

Strafrechtsphilosophie (1995 – 2010)

**Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechts-
strafe, Naturrecht**

2. erweiterte Auflage, 2010

von

Axel Montenbruck



Verlegt im Open Access der Freien Universität Berlin

Axel Montenbruck, Dr. iur. habil. (Straf- und Strafverfahrensrecht,
Rechtsphilosophie, Rechtsanthropologie), Universitätsprofessor für
Straf- und Strafverfahrensrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

Zitiervorschlag:

Montenbruck, Vergeltung in Strafrechtsphilosophie, Rn. ...

A. Vergeltung: „Wie Du mir, so ich Dir“ – als Begründung für die Strafe? 3

I. Tatschuldvergeltung als ein Element der „Vereinigungstheorie“ ..	3
II. Was also ist Gerechtigkeit?.....	5
III. Gerechtigkeit: Gleichheit und Sittlichkeit	6
IV. Gerechtigkeit, Gegenseitigkeit und das Gebot, niemanden zu schädigen	13
V. Gerechtigkeit und Verallgemeinerbarkeit.....	20
VI. Geben, um zu Nehmen – Freiheitsgewinn durch Freiheitsverzicht.....	21
VII. Gerechtigkeit und Barmherzigkeit, soziale Gerechtigkeit	26
VIII. Die soziologisch-politologische Fragestellung und Lösung des „Gefangenendilemmas“	28
IX. Grenzen des Modells „Tit for Tat“.....	34
X. Folgerungen für die Freiheits- und die Geldstrafe.....	38

B. Strafzeit: Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen 42

I. Historische Strafrahmen	42
II. Deutungen der Zeit in der Philosophie	48
III. „Soziale Zeit“ der Soziologen	50
IV. Psychologische und biologische Zeit	54
V. „Objektive“ Grenzen der relativen Zeitbestimmung	57
VI. Lebensabschnitte und Stufen der Freiheitsstrafe.....	64

C. Sündenbock: Religiöse Wurzeln des säkularen Strafens und Zivilisation der Aggression 74

I. Grundlegung	74
II. Religiöse Assoziationen des Strafens	79
III. Unterwürfiges Opfern als hoheitlicher Kult	81
IV. Liberale Gabe und emotionaler Bund	88
V. Säkularisierung als Verinnerlichung der Religion.....	92
VI. Autonomie und Animismus.....	97

D. Menschenrechtsstrafe: Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit in juristischer Perspektive 102

I. Einführung: Die juristische Perspektive.....	102
II. Versöhnung	103
1. Idee der Versöhnung	103

2. Versöhnung durch mittelalterlichen Bußvertrag.....	109
3. Vorstaatliches Gottes- und Vernunftrecht	110
4. Zusammenfassung: Säkulare Elemente der Versöhnung	111
III. Strafe.....	112
1. Idee der Strafe	112
2. „Sinn und Zweck“ des demokratischen Strafrechts.....	114
3. Geständnis und Verständigung im Strafrecht	116
4. Opferrechte.....	117
5. Versöhnung und Rechtsfrieden.....	118
IV. Gerechtigkeit	119
1. Gerechtigkeit und Recht.....	119
2. Idee der Gerechtigkeit.....	120
3. Gerechtigkeit und Strafe	124
V. Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe	125

**E. Naturrecht als europäische Rechtstrinität und monistisch
gelesen..... 135**

I. Einführung und erste Aspekte: Demokratisches Europa und sein geistiges Erbe	135
II. Verfasstheit durch Recht: „Strafrecht als Staatsrecht“ bei Grotius	144
III. Hoheitliches Recht bei Bodin und Hobbes.....	160
IV. Zivilrecht bei Locke	169
V. Europäische Trinität, europäischer Menschenwürde-Monismus.....	176

Vorwort zur 2. Auflage

Die 2. Auflage enthält nunmehr auch ein Kapitel zum Naturrecht. Dabei handelt es sich um die Fortschreibung und Erweiterung einer kleinen Abhandlung, die für die Samsons Festschrift vorgesehen ist. Sie sparte dort insbesondere die Ausführungen zu Pufendorfs früher Deutung der Menschenwürde aus. An die Seite der Deutung des Naturrechts im Sinne einer „Europäischen Rechtstrinität“, die je nach Autor „Freiheit, Gleichheit oder Solidarität“ in den Mittelpunkt stellt, ist nunmehr auch noch die „monistische“ Idee der Menschenwürde zu setzen. Die strukturelle Verwandtschaft zur christlichen Dreifaltigkeit ist dabei bewusst gewählt.

Zum weiteren Umfeld dieser Schrift gehört inzwischen auch eine kleine Schriftenfamilie. So sind im Open Access der Freien Universität Berlin ebenfalls erschienen:

- Zivilisation - Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur (2010).

- Zivilreligion I - Grundlegung: westlicher „demokratischer Präambel-Humanismus“ und universelle Trias „Natur, Seele und Vernunft“ (3. Auflage, 2010).

- Zivilreligion II - Grundelemente: Versöhnung und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven (2. Auflage, 2010).

- Zivilreligion III - Überbau: demokratischer Humanismus, sozialreale Dehumanisierung, Auflösung zum synthetischen Pragmatismus der „Mittelwelt“ (2. Auflage, 2010).

- Western Anthropology - Democracy and Dehumanization (2nd edition, 2010).

Axel Montenbruck, August 2010

Vorwort

Unter dem Dach der „Strafrechtsphilosophie“ waren zunächst drei kleinere Abhandlungen zusammengefasst. Zuvor waren sie in zwei Festschriften erschienen bzw. in der Vortragsreihe des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. Sie betreffen die Themen „Strafzeit“, „Sündenbock“ und „Vergeltung“. Bei der „Strafzeit“ handelt es sich um einen anthropologischen Essay. Bei der „Vergeltung“ werden nicht nur die goldene Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ erörtert, sondern auch die Bezüge zur politologischen Spieltheorie aufgezeigt. Die Untersuchung zur Sündenbockidee versucht, theologische und psychologische Elemente mit dem Gedanken des Strafens zur Erhaltung der Rechtstreue, also der positiven Generalprävention zu verbinden.

Die rechts- und kulturpolitische Abhandlung „Menschenrechtsstrafe“ ist angefügt. Sie beruht auf einem bislang unveröffentlichten Vortrag im Rahmen einer universitären Ringvorlesung.

Herzlich bedanken möchte ich bei denen, die mir geholfen haben, diese und andere Arbeiten voran zu treiben, indem sie geduldig immer wieder Textteile ins Reine geschrieben, Korrekturen gelesen und den Fußnotenapparat erstellt und angepasst haben. Es sind vor allem: meine wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herr Dr. iur. *Daniel Schubert* und Herr Dr. iur. *Henning Loeck*, meine studentische Mitarbeiterin Frau *Diana Champarova* und, nicht zuletzt, meine Sekretärin Frau *Natalie Korth-Ndiaye*.

Axel Montenbruck, Februar 2010

A. Vergeltung: „Wie Du mir, so ich Dir“ – als Begründung für die Strafe?

Erlauben Sie mir, dass ich Ihnen diese Frage gleich und zwar typisch juristisch beantworte: Ist also das Wiedervergeltungsprinzip eine Begründung für die Strafe? Die Antwort lautet: „ja und nein“. Es kommt darauf an.... Für eine umfassende Antwort benötigt allerdings ein Hochschullehrer bekannterweise wenigstens eine dreiviertel Stunde¹.

I. Tatschuldvergeltung als ein Element der „Vereinigungstheorie“

- 100 1. Wer den *Strafrechtler* nach der Begründung der Strafe fragt und ihn zu einer *kurzen* und verständlichen Erklärung nötigt, wird hören, dass das Strafen der *Vergeltung* und der *Vorbeugung* diene. Vergeltung, *weil* der Täter ein „Rechtsgut“, also einen rechtlich geschützten *Wert* verletzt habe, und Vorbeugung, damit weder er noch irgendein anderer *künftig* ähnliche Taten begeht.
- 101 Wissenschaftlich verfeinert gilt als die herrschende Auffassung zur Begründung von Sinn und Zweck des Strafens die sogenannte „Vereinigungstheorie“. Sie besteht aus drei Elementen:
- *Generalprävention*, insbesondere im Sinne der Erhaltung der *Rechtstreue* der Allgemeinheit
 - *Individualprävention*, durch Sicherung vor dem Täter und dessen Resozialisierung im Vollzug und eben dem
 - *Tatschuldausgleich*, also der Vergeltung für das verschuldete Unrecht.

¹ Der Vortragsstil ist beibehalten, die Fassung des Vortrages allerdings erweitert und – wie ersichtlich – mit Fußnoten versehen.

Zu einer Formel zusammengefasst dient das Strafen z.B. der „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit durch Tatschuldvergeltung und humanen Strafvollzug“.²

2. Wie stets in einer freien und hochkultivierten Wissenschaft muss sich jede herrschende Theorie mit mehr oder weniger abweichenden Ansichten auseinandersetzen. Doch darum soll es nicht gehen. Die Frage ist, inwieweit das *eine Element*, dasjenige der *Tatschuldvergeltung*, noch kürzer, der *Tatvergeltung*, geeignet ist, die Gerechtigkeit des Strafens zu begründen. Denn: Wir vergelten, und darüber besteht gleichfalls weitgehend Einigkeit, beim Strafen ein *Übel* mit einem anderen *Übel*,³ den Mord mit einem langjährigen Freiheitsentzug. Es ist die Verwirklichung des Prinzips: „Wie Du mir, so ich Dir“, die „goldene Regel“: „Weil Du gemordet hast, wirst Du bestraft“.

Das Prinzip der Wiedervergeltung ist eingebettet in die klassische Frage nach der *Gerechtigkeit*, hier des Strafens. Auf sie und damit das Umfeld des Grundsatzes „wie Du mir, so ich Dir“ ist einzugehen.

3. Auszublenden ist dagegen der Blickwinkel des Utilitarismus, auch derjenige des *Gerechtigkeitsutilitarismus* (etwa im Sinne von Rawls⁴). Utilitaristisch die Strafe zu begründen, bereitet – verhältnismäßig – wenig Mühe. Ist sie notwendig, so ist sie nützlich und damit – insofern – auch gerecht; einmal vorausgesetzt, dass der Utilitarist überhaupt die Frage nach der Gerechtigkeit stellen und beantworten will. Und: Das

² Ähnlich Jescheck in: Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; Großkommentar, 1. Band (Einleitung, §§ 1 bis 31), 11. Aufl. 1992, Einl. Rn. 22 ff.

Vgl. auch etwa BVerfGE 45, 187, 253 ff.; Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl. 1995, § 46 Rn. 3; Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Aufl. 1994, § 3, Rn. 32 ff.

³ Krümpelmann, Justus, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, 337 ff., 441; siehe auch Mayer, Hellmuth, Kant, Hegel und das Strafrecht, in: Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 54 ff., 63, der Kant zitiert: „Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen“ (Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, 331 ff.); Roxin, Claus, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ff., 379; Schmidhäuser, Eberhard, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971, 41 ff.; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991, 6; sowie Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, 246 f.

⁴ Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, 81; siehe dazu auch Koller, Peter, Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungleichheit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1987, Heft 2, 4 ff., 19.

Trapp, Rainer W., „Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, vgl. u.a. 313 ff.

