straftheoretischen Einordnung und Fundierung will ich – notgedrungen sehr skizzenhaft – auf die bekannten Strafzwecke der Reihe nach eingehen und dabei überlegen, ob sie Raum für die Berücksichtigung empirisch ermittelter Einstellungen der Bevölkerung lassen.

I. Spezialprävention

Zunächst ein Wort zur Spezialprävention, auf deren Rolle im Beitrag von Katrin Höffler vertieft eingegangen wird²³: Würde man diesen Strafzweck zugrunde legen, also die Wirkung der Strafe auf den Bestraften selbst, wäre es nicht zu begründen, warum wir bei der Strafzumessung auf empirische Strafvorstellungen der Bevölkerung Rücksicht nehmen sollten. Denn offensichtlich müsste man dann so strafen, dass eine möglichst optimale Resozialisierung (oder eben Abschreckung oder Sicherung) des Täters garantiert wird. Das sind schwierige empirische Fragen, die ggf. durch Experten prognostiziert werden müssen. Deren Einschätzung müsste dann entscheidend sein, und nicht die Frage, welche Strafe die Bevölkerung spezialpräventiv für besonders wirkungsvoll hält. Es gäbe in diesem Bereich keinen ersichtlichen Grund, der Meinung von Laien mehr zu trauen als derjenigen von Experten, auch wenn es viele befragte Laien sind – bei solch komplexen Fragen dürfte auch das Konzept der „Schwarmintelligenz“ an seine Grenzen stoßen.

Darauf kommt es aber nicht an, da die Spezialprävention m.E. nicht der tragende, d.h. die Strafe legitimierende Zweck sein kann.²⁴ Die Resoziali-

23 S. Höffler (in diesem Band), 91 ff.

24 Näher Kaspar 2014, 676 ff. Vgl. auch T. Walter 2016, 15.

sierung des Täters ist ein unverzichtbarer Vollzugsgrundsatz und zugleich ein Umstand, der bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt werden muss, jedenfalls im Sinne einer Vermeidung von unnötigen Belastungen des Täters. Unser Strafsystem ist aber anhand des Resozialisierungszwecks nicht begründbar.²⁵ Dagegen sprechen schon die bestenfalls ambivalenten Ergebnisse der Wirkungsforschung.²⁶ Aber auch unabhängig davon wären die Konsequenzen eines solchen Systems nicht akzeptabel; denn der nicht resozialisierungsbedürftige oder nicht resozialisierungsfähige Täter dürfte dann richtigerweise gar nicht bestraft werden. Eine solche vor allem auf Rückfall und Resozialisierungschancen ausgerichtete Strafrechtspflege hat sich vermutlich auch deshalb nicht etabliert, weil sie in vielen Punkten eklatant gegen die von Paul Robinson beschriebenen Gerechtigkeitsintuitionen der Bevölkerung verstoßen würde.²⁷ Strafe als Übel wird offensichtlich aus anderen Gründen verhängt, und insofern steht die Spezialprävention auch einer Berücksichtigung empirischer Strafbedürfnisse nicht entgegen. Eine ganz andere Frage ist, inwiefern dieser Strafzweck von der Bevölkerung generell befürwortet und vielleicht sogar bei der Antwort auf die Frage nach der „gerechten Strafe“ hinzugedacht wird.²⁸ Das ist letztlich auch eine problematische methodische Frage, auf die ich am Schluss kurz noch zurückkommen werde.

Soviel zur Resozialisierung. Was die individuelle Abschreckung angeht, ist sie m.E. ausreichend in einer generalpräventiven Strafkonzption mit-enthalten, um sie muss man sich nicht besonders bemühen. Es bleibt die Sicherung, die aber (ganz kurz gesagt) kein originärer Strafzweck ist²⁹, son-

25 S. dazu näher *Kaspar* 2014, 678 ff.

26 S. nur exemplarisch den Überblick bei *Meier* JZ 2010, 112 ff.

27 *Robinson* 2013, 148; s. auch *ders.* Northwestern University Law Review 111 (2017), 1565, 1580.

28 S. dazu auch *Höffler* (in diesem Band), 91, 96 ff. Diese denkbare wechselseitige Beeinflussung wird m.E. unterschätzt, wenn gesagt wird, dass die Bevölkerung ihre Strafvorstellungen stets allein anhand von Vergeltungs- bzw. Gerechtigkeitsaspekten entwickelt, s. etwa *Andrissek* 2017, 31. Auch dass die Bevölkerung die klassischen Präventionsziele „mangels Wirksamkeit“ gar nicht unterstütze (a.a.O., 115), halte ich für wenig überzeugend: Gerade der Abschreckungsgedanke dürfte von vielen (in diesem Ausmaß zu Unrecht!) für besonders wirksam gehalten werden, *Roxin* 2006, § 3 Rn. 23 spricht treffend von einer „laienpsychologischen Evidenz“ dieses Strafzwecks. Erst recht kann man bezüglich des (durch Inhaftierung ja tatsächlich eintretenden) Sicherungseffekts kaum von aus der Sicht der Bevölkerung fehlender Wirksamkeit ausgehen.

29 S. näher *Kaspar* 2014, 688 ff.

dern den Maßregeln der Besserung und Sicherung zugewiesen ist.³⁰ Mit diesem (auch für die Interpretation von Bevölkerungsumfragen) nicht unproblematischen Dualismus von Strafen und reinen Präventionsmaßnahmen befasst sich der Beitrag von Anna Coninx aus der Schweizer Perspektive.³¹

II. Vergeltung

Wie steht es nun mit der Vergeltung, also einer absoluten Strafbegründung? Versteht man sie rein idealistisch, als Verwirklichung der „vergeltenden Gerechtigkeit“, wäre es begründungsbedürftig, warum man die Ansichten der Bevölkerung über „Gerechtigkeit“ (und sei es auch in Form der stabilen, kulturübergreifenden Intuitionen, auf die Paul Robinson verweist)³² für ausschlaggebend halten sollte. Gerechtigkeit stellt sich hier als normatives Konstrukt dar, dessen inhaltliche Ausfüllung sich der Staat im rechtlichen Bereich klassischerweise vorbehält. Letztlich muss es also der Richter entscheiden – seine persönliche Vorstellung von der gerechten Strafe wird dann sehr relevant, zumal in einem System wie dem deutschen, in dem der Gesetzgeber weder mit den Strafraumen noch mit den Strafzumessungsvorschriften klare Vorgaben macht.³³ Letztlich kann auch das dahinstehen. Denn eine solche absolute Strafbegründung, bei der die Strafe als Selbstzweck erscheint und ihre tatsächlichen Wirkungen ausdrücklich irrelevant werden, ist abzulehnen, da bin ich mir mit Tonio Walter ganz einig.³⁴ Vergeltung in diesem Sinne ist ein metaphysisches Postulat, dessen Eintritt oder Nicht-Eintritt stets bloßen Behauptungscharakter haben wird, ohne dass dies rational diskutiert oder empirisch überprüft werden könnte. Und daran ändert sich nichts, wenn wir der Vergeltung noch das Adjektiv „gerecht“ hinzufügen oder sie gleich ganz in „Schuldausgleich“ umbenennen. Ohne dass ich das hier näher ausführen kann, folgt dies aus dem bereits mehrfach erwähnten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.³⁵ Er verlangt, dass der Staat beim Eingriff in Grundrechte die von ihm verfolgten Zwecke klar benennen kann und zugleich darle-

30 Für eine klare Trennung von gerechter Vergeltung und „incapacitation“ *Robinson* Northwestern University Law Review 111 (2017), 1565, 1590.

31 S. *Coninx* (in diesem Band), 215 ff. S. auch *Andrissek* 2017, 60.

32 S. *Robinson* (in diesem Band), 13, 15 ff.

33 S. dazu *Kaspar* 2018.

34 S. nur *T. Walter* ZIS 2011, 636, 646.

35 Zum Folgenden s. näher *Kaspar* 2014, 130 ff.

gen kann, warum die Maßnahme (hier also die Strafe) zur Erreichung dieser Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen ist. Das beinhaltet die Suche nach milderen, gleich geeigneten Mitteln, um den betroffenen Grundrechtsträger möglichst zu schonen. Diese Rechnung funktioniert nicht, wenn Strafe schlicht vergelten soll. Ob bei einer bestimmten Straftat fünf Jahre oder drei Jahre zur Vergeltung erforderlich sind, ist nicht intersubjektiv nachvollziehbar zu begründen und verbleibt in der Sphäre einer freien Wertung ohne fassbaren Gehalt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz läuft bei der Verfolgung des rein absolut verstandenen Vergeltungszwecks also mit anderen Worten ins Leere,³⁶ was diesen Zweck jedenfalls nach meiner Ansicht verfassungsrechtlich unhaltbar macht.