Glück möglichst vieler zu sichern, erlaubt es eben auch, dafür einen von ihnen unglücklich zu machen⁵.

II. Was also ist Gerechtigkeit?

104 Wer nach der Gerechtigkeit fragt, wird sich an den *Philosophen* wenden. Jener wird ihm in aller Kürze zunächst einmal die folgenden drei Gesichtspunkte referieren:

(1) Gerechtigkeit bedeutet *Gleichheit* und *Sittlichkeit*, wobei Sittlichkeit das *ethisch* Gute bedeutet,

(2) Gerechtigkeit sei *Gegenseitigkeit*, verbunden mit dem Gebot, niemanden zu *schädigen*, also: „allen wohl und niemand weh“.

(3) Gerechtigkeit verlangt auch nach *sozialer* Gerechtigkeit, oder, mit einem altertümlichen Wort, nach Barmherzigkeit“, oder ebenso unmodern: zum Recht müsse Gnade (Milde) hinzukommen.

⁵ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1780), Neuausgabe 1948, u.a. 170 f.; in diesem Sinne etwa auch schon Hutcheson, Francis *An Inquiry into the Original of our Ideas of Beauty and Virtue*, 1725, in: Fabian, Bernhard (Hrsg.), *Collected Works of Francis Hutcheson*, Bd. 1, 1969, 164 ff. Zudem: Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, 1863 (Neudruck 1964), deutsch: 1975; siehe dazu auch Stephens, Sir Leslie, *The English Utilitarians*. 3 Bände, 1900; Albee, Ernest, *History of English Utilitarianism*, 1902; Sidgwick, Henry, *The Methods of Ethics*, 7. Aufl. 1927; Kraus, Oskar G., *Zur Theorie des Wertes*, 1901. Dazu, dass die Humboldt'schen Ideen Mill bei der Abfassung von „On Liberty“ möglicherweise als Vorlage gedient haben könnten, siehe Papageorgiou, Konstantinos A., *Sicherheit und Autonomie. Zur Strafrechtsphilosophie Wilhelm von Humboldts und John Stuart Mills*, ARSP 76 (1990) 324 ff., u.a. 346; Höffe, Otfried (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte*, 1975; Smart, J.J.C./Williams, B., *Utilitarianism for and against*, 1973; eine Übersicht auch bei Brock, Dan W., *Recent Work in Utilitarianism*, *American philosophical Quarterly* 10 (1973), 201 ff.; siehe dazu auch Mittenzwei, Ingo, *Teleologisches Rechtsverständnis. Wissenschaftstheoretische und geistesgeschichtliche Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft*, 1988, u.a. 160 ff.; sowie (kommentierend) Joerden, Jan C., *Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit. Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien*, ARSP 74 (1988), 307 ff., 328 ff. Köhler, Wolfgang R., *Zur Geschichte und Struktur der utilitaristischen Ethik*, 1979, insbesondere 65 ff.; Baurmann, Michael, *Zweckrationalität und Strafrecht – Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, 1987, insbes. 191 ff. Zum Begriff der Gerechtigkeit und seinen vielfältigen Schattierungen siehe aber auch Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl. 1960 (Nachdruck 1976), 357 ff.; Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Der Begriff des Rechts (The Concept of Law)*, in: Habermas, Jürgen/Henrich, Dieter/Taubes, Jacob (Hrsg.), *Theorie*, 1973, 214 ff.

Zu diesen drei (und einigen mit ihnen verwandten) Gesichtspunkten im Einzelnen:

III. Gerechtigkeit: Gleichheit und Sittlichkeit

1. Wer den Philosophen danach fragt, was den das wichtigste Element der „Gerechtigkeit“ sei, wird in aller Regel die Antwort erhalten, es sei im Kern die Forderung nach *Gleichheit*. 105

So beginnt *Aristoteles*⁶ seine Definition der Gerechtigkeit mit: „Gerechtigkeit ist Gleichheit. Das weiß jeder, und es braucht nicht bewiesen zu werden“.

Nunmehr ein Sprung in die jüngste Vergangenheit: *Radbruch* z.B. sieht in der Gleichheit „den Kern der Gerechtigkeit“⁷. *Koller*⁸ stellt heutzutage in eben diesem Sinne fest, dass die Forderung nach Gleichheit unmittelbar an den „elementaren Kern der herkömmlichen 106

⁶ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Kapitel 6 (ca. 330 v. Chr.) (in der Übersetzung von Gohlke, Paul, Nikomachische Ethik; Die Lehrschriften, Band 11, 1956, Buch V): Allerdings differenziert Aristoteles dann: „Da der Ungerechte Ungleichheit will, und Unrecht Ungleichheit ist, muss es offenbar zwischen solcher Ungleichheit eine Mitte geben, und das ist die Gleichheit... Ist also Unrecht Ungleichheit, so ist Recht Gleichheit... Aber da fangen die Streitigkeiten und Vorwürfe an, sobald Gleiche nicht Gleiches haben und zugewiesen bekommen. Auch aus dem Wert folgt dies. Denn es ist allgemein anerkannt, dass das Recht bei der Verteilung dem Wert entsprechen müsse, nur dass man über den Wertmesser nicht überall gleicher Meinung ist; für die Volksherrschaft ist es die Freiheit, für die Klassenherrschaft der Reichtum oder die Abstammung, für die Herrschaft der Besten die Tugend. Also besteht das Recht in einer Vergleichung...“ (so auch wörtlich zitiert bei Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft. Rechtssystem und Rechtstechnik, 8. Aufl. 1989, 5.)

⁷ Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ), 1946, 105 ff., 107, und zwar im Hinblick auf die Nürnberger Prozesse mit dem Satz: „Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“. Hieran erinnert Frommel, Monika, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 81 ff., 87.

⁸ Koller, Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungerechtigkeit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1987, Heft 2, 4 ff., 4; auch Ebert, Udo (Talio und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfried (Hrsg.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, 249 ff., 256) meint: „... ist doch der Gleichheitsgedanke mit der Gerechtigkeit unbestreitbar engstens verbunden“. In der Sache ebenso: Benda, Ernst, Der soziale Rechtsstaat, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, 477 ff., 483: „Das Gerechtigkeitspostulat ist zugleich eng mit dem Gleichbehandlungspostulat verbunden“.

Auffassungen von Moral und Gerechtigkeit“ rühre⁹. Alle Gerechtigkeitslehren enthielten irgendeine Vorstellung von „grundlegender Gleichheit menschlicher Wesen“. Der bekannte Rechtssoziologe *Luhmann*¹⁰ erklärt: Mit Hilfe der „*Gerechtigkeit*“ bestimmten wir, was jeweils recht und unrecht sei. Der Gleichheitssatz leiste die „rechtstechnische Operationalisierung“. Gemeint sei also die Regel, gleiche Fälle gleich, ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden.

Die Forderung nach Gleichbehandlung ist auch Bestandteil der Menschenrechte („Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“¹¹). Art. 3 Abs. I des deutschen Grundgesetzes lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“.

⁹ Siehe auch Bianchi, Herman, Ethik des Strafens, aus dem Niederländischen übertragen von Hans Kühler, 1966, 63: „Wir denken immer im Proportionalität, in Symmetrie, in Gleichgewicht, immer in „immer gleichviel“, in „nichts zuviel“... Es ist ein Prinzip, das zu allen menschlichen Lebensgebieten gehört, zur Ästhetik genauso wie zur Ethik, zur Ökonomie ebenso wie zum Recht“.

Piaget, Jean (Die Psychologie der Intelligenz, 1948, 17 ff., 72 ff.) meint überdies, es sei ein Grundelement der menschlichen Denkstruktur, Gegensätze auszugleichen. Insofern reflektiere das Vergeltungsprinzip ein Grundphänomen der menschlichen Existenz (siehe dazu auch denselben, Theorien und Methoden der modernen Erziehung, 1974, 229 ff., 271 ff.); vgl. dazu auch den Überblick bei Hoffmann, Peter, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung im heutigen Strafrecht, 1992, 138. In der Tat: Zumindest derjenige, der die Welt rational zu verstehen sucht, bemüht sich um eine Ordnung. Ist die Ordnung eines Regelwerks (gleich welcher Art) gestört, so wird er – soweit es ihm zur Verfügung steht – danach trachten, sie wiederherzustellen, etwas „wieder gut“ zu machen oder mit einem anderen Bild: das Krumme wieder richten. Allerdings macht es nur einen Sinn, wenn auch die Ordnung selbst einen Sinn macht. Anderenfalls ist es (schlicht) eine Berücksichtigung „sozialpsychologischer“ Erwägungen, die die „Rechtstreue“ der Allgemeinheit bestimmen – ohne dass es hierfür einen äußeren Grund gibt.

¹⁰ Luhmann, Niklas, Der Gleichheitssatz als Form und als Norm, ARSP 77 (1991), 435 ff., 440.

¹¹ In der Französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt es in deren Art. 1: „Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es. Die gesellschaftlichen Unterschiede können nur im gemeinsamen Nutzen begründet sein“
Rousseau, Jean-Jacques, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen (1755), in: Wigand, Karl (Hrsg. und Übersetzer), Jean-Jacques Rousseau, Schriften zur Kulturkritik. Über Kunst und Wissenschaft (1780), 4. Aufl. 1983, 77 ff., 77; derselbe, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (Du contrat social au principes du droit politique, 1762), in Zusammenarbeit mit Eva Petzcker neu übersetzt und herausgegeben von Hans Brockard, 1979 (zum Gedanken der Gleichheit verknüpft mit der Trennung von natürlicher im Sinne von körperlicher und normativer Ungleichheit, 17 f.). Vgl. dazu auch Koller, Peter, Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungleichheit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1987, Heft 2, 4 ff. (zum Gedanken der Gleichheit 6 f.)

2. Zudem ist das Gleichheitsgebot mit der Vorstellung von einem *Ge-* 107
setz verbunden: Dieses soll allgemein sein, also für alle gleich gel-
 ten¹². Als *Rechtsstaatlichkeitsprinzip* ist es also ebenfalls in der Ver-
 fassung (Art. 20 III GG) enthalten¹³.

3. Wer den Begriff der formalen Gleichheit mit Hilfe des *Rechts-* 108
staatsprinzips zu begreifen sucht, wird allerdings z.B. mit dem Kolle-
 gen *Kunig*¹⁴ feststellen müssen, dass das Rechtsstaatsprinzip nicht viel
 mehr als die Forderung enthält, dass *Willkür* zu vermeiden sei¹⁵. *Ku-*
nig meint, der „gewaltige argumentative Aufwand“, mit dem das
 Rechtsstaatsprinzip in allen Bereichen des Verfassungsrechts einge-
 setzt werde, gerinne bei näherem Hinsehen zu einer vor „Willkür“
 schützenden Generalklausel¹⁶. Willkür ist das, was nach allgemeiner
 Auffassung mit Hilfe des Gleichheitsgebotes des Art. 3 GG zu ver-
 meiden sei¹⁷. Wir sind also wieder bei der Gleichheit.

4. Doch ist – auch – zu bezweifeln, dass wir mit der Umschreibung 109
 der Gerechtigkeit mit „Gleichheit“ viel gewinnen:

¹² Zur Definition des Gesetzes vgl. u.a. Creifelds, Karl, Rechtswörterbuch, 12. Aufl. 1994 zum selben Stichwort.

¹³ Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“.

¹⁴ Kunig, Phillip, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland 1986, 305 f.

¹⁵ Ebenso Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft. Rechtssystem und Rechtstechnik, 8. Aufl. 1989, 5 f.

¹⁶ Kunig, aaO 303, 302. Allerdings betont er auch die Wandelbarkeit des Willkürbegriffs. Zur Willkür bedürfe es jedoch nicht eines subjektiven Tatbestandes (also eines bösen Willens) etwa im Sinne von Schuld, unter Hinweis auf die entsprechenden Thesen von Leibholz, Gerhard, Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 1925, 111 f.; vgl. zur Eliminierung des Schuldelements auch 95 f.

Kunig weist darauf hin, dass mit dem Aufschwung „materieller“ Rechtsstaatskonzeptionen schon in den frühen 50er Jahren das Rechtsstaatsprinzip zum Garanten materieller Gleichheit und zum Schutzschild gegen „Willkür“ entwickelt worden sei. Er verweist u.a. auf Fechner, Erich, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat (1953), in: Forsthoff, Ernst (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 73 ff., 75, sowie auf Scheuner, Ulrich, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), in: Forsthoff (Hrsg.), aaO 461 ff., 490.

¹⁷ Zum „Gleichheitsgrundsatz als allgemeinem Erfordernis des Rechtsstaats“ etwa auch Bohnert, Joachim, Die Abschlussentscheidung des Staatsanwaltes, 1992, 249 unter Hinweis auf: Bundesverfassungsgericht 18, 353 ff. (363); sowie BVerfG 7, 89 ff. (92); 52, 131 ff. (145); 54, 117 ff. (172); 55, 72 ff. (94); sowie auf Hesse, Konrad, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), 167 ff., 168; derselbe, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 1978, 78, inzwischen 18. Aufl. 1991; Selmer, Peter, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, 489 ff., 495 f.; Kloepfer, Michael, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, 11 f.; Fletcher, George P., Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 803 ff., 808.

So erklärt z.B. der Kollege *Bohnert*¹⁸, das Gleichheitsbegehren verlange einen sachlichen Grund. Aber auch z.B. das Bundesverfassungsgericht habe sich letztlich mit Formulierungen wie „die Wertung entscheide“¹⁹ oder „maßgeblich sei die Sachgerechtigkeit“²⁰ oder mit dem Hinweis auf die Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft²¹ begnügt. *Bohnert* folgert, damit laute dieser Fundamentalsatz der Verfassung eigentlich nur, dass „das Gleiche nur gleich behandelt wird, wenn es gleich behandelt werden soll“. Die Auslegung von Gleichheit greife also letztlich auf den *Grund der Setzung* von „Allgemeinheit“ zurück, und Willkür sei letztlich nur mit Hilfe des *Regelungszweckes* zu interpretieren²².

- 110 In der Tat: Gleichheit verlangt selbst nach *Vorgaben*: Wir fragen, *gleich* im Hinblick auf welches Kriterium: Geldwert, Größe oder Gewicht? Äpfel und Birnen sind bekanntermaßen unvergleichbar. Sie können dennoch gleich schwer, von gleicher Farbe oder gleich teuer sein.

Gleichheit ist also nicht viel mehr als eine Funktion, eben nur eine „Gleichheit“ von noch unbekanntem Elementen. Gleichheit ist überdies nur eine besondere Form der *Verhältnismäßigkeit* und für die *Verhältnismäßigkeit* bedürfen wir eines „Maßes“, eines Maßstabes.

- 111 Auf das *Strafrecht* übertragen beruhigt es uns allenfalls, dass alle Diebe, Räuber und Mörder ohne Ansehen der Person bestraft werden (sollen). Nur, ebenso „gleich“ und allgemein ist dann auch die Euthanasie aller Geisteskranken oder aller Rothaarigen kodifizierbar.
- 112 5. Ob wir nun aber nach Gleichheit oder bescheidener nach *Verhältnismäßigkeit* fragen, stets handelt es sich um das Problem einer *jeglichen Abstraktion*, also schon eines jeden Begriffes. Bei der Abstrakti-

¹⁸ Bohnert, aaO 264.

¹⁹ Bundesverfassungsgericht 1, 208 ff. (249); BVerfG 9, 338 ff. (349).

²⁰ BVerfG 46, 224 ff. (233); BVerfG 53, 257 ff. (280, 285).

²¹ BVerfG 9, 338 ff. (349); 42, 64 ff. (72); Maunz, Theodor/Zippelius, Reinhold, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl. 1994, 204.

²² Bohnert, aaO 265 unter Hinweis auf Podlech, Adalbert, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, 121 (Programmzwecke), sowie auf Müller, Georg, Der Gleichheitssatz, VvdStRL 47 (1989), 49 f. (Abwägung zwischen Gleichheit und Regelungsziel); Gusy, Christoph, Der Gleichheitssatz, NJW 1988, 2505 ff., 2507; Stein, in: Alternativkommentar. Kommentar zum Grundgesetz; Wassermann, Rudolf (Hrsg.), 2. Aufl. 1988, Art. 3 Rn. 33 f. Bohnert, aaO 249 zudem unter Hinweis auf die skeptischen Ausführungen zu Gleichheit als Egalisierung von Leisner, Walter, Der Gleichheitsstaat. Macht durch Nivellierung, 1980, 1 f.

on, die in einem Begriff steckt, geht es stets darum, Umstände, die niemals völlig identisch sind, zusammenzufassen. Dennoch vermögen wir, bei Begriffen wie Mensch, Tisch, Stuhl usw. die uns wichtigen Eigenschaften zu umschreiben. Die Forderung nach Gleichheit bedeutet nicht viel anderes, als diejenige nach *Abstraktion*, und zwar eben unter einem noch zu bestimmenden Gesichtspunkt, der uns als „*wesentlich*“ gilt²³.

Der Kenner wird lächeln. Wir sind also beim Wesen des Wesens an- 113
 gelangt. Doch erklärt der Rechtsphilosoph *Perelmann* in eben diesem Sinne: Formale oder abstrakte Gerechtigkeit bedeute, dass „die *Wesen* derselben *Wesenskategorie* auf dieselbe Art und Weise behandelt werden müssen“²⁴. Der Philosoph *Ryffel*²⁵ gibt ebenfalls zu bedenken: Die Forderung nach Gleichheit sei eine formale. Alle Fälle seien in bestimmter Hinsicht sowohl gleich als auch ungleich. Es komme also darauf an, ob sie im *Wesentlichen* gleich oder ungleich seien.

6. Wegen der fast *tautologisch* engen Verwandtschaft von Gleichheit 114
 und Gerechtigkeit besteht sogar die Gefahr, je nach Wunsch, die Ungleichheit zu leugnen, oder als „gerecht“ oder gar als „natürlich“ anzusehen. Rechtlose Sklaven oder Unfreie hat es lange gegeben. Selbst *Kant*²⁶ schloss z.B. noch Gesellen, Dienstboten, Unmündige, Frauenzimmer, Holzhacker und Hauslehrer als passive Staatsbürger von der

²³ Zu den Problemen, dem Gleichheitsgebot gerecht zu werden, obwohl Menschen und Sachverhalte niemals identisch sind, siehe auch Kirchhof, Paul, Objektivität und Willkür, in: Faller, Hans-Joachim/Kirchhof, Paul/Träger, Ernst (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, 82 ff., 98, 104. Bedenkenswert ist auch sein Hinweis, dass mit Hilfe der sprachlich vorgegebenen Abstraktion, also den Begriffen, verschiedene Personen und Dinge zusammengefasst werden (aaO 104 unter Hinweis auf Leibniz, Gottfried Wilhelm von, Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand, Band 2, Nachdruck 1961, 5 ff., 35 f. sowie Austin, John, Performative Äußerungen, in: Wort und Bedeutung, 1975, 245 ff.)

²⁴ Perelman, Chaim, Über die Gerechtigkeit, 1967, 28.

²⁵ Ryffel, Hans, Rechts- und Staatsphilosophie – philosophische Anthropologie des Politischen, 1969, 222 f.; siehe auch Eggers, Philipp, Gerechtigkeit und Recht, in Just, Manfred/Wollenschläger, Michael/Eggers, Philipp/Hablitzel, Hans (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Günther Küchenhoff (1908 – 1983), 1987, 27 ff. (28 f.).

²⁶ Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956, 433 – woran Pawlowski, Hans-Martin, Probleme der Rechtsbegründung im Staat der Glaubensfreiheit, in: Pawlowski, Hans-Martin/Smid, Stefan/Specht, Rainer (Hrsg.), Die praktische Philosophie Schellings und die gegenwärtige Rechtsphilosophie; Spekulation und Erfahrung. Texte und Untersuchungen zum Deutschen Idealismus, Abteilung II: Untersuchungen, Band 13, 1989, 13 ff., 51 f., erinnert, zugleich mit Hinweisen die frühere Anerkennung „natürlicher Unterschiede“ von Adligen und Bürgern, Freien und Sklaven, Mann und Frau usw.

allgemeinen Gesetzgebung aus. Die magna charta von 1215 galt – lediglich – für den Adel. Auch heute noch bereitet es uns erhebliche Schwierigkeiten, *jedes* Mitglied der Menschheit als gleichberechtigt anzuerkennen, etwa den Bettler im fernen Bombay.

- 115 7. Deshalb ist die Forderung nach *Gerechtigkeit* derjenigen nach Gleichheit in einem Punkt *überlegen*. Gerechtigkeit zu wollen, besagt, *etwas Gutes* anzustreben (gleich sind eben auch Zwillinge).
- 116 Mit *Ryffel*: Richtungweisend sei die Praxis im Ganzen, die nach „obersten sittlichen Maßstäben“ zu beurteilen sei. Auch der Gedanke der Gerechtigkeit helfe hier nicht; denn bei näherer Betrachtung verfließen die Grenzen des Gerechten zum *Guten*: Das Gerechte ist *das Gute* in wirklich maßgebender Gestalt²⁷. Insofern bleibt es also bei dem, was *Ulpian* schon bei *Celsus* als elegant formuliert lobt: „Das Recht ist die Kunst des Guten und Gleichen“ (Jus est ars boni et aequi)²⁸.
- 117 Wer aber nun nachfragt, was denn das „Gute“ sei, wird mit dem Bundesverfassungsgericht auf die *elementaren Werte* der „Gemeinschaft“ verweisen. Der Strafrechtler kennt sie als „Rechtsgüter“ (Leib, Leben, Ehre, Freiheit usw.). Fasst man sie zusammen, so sind sie, soweit sie den Einzelnen betreffen, Ausfluss der „*Freiheit*“, des „*Glücks*“. Für den Utilitaristen stellen sie den „*Nutzen*“, für den Ökonomen Vorteile dar. Damit ist aus verfassungsrechtlicher Sicht die materielle Gerechtigkeit nicht viel mehr als die Forderung nach „*Freiheit*“. Der Begriff der Freiheit aber wiederum ist untrennbar mit demjenigen der *Menschenrechte* verbunden und damit auch mit dem modernen *Menschenbild* des freien und selbstbestimmten Menschen.