Nun schlägt Tonio Walter vor, dass das Ausmaß der erforderlichen Vergeltung nicht kraft mehr oder weniger freischwebender richterlicher Wertung ermittelt werden soll, sondern anhand empirisch ermittelter Vergeltungsbedürfnisse der Bevölkerung. Das ist in meinen Augen ein klarer Fortschritt, denn auf diese Weise erhält der verfolgte Zweck eine empirische Basis, mit anderen Worten: man straft nicht mehr ins idealistische Blaue hinein, sondern evidenz-basiert. Dass es solche Vergeltungsbedürfnisse in der Bevölkerung gibt, kann man angesichts der Vielzahl von empirischen Belegen, auf die auch in diesem Band von mehreren Autoren hingewiesen wird,³⁷ mit gutem Grund voraussetzen. Ich glaube allerdings, dass auch eine empirisch reformulierte Vergeltung als Zweck nicht im Vordergrund steht, jedenfalls nicht im Vordergrund stehen sollte. Tonio Walter selbst führt aus, dass die Übereinstimmung mit den Straf- oder Vergeltungsbedürfnissen der Gesellschaft dazu dienen soll, deren Rechtstreue zu erhalten und generell die Stabilität der Rechtsordnung zu sichern.³⁸ Auch bei Paul Robinson ist das ein zentraler Punkt: Das, was er als „utility of desert“ bezeichnet, ist der Nutzen eines solchen an der „verdienten“ Strafe orientierten Modells.³⁹ Das halte ich für überzeugend, es ist dann

36 *Frisch* NStZ 2013, 249 kommt zu einer ähnlichen Diagnose, leitet daraus aber einen anderen Schluss ab: keine Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bzw. Überlagerung und Verdrängung durch das (m. E. zu Unrecht) als „strenger“ eingeschätzte Schuldprinzip.

37 S. neben den Beiträgen von Robinson und T. Walter auch die interessanten experimentellen Studien zum individuellen Strafverhalten, auf die *Lewisch* (in diesem Band) hinweist. S. zu letzteren auch *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 609, 610 ff. Weitere Nachweise bei *Andrissek* 2017, 14 ff.

38 T. Walter ZIS 2011, 636, 644; *ders.* (in diesem Band), 49, 52 ff.

39 S. etwa den Hinweis auf die Sicherung gesellschaftlicher Kooperation durch Sanktionierung bei *Robinson* *Northwestern University Law Review* 111 (2017),

m.E. aber ein neues End-Ziel, auf das man zusteuert⁴⁰ und das besser und sachgerechter im theoretischen Rahmen der positiven Generalprävention⁴¹ einzuordnen ist.⁴² Es geht dann nicht unmittelbar um den Zweck, „Vergeltung“ in dem Sinne zu üben, dass die Mehrheit der Bevölkerung durch staatliches Strafen in ihrem Strafbedürfnis befriedigt wird. Letzteres ist nur ein Kriterium, um sicherzustellen, dass das eigentliche Ziel der Sicherung der Stabilität der Rechtsordnung, anders und verkürzt formuliert: des Rechtsfriedens, nicht gefährdet wird. Das wiederum verhindert Straftaten, schützt also mittel- und langfristig ganz handfest wichtige Güter und Interessen und ist damit nichts Anderes als – wenn auch mittelbare – Prävention!⁴³

Allein auf „Bedürfnisbefriedigung“ als Selbstzweck abzustellen, ohne das präventive Endziel im Blick zu behalten, hätte aus meiner Sicht negative Konsequenzen. Denn dann könnte man das oben erwähnte Expansionsproblem nur deutlich schlechter in den Griff bekommen. Es läge dann na-

1565, 1571 oder auf die „crime control benefits“ ebd., 1565, 1580 ff. S. auch *ders.* (in diesem Band), 13, 34, wonach die Strafe „eher durch ihre Wirksamkeit bei der Kriminalitätsbekämpfung als durch ihre metaphysische Vorstellung von einer verdienten Strafe als Wert an sich begründet“ sei. Damit enthält die (um Neutralität bemühte) Position Robinsons doch einen gewissen Vorrang des präventiven Elements gegenüber reiner Retribution bzw. Vergeltung.

40 Ähnlich *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 609, 615 sowie *Andrissek* 2017, 85 f.

41 Die Zuordnung hängt natürlich von der Enge oder Weite der Definition dieser facettenreichen Straftheorie ab (s. dazu bereits *Kaspar* 2004, 48 ff.). Wer allein von „Normbestätigung“ als Inhalt der positiven Generalprävention ausgeht (so *T. Walter* 2016, 17), wird für die hier in den Fokus gerückte rechtsfriedensstiftende Funktion der Strafe keinen tauglichen Anknüpfungspunkt finden.

42 So i. E. auch *Andrissek* 2017, 64 ff., der auch im Speziellen den Ansatz von Robinson der positiven Generalprävention zuordnet, s. a.a.O., 75. So auch *Cancio Melá/ Ortiz de Urbina Gimeno* GA 2013, 297 f; s. auch *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 288, 609, 619, der Ähnlichkeiten der von ihm (u.a. im Anschluss an Robinson) vertretenen Theorie der „gesellschaftlichen Prävention“ zur positiven Generalprävention feststellt. Der wesentliche Unterschied zur hier vertretenen Position ist die Annahme, dass es einer zusätzlichen Rechtfertigung der Strafe gegenüber dem konkreten Täter bedürfe, die der Autor im allgemeinen Gedanken der Gerechtigkeit oder des „fair play“ begründet sieht. Soweit letzteres aber dann doch wieder auf die Erforderlichkeit der Strafe zur „Erhaltung des gemeinsamen Lebens“ bezogen wird, erscheint mir dies bereits im generellen positiv-generalpräventiven Zweck (von dem auch der konkret Bestrafte als Teil der Gesellschaft profitiert, was auch *Rodríguez Horcajo* a.a.O., 620 erwähnt) mit enthalten zu sein.

43 Anders *Andrissek* 2017, 145, nach dem es bei der Verhinderung von Kooperationsverlust und Selbstjustiz nicht um den Schutz von Rechtsgütern durch Verbrechensprävention gehe – was offensichtlich davon abhängt, in welchem Umfang man mittelbare und langfristige präventive Effekte einbezieht oder nicht.

he, stets auf eine Strafe abzu zielen, die am besten geeignet ist, das Ziel der Bedürfnisbefriedigung anzustreben. Jede Abweichung wäre begründungsbedürftig, eine Grenzziehung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegenüber punitiven Strafbedürfnissen deutlich schwieriger. Das ist aber nicht der entscheidende Aspekt. Dagegen, die Befriedigung der Bedürfnisse der Bevölkerung unmittelbar als Ziel anzustreben, spricht vor allem, dass es dann plötzlich im Strafrecht ganz allgemein um „Gefühlsschutz“ gehen würde, was bekanntlich als legitimes Schutzgut einzelner Strafnormen höchst umstritten ist – warum sollte dies dann plötzlich das Strafsystem insgesamt bestimmen und legitimieren? Die entscheidende Frage ist doch: Was passiert, wenn aus Sicht der Mehrheit der Bevölkerung „zu milde“ bestraft wird? Zunächst einmal gar nichts, außer, dass manche, vielleicht die Mehrheit sogar, unzufrieden sind. Der Staat hat aber nicht die Aufgabe, mit seinem Handeln die Bürger rundum zufrieden zu machen, sonst dürfte er keine Steuern erheben. Und erst recht kann allein die Verhinderung einer gewissen „Unzufriedenheit“ der Allgemeinheit kein Argument für die Begründung oder auch nur die Intensivierung eines gravierenden Grundrechtseingriffs wie der Strafe sein. Erst wenn die Unzufriedenheit mit dem Strafniveau ein kritisches Maß erreicht, wenn ernsthaft dadurch die Rechtstreue der Allgemeinheit zu leiden droht, wenn im Extremfall Lynchjustiz oder Anarchie drohen, bestünde aus positiv-generalpräventiver Sicht Handlungsbedarf. Das ist derzeit (soweit ersichtlich) nicht der Fall, so dass das momentane Strafniveau sozusagen der Nullpunkt ist, von dem aus man über Veränderungen des status quo nachdenken kann.

III. Generalprävention

Ich selbst halte wie gesagt die Generalprävention für die einzige Theorie, die in der Lage ist, staatliches Strafen zu erklären und auch zu legitimieren.

1. Negative Generalprävention

Das beinhaltet entgegen vielen Kritikern durchaus auch den negativ-generalpräventiven Gedanken der „Abschreckung“, zumindest in dem Sinne, dass der Staat mit der Androhung und Verhängung von Strafe „Klugheits-

gründe“⁴⁴ liefert, um eine legale Lebensführung der Begehung von Straftaten vorzuziehen.