*Smaus*²⁹ erklärt auch in eben diesem Sinne den *materiellen* Gehalt des Begriffs der Gerechtigkeit als etwas, das sich allgemein auf die Güte oder *Sittlichkeit* der *zwischenmenschlichen* Beziehungen erstreckt und fügt an: Maßstab seien

- die Menschenwürde,

²⁷ Ryffel, aaO 219.

²⁸ Ulpian, Digesten, 1. Buch, 1. Titel, 1. Fragment.

²⁹ Smaus, Gerlinda, Formale Gleichheit im Staat, materiale Ungleichheit in der Gesellschaft und Aporien einer gerechten Kriminalpolitik, in: Jung, Heike (Hrsg.), Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte des Betroffenen, Participatory Models ans Individual Rights, 1989, 29 ff. (30).

- die Menschenrechte,

- die Freiheit sowie Gleichheit und Selbstbestimmung des Volkes³⁰.

Unter Hinweis auf den *Höffe* fügt sie an, dass unter diesem Aspekt dann auch das öffentliche Handeln, insbesondere der Staats- und Rechtsinstitutionen zu beurteilen sei.

Damit ist gerecht, was das Kernstück unserer Verfassung ausmacht!

8. Also: Gerechtigkeit bedeutet zwar im Kern Gleichheit, Gleichheit 118 bedeutet Ausschluss von Willkür (im Sinne der Rechtsstaatlichkeit), materieller Maßstab der Gleichheit ist aber das „Gute“, also die (sittlichen) höchsten Werte.

Anzufügen ist allerdings auch, dass die Forderung nach Gleichheit nur in einer *Gemeinschaft* Sinn macht, und sei es auch nur in einer kurzfristigen Austauschgemeinschaft. Zudem birgt auch jede Gemeinschaft eine gewisse Tendenz zur Gleichheit. So führt auch die *Gemeinschaft* von Herrn und Knecht in der Regel wenigstens dazu, dass man miteinander „lebt“, d.h. die Existenz des anderen *anerkennt*, also gleich ist im Hinblick auf das „Recht“ auf Leben³¹.

Übertragen auf das *Strafrecht* haben wir also zu fragen, ob denn Strafe 119 „gut“ sei. Für die „Gemeinschaft“ mag sie gut sein, z.B. dann, wenn sie den Schutz der „elementaren Werte“ der Gemeinschaft zu bewir-

³⁰ Höffe, Otfried, Freiheit und Gleichheit. Moralische Grundnormen und politische Grundrechte, in: Apel, Karl-Otto/Böhler, Dietrich/Rebel, Karlheinz (Hrsg.), Funkkolleg: Praktische Philosophie/Ethik, Bd. 3, 1984, 735 ff. (740, 759 ff).

³¹ Mehr zu „Recht“ zu sagen, hieße an dieser Stelle tief in die Rechtstheorie einzusteigen, siehe insoweit Alexy, Robert, Begriffe und Geltung des Rechts, 1992, 201 i.V.m. 47 f. und 44 ff.; Creifelds, Karl, Rechtswörterbuch, 12. Aufl. 1994 zum Stichwort „Recht“; Wesel, Uwe, Fast alles was Recht ist. Jura für Nichtjuristen, 1991, 387.

Zum Anerkennungsgedanken siehe etwa Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, 34 „das Recht eines jeden von einem anderen als Person geachtet zu werden“ verbunden mit der „Pflicht gegenüber jedem anderen, ihn als Person zu achten“; Folkers, Horst, Zur Theorie der Menschenrechte – Perspektiven ihrer Weiterentwicklung, ARSP 76 (1990), 12 ff.: Das Recht vereinige drei Elemente: Anspruch, Anerkennung, Gewährleistung.

Zum Anerkennungsgedanken vgl. auch Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830), Dritter Teil (III.): Die Philosophie des Geistes, Theorie – Werkausgabe; Michael, Karl Markus/Moldenhauer, Eva (Hrsg.), Werke (von 1832 bis 1845; neu editiert) in zwanzig Bänden, Band 10, 1970, § 435; siehe dazu auch Kojeve, Alexandre, Hegel. Eine Vergegenwärtigung seines Denkens, 1975, 24; Schaber, Peter, Recht als Sittlichkeit. Eine Untersuchung zu den Grundbegriffen der Hegelschen Rechtsphilosophie, 1989, 30 f.

ken vermag. Für den *einzelnen* Straftäter aber ist und bleibt sie „Übel“. Auch die Umdeutung der Strafe in die Chance zu „Sühne“ (gar als „Reinigung“)³² ist zu idealistisch gedacht.

IV. Gerechtigkeit, Gegenseitigkeit und das Gebot, niemanden zu schädigen

- 120 1. Uralte (biblische, altchinesische und römische) Spruchweisheiten prägen auch heute noch unsere alltäglichen Vorstellungen vom richtigen Verhalten. Ihre lange Tradition verleiht ihnen den Hauch der Ewigkeit einer *objektiven* Wahrheit. Die wichtigste „goldene Regel“ lautet eben: „Wie Du mir, so ich Dir“. Es ist das (Wieder-)Vergelten. Es ist der Grundsatz der *Gegenseitigkeit*, der Reziprozität und damit insofern wieder derjenige der Gleichheit im Sinne von Gleichbehandlung.

³² Zur Umdeutung von Übel in Sühne siehe u.a. Gössel, Festschrift für Pfeiffer, 23 („sühnende selbstverantwortete Übernahme der Schuld“); aus theologischer Sicht siehe Gründel, Johannes, Umgang mit Schuld. Theologisch-ethische Perspektiven, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 423 ff., 432: Theologisch gesehen bedeute Sühne „wesentlich Versöhnung – zunächst Versöhnung des Schuldiggewordenen mit der Gemeinschaft und der Gemeinschaft mit dem Straftäter, dann und vor allem aber auch Versöhnung mit dem, zu dem im letzten alle Schuld als Sünde erscheint: mit Gott. Solche Versöhnung kann weder verdient noch erzwungen werden. Sie bleibt geschenkt. Gerade dies ist die zentrale Aussage des christlichen Erlösungsglaubens, dass Gott in Jesus Christus die Menschheit mit sich versöhnt hat“.

Positiv gefasst lautet die „goldene Regel“³³: Was Du willst, dass man Dir tu’, dass füg’ anderen zu³⁴. Oder mit der Bibel u.a.: „Alles nun was ihr wollt, dass euch die Leute tun sollen, das tut ihnen auch“³⁵ oder sogar als „liebe Deinen Nächsten wie Dich selbst“.

³³ Zur Geistesgeschichte der beiden Fassungen der goldenen Regel (der positiven und der negativen) bis hin zur chinesischen Philosophie, siehe Joerden, Jan C., Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit. Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien, ARSP 74 (1988), 307 ff., 312 f.; siehe auch Hruschka, Joachim, Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 129 ff. mit Hinweis auf Christian Wolf, der seinerseits auf Konfutius hinweist.

³⁴ So ist in der griechischen Mythologie auch „Nemesis“ die Göttin des Zuteilens sowohl dessen, was einem gebührt, als auch des Vergeltens von Untaten des Rächens von Freveln, angemerkt von Baruzzi, Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie, 1990, 31, Erläuterung 34 unter Hinweis auf Ehrenberg, Viktor, Die Rechtsidee im frühen Griechentum. Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis, 1921 (Nachdruck 1966), sowie auf Wolf, Ernst, Griechisches Rechtsdenken, Band I, 1950.

³⁵ Bibel, Matthäus 7, 12; Lukas 6, 31 ; im übrigen bereits eine Übersetzung, die das Prinzip der Verallgemeinerung beachtet (siehe dazu alsbald zu Kant); als negative Fassung der goldenen Regel: „Was Du nicht willst, das man Dir tut, das füg’ auch keinem anderen zu“, in: Buch Tobit 4, 16, siehe dazu auch Hruschka, Joachim, Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, Arthur Kaufmann-Festschrift, 1993, aaO 129.

Dann, Otto, Stichwort: „Gleichheit“, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Band 2, 1975, 997 ff., insbesondere zu den religiösen Wurzeln in der katholischen Soziallehre.

Darauf, dass auch Mahatma Gandhi seiner revolutionären Praxis die goldene Regel zugrunde gelegt hat, weist Gast, Wolfgang, Juristische Rhetorik, Auslegung, Begründung, Subsumtion, 2. Aufl. 1992, 335, hin. Zur Gewaltlosigkeit der Revolution führt er aus, ihr Wesen müsse sein, kein Geschöpf durch Gedanken, Worte oder Taten zu verletzen, auch nicht zum angeblichen Vorteil des Geschöpfes (Mahatma Gandhi, Freiheit ohne Gewalt, Klaus Klostermeier (Urf.), 1968, 952).

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 1989, 107, weist auf Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1132b hin, und dessen Überlieferung des Grundsatzes des legendären minoischen Königs Rhadamanthys: „Leidest Du, was Du getan hast, so ist es richtiges Recht geworden“.

Auch verbirgt sich die goldene Regel im Behandeln nach „Verdienst“ im Sinne der Gerechtigkeitslehre von Aristoteles, Nikomachische Ethik I. 6 – 7, 1097 a – b, Werk in deutscher Übersetzung, Grumach, E. (Hrsg.) Band 6, 1967, vgl. Trapp, Rainer W., „Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, 311; vgl. auch Aristoteles, Nikomachische Ethik. Auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes; Bien, Günther (Hrsg.), Philosophische Bibliothek, Band 5, 4. Aufl. 1985, X. Buch, 10. Kapitel, 1180 a; dazu auch Ebert, Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte, aaO, 1991, 249 ff., 264, zugleich unter Hinweis auf Cicero, De legibus III, 20, 46.

Siehe überdies Fechner, Erich, Menschenwürde und generative Forschung und Technik, JZ 1986, 653 ff., 654 ff., 655, der auch auf den Islam und Buddhismus eingeht.

- 122 2. Die *positive* Form der goldenen Regel steckt auch im alten römischen „do ut des“³⁶. Im Geben und Nehmen (genauer: ich gebe, damit Du gibst“). Es ist das Urprinzip des Tauschhandels.

Negativ formuliert lautet die „goldene Regel“³⁷: „Was Du nicht willst, dass man Dir tu’, das füg’ keinem anderen zu“.

- 123 3. Eine zweite uralte Formel lautet: *Suum cuique tribuere*. Jedem das Seine (angemessen³⁸) gewähren³⁹. Ursprünglich und zu Recht verbunden mit: *Alterum non laedere*, dem anderen nicht schaden⁴⁰.

Diese Regel zielt auf *Rechtssicherheit* und ergänzt sie um das *Gewaltverbot*. Das Gewaltverbot erzwingt gleichsam einen Waffenstillstand. Es führt zum „*Frieden*“.

³⁶ Paulus, Digesten, 19. Buch, 5. Titel, 5. Fragment, pr. – § 1.

³⁷ Zur goldenen Regel vgl. auch: Raisch, Peter, Vom Nutzen überkommener Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, 18.; Hare, Richard Mervin, Freiheit und Vernunft (Freedom and Reason), 1973, 43 ff.; Spindel, Günter, Die goldene Regel als Rechtsprinzip, in: Esser, Josef/Thieme, Hans (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, 1967, 491 ff.; vgl. auch Weinberger, Ota, analytisch-dialektische Gerechtigkeitslehre. Skizze einer handlungstheoretischen und non-kognitivistischen Gerechtigkeitslehre, in: Tammelo, Ilmar/Aarnio, Aulis (Hrsg.), Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik. On the Advancement of Theory and Technique in Law and Ethics, Rechtstheorie, Beiheft 3, 1981, 308 f.; siehe auch Bydlinki, Franz, Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, 1988, 167 und 174.

³⁸ Siehe zum Verhältnis der *jus commutativa* im aristotelischen Sinne, also der Verkehrsgerechtigkeit einerseits und der *jus distributiva* eben im Sinne des „*suum cuique*“ (jedem das Seine) im Sinne von angemessenen, zu dem auch die *justicia compensatoria* gehört, etwa Fikentscher, Wolfgang, Oikos und polis und die Moral der Bienen – eine Skizze zum Gemein- und Eigennutz, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 71 ff., 79 f.

³⁹ Ulpian: „Gerechtigkeit ist der beharrliche und beständige Wille, jedem sein Recht zukommen zu lassen“ (Digesten, 1. Buch, 1. Titel, 10. Fragment).

⁴⁰ Dieser Satz ist in den Institutionen Justians verknüpft gewesen mit dem Satz „*alterum non laedere*“ (keinen anderen verletzen: Justinians I 1, 3: „*Iuris praecepta sunt hic: honeste vivere, alterum non laedere*“; Schiemann, Gottfried, Das allgemeine Schädigungsverbot: „*alterum non laedere*“, Jus 1989, 345 ff., insbesondere 347 f.

Schiemann merkt überdies an, dass auch Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, 1797 (Akademieausgabe), 42, den Satz aufgreift „*tue niemandem Unrecht (neminem laedere)*“. Dieser Satz lasse sich auf Cicero, Marcus Tullius (De officiis 1, 7, 20) und über ihn auf die Stoiker zurückzuführen (Schiemann, aaO. 347). Bei Pufendorf, Samuel (De iure naturae et gentium, libri octo 1672, III, 1) erhalte dann das „*alterum non laedere*“ eine zentrale Bedeutung im System der Pflichten des Menschen überhaupt (Schiemann, aaO 349). Steinvorh, Ulrich (Klassische und moderne Ethik. Grundlinien einer materialen Moraltheorie, 1990, 16 ff.) führt die Moral sogar auf den Satz „*neminem leadere*“ zurück. Das Verletzungsgebot gelte als unbedingte Pflicht.

Das Angebot, zum Frieden bereit zu sein, äußern wir dann mit den 124
Worten: „Friede sei mit Dir“ oder „Shalom“ bzw. „Salem“. Es steckt
aber auch in der erhobenen Hand, mit der der Grüßende auf den
Gegengruß hofft. Seine Hand trägt sichtbar keine Waffen. Es ist aber
auch die Demutsgebärde der *Verbeugung* vor dem anderen. Ich bin
Dein Diener. Die gegenseitig gereichte Hand zeigt sogar eine „Vereinigung“ an. Die Trennung zwischen Ich und Du ist aufgehoben. Wir
sind eins. Gleichheit wird für einen Augenblick zur Einheit überhöht.

In Art. 4 der Französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 125
heißt es, Freiheit bedeute, alles tun zu können, was „einem anderen
nicht schadet“⁴¹. Art. 2, Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes lautet:
„Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit,
soweit er nicht die Rechte anderer verletzt...“(und nicht gegen die ver-
fassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verstößt).

Der Philosoph *Baruzzi* erinnert im Übrigen daran, dass das Wort
„Freiheit“ mit demjenigen des „Freundes“ zusammenhänge und uns
auch noch im Tätigkeitswort des „freiens“ erhalten sei. Es bedeute,
einander wohlgesonnen zu sein, sich schonen zu wollen⁴².

Der Kreis schließt sich, wenn einige Rechtsphilosophen erklären: Das 126
Gute oder das Böse zu wählen, heiße immer: Jemandem zu geben oder
vorzuhalten, was sein sei. Damit werde die klassische Formulierung
Thomas *von Aquins* der Gerechtigkeit aufgegriffen, der diese selbst
wiederum im Anschluss an *Platon* und *Cicero* als „*sum quique*
tribundi“ umschrieben habe⁴³.

⁴¹ Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789, in: Mayer-Tasch, Peter
Cornelius, *Die Verfassungen Europas*, 2. Aufl. 1975, 210.

⁴² Baruzzi, *Freiheit, Recht und Gemeinwohl. Grundfragen einer Rechtsphilosophie*, 1990,
14 f. Auch verweist er darauf, dass das griechische Wort *Eleuthera* mit dem Wortstamm
Volk und dem deutschen „Leute“ zusammenhängt, Baruzzi, aaO 14 unter Hinweis auf
Raaflaub, Kurt, *Zum Freiheitsbegriff der Griechen*, in: Welskopf, Elisabeth Charlotte
(Hrsg.), *Soziale Typenbegriffe im Alten Griechenland*, V, 1981, 180 ff., insbesondere 185
f.; zum Verhältnis von Freiheit und Freund unter Hinweis auf Kluge, Friedrich,
Ethymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 21. Aufl. 1975, 216, 218; inzwi-
schen 22. Aufl. 1989.

⁴³ Vgl. dazu etwa auch *Platon*: *Gerechtigkeit bestehe darin, dass jeder das seinige tut. Platon, Der Staat*, 1978, 433 A – 433 C.
Ebenso will etwa Eggers (*Gerechtigkeit und Recht, Küchenhoff-Gedächtnisschrift*, 1987,
aaO 27 ff., 28 f.) mit Josef Pieper (*Das Viergespann, Klugheit – Gerechtigkeit – Tapferkeit – Maß*, 1964, 87) formulieren.

Nur ist mit der Formel „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“ noch nicht gesagt, was denn zu geschehen hat, wenn jemand doch einen anderen schädigt, ihm also nicht das Seine gönnt.

- 127 4. Die Verfasser des Schwäbischen Provinzial-Landfriedens von 1104 verknüpfen den Grundsatz des „wie Du mir, so ich Dir“ mit dem Prinzip „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“ und leiten daraus die *Strafe* ab:

Wer von den Bewohnern der Provinz nicht Frieden mit den Worten schwören wolle: Ich schade niemanden, niemand schadet mir“, der solle dieselbe Strafe wie ein „Friedensbrecher“ erleiden⁴⁴, also nach dem Prinzip der Wiedervergeltung behandelt werden.

Gerichtet waren diese *Landsfriedensbewegungen* gegen das Fehdeunwesen. Sie waren zugleich Vorboten der staatlichen Entwicklung und des staatlichen *Gewaltmonopols*⁴⁵.

- 128 5. Die Forderung nach Wiedervergeltung scheint also, verbunden mit dem Doppelprinzip des „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“, eine ideale *Begründung* für das *Strafen* im Sinne des Vergeltens eines Übels mit einem anderen Übel zu sein⁴⁶.

- 129 Doch birgt das Problem der Wiedervergeltung auf den zweiten Blick eine Reihe von Problemen. So müsste es bei reiner Anwendung auch dem Bestraften erlaubt sein, das ihm angetane Übel seinerseits mit einem (weiteren) Übel zu vergelten. Denn auch er sieht sich verletzt. Ihm nehmen wir mit der modernen Strafe die „Freiheit“. Genauer noch: Das Recht zu strafen können wir damit vielleicht begründen, aber nicht mehr die Pflicht, die Strafe – still – zu dulden. Nicht umsonst hat die Landfriedensbewegung auf die göttliche Macht gehofft

⁴⁴ Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 272.

⁴⁵ Dazu statt vieler: Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, §§ 41 ff.; vgl. auch den Hinweis Hattenhauers, aaO 271, dass die Bezeichnung für Fehde auch „Faïda werra guerra“ war und damit Begriffen wie „la guerre“, „war“, „Wirren“ und damit dem „Krieg“ entspricht, also mittelalterlich „warlords“ zu Gegnern hatte und damit von der Sippe zum Staat führte.

⁴⁶ Für die Strafzumessung erinnert Arthur Kaufmann an die Worte des Thomas von Aquin: „Deshalb muss die Vergeltung bei Tauschhandlungen, nach einem gewissen Verhältnis der Zumessung, der Tat angeglichen werden; dazu hat man das Geld erfunden. Und so bedeutet Vergeltung so viel wie Recht im Bereich der Tauschgerechtigkeit“. Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1985, 15 (Thomas von Aquin, Summa theologiae Buch II, II qu. 61, a 4), wörtlich zitiert im Anhang, 65.

und die geschichtliche Entwicklung zur staatlichen Macht geführt, die allein berechtigt war, Gewalt zu üben. Erst damit ist der Schritt weg von der „ewigen Wiedervergeltung“ getan. Doch ist danach gerecht nur, was Gott will, oder gerecht, was der Herrscher tut.

Für den Mord etwa führt uns das Prinzip der Wiedervergeltung in ein weiteres Dilemma: Zu fragen ist, wie denn das Opfer wiedervergelten kann, dass der Täter getötet hat. Lautet die Antwort: „dann dürfen stellvertretend seine Angehörigen handeln“, führt dies zur ewigen „Blutrache“, zur Urfehde, und zwar zwischen verschiedenen Familien (Sippen, Clans), nicht mehr zwischen ihm und mir.

6. *Kant* überhöht (womöglich deshalb) das Vergeltungsprinzip (allerdings mit dem Blick auf die *Höhe* der Strafe) mit den Worten „also: Was für unverschuldetes Übel du einem Anderen im Volk zufügst, dass tuhst du dir *selbst* an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst, schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst, tödstest du ihn, tödstest du dich selbst“⁴⁷. Es ist also nicht der Andere, der handelt, sondern der Täter, der das Gebot des gegenseitigen Freiheitsverzichtes missachte und *sich* damit *selbst schädige*. *Kant* rettet sich also in eine idealistische Sicht.

Allerdings müsste *Kant* dann auch folgern, dass sich dann, wenn der Täter sich schon selbst geschädigt habe, sei eine (weitere, etwa staatliche) Vergeltung nicht mehr geboten⁴⁸.

⁴⁷ Höffe, Otfried, *Kant's Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe*, in Brandt, Reinhard (Hrsg.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, 235, 238 f. mit Hinweis u.a. auf Kants Formulierung in *Die Metaphysik der Sitten*, 1797 (Akademieausgabe, Band VI), 332, 15 ff., wonach die Wiedervergeltung nicht immer „nach dem Buchstaben möglich sein kann“. Wiedervergeltung erläutert er auch an anderer Stelle als das „Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Waage der Gerechtigkeit), sich nicht mehr auf die eine als auf die andere Seite hin zu neigen“ (aaO 332, 13 bis 15).

Vergleiche auch Schnoor, Christian, *Kants Kategorischer Imperativ als Kriterium der Richtigkeit des Handelns*, 1989, 61 ff. (keine wesentliche Variante der allgemeinen Formel, aaO 82).

Allerdings habe *Kant* an anderen Stellen auch spiegelnde Strafen verlangt, (*Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Band VI, 332, 26 ff.)