Dabei erscheint es verfehlt, eine solche Wirkung nur bei Delikten anzunehmen, bei denen eine „emotionslose Kosten-Nutzen-Rechnung“ zu erwarten ist.⁴⁵ Denn das (hypothetische) völlige Fehlen von Strafandrohung und -verhängung dürfte bei fast allen de lege lata pönalisierten Handlungen jedenfalls mittel- und langfristig zu einer gesellschaftlichen Neubewertung und letztlich auch zu einer erhöhten Begehung führen, was ich auch bei ganz gravierenden, offensichtlich verwerflichen Taten wie Totschlag (entgegen der optimistischen Annahme von Tonio Walter⁴⁶) nicht für ausgeschlossen halte. Wenn sich bereits hier und heute trotz massiver Strafdrohungen und klar entgegenstehender ethischer Wertungen immer wieder Menschen (aus den unterschiedlichsten Motiven) für die Tötung eines anderen entscheiden, dürfte die Lage eher schlechter werden, sobald man mit der Strafnorm den einen potenziell präventiv wirksamen Pfeiler der Gesamtkonstruktion einfach entfernt und nur noch auf Moral und Gewissen setzt. Dafür sprechen auch „natürliche“ Experimente einer zeitweisen faktischen Straflosigkeit schwerster Verbrechen in Kriegs- und Krisenzeiten.

Zugleich ist es m.E. falsch, die Abschreckungswirkung der Strafe von Faktoren wie der erwarteten sozialen Missbilligung vollständig abzuspalten⁴⁷: Letztere wird bei lebensnaher Betrachtung vom Konnex zum Strafrecht beeinflusst. Dass wir nach der Begehung einer Straftat ggf. Missbilligung erfahren und unseren guten Ruf verlieren, liegt nach meiner Überzeugung nicht allein am Verhalten selbst, sondern an der Tatsache, dass wir damit den sozial und ethisch besonders missbilligten Bereich des „Strafrechts“ betreten haben, der mit negativen Begriffen und Bildern wie Verbrecher, Gefängnis, letztlich auch „dem Bösen“ assoziiert wird.

Welche Strafe in negativ-generalpräventiver Hinsicht nötig ist, kann man nicht sinnvoll von Bevölkerungseinschätzungen abhängig machen. Insofern gilt dasselbe, was ich bereits oben zur Spezialprävention gesagt habe. Um die negative Generalprävention muss man sich aber, nach allem, was wir aus der empirischen Sanktionsforschung wissen, keine besonderen Gedanken machen. Entscheidend ist, dass überhaupt eine strafrechtliche Sanktionierung erfolgt, die gegenüber dem Anreiz zur erneuten Tatbege-

44 S. Greco 2009, 359.

45 So aber u.a. Andrissek 2017, 49.

46 T. Walter 2016, 17.

47 So aber Andrissek 2017, 93.

hung ein ausreichendes Gegen-Signal sendet; eine Art „Basis-Abschreckung“⁴⁸ also. Dieser Zweck wird im Zweifel aber stets auch von einer an der positiven Generalprävention orientierten Strafe mit erfüllt sein, er hat daher keine echte eigenständige Bedeutung⁴⁹ und steht der Beachtung empirischer Erkenntnisse über die Einstellungen der Bevölkerung daher auch nicht entgegen.

2. Positive Generalprävention

Entscheidend für die Begründung und Bemessung der Strafe ist somit die positive Generalprävention.⁵⁰ Hier ist dann in der Tat Raum für empirische Einstellungen der Bevölkerung. Die Befriedigung von Straf- bzw. Vergeltungsbedürfnissen ist dabei – wie gesagt – nur als Zwischenziel in den Blick zu nehmen, um eine positiv-generalpräventive Wirkung in der Gesellschaft zu erzielen. Es geht um die „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“ durch eine als gerecht und angemessen akzeptable Strafe. Man befindet sich hier somit auf der Schnittstelle zwischen absoluten und relativen Strafzwecken – Paul Robinson spricht anschaulich von einem möglichen „Waffenstillstand“ zwischen den beiden Lagern.⁵¹ Das kommt auch in dem von Tonio Walter und mir in der Einladung zur Augsburger Tagung verwendeten Begriff der „retributiven Generalprävention“ zum Ausdruck, den übrigens auch Tobias Andrissek in seiner gründlichen Aufarbeitung der Thesen von Paul Robinson vorschlägt.⁵² Eine solche hybride Straftheorie ist nichts völlig Neues. Bereits 2000 hat Angela Kalous in ihrer Dissertation über „Positive Generalprävention durch Vergeltung“ geschrieben und den damaligen Meinungsstand zusammengefasst.⁵³ Immer wieder wird auf diesen Zusammenhang Bezug genommen, wenn gesagt wird, dass die „gerechte“, „schuldangemessene“ Strafe auch diejenige sei, die den Rechtsfrieden am besten garantiert. Insofern bestehe auch kein Widerspruch zwischen Schuldgleich und positiver Generalprävention.⁵⁴

Das ist allerdings nicht wirklich überzeugend, solange man die Bemessung der „gerechten“ oder „schuldangemessenen“ Strafe dann doch in wei-

48 S. Kaspar 2014, 646; s. dazu auch ders. 2018, C 30 f.

49 Ähnlich Robinson (in diesem Band), 13, 25, 29 ff.

50 So im Ergebnis auch Andrissek 2017, 148.

51 Robinson (in diesem Band), 13 ff.

52 Andrissek 2017, 86, 148, 237. So jetzt auch T. Walter (in diesem Band), 58 f.

53 Kalous 2000.

54 S. nur Roxin 2006, § 3 Rn. 53.

tem Umfang allein der Wertung des Richters überlässt⁵⁵ – warum sollte er mit seiner Strafe die Ansichten der Bevölkerung treffen, die er im Zweifel gar nicht kennt? Wenn man es ernst damit meint, dass die Strafe den „Rechtsfrieden“ wiederherstellen soll und wir darunter nicht nur ein Synonym für absoluten gerechten Schuldausgleich sehen, sondern eine tatsächliche positive Wirkung des staatlichen Strafens in der Gesellschaft, dann liegt es nahe, diese Wirkung nicht quasi „im Blindflug“ anzustreben, sondern sich Kenntnisse über die entsprechenden Vorstellungen und Erwartungen der Bevölkerung zu verschaffen. Der „Rechtsfrieden“ ist also ausdrücklich empirisch zu verstehen und kein rein normatives Konstrukt, weil sonst gegenüber einer absoluten Strafbegründung nichts gewonnen ist.⁵⁶

Das spricht gegen den Ansatz von Günther Jakobs, der eine empirische Überprüfung der positiven friedensstiftenden bzw. (im Sinne seines Konzepts) „normbestätigenden“ Wirkung von Strafe ausdrücklich ablehnt, da Strafe dies per definitionem bewirke.⁵⁷ Das ist schon deshalb nicht überzeugend, weil man auf diese Weise keinen Maßstab für die Strafzumessung hat – wenn jede Strafe per se den Rechtsfrieden sichert oder „Normbestätigung“ bewirkt – dann wäre stets die mildeste aller möglichen Strafen zu verhängen! Außerdem ist kaum verständlich, warum Jakobs seine Position dann überhaupt der positiven Generalprävention zuordnet – wo ist das präventive Element, also die Verhinderung von Straftaten, wenn es nur um systemtheoretisches Normvertrauen ohne Rückkopplung an die Wirklichkeit geht? Die Empiriefierne bei Jakobs kritisiert auch Claus Roxin⁵⁸, so dass man letzteren eigentlich nur so verstehen kann, dass auch ihm ein empirisches Verständnis des wiederherzustellenden Rechtsfriedens vorschwebt – auch wenn man das seinen Ausführungen nicht direkt entnehmen kann.

Sieht man die Dinge so, sind zugleich die Bedenken vieler Autoren zumindest etwas entkräftet, wonach eine empirische Überprüfung der positiven Generalprävention nicht möglich sei.⁵⁹ Es stimmt zwar, dass es hier um sehr komplexe Wirkungsmechanismen geht, die man unmöglich auf

⁵⁵ Ähnlich Andrissek 2017, 114.

⁵⁶ Kaspar 2014, 648 ff.; ders. 2018, C 25.

⁵⁷ S. nur Jakobs ZStW 107 (1995), 843 ff. Zu dessen Position s. auch Andrissek 2017, 69 ff., der a.a.O., 85 zutreffend ganz allgemein den Verzicht auf einen empirischen Nachweis bei den „symbolischen“ Begründungselementen der Strafe kritisiert.

⁵⁸ Roxin 2006, § 3 Rn. 31.

⁵⁹ S. nur Meier 2015, 30.

eine einzelne Strafe herunterbrechen kann. Formuliert man das Problem aber so, dass es darum geht, ob eine bestimmte Strafe, gedacht als generelle Strafpraxis in vergleichbaren Fällen, eine friedensstiftende Wirkung hat, ist man schon einen Schritt weiter. Operationalisiert man diese friedensstiftende Wirkung dann wie hier vertreten so, dass es sich um eine Strafe handeln muss, die unter den gegebenen Umständen von der Allgemeinheit (noch) als ausreichend gerechte und angemessene Reaktion auf die Straftat akzeptiert werden kann, ist das Tor zu einer empirischen Überprüfung strafjustizieller Entscheidungen endgültig aufgestoßen.