⁴⁸ Zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Talion siehe auch Oberer, Hariolf, *Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre* in: Brandt, Reinhard (Hrsg.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, 399 ff., 415; vgl. auch Höffe, Otfried, *Kant's Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe*, aaO, 335 ff., 364 ff.: Er unterscheidet dementsprechend zwischen allgemeiner und spezieller Vergeltung. Zu Kants Verständnis des Vergeltungsprinzips im Sinne naturrechtlich-dogmatischer Relikte siehe auch Schild, Wolfgang, *Das Verständnis des Missetäters im normativen Wandel des Politischen*, in: Heyen, Erk Volkmar (Hrsg.), *Vom normativen Wandel des Politi-*

- 132 Zudem: Der Doppelgrundsatz „Jedem das Seine“, und „Niemanden einen Schaden“ verlangt eigentlich, auf *jegliche* Gewalt, auch auf die der Gegengewalt, zu verzichten. Wer ihn ernst nimmt, darf niemanden schädigen, auch nicht den Schädiger. Das Wiedervergeltungsprinzip (in seiner negativen Form) ist also mit dem Doppelgebot des „jedem das Seine und niemanden einen Schaden“ bei näherem Hinsehen überhaupt nicht zu vereinbaren. Dieser Grundsatz widerspricht dem Prinzip der Wiedervergeltung (in seiner negativen Form).
- 133 7. Allerdings leuchtet es zunächst einmal ein, dass der Täter wenigstens den verursachten Schaden wieder gut zu machen hat, also *Schadensersatz*, Vergeltung in positiver Form, zu leisten hat. Aber: Zwingen wir ihn dazu, so ist auch dies ein Eingriff in die Friedensordnung.
- 134 Dennoch scheinen wir seit langem den Schluss zu ziehen, dass aus dem Gebot, niemanden zu schaden, widrigenfalls die Pflicht zum Schadensersatz folge: So heißt es, dass der Satz „niemanden zu schaden“ über *Grotius* bereits Grundlage unseres modernen Schadensersatzrechtes geworden sei⁴⁹. Wer dem folgt, kommt also zu dem Ergebnis, dass wir auf *Verletzung* zumindest mit dem Wiedervergeltungsprinzip in seiner positiven Form reagieren, also mit *Wiedergutmachung*.
- 135 Der *Strafrechtler* erinnert sich an die These „Wiedergutmachung statt Strafe“⁵⁰; er weiß sie in Sonderregelungen ins Strafrecht eingeführt (§§ 46 a, 56 a StGB, 153 a StPO). Nur, Wiedergutmachung ist für ihn eben keine „Strafe“.

schen. Rechts- und staatsphilosophisches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Hans Ryffel; Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 94, 1984, 117 ff., 133 ff.

⁴⁹ Schiemann, aaO 347 unter Hinweis auf Grotius, Hugo (*De iure belli ac pacis*, 1625, II, 17, 1): Aus einer „Übeltat“ entstehe natürlicherweise die Verpflichtung, wenn ein Schaden zugefügt worden ist, diesen wieder gut zu machen.

⁵⁰ Vgl. dazu insbesondere Frehsee, Detlev, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, 135 ff., 170 ff., 374 ff.

V. Gerechtigkeit und Verallgemeinerbarkeit

Spätestens seit *Kant* erweitern wir zwar den Satz des „Wie Du mir, so ich Dir“⁵¹. Wir lösen uns vom Bild der *zwei* Personen, des Ich und des Anderen (ego et alter). Mit *Kant* fordern wir die „Verallgemeinerbarkeit“ des Gewollten: Handle nach solchen Maximen, von denen Du wollen kannst, dass sie zum allgemeinen Gesetz erhoben werden⁵². Heutzutage fordert etwa Richard Mervyn *Hare*⁵³ die *Universalisierbarkeit* des Sollens.

Seit *Kant* geht es uns also um eine allgemeine Friedensordnung, die vom allseitigen *Interessenausgleich* bestimmt ist. Es ist der Schritt vom Austauschgeschäft zwischen zwei Personen zu einem – dauerhaften – *Ringtausch*; vom *Marktgeschehen* zur *Lebensgemeinschaft* (vieler).

Bekanntermaßen aber stehen *Kant* und seine Nachfolger mit dem Verallgemeinerungsprinzip vor dem Problem, das man dann auch die Moral von Räuberbanden, oder auch die Blutrache zwischen Großfamilien bis hin zur (alten) Privatstrafe (mit dem möglichen Ausgleich durch Geldbuße) zum Prinzip erheben könnte. In der Regel nur (aber nicht stets) wird man das Leben des anderen achten und damit zusammenhängend dessen existentielle Bedürfnisse – eben in der Erwar-

⁵¹ Sein zweiter kategorischer Imperativ betrifft im Übrigen „das allgemeine Rechtsgesetz“, welches die Quelle eines jeden besonderen Gesetzes sei: „Handele äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne“ (*Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Bd. VI, 231, 10 ff.), mit *Gast*, *Wolfgang*, *Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion*, 2. Aufl. 1992, 333, Rn. 466 vereinfacht übersetzt: „Recht ist Freiheit, die auch der andere hat, und die niemandem Zwang antut“. Niemandem Zwang anzutun, bedeutet dann auch, ihn nicht zu verletzen (*neminem laedere*....);

zudem auch *Kühl*, *Kristian*, *Die Bedeutung der Kantschen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriss*, in: *Jung*, *Heike* (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge einer Standortbestimmung*, 1991, 139 ff., 170 ff.; vgl. auch *Dreier*, *Ralf*, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, in: *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, aaO 286 ff., 294, der von den durch das Tugendprinzip statuierten „speziell-ethischen Tugendpflichten, d.h. Liebes- und Achtungspflichten“ spricht.

⁵² Zu älteren Wurzeln der Verallgemeinerung siehe auch *Welding*, *Steen O.*, *Is Universalizability A Principle of Ethics?*, *ARSP* 75 (1989), 161 ff. mit Hinweis u.a. auf *Locke*, *Don*, *The Trivializability of Universalizability*, *Phil. Rev.* 77, 1968, 25 ff., vgl. insbesondere 25 (dazu *Welding*, aaO 168).

⁵³ *Hare*, *Richard Mervyn*, *Freiheit und Vernunft (Freedom and Reason)*, 1967), 1973, 34 ff.

tion der Wechselseitigkeit⁵⁴. Freiheitsstrafe muss man nicht zwingend wollen.

- 139 Überdies bereitet uns der Sprung vom gegenseitigen zum *allseitigen* Interessenausgleich ein weiteres – an sich bekanntes – Problem. Binäre Beziehungen lassen sich noch einigermaßen in Regeln fassen, multilaterale ufern in Unberechenbarkeit aus. Auch lässt sich das Prinzip der Verallgemeinerbarkeit leicht in den utilitaristischen Ansatz umbiegen: notfalls müssten dann die Interessen der „Allgemeinheit“ denen des Einzelnen (hier sogar denen eines Straftäters) vorgehen. Zu versuchen ist deshalb zunächst einmal, mit dem Gegenseitigkeitsgrundsatz weiterzuarbeiten. Auch er steckt im Verallgemeinerungsprinzip⁵⁵.

VI. Geben, um zu Nehmen – Freiheitsgewinn durch Freiheitsverzicht

- 140 1. Eine Variante des Prinzips „wie Du mir, so ich Dir“ ist der Grundsatz des „do ut des“. Er enthält aber *mehr* als das blinde Wiedervergelten. Der Handelnde bietet selbst etwas an. Es ist der Sprung vom „weil“ zum „damit“ (der andere etwas anbietet). Zudem ist es sinnlos, jemand anderem etwas anzubieten, was man selbst bereits besitzt. Der Bäcker will Geld und nicht Brot für sein Brot. Der Grundsatz des „Gebens, um zu nehmen“ zielt also nicht nur auf den gegenseitigen *Freiheitsverzicht*, sondern auf den Freiheitsverzicht um eines *Gewinnes* willens, der jedem der Partner wichtiger erscheint als die geopfer-te Freiheit. Kurz also: *Freiheitsgewinn durch Freiheitsverzicht*.

⁵⁴ Vgl. auch die These von Thomas Hobbes, die Staatsgründungsverträge hätten ihren Grund in der wechselseitigen Todesfurcht (De Cive, 2. Kapitel, Ziffer 6); siehe dazu auch Diesselhorst, Malte, Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens, 1989, 33 f.

⁵⁵ Zur goldenen Regel und zum kategorischen Imperativ Kants siehe etwa Maihofer, Werner, Europäisches Rechtsdenken heute, in: Horn, Norbert (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, 1982, 579 ff., 582; derselbe, Naturrecht als Existenzrecht, 1963, 23 ff.; derselbe, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956; Hruschka, Joachim, Die Konkurrenz von goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 1987, 941 ff.; derselbe Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 129 ff.

Der Grundsatz des Gebens, um zu nehmen, meint zweitens, dass beide 141
Partner den Austausch *freiwillig* vornehmen. Er enthält also zugleich
den *Gewaltverzicht*, kurz: *Kooperation*. Es geht um „Freiheitsgewinn
durch *freiwilligen* Freiheitsverzicht“.

Im Satz „ich gebe, um zu nehmen“ steckt drittens *mittelbar* auch eine 142
Sanktion: bei enttäuschter Erwartung *nicht* zu kooperieren. Wer nichts
zurückerhalten hat, wird mit einem neuen Angebot an denselben Part-
ner warten, zumindest dann, wenn – wie auf dem idealen Markt – an-
dere Geschäftspartner zur Verfügung stehen.

Schließlich: Im Augenblick des *Austausches* haben beide Seiten ein 143
gemeinsames Geschäftsinteresse, sie sind Partner, d.h. Teilhaber an
einem *gemeinsamen Geschäft*. Beide bilden eine *Gemeinschaft*. Sol-
che Art von Gemeinschaft, und sei es auch nur die kurzfristige Ge-
meinschaft, entspringt dem Umstand, dass unterschiedliche Gegen-
stände, Dienstleistungen usw. ausgetauscht werden. Jeder erhält etwas
und gibt etwas, was er nicht hat.

2. Wer zudem darauf hoffen darf, dass mit diesem oder mit einem an- 144
deren Geschäftspartner ein ständiger Austausch möglich ist, dem er-
öffnet sich der Weg zur dauerhafteren *Arbeitsteilung*, und *Professio-
nalisierung* der Arbeit. Professionalisierung bedeutet, dass jeder über
besondere Fähigkeiten verfügt, und zwar solche, von denen dann der
andere abhängig ist: der Bauer vom Handwerker, der Handwerker
vom „Wächter“, usw. Die Verfestigung der Hoffnung auf regelmä-
ßigen Austausch ist dann Grundlage des Gedankens vom – *dauerhaften*
– *gegenseitigen Freiheitsverzicht*, zum gegenseitigen *Freiheitsgewinn*.

Aus dem Prinzip der Arbeitsteilung wiederum ergibt sich auch eine 145
Tendenz zur Gleichheit, insbesondere dann, wenn Arbeitsteilung in
der Form der Professionalisierung stattfindet. Jeder verfügt über be-
sondere Fähigkeiten, von denen der andere *abhängig* ist. Der Bauer
vom Schneider, der Schneider vom „Wächter“, usw. Insoweit ist der
„Andere“ (zwangsläufig) unser „*Nächster*“, und vielleicht deshalb
können wir ihn dann auch (auch wirklich) lieben, wie uns selbst.