Dies müsste dann konsequenterweise auch die Perspektive der Opfer umfassen, da sie in besonderer Weise von der Straftat betroffen sind. Gerade sie bedürfen der Wiederherstellung des Vertrauens in die Rechtsordnung, gerade ihnen gegenüber wurde der Rechtsfrieden gestört und muss durch eine ausreichend angemessene staatliche Reaktion wiederhergestellt werden. Ich halte gerade die Theorie der positiven Generalprävention für gut geeignet, der oft erhobenen Forderung nach einem Einbezug der Opferbedürfnisse in die Straftheorie Rechnung zu tragen.⁶⁰ Größere Diskrepanzen, vor allem im Sinne einer punitiveren Haltung konkreter Tatopfer im Vergleich zur allgemeinen Bevölkerung sind dabei offenbar nicht zu befürchten. Im Gegenteil zeigen neuere Studien, dass Opfer im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung oft sogar weniger Strafe fordern und ihnen andere Dinge wie eine Entschuldigung oder materielle Wiedergutmachung wichtiger sind.⁶¹

Zusammenfassend lässt sich zum Begründungsproblem folgendes sagen: Wenn man die Wiederherstellung des Rechtsfriedens wie ich als empirisches Phänomen versteht, für das Bevölkerungsumfragen zumindest ein wichtiges Indiz sind, liegt es in der Natur der Sache, sich bei der Verfolgung dieses Ziels auch auf letztere zu stützen. Es geht dann bei dieser Frage nicht um eine reine Wertung, sondern um eine Entscheidung mit empirischem, man könnte auch sagen prognostischem Gehalt: Welche Strafe genügt, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen? Das ist dann auch kein naturalistischer Fehlschluss: Wir ziehen ein Faktum (empirisch ermittelte Gerechtigkeitsintuitionen der Bevölkerung) als Indiz heran, um den Eintritt eines anderen tatsächlichen Zustands zu ermitteln, noch kürzer formuliert: Wir schließen von einem Sein nicht auf ein Sollen, sondern auf ein anderes Sein.

60 S. dazu bereits *Kaspar* 2004, 65 ff.; *ders.* 2014, 654 f.

61 Aus jüngerer Zeit s. nur *Bliesener/Fleischer* 2017, 210; zusammenfassend *Berndt* 2017, 123 ff.; s. bereits *Kilchling* 1995.

C. Anwendungsbereiche

Was sind nun die möglichen Anwendungsbereiche für den Einfluss der empirischen Einstellungen der Bevölkerung? Ich habe mich bewusst auf die Strafzumessung konzentriert, weil ich hier den größten möglichen Nutzen und auch den größten Bedarf sehe. Nicht nur die Höhe der Strafe als solche könnte man mit den Vorstellungen der Bevölkerung abgleichen. Auch die Legitimation einzelner (schärfender oder mildernder) Strafzumessungsfaktoren sowie die Strafraumenregeln könnte man auf diese Weise auf den Prüfstand stellen. Das betrifft auch Fragen der Sanktionierung im weiteren Sinne, wo der Gesetzgeber teilweise mit Begriffen arbeitet, die (jedenfalls bei unbefangener Lektüre) auf empirische Sachverhalte Bezug nehmen, etwa das „öffentliche Interesse“ im Bereich der Diversion oder die „Verteidigung der Rechtsordnung“ bei verschiedenen Entscheidungen über die Art der Sanktionierung.⁶²

Man könnte überprüfen, ob die gesetzlichen Regeln die von Paul Robinson betonte „relative blameworthiness“⁶³ befördern, also die von der Allgemeinheit recht homogen eingeschätzte Abstufung der Strafwürdigkeit verschiedener Konstellationen. Wenn es richtig ist, dass Versuchshandlungen von der Mehrheit intuitiv als weniger strafwürdig angesehen werden als vollendete Taten,⁶⁴ wäre dies ein Anlass, um die nur fakultative Strafmilderung in § 23 StGB zu überdenken⁶⁵ – und zugleich ein gewichtiges Argument gegen eine aus theoretischen Erwägungen abgeleitete völlige Gleichstellung beider Konstellationen. Ebenfalls könnte man hinterfragen, ob die Bestrafung des Anstifters „gleich dem Täter“ in § 26 StGB mit den Gerechtigkeitsintuitionen der Allgemeinheit vereinbar ist.⁶⁶

Man muss dabei allerdings bedenken, dass diese Regelungen nur den recht weiten, abstrakt-generellen Rahmen vorgeben, innerhalb dessen sich der Richter bei der Strafzumessung bewegt. Die Normen als solche dürften solange keinen echten Anstoß erregen, solange die Einzelfallentscheidungen in konkreten Fällen den Vorstellungen der Bevölkerung im Großen und Ganzen entsprechen. Daher halte ich auch den Abgleich der abstrakten Rangordnung verschiedener Delikte, die der Gesetzgeber zumindest in grober Weise durch die Gestaltung der Strafraumen vornimmt, mit den Schwereinschätzungen der Bevölkerung für wenig ertragreich. Denn die

62 S. dazu *Eierle* (in diesem Band), 163 ff.

63 S. nur *Robinson* (in diesem Band), 16 f.

64 S. dazu *Robinson* 2013, 90; *Andrissek* 2017, 37 sowie 179.

65 Vgl. *Kaspar* 2018, C 52.

66 Dazu *Andrissek* 2017, 179.

weitgehend konsentierten intuitiven Einschätzungen, wonach etwa eine höhere Schwere von Gewaltdelikten gegenüber Eigentumsdelikten anzunehmen ist⁶⁷, sind im heutigen System soweit ersichtlich berücksichtigt (wobei das noch einer näheren Untersuchung bedürfte). Soweit allerdings diese abstrakten Rangfolgen verlassen werden und nach Schwereinschätzungen und -relationen in konkreten Fällen gefragt wird, schwindet der breite Konsens, von methodischen Problemen der Untersuchungen zur Schwere-Einschätzung abgesehen.⁶⁸

Auch bei der Auslegung von gesetzlichen Merkmalen, die die Strafbarkeit begründen oder beschränken, könnten empirische Erkenntnisse über die Anschauungen der Bevölkerung einfließen. Ich nenne hier nur den Verstoß gegen die „guten Sitten“, der nach § 228 StGB ausdrücklich die Straflosigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung verhindern soll.⁶⁹ Es geht hier definitionsgemäß um das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ – warum fragt man diese dann nicht einmal nach ihrer Meinung zu bestimmten Konstellationen? Warum überlässt man die Entscheidung in vollem Umfang dem Anstandsgefühl des (hoffentlich) billig und gerecht denkenden Richters?⁷⁰ Ein weiteres interessantes Beispiel ist das Notwehrrecht. Die „sozialethischen Einschränkungen“ werden vom Gesetzgeber ausdrücklich auf gesellschaftliche Einstellungen zurückgeführt – interessanterweise denkt die Bevölkerung in Deutschland in manchen Bereichen aber ganz anders über legitime Notwehr als die Strafrechtswissenschaft und -praxis.⁷¹ Müsste man daraus nicht Konsequenzen ziehen?⁷²

Natürlich wäre es schließlich auch denkbar, die Strafgesetzgebung anhand von Bevölkerungsumfragen auf den Prüfstand zu stellen.⁷³ Es wäre interessant, mehr darüber zu erfahren, was die Bevölkerung über die Strafwürdigkeit (oder eben Nicht-Strafwürdigkeit) bestimmter Verhaltenswei-

67 S. dazu die Nachweise bei *Robinson* (in diesem Band), 16 f.

68 S. *Müller/Schmoll* (in diesem Band), 117 ff. sowie bereits *Müller* MSchKrim 74 (1991), 290. S. auch *Andrissek* 2017, 171 ff.

69 S. dazu bereits *Kaspar* GS Walter 2014, 96 f.

70 Vergleichbare Kritik in Bezug auf die praktische Handhabung des Begriffs der „Verteidigung der Rechtsordnung“ bei *Sessar* KrimJ 1996, 297.

71 S. dazu *Kilian* 2011; dazu *Kaspar* NK 2012, 162 ff.; s. auch *Prijatelj* (in diesem Band), 189 ff. mit eigenen Forschungsergebnissen aus einer Replikationsstudie in Slowenien.

72 Vgl. aus jüngerer Zeit *Greco* GA 2018, 665, der dies auf der Basis einer dualistischen Notwehrbegründung für konsequent hält, es aber auf der Grundlage einer abweichenden individualistischen Konzeption inhaltlich ablehnt.