- 146 3. Hinter der gegenseitigen Abhängigkeit durch *dauerhafte Arbeitsteilung* steckt überdies auch ein Stück *Gewaltenteilung*⁵⁶. Es ist die Idee vom Sozialvertrag durch „gegenseitigen *Freiheitsverzichts*“. Sie finden wir heutzutage in vielerlei Varianten bei v. Hayek⁵⁷, Luhmann, Höffe⁵⁸ aber auch schon bei Kant⁵⁹, Beccaria⁶⁰ und Hobbes⁶¹.

⁵⁶ So verweist etwa Reinhold Zippelius (Problemfälle der Machtkontrolle, in: Merten, Detlef (Hrsg.), Gewaltentrennung im Rechtsstaat. Zum 300. Geburtstag von Charles de Montesquieu. Vorträge und Diskussionsbeiträge der 57. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstage 1989 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 6, 1989, 27 ff., 28) auf die entsprechenden Erkenntnisse einerseits des Polybios (2. vorchristliches Jahrhundert) zum römischen „divide et impera“, *Historiae*, VI, 1 ff., sowie auf Locke, John, Zwei Abhandlungen über die Regierung (*Two Treatises of government*, 1690), Euchner, Walter (Hrsg.); Abendroth, Wolfgang/Flechtheim, Ossip/Fetcher, Iring (Hrsg.), *Politische Texte*, 1967, II § 76 sowie auf Montesquieu, Charles de, *Vom Geist der Gesetze* (*De l'esprit des lois*). Eine Auswahl, übersetzt von Friedrich August Freiherr von der Heydte, 1950, XI 4 sowie auf BVerfG 9, 279 f.; 34, 59 f.

Vgl. denselben (Zippelius), aaO 30, zu Schaffung autonomer Teilsysteme (förderativer Charakter der Verfassung) sowie zu Balancen im Bereich sozialer Gewalten, aaO 33 (u.a. unter Hinweis auf Becker, Jürgen, *Gewaltenteilung im Gruppenstaat*, Ein Beitrag zum Verfassungsrecht des Parteien- und Verbändestaates, 1986) bis hin zum Kartellrecht.

Zum Verhältnis von Rechtsstaatsbegriff und Gewaltenteilungsgrundsatz siehe auch Papier, Hans-Jürgen, *Gewaltentrennung im Rechtsstaat*, in: Merten (Hrsg.), aaO 95 ff.

⁵⁷ Hayek, Friedrich August von, *Constitution of Liberty*, 1960, 25, der Zustand der Freiheit sei derjenige, in dem Zwang auf einige von Seiten anderer Menschen soweit herabgemindert ist, als dies im Gesellschaftsleben möglich ist. Die Bedeutung v. Hayeks unterstreicht auch Hattenhauer, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, 1992, 754 f.

⁵⁸ Zum Prinzip des gegenseitigen Freiheitsverzichts: Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 1987, 363; Höffe, Otfried, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987, 328, siehe aber auch Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?*, 2. Aufl. 1975, 40 ff. (Regime der Toleranz).

Siehe aber auch etwa den Strafrechtler Kratzsch, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und die Regeln der Gesetzesanwendung*; *Schriften zum Strafrecht*, Band 64, 1985, 351 ff., sowie denselben, *Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährdungsdelikten – BGHSt 38, 309, JuS 1994, 372 ff., 377*: „Ausgangspunkt und materielle Richtpunkt... des Strafrechts: Die Erhaltung und Schaffung eines allgemeinen Rechtszustands, bei dem jedem Menschen nach Maßgabe des Gleichheitsprinzips ein Grundtatbestand an elementaren Freiheitsrechten mit entsprechendem Herrschaftsraum und der Möglichkeit zur Selbstbestimmung (Autonomieprinzip) eingeräumt ist. Diese Garantie gewähren sich die Menschen gegenseitig. Entsprechend diesem „Gegenseitigkeitsprinzip“ kommt es zu einem regelmäßigen Wertaustausch zwischen den Menschen, an dessen Prinzipien sich auch die Risiko- und Kostenverteilung im Rahmen der strafrechtlichen Unrechtsnormen orientiert“, siehe auch Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Aufl. 1994, § 2 Rn. 9.

⁵⁹ Im Sinne der materiellen Gerechtigkeit definiert etwa auch Kant das Recht wie folgt: „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“, Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil 1, *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, Einleitung § b, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), *Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden*, Band IV: *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, 1956, 337. Siehe dazu auch – m.w.N. – Dreier, Ralf, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion*, 1986, 11; der-

4. Ein *Zwischenergebnis* lautet also: Das schlichte – gegenseitige – Vergelten im Sinne des „Wie Du mir, so ich Dir“ sollten wir – wenigstens – in seine *dynamische* Form kleiden, in das „Geben um des Nehmens willen“ („do ut des“). Es führt uns zu Gegenseitigkeit und Gleichheit, und zwar Gleichheit im Sinne von Gleichwertigkeit durch Arbeitsteilung, und indirekt zum Gewaltverzicht. Auch steht uns eine Sanktion zur Verfügung, demjenigen, der nicht bereit ist zurückzugeben, künftig *kein neues* Angebot zu machen, also nicht zu kooperieren. Jedenfalls solange nicht, bis er seinerseits eines unterbreitet und das Geschäft durchgeführt hat. 147

Doch ist es zweifelhaft, ob wir aus der Sanktion der Nicht-Kooperation auf das Recht zum langjährigen *Freiheitsentzug* schließen können. Zwar lässt sich die Freiheitsstrafe sehr wohl als langfristigen *Ausschluss* aus der Gemeinschaft der Freien begründen. Doch müssen wir dann die Frage beantworten können, was denn nun ge- 148

selbe, Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants, in: derselbe, *Recht – Moral – Ideologie*, 1981, 286 ff.

⁶⁰ Die Idee des gegenseitigen Freiheitsverzichtes ist etwa auch bei Beccaria zu finden (Beccaria, Cesare, *Verbrechen und Strafe* (Dei delitti e delle pene, 1764), deutsche Übersetzung von Wilhelm Alff, 1966, 51: Gesetze seien die „Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine infolge der Ungewissheit ihrer Bewahrung unnütz gewordene Freiheit zu genießen. Sie opferten davon einen Teil, um des Restes in Sicherheit und Ruhe sich zu erfreuen“. Der Rechtswissenschaft in Erinnerung gerufen von Deimling, Gerhard, *Kriminalprävention und Sozialkritik* im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafe“, in: Hirsch, Hans Joachim/Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, 51 ff., 52.

Eine „liberale Konzeption der Gleichheit“ entwickelt auch Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte ernst genommen* (Taking rights seriously, 1979), 1984, vgl. insbesondere 439, siehe auch die Besprechung von Brugger, Winfried, *Rezension*, ARSP 71 (1989), 279 ff.

Siehe auch Hoerster, Detlef, *Die Wirklichkeit der Freiheit*, ARSP 75 (1989), 145 ff. mit dem Schlusssatz, aaO 160: („Freiheit ist dadurch diskursiv einlösbar, indem jedes empirische Subjekt sich mit seinen Interessen und Bedürfnissen in einem bestehenden Normgefüge zur Geltung bringt. Auf der Basis so verstandener Freiheit können Normen intersubjektive Anerkennung finden.“).

⁶¹ Zur Entwicklung der Idee der Gleichheit und Gegenseitigkeit in der Neuzeit: Hobbes, Thomas, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (1651), herausgegeben und eingeleitet von Fetcher, Iring (1966), übersetzt von Euchner, Walter; Neuausgabe 1984; Locke, John, *Zwei Abhandlungen über die Regierung* (Two Treatises of government, 1690), Euchner, Walter (Hrsg.); Abendroth, Wolfgang/Flechtheim, Ossip K./Fetcher, Iring (Hrsg.), *Politische Texte*, 1969, 201 („Evident, vernünftig“).

Höffe, Otfried, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, 132, sieht einen engen Zusammenhang zwischen Hobbes zweitem natürlichem Gesetz mit dem Gedanken der Wechselseitigkeit und Gleichheit einerseits und Kants Kriterium der allgemeinen Gesetzmäßigkeit andererseits. So setze zwar Hobbes zunächst beim Verlangen nach Selbsterhaltung und Glück an. Im zweiten Teil des natürlichen Gesetzes spreche er dann allerdings nur noch von Freiheit (*Leviathan*, Kapitel 14).

schehen solle, wenn der Mörder, Räuber oder Dieb uns erneut seine Kooperation anbietet und erklärt, er wolle nach Kräften den Schaden gutmachen, werde auch künftig niemals mehr nehmen, ohne zu geben.

- 149 Damit zusammen hängt das Problem der *Freiwilligkeit*. Den Marktregeln kann man sich noch „freiwillig“ unterwerfen. Man hat ja die Möglichkeit, seinerseits durch Vorleistung den anderen zu einem Geschäft zu bewegen. Doch kann und wird niemand „freiwillig“ auf 10 oder 15 Jahre seines Lebens in der Gemeinschaft verzichten, und zwar auch nicht dann nicht, wenn dies vorher gesetzlich bestimmt gewesen ist und er darum wusste. Bei einem wirklichen „Lebenslang“ ist die Idee des gegenseitigen Freiheitsverzichts durch gegenseitigen Freiheitsgewinn sogar ad absurdum geführt. Denn sie bedeutet lebenslangen Freiheitsentzug. Die Erklärung, der Mörder habe das Lebenslang ja selbst bewirkt, weil er in Kenntnis der Rechtsfolge sein Opfer getötet habe, ist idealistisch. Dem Strafrechtler liegt es auf der Zunge, zu sagen: eine solche Verfügung über das eigene Leben müsste uns als „sittenwidrig“ gelten und rechtsunwirksam sein (vgl. §§ 216, 226 a, StGB).
- 150 Auch ansonsten bereitet uns das Idealbild des *Marktes* dann Probleme, wenn wir Arbeitsteilung als professionalisierte Arbeitsteilung betrachten *und* unser ganzes *Leben* darauf eingerichtet haben, voneinander abhängig zu sein. Die Tauschgerechtigkeit des Marktes hat *kurzfristige* Geschäfte im Blick und geht davon aus, dass es genügend Anbieter und Abnehmer gibt, wir also unsere Partner „frei“ wählen können. Eine Gemeinschaft wie die Familie, das Dorf, das Land, können wir nicht wählen, in sie werden wir *hineingeboren* und von ihr „sozialisiert“. Die Tauschgerechtigkeit verlangt nur eine einfache Kommunikation, sie setzt nicht einmal Sprache voraus. Sie unterstellt nur ähnliche, allgemeinemenschliche Bedürfnisse.
- 151 Nur: Die Kritik an einem Denkmodell ist einfach. Aber ein schwächliches ist besser als gar keines. Und: Ein Einfaches ist einem wortreichen „sowohl als auch“ oder einem „wenn, dann“ oder aber einem schlichten fordern von guten Taten überlegen. Also bleiben wir beim „do ut des“ als Form der wechselseitigen Gerechtigkeit.

VII. Gerechtigkeit und Barmherzigkeit, soziale Gerechtigkeit

1. Schon seit *Aristoteles*⁶² und mit *Thomas von Aquin*⁶³ nennen wir 152 stets neben der *gegenseitigen (kommutativen)* Gerechtigkeit die *austeilende* oder *distributive* Gerechtigkeit.