73 S. dazu auch *T. Walter* 2016, 20 f.

sen denkt. Allerdings ist es natürlich auch hier nicht so, dass der Gesetzgeber daran unmittelbar gebunden wäre. Das folgt aus dem schon oben erwähnten Gedanken der repräsentativen Demokratie. Noch entscheidender ist aber die Tatsache, dass es bei der Frage, ob man eine Verhaltensweise unter Strafe stellt, richtigerweise nicht allein um eine Wertungsfrage geht, sondern um die empirische Frage der Schädlichkeit dieser Verhaltensweise für gewichtige Güter und Interessen, die jedenfalls nach meinem Verständnis die unverzichtbare Basis der Strafwürdigkeit darstellt. Auch hier ist offensichtlich Expertenwissen gefragt, das durch die Befragung von Laien nicht ersetzt werden kann. Wenn eine neue Substanz auf den Markt kommt, deren Umweltschädlichkeit oder Gesundheitsschädlichkeit von Seiten der Wissenschaft klar bejaht wird, während die Mehrheit der Bevölkerung das schlicht nicht glaubt, darf der Staat die Verwendung der Substanz natürlich dennoch bei Strafandrohung verbieten, auch wenn das in der Bevölkerung auf Unmut stößt. Umgekehrt sind Fälle denkbar, bei denen die Schädlichkeit für das Rechtsgut außer Frage steht, aber die Strafwürdigkeit aufgrund anderer Aspekte zweifelhaft ist. Bei ethischen Grenzfragen etwa könnte stärker als bisher auf repräsentative Umfragen geachtet werden. Wenn die Mehrheit der Deutschen klar für die Legalisierung von aktiver Sterbehilfe ist, ist dies zumindest ein deutlicher Hinweis für den Gesetzgeber, dass er hier an einer möglicherweise überholten Strafnorm festhält, die einzuschränken oder abzuschaffen sein könnte; auch die erst seit jüngerer Zeit gem. § 217 StGB strafbare geschäftsmäßige Suizidbeihilfe wäre ein ernsthafter Kandidat für einen solchen kriminalpolitischen Realitäts-Check.⁷⁴ Die Berücksichtigung der Einstellungen der Bevölkerung könnte also in dieser Weise wichtige Impulse für die derzeit (jedenfalls in der Kriminalpolitik)⁷⁵ vollkommen ins Stocken geratene Entkriminalisierung liefern. Dagegen ist es angesichts einer doch recht flächendeckenden und alles anderes als fragmentarischen Strafbarkeit derzeit kaum denkbar, dass eine „Gerechtigkeitsintuition“ der Bevölkerung verletzt wird, weil ein an sich strafwürdiges Verhalten im „Kernbereich“ vom Gesetzgeber strafrei gelassen wurde. In dieser Hinsicht ist also kaum eine (zusätzliche) Expansion des Strafrechts zu befürchten.

⁷⁴ T. Walter 2016, 21.

⁷⁵ Für die Strafrechtswissenschaft gilt dies nicht, s. dazu nur aus jüngerer Zeit die Beiträge über „entbehrliche Straftatbestände“ Hoven ZStW 127 (2017), 334 ff.

D. Verfassungsrechtliche Grenzen

Wenn man die Berücksichtigung von Bevölkerungseinstellungen im Rahmen der Strafzumessung befürwortet, droht keineswegs eine quasi automatische und ungebremste Strafschärfung, auch wenn die Bevölkerung in Teilbereichen möglicherweise punitivere Vorstellungen hat, die über das derzeitige Strafniveau hinausgehen. Denn dabei sind verschiedene verfassungsrechtliche Grenzen⁷⁶ zu beachten.

I. Absolute Grenzen

Das sind zunächst absolute Grenzen, die keiner Abwägung oder zusätzlichen Wertung unterliegen und die auch unabhängig von der Festlegung des mit Strafe verfolgten Zwecks sind. So wären etwa Forderungen der Bevölkerung nach grausamen und unmenschlichen, erniedrigenden Strafen ein Verstoß gegen die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG und daher selbstverständlich unzulässig. Weiterhin bestimmt Art. 102 GG, dass die Todesstrafe abgeschafft ist. Auch insoweit zieht die Verfassung also eine klare Grenze gegenüber einer möglichen Wiedereinführung dieser Sanktionsform, die in letzter Zeit offenbar wieder etwas an Zustimmung gewinnt.⁷⁷ Geht man richtigerweise davon aus, dass die Todesstrafe sogar menschenwürdewidrig ist,⁷⁸ wird sie von der Ewigkeitsklausel in Art. 79 GG umfasst. Das bedeutet, dass sie auch durch eine verfassungsändernde 2/3-Mehrheit nicht wiedereingeführt werden dürfte.

Eine weitere absolute Grenze ist der Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 GG, der in Abs. 3 ausdrückliche Diskriminierungsverbote enthält. Danach darf niemand u.a. wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung oder seiner Rasse benachteiligt werden. Sollte sich die Mehrheit der Bevölkerung dafür aussprechen, dass bei der Strafzumessung die ausländische Herkunft des Täters als solche strafschärfend berücksichtigt werden soll, wäre das verfassungswidrig und dürfte weder vom Gesetzgeber noch von den Strafgerichten aufgegriffen werden. Alle bisher genannten Beispiele sind zugegebenermaßen eher lebensfremd, da grausames oder diskriminierendes

76 Vgl. dazu auch *Andrissek* 2017, 129 ff. und vor allem 151 ff.; s. auch den knappen Hinweis auf verfassungsrechtliche Grenzen bei *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 609, 621 f.

77 S. dazu die Befunde von *Streng* (in diesem Band), 143 ff.

78 S. dazu BGHSt 41, 317, 324 f.

Strafen unseren Gerechtigkeitsintuitionen nicht entspricht, sondern ihnen diametral entgegensteht, so dass auch entsprechende mehrheitliche Umfrageergebnisse (jedenfalls derzeit) nicht ernsthaft zu erwarten sind.

Relevanter könnte das Schuldprinzip sein. Es wird u.a. auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt und besagt zum einen, dass nur schuldfähige Personen bestraft werden dürfen und zum anderen, dass niemand über das Maß seiner Schuld hinaus bestraft werden darf.⁷⁹ Beides steht als Verfassungsgrundsatz nicht zur Disposition und könnte damit auch nicht durch entgegenstehende Ansichten der Bevölkerung in Frage gestellt werden. Sollte die Bevölkerung also in bestimmten Konstellationen unangemessen hohe, die Schuld der Tat übersteigende Strafen fordern, dürfte man dem nicht nachgehen. Das ist die berühmte „Schuldobergrenze“, die auch in der Spielraumtheorie des Bundesgerichtshofs eine Rolle spielt.⁸⁰ Dabei ist natürlich vorausgesetzt, dass das Maß der Schuld nicht allein durch gesellschaftliche Bedürfnisse definiert wird – denn dann würde ein erhöhtes empirisch festgestelltes Strafbedürfnis der Bevölkerung automatisch das zulässige Maß der Schuld nach oben schrauben. Das entspricht der Kritik Roxins am funktionalen Schuldbegriff von Jakobs.⁸¹ Ich persönlich habe gegen das Schuldprinzip in seiner begrenzenden Funktion⁸² keine Einwände, da es sich insofern ausschließlich zugunsten des Sanktionierten auswirkt und auch nicht notwendigerweise mit der Anerkennung des Strafzwecks des Schuldausgleichs verbunden ist. Auf der anderen Seite sollte man m.E. die begrenzende Kraft des Schuldprinzips im Bereich der Strafzumessung nicht überschätzen.⁸³ Die Strafe wird vom Richter ganz wesentlich anhand des Maßes der „Schuld“ zugemessen, s. § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB. Da der Gesetzgeber die Strafzumessungsschuld nicht definiert und auch ansonsten wenig verbindliche Vorgaben macht, obliegt die Definition des Schuldgehalts der Tat letztlich in ganz weitem Umfang dem Richter. Das spiegelt sich auch in der nur sehr zurückhaltenden revisionsrechtlichen Kontrolle von Strafzumessungsentscheidungen.⁸⁴ Immer wieder wird vom Bundesgerichtshof in diesem Kontext betont, dass die Strafzumessung die (mehr

79 S. näher m.w.N. *Kaspar* 2014, 267 ff.

80 BGHSt 20, 264, 266 f.

81 S. *Roxin* 2006, § 19 Rn. 34.

82 Zur nötigen (und oft vernachlässigten) Differenzierung verschiedener Funktionen des Schuldbegriffs s. *Kaspar* 2014, 269 ff.

83 S. *Kaspar* 2014, 298 ff sowie 338 ff.

84 S. dazu nur *Schäfer/Sander/van Gemmeren* 2017, Rn. 1505 ff.

oder weniger unangreifbare) „Domäne des Tatrichters“ sei.⁸⁵ Nur wenn er sich völlig in der „Oktave vergeife“ und vom in vergleichbaren Fällen üblichen Strafmaß eklatant abweiche, soll ein Verstoß gegen das Schuldprinzip im Raum stehen.⁸⁶ Aber warum soll ein solches Abweichen vom Üblichen auch nur ein Indiz für ein Schuldübermaß sein? Vielleicht lagen bislang alle anderen Richter mit ihrer persönlichen Schuldwertung falsch?⁸⁷ Ich überspitze das Problem bewusst, will aber darauf hinweisen, dass der „Schuldgehalt“ einer Tat eben nicht intersubjektiv nachvollziehbar bestimmt werden kann und letztlich in großem Umfang der Wertung des Richters selbst überlassen bleibt. Eine strenge Grenze beinhaltet das Schuldprinzip daher nicht; somit wäre es auch nicht auszuschließen, dass man aus empirisch ermittelten höheren Straferwartungen der Bevölkerung mit nicht allzu viel Begründungsaufwand ableiten könnte, dass man in der Vergangenheit falsch lag und die Schuldbewertung und damit die Bestrafung einer bestimmten Tat in der Zukunft strenger ausfallen müsse.

II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Aufgrund dieser strukturellen Schwäche des Schuldprinzips halte ich es für unverzichtbar, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als weiteres⁸⁸ begrenzendes Verfassungsprinzip im Bereich staatlichen Strafens stärker zu beachten als bisher. Der erste Vorteil dieser verfassungsrechtlichen Denkweise ist es, dass wir den Eingriff der Strafe als problematischen Grundrechtseingriff stets vor Augen haben. Dieser muss so gering gehalten werden wie möglich. Wir müssen uns stets der Gefahr bewusst sein, dass wir in unnötiger, also für die Wiederherstellung des Rechtsfriedens so gar nicht erforderlicher, Weise bestrafen. Es gilt dann, die Strafe zu finden, die als generalpräventives Minimum genügt, um in der Allgemeinheit als angemessene und gerechte Sanktion anerkannt zu werden – und dabei zugleich die Grundrechte des Täters in größtmöglichem Umfang schont.⁸⁹

85 St. Rspr., s. nur BGHSt 29, 319, 320; BGH Urt. v. 26.1.2017 – 1 StR 385/16 (Rn. 22).

86 Nachweise bei Schäfer/Sander/van Gemmeren 2017, Rn. 833 ff.

87 Kaspar 2018, C 102.

88 Dabei kann hier offenbleiben, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (wie es hier vertreten wird) im Rahmen einer positiv-generalpräventiven Straftheorie nicht sogar zusätzlich die vom klassischen Schuldprinzip erfüllte limitierende Funktion erfüllt, s. dazu Kaspar 2014, 821 f.

89 Kaspar 2014, 799 ff. sowie Kaspar 2018, C 29 ff.

Hier ist auf die oben bereits erwähnte Asymmetrie der Betroffenheit auf beiden Seiten zu achten. Für den Täter ist es ein himmelweiter Unterschied, ob er mit drei oder fünf Jahren Freiheitsstrafe belegt wird. Es geht um eine zusätzliche Einbuße an persönlicher Freiheit für die Dauer von zwei Jahren. Auf der Seite des verfolgten generalpräventiven Zwecks ist der Unterschied viel weniger deutlich: Ob die zusätzliche Strafdauer von zwei Jahren auch den generalpräventiven Effekt verstärkt und damit zusätzlich zur Verhinderung von Straftaten beiträgt, ist äußerst ungewiss. Die Generalpräventionsforschung zeigt, dass solche Variationen im Bereich der Strafhärte keinen messbar gesteigerten Abschreckungseffekt bewirken.⁹⁰ Es bleibt also die Frage, ob der Rechtsfrieden bei bestimmten Taten ernsthaft erschüttert wird, wenn „nur“ drei anstelle von fünf Jahren Freiheitsstrafe verhängt werden. Das wird man kaum plausibel machen können. Auch hier dürfte für die Bevölkerung entscheidend sein, dass überhaupt gestraft wird und dass die Strafe prinzipiell die Schwere der Tat in etwa widerspiegelt. Ob man die Strafvorstellungen der Mehrheit der Bevölkerung ganz exakt trifft, ist nach dem oben Gesagten nicht das entscheidende Kriterium. Ohnehin zeigen Untersuchungen wie diejenigen von Franz Streng, dass in solchen Umfragen sehr oft ein großer „Spielraum“ von akzeptablen Strafen genannt wird, also in der Bevölkerung nicht etwa die Vorstellung herrscht, es gebe für bestimmte Taten nur eine einzige angemessene Strafe.⁹¹ Dieses Spektrum gilt es dann im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach unten hin auszuloten. Dafür sprechen noch weitere Gründe. Zum einen ist nicht auszuschließen, dass der Staat mit seinen Strafgesetzen und deren Anwendung selbst die Einstellungen der Bevölkerung prägen kann – vielleicht weniger im Bereich der „Kern-Intuitionen“, die Paul Robinson in den Vordergrund gerückt hat, aber möglicherweise doch im Bereich der nuancierten Strafmaßvorstellungen. Der Staat kann hier also mit gutem Vorbild vorangehen und einen „humanen Umgang mit Abweichung“ demonstrieren, wie es Winfried Hassemer genannt hat.⁹² Außerdem wird auf diese Weise, also mit der Suche nach dem „generalpräventiven Minimum“⁹³, zugleich der Tatsache Rechnung getragen, dass wir natürlich nie ganz sicher sein können, ob in empirischer Sicht nicht auch ein milderer Strafniveau ausgereicht hätte, um den gewünschten generalpräventiven Effekt zu erzielen. Die hier nicht zu vermeidende

90 S. aus jüngerer Zeit die Ergebnisse der Meta-Analyse von *Spirgath* 2013 sowie bereits *Schöch* 1985, 1085 ff.; *Dölling* ZStW 102 (1990), 1.

91 S. *Streng* (in diesem Band), 131 ff.

92 *Hassemer* 1990, 325 f.

93 S. dazu *Kaspar* 2018, C 29 ff.

Unbestimmtheit und zumindest der Rechtsgedanke des „in dubio pro reo“ sprechen dafür, den tatsächlichen Zweifel über die generalpräventive Notwendigkeit eines bestimmten Strafmaßes „nach unten“ aufzulösen. Das entspricht im Großen und Ganzen auch der von Franz Streng vertretenen „asymmetrischen Spielraumtheorie“⁹⁴, die ich daher gegenüber der h.M. für eindeutig vorzuzugswürdig halte.

Die Aufgabe der zukünftigen empirischen Forschung muss es vor diesem Hintergrund nicht nur sein, einen generellen Abgleich der Strafzumessungspraxis mit den Einstellungen der Bevölkerung vorzunehmen.⁹⁵ Es geht aus den genannten Gründen dabei vor allem um die Suche nach weiterem Potenzial zur „Abrüstung“ des Strafrechts, einschließlich der Suche nach weiteren Anlässen, Strafen zu mildern. Man sollte dabei vielleicht besser von zu erforschenden „Reaktionsbedürfnissen“ der Bevölkerung sprechen, nicht nur von „Straf“- oder „Vergeltungsbedürfnissen“. Denn warum sollten nicht auch außerstrafrechtliche Maßnahmen geeignet sein, den Rechtsfrieden ganz oder zumindest teilweise wiederherzustellen und damit im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an die Stelle der Strafe zu treten? Bestes Beispiel sind Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung. Empirische Studien, u.a. von Klaus Sessar, haben eindrucksvoll gezeigt, dass sowohl konkrete Straftatopfer als auch die sonstige Bevölkerung in weitem Umfang bereit sind, Strafmilderungen oder sogar einen Verzicht auf Strafe zu akzeptieren, wenn der Täter sich entschuldigt und die Tat auch materiell wieder gut gemacht hat.⁹⁶ Dem nachzugehen und partiell auf Strafe zu verzichten ist dann völlig legitim, und zwar unabhängig von der (für Laien vermutlich gar nicht relevanten) Frage, ob die Wiedergutmachung nun eine „Strafe“ im technischen Sinn ist, die der „Vergeltung“ dient. Allein das Ergebnis zählt: Wo kein verbleibendes Strafbedürfnis ist, wird staatliches Strafen überflüssig und damit unverhältnismäßig. Der Gesetzgeber hat auch unter dem Eindruck dieser empirischen Erkenntnisse (zusammen mit dem DJT-Gutachten von Schöch⁹⁷ sowie dem AE-Wiedergutmachung⁹⁸, an dem er ebenfalls maßgeblich mitbeteiligt war) reagiert und 1994 den § 46a StGB als zentrale Milderungsform

94 Streng 2012, Rn. 631; s. dazu Kaspar 2014, 795 ff.

95 S. dazu den Forschungsansatz von Weigend und Hoven (in diesem Band).

96 S. nur Sessar 1992 sowie ders. KrimJ 1996, 296 ff. Weitere Nachweise bei Andrissek 2017, 228. Hinweise darauf, dass diese Akzeptanz zumindest unter Jura-Studierenden zwischenzeitlich gesunken ist, ergeben sich aus Befragungen von Streng (in diesem Band), 140 f.

97 Schöch 1992.

98 Baumann u.a. 1992.

für die Wiedergutmachung eingeführt. Eine Erschütterung des Vertrauens in die Rechtsordnung, auch durch massive generalpräventive Einbußen, wie es manche befürchtet haben,⁹⁹ ist ausgeblieben.