Ziel der austeilenden Gerechtigkeit ist es, Gleichheit zu schaffen, indem jeder an allgemeinen Gütern teilhaben kann. Lasten und Vorteile sind gerecht zu verteilen. Die austeilende Gerechtigkeit nimmt also den Blickwinkel der *Gemeinschaft* ein. Es ist die „soziale“ Gerechtigkeit. Rechtswissenschaftlich betrachtet verlangt sie nach einem „*Öffentlichen* Recht“.

Der Gedanke der austeilenden Gerechtigkeit verbirgt sich auch im 153 Satz „*sum cuique tribuere*“, und zwar dann, wenn wir „*tribuere*“ im Sinne von zuteilen, und nicht als gewähren begreifen. Dann ist das Seine dasjenige, worauf ein jeder einen *Anspruch* hat und nicht das, was er bereits als Recht besitzt. Allerdings setzt die allgemeine Verteilung von Gütern voraus, dass die *Allgemeinheit* Güter zu verteilen hat. Sie muss also Abgaben einfordern oder eigene Rechte, etwa an Grundeigentum und sonstigen Werten, in Anspruch nehmen.

Damit entsteht ein *Spannungsverhältnis* zwischen der austeilenden Gerechtigkeit im Sinne des *Gemeinwohls* und der *individuellen* Tauschgerechtigkeit zwischen den Einzelnen.

In Grenzfällen ist eine Entscheidung erforderlich: Entweder für die 154 Gemeinschaft *oder* aber für den Einzelnen. *Kindhäuser* etwa stellt ausdrücklich die *justitia commutativa* in den Vordergrund. Sie sei die primäre Gerechtigkeit. Er setzt sich damit ausdrücklich von *Rawls* ab⁶⁴, der seinen „Gerechtigkeitsutilitarismus“ letztlich am Wunsch festmacht, das Glück möglichst *vieler* zu gewährleisten.

⁶² Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 5. Buch, 5. – 7. Kap. (1130 b / 1131 a); Thomas v. Aquin, *Summa theologica*, Buch II. 2.; Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, 57. 1 ff.; vgl. etwa auch Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2. Aufl. 1962, 11, Fn. 1.

⁶³ Thomas v. Aquin, Buch II. 2., 58. 6.

⁶⁴ Kindhäuser, Urs, *Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in: Lüderssen, Klaus/Nestler-Tremel, Cornelius/Weigend, Ewa (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, 29 ff., 35 unter Hinweis auf Rawls, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice)*, 1971), 1975 (ohne Seite) sowie unter Hinweis auf Kindhäuser, Urs, *Gefähr-*

- 155 2. Auf die sozialen *Grenzen* der schlichten Tauschgerechtigkeit weist auch der (alte) Satz „fiat iustitia pereat mundus“ (Würde Gerechtigkeit geschehen, würde die Welt vergehen)⁶⁵ hin. Oder mit *Nietzsche*, an den der Rechtsphilosoph *Höffe* erinnert, der *Kant'sche* „kategorische Imperativ rieche nach Grausamkeit“⁶⁶. Oder mit *Thomas von Aquin*: „Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist grausam; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter des Chaos“. Recht und Gnade oder aber auch Recht und Billigkeit gehören zusammen⁶⁷.
- 156 Die Gerechtigkeit im Sinne der Tauschgerechtigkeit ist eine abstrakte Gerechtigkeit. Die klassische Gerechtigkeit setzt voraus, dass sich (gleichberechtigte) *Partner* gegenüberstehen. Sie berücksichtigen also nicht die Besonderheiten des Einzelfalls mit, also die *Einzelfallgerechtigkeit*. Doch besteht nur dann, wenn *besondere* Umstände dazu Anlass geben, der Grund, von der strengen Gleichheit und Gegenseitigkeit abzuweichen.
- 157 3. Es ist also die „*Brüderlichkeit*“, die die anderen beiden Verfassungsgrundsätze der Freiheit und Gleichheit ergänzt.

Kurz: Jedes einzelne Tauschgeschäft von zunächst gleichberechtigten Partnern steht dann unter dem Vorbehalt, dass nicht eine der beiden Seiten in *Not* verfällt (*clausula rebus sic stantibus*).

dung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, 325 ff.

⁶⁵ Vgl. Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 273 f. sowie Schäfer, Helmut M., Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989, 62 f.; zum Stichwort Recht und Gnade etwa auch Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 133, Pg. 282, sowie auch Hattenhauer, Hans, Die Begnadigung im Spiegel der Legende, ZStW 78 (1966), 184 ff., besonders 192 ff. Zur Verwandtschaft von Gnade und Billigkeit siehe auch Ihering, Rudolf von, Der Zweck im Recht, I., 6. – 8. Aufl. 1923, 331 ff., sowie Grewe, Wilhelm, Gnade und Recht, 1936, 1 ff. unter Hinweis auf die Kritik von Kant an der Gnade (nicht aber an der Billigkeit), als das „schlüpfrigste.... unter allen Rechten des Souveräns“ (Metaphysik der Sitten, 1797, A 205, B 235). Siehe auch Kaufmann, Arthur, Recht und Gnade in der Literatur, 1991 (von Sophokles bis Kafka, von Hartmann von Aue bis Thomas Mann), u.a. mit Hinweis auf die „weiblichen Züge der Gnade“ (aaO 8) sowie deren metaphysischen Charakter (11 ff.), zur Gegenfigur des Michael Kohlhaas auch 28.

⁶⁶ Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, 239 unter Hinweis auf Nietzsche, Friedrich, Zur Genealogie der Moral, in: Schlechta, Karl (Hrsg.), Friedrich Nietzsche. Werke in drei Bänden, Band 2, 8. Aufl. 1977, 2. Teil, Abs. 6.

⁶⁷ Zur Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit siehe auch Schäfer, aaO 65 unter Hinweis auf Radbruch, aaO 127; Sauer, Wilhelm, Die Gerechtigkeit, 1959, 137, sowie auf Aristoteles: Nikomachische Ethik, V. 14 (1137 b).

4. Für das *Strafrecht* bedeutet dies aber:

158

Erstens: Einen „Bruder“ sperrt man nicht jahrelang ein, es sei denn, man ist selbst in höchster Not. Mit der Brüderlichkeit können wir deshalb – erstens – nur aber immerhin, die Strafaussetzung zur Bewährung, die bedingte Entlassung, Vollzugslockerungen, kurz, die „humanen“ Elemente der Strafrechtsfolgen begründen.

Zweitens: Wenn der Bruder sich vom Bruder bedroht sieht, also in einer Notlage ist, geben wir dem Bedrohten nur die Notrechte, also dasjenige der Notwehr oder aber des rechtfertigenden Notstandes. Das heißt, nur bei einem *gegenwärtigen* Angriff oder bei akuter Wiederholungsgefahr⁶⁸ darf er sich wehren.

Mit der Brüderlichkeit können wir also das Prinzip der Gegenseitigkeit ergänzen, den langfristigen Freiheitsentzug aber nicht begründen.

VIII. Die soziologisch-politologische Fragestellung und Lösung des „Gefangenendilemmas“

1. Der Politologe *Axelrod* hat dasselbe Problem in einen Fall gekleidet, den wir als das sogenannte Gefangenendilemma kennen. 159

Der – leicht modifizierte – Ausgangsfall⁶⁹ des Gefangenendilemmas ist eine Kronzeugensituation: Zwei Landstreicher haben gemeinsam einen schweren Raub begangen. Seinetwegen kann jeder Einzelne jedoch nur mit Hilfe der Aussage des Anderen überführt werden. Beide werden einzeln vernommen. Jeder von ihnen steht nun vor dem *Dilemma*, entweder zu gestehen oder nicht zu gestehen, und zwar mit folgenden Konsequenzen: Gestehen beide, erhalten beide eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren. Gestehen beide nicht, so kann das Gericht sie nur wegen Landstreicherei zu einem Jahr verurteilen. Tritt einer jedoch als Kronzeuge gegen den anderen auf, geht er selbst straffrei aus.

⁶⁸ Siehe insoweit etwa den Spanner-Fall, BGH NJW 1979, 2053.

⁶⁹ Auf diese Ursprungsvariante weist – in der deutschen Rezeption dieses Problems – etwa Trapp, Rainer W. („Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988, 224 ff.) hin.

Am vernünftigsten erscheint die *Kooperation*⁷⁰: beide schweigen und erhalten lediglich ein Jahr Freiheitsentzug.

- 160 *Axelrod*⁷¹ hat einen Wettbewerb ausgeschrieben, in dem er aufforderte, Computerprogramme zur Lösung dieses Dilemmas einzureichen. Für jede der Alternativen gab es mehr oder weniger Punkte. Die zu entwickelnden Programme spielten *mehrfach* gegeneinander. Voraussetzung war also die „*Wiederholbarkeit*“ der Situation. Gewonnen hat das schlichte System des „Tit for Tat“ (englisch für: „Geben und Nehmen“), das der Mathematiker *Rapoport* unter diesem Begriff eingereicht hat⁷².
- 161 2. Das „Tit for Tat“ ist nichts anderes, als die Strategie des „Wie Du mir, so ich Dir“, die „goldene Regel“. Sie ist allerdings um einen Umstand zu ergänzen: Der nach ihr Handelnde entscheidet sich *eingangs* stets für das *Kooperationsmodell*. Er beginnt freundlich. Er will offenbar die Kooperation. Er verfährt nach der goldenen Regel: „do ut des“ (Ich gebe, damit Du gibst). Er leistet *einmal* vor. Aber anschließend *reagiert* er nur noch: Er *belohnt* die vorhergehende Kooperation mit nachfolgender Kooperation. Verrät der andere ihn, so *rächt* er sich anschließend. Er erklärt: Gibst Du nicht, dann geben ich auch nicht. Aber *nachtragend* ist er nicht. Erneutes kooperatives Verhalten be-

⁷⁰ Auf das deutsche Rechtssystem übertragen könnten die drei Rechtsfolgen lauten: Raub mit Todesfolge (Regelmindeststrafe 10 Jahre), Körperverletzung mit Todesfolge (Regelmindeststrafe 3 Jahre), fahrlässige Tötung (ohne erhöhte Mindeststrafe Höchstmaß 5 Jahre), in Verbindung mit der Tätigkeit in einer terroristischen Vereinigung (§ 129 a StGB) und der sogenannten Kronzeugenregelung (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989, Art. 4) sowie den Möglichkeiten, die ein Geständnis für die 2/3-Verbüßung und den gelockerten Strafvollzug eröffnet.

⁷¹ Axelrod, Robert, Die Evolution der Kooperation (The Evolution of Cooperation, 1984), 1987, 99 ff.; siehe zudem Koller, Peter, Zur Soziologie der Vergeltung, Manuskripte, Zeitschrift für Literatur 98 (1987), 44 ff., 48 ff., unter Hinweis auf: Rapoport, Anatol /Chammah, Albert M., Prisoner's Dilemma. A Study in Conflict and Cooperation, 1965; Davis, Morton D., Spieltheorie für Nicht-Mathematiker 1972, 104 ff.; Ullmann-Margalit, Edna, The Emergence of Norms, 1977, 18 ff., sowie auf Taylor, Michael, Anarchy and Cooperation, 1976, 28 ff.

⁷² In der deutschen Diskussion aufgegriffen, nicht nur von Koller, aaO und Trapp, aaO