Genau das ist das Modell, das mir vorschwebt: Die Suche nach Milderungsmöglichkeiten, die in der Bevölkerung auf Zustimmung stoßen. Und das ist weniger aussichtslos als man in der derzeitigen gefühlten Stimmungslage meinen könnte. Ich will zum Schluss noch ein weiteres Beispiel nennen, die 2009 eingeführte Kronzeugenregelung in § 46b StGB.¹⁰⁰ Sie ermöglicht eine Strafrahmenerleichterung oder ein Absehen von Strafe, wenn der Beschuldigte Informationen zur Aufklärung oder sogar Verhinderung anderer Straftaten liefert. Die Norm war von Anfang an sehr umstritten, zumal sie in der ursprünglichen Fassung nicht verlangte, dass der Kronzeuge Informationen im Zusammenhang mit seiner eigenen Tat preisgeben musste. Er konnte also auch dann von der Norm profitieren, wenn er ganz andere Taten, von denen er vielleicht nur zufällig erfahren hatte, offenbarte. Einer der Hauptkritikpunkte, die gegen § 46b StGB vorgebracht wurden, war nun, dass die Bevölkerung für die Strafmilderung bei einem kriminellen „Denunzianten“ keinerlei Verständnis habe, vor allem dann, wenn es gar keinen Bezug der enthüllten Informationen zur eigenen Tat des Kronzeugen gebe. Das Vertrauen der Bevölkerung würde durch eine solche Milderungsnorm geradezu erschüttert. Genau das kam auch im Ende 2012 durchgeführten Gesetzgebungsverfahren zur Sprache, in dem ich als Sachverständiger beteiligt war. Obwohl die angebliche „Erschütterung der Bevölkerung“ eine reine Behauptung war und keinerlei empirische Erkenntnisse hierzu vorlagen, wurde § 46b StGB u.a. mit dieser Begründung eingeschränkt. Seitdem gilt das Konnexitätsprinzip, also der nötige Zusammenhang von Kronzeugentat und Aufklärungstat.¹⁰¹ Interessant ist nun, dass wir in unserem Augsburger Kronzeugenprojekt genau diese Frage untersucht haben.¹⁰² Wir haben ca. 1000 Studierenden an drei Universitäten Fallbeispiele gezeigt und um die Zumessung einer Strafe gebeten. Dann wurde eine Kronzeugenaktivität als zusätzlicher Umstand geschildert und erneut um eine fiktive Strafzumessungsentscheidung gebeten (natürlich mit dem Hinweis, dass die Strafe auch unverändert bleiben könne). Es zeigte sich, dass die klare Mehrheit der Befragten in recht großzügigem Umfang Strafmilderungen (von im Schnitt etwa 30 %) gewährte,

99 S. vor allem *Hirsch* ZStW 102 (1990), 534 ff.

100 S. dazu umfassend *Christoph* 2019 sowie bereits *Kaspar/Wengenroth* GA 2010, 453, 454; *Kaspar/Christoph* StV 2016, 318.

101 Zur Neuregelung s. *Christoph* KritV 2014, 82.

102 S. *Christoph* 2019, 459 ff.

und zwar auch bei schweren Straftaten und auch bei fehlender Konnexität von Kronzeugentat und Aufklärungstat. Natürlich war das keine repräsentative Bevölkerungsumfrage, so dass man mit der Interpretation des Ergebnisses vorsichtig sein muss. Aber zumindest erschüttert das Ergebnis die weit verbreitete Annahme, wonach Belohnungen für Kronzeugen per se auf Unverständnis in der Allgemeinheit stoßen würden. Das Gegenteil scheint der Fall zu sein: Es ist ein Milderungsgrund, der dem Täter einen Teil der Strafe erspart und zugleich von der Allgemeinheit offenbar anerkannt wird, damit auch nicht das Ziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens gefährdet. Und vermutlich schlummern noch weitere, bislang unentdeckte oder zumindest in ihrer Bedeutung bislang unterschätzte Milderungsmöglichkeiten, um von der empirischen Forschung entdeckt zu werden. Letztlich ist hier unsere Fantasie gefragt!

Zusammenfassend: Das Expansionsproblem ist im Rahmen einer an „verhältnismäßiger Generalprävention“ ausgerichteten Straftheorie deutlich relativiert, wenn man die absoluten verfassungsrechtlichen Grenzen sowie die zusätzliche Limitierungsfunktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Rechnung stellt. Letzterer führt dazu, dass Strafmilderungen ohne Weiteres auf die Empirie gestützt werden können, während Strafschärfungen als zusätzliche Freiheitsbeeinträchtigung deutlich voraussetzungsvoller sind und nur im Ausnahmefall vorzunehmen sein werden.

E. Offene Fragen

Zum Schluss möchte ich noch auf einige der zahlreichen weiteren und zum Teil auch für mich selbst noch ganz ungeklärten Fragen hinweisen, die sich rund um unser Thema ergeben.

Das wären zunächst die methodischen Fragen. Wessen Ansicht muss wie erhoben werden, damit der entsprechende Befund Gewicht hat?

Ich denke, wir sind uns einig, dass wenn überhaupt nur repräsentative Bevölkerungsbefragungen als ernsthafter Maßstab in Betracht kommen,¹⁰³ keine selektiven Äußerungen einzelner oder kleiner Gruppen, erst recht keine Stimmungen im Internet. Schon aus ökonomischen und organisatorischen Gründen wird man dabei nicht jeden Einzelfall mit seinen Besonderheiten zur Abstimmung stellen können. Es kann nur darum gehen, bestimmte typische Konstellationen, also etwa eine Gewalttat mit einer genau beschriebenen Verletzung oder einen Diebstahl mit einer bestimm-

103 Vgl. nur *Andrissek* 2017, 173.

ten Tatbeute zu beschreiben, um dann zu sehen, welche Strafmaße die Bevölkerung für angemessen hält. Das liefert immerhin wichtige Orientierungswerte für die Bewertung des eigenen Falles durch den Richter.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, welche Informationen dabei gegeben oder vorausgesetzt werden. Wie ausführlich sind die Beschreibungen der Hintergründe von Tat und Täter? Werden noch zusätzliche Fakten über die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen in spezial- oder generalpräventiver Hinsicht mitgeliefert? Meines Erachtens wäre es sachgerecht, in diesem Sinne eine „aufgeklärte Bevölkerungsmeinung“ zum Maßstab zu machen.¹⁰⁴ Denn wenn es dem Staat möglich ist, durch Aufklärung und Information übertriebene Straferwartungen zu korrigieren, dann muss er das im Sinne der Optimierung von Grundrechtsschutz tun. Es ginge dann im Ergebnis nicht darum, dass die Bevölkerung mit der Bestrafung der Tat, wie sie von ihr etwa aus den Medien in nur selektiver Weise bekannt ist, zufrieden ist oder nicht. Sondern es ginge um die Frage, ob der Staat (vertreten durch den Richter) der Allgemeinheit die konkrete Strafe anhand sämtlicher nötiger Informationen plausibel erklären kann. Außerdem wäre noch zu klären, inwieweit denn Information und Aufklärung überhaupt zu einer Änderung des Antwortverhaltens der Bevölkerung führen würde. Geht es rein um Gerechtigkeitsintuitionen im Bereich der Frage, ob etwas überhaupt bestraft werden sollte oder ob eine bestimmte Tat schwerer wiegt als die andere, wird das nach den Forschungsergebnissen u.a. von Paul Robinson¹⁰⁵ schwierig sein. Aber bei einem konkreten Strafmaß, das man für angemessen hält, dürfte es eben nicht nur um eine reine Intuition gehen, sondern um eine Einschätzung, in die auch rationale Argumente mit einfließen,¹⁰⁶ einschließlich der erhofften präventiven Wirkungen der Strafe. Angenommen, wir machen die (fiktive) Vorgabe, dass der Täter für seine Tat entweder zwei Jahre Freiheitsstrafe auf Bewährung bekommt oder dreieinhalb Jahre Freiheitsstrafe, die er verbüßen muss, und wir sagen dazu, dass der Täter im erstgenannten Fall nicht rückfällig wird, im zweiten schon – würde dann nicht die Mehrheit für die mildere, aber präventiv effektivere Variante plädieren, selbst wenn sie dreieinhalb eigentlich für „gerechter“ oder „angemessener“ halten würde? Diese denkbaren Wechselwirkungen zwischen Gerechtigkeitsvorstellungen und spezialpräventiver Wirksamkeit wären m.E. noch zu diskutieren. Ein deutlicher Hinweis da-

104 Vgl. Kaspar 2014, 671 f. Vgl. ähnlich T. Walter 2016, 18; Andrissek 2017, 111.

105 Robinson 2013, 70 ff.

106 Zur Änderung des Antwortverhaltens je nach Informationsgrad der Befragten s. die Nachweise bei Andrissek 2017, 104.

rauf, dass es sie gibt, ist der Umstand, dass in Befragungsstudien der Faktor „Reue“ einen großen Einfluss auf die Strafvorstellungen hatte¹⁰⁷ – das dürfte sehr stark mit spezialpräventiven Erwägungen zusammenhängen, die dann offenbar das Ausmaß der für „gerecht“ gehaltenen Strafe prägen bzw. sogar zu einem Verzicht auf Strafe motivieren. Ähnlich komplexe Wechselwirkungen (in die andere Richtung) zeigen sich bei der Relevanz von Vorstrafen bzw. Vortaten, die von der Bevölkerung intuitiv für sehr relevant für die Strafzumessung gehalten werden.¹⁰⁸

Hinzu kommen rechtstechnische Fragen – wie können die empirischen Befunde überhaupt in den Entscheidungsprozess eingeführt werden? Zum einen können und sollten sie natürlich die Gesetzgebung beeinflussen, etwa in der Form, dass bestimmte zweifelhafte Strafzumessungsfaktoren aus § 46 Abs. 2 StGB gestrichen werden oder die Strafraumen entsprechend modifiziert werden. Das beinhaltet gerade auch die vertypen Strafmildierungsmöglichkeiten, die ich am Beispiel von § 46a und § 46b StGB erwähnt habe. Das wäre schon ein Schritt in die richtige Richtung. Allerdings verbleiben auch dann noch große Spielräume für die konkrete Strafzumessungsentscheidung des Richters. Wie kann man es erreichen, dass auch hier die empirischen Befunde Eingang finden? Mein Vorschlag auf dem DJT, der leider keine Mehrheit gefunden hat, war die Einrichtung einer Strafzumessungskommission, die für typische Konstellationen Strafmaßempfehlungen erarbeiten soll, in die auch die Straferwartungen der Bevölkerung einfließen sollten.¹⁰⁹ Ebenfalls denkbar wäre es, eine Strafzumessungsdatenbank zu schaffen, die dann nicht nur die bisher übliche bundesweite Strafzumessungspraxis für den Richter leicht zugänglich macht, sondern als zusätzliche Information die empirischen Befunde über die Straferwartungen der Bevölkerung enthält.¹¹⁰ Zumindest das, also Information und Transparenz über das was wir in diesem Bereich wissen und in Zukunft noch herausfinden werden, könnte die Strafzumessung in der gewünschten Weise beeinflussen. Letztlich steht und fällt auch dies natürlich mit der Bereitschaft der Richter, sich überhaupt auf diese Fragen einzulassen und die Relevanz der Befunde überhaupt anzuerkennen. Davon sind wir im Moment noch weit entfernt, aber vielleicht geht ja ein Impuls von unserer Tagung aus!

107 Nachweise bei *Andrissek* 2017, 178.

108 Dazu umfassend m.w.N. *Andrissek* 2017, 205 ff.

109 *Kaspar* 2018, C 113.

110 *Kaspar* 2018, C 115; s. auch den Hinweis auf ein zu schaffendes „Informationssystem“ bei *Andrissek* 2017, 199.

Literaturverzeichnis

- Andrissek* (2017) Vergeltung als Strafzweck
- Baumann u. a.* (1992) Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung
- Berndt* (2017) Der Täter-Opfer-Ausgleich aus Sicht der Opfer
- Bliesener / Fleischer* (2017) Sanktionsbedürfnisse in der Bevölkerung – Einigkeit im Trend zu härteren Strafen?, in: Safferling u.a. (Hrsg.), Festschrift für Streng, 201
- Cancio Melá / Ortiz de Urbino Gimena* Zurück zu den Sozialwissenschaften (und hin zu angelsächsischer Strafrechtswissenschaft): Zu Paul H. Robinsons Straftheorie des „empirical desert“, in: GA 2013, 288-312
- Christoph* Die „nicht mehr ganz so große“ Kronzeugenregelung, in: KritV 2014, 82–95
- ders.* (2019) Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch
- Coninx* (2019) Kritische Anmerkungen zu Möglichkeiten und Grenzen empirischer Argumente in der Schweizerischen Strafzweckdiskussion, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 215
- Dölling* Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion, in: ZStW 102 (1990), 1–20
- Eierle* (2019) „Verteidigung der Rechtsordnung“ und „öffentliches Interesse“ als Rechtsbegriffe mit empirischem Gehalt?, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 163
- Frisch* Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: NSTZ 2013, 249–256
- Fünfsinn* (2019) Referat zum 72. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018, Band II/1, M 11
- Greco* (2009) Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie
- ders.* Notwehr und Proportionalität, in: GA 2018, 665–683
- Hassemer* (1990) Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl.
- Hirsch* Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, in: ZStW 102 (1990), 534–562
- Höffler* (2019) Die Rolle der Spezialprävention aus Sicht der Bevölkerung, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 91
- Hoven* Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB, in: ZStW 127 (2017), 334–348
- dies.* Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen – Anlass für Reformen?, in: KriPoZ 2018, 276–290
- Jakobs* Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, in: ZStW 107 (1995), 843–876
- Kalous* (2000) Positive Generalprävention durch Vergeltung
- Kaspar* (2004) Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht
- ders.* Rezension von Kilian, Die Dresdner Notwehrstudie, in: NK 2012, 162–164

- ders. (2014) Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht
- ders. (2014) Kriminologie und Strafrecht – getrennte Welten?, in: Neubacher / Kubink (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Michael Walter, 96 (zit.: GS Walter)
- ders. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Strafrecht – nach wie vor unausgeschöpftes Potenzial, in: RW 2018, 224–234
- ders. (2018) Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag: Sentencing Guidelines statt freies richterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?
- ders. Sentencing Guidelines versus freies richterliches Ermessen – Empfiehlt sich eine Reform des Strafzumessungsrechts?, in: NJW-Beilage 2018, 37–40
- ders. (2019) § 20 Kriminologische Forschungsfelder, in: Hilgendorf u. a. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, 953 (zit.: Handbuch des Strafrechts)
- ders. (2019) Wege zur Strafgleichheit, in: Windhöfel u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Tröndle (zit.: GS Tröndle)
- Kaspar / Christoph Kronzeugenregelung und Strafverteidigung, in: StV 2016, 318–322
- Kaspar / Wengenroth Die neue Kronzeugenregelung in § 46b StGB – Voraussetzungen, Kritikpunkte und straftheoretische Bedeutung, in: GA 2010, 453–471
- Kilchling (1995) Opferinteressen und Strafverfolgung
- Kilian (2011) Die Dresdner Notwehrstudie
- Kinzig / Stroezel (2017) Wertorientierungen zukünftiger Juristinnen und Juristen und ihre kriminalpolitischen Einstellungen, in: Safferling u.a. (Hrsg.), Festschrift für Streng, 519
- Meier What works? – Die Ergebnisse der neueren Sanktionsforschung aus kriminologischer Sicht, in: JZ 2010, 112–120
- Meier (2015) Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl.
- Müller Schwereereinschätzungsuntersuchung nach Sellin und Wolfgang – fabrizierter Konsens?, in: MSchKrim 74 (1991), 290–299
- Müller / Schmoll (2019) Deliktsschwereforschung als Grundlage eines gerechteren Strafrechtssystems?, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 117
- Prijatelj (2019) Vorstellungen zur Reichweite des Notwehrrechts in der deutschen und slowenischen Bevölkerung, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 189
- Robinson (2013) Intuitions of Justice and the Utility of Desert
- ders. Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change, in: Northwestern University Law Review 111 (2017), 1565–1595
- ders. (2019) Ein Waffenstillstand im Krieg zwischen der Straftheorien? Die empirisch ermittelte verdiente Strafe, moralische Glaubwürdigkeit und die Verinnerlichung von gesellschaftlichen Normen, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 13
- Roxin (2006) Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl.
- Schäfer / Sander / van Gemmeren (2017) Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl.

- Schöch* (1985) Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Jescheck, 1085
- ders.* (1992) Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?
- Sessar* (1992) Wiedergutmachen oder Strafen
- ders.* Das Volk und „seine“ Strafbedürfnisse, in: Kriminologisches Journal 1996, 295-297
- Singelstein / Habermann* (2019) Punitivitätsforschung, in: Goeckenjahn u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eisenberg, 125
- Spirgath* (2013) Die Abschreckungswirkung des Strafrechts
- Streng* (2012) Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl.
- ders.* (2019) Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung, Methoden und aktuelle Ergebnisse, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, XX
- Walter T.* Vergeltung als Strafzweck, Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik, in: ZIS 2011, 636–647
- ders.* (2014) Das Absolute wird relativ – wie sich Vergeltung als Strafzweck soziologisch begründen lässt. Zugleich eine Kritik alter und neuer Straftheorien, in: Neubacher / Kubink (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Michael Walter, 831
- ders.* (2016) Strafe und Vergeltung – Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips
- ders.* Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, in: JZ 2019, 649
- ders.* (2019) Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 49
- Weigend / Hoven* (2019) Strafzumessung in den Augen der Bevölkerung, in: Kaspar / Walter T. (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes, 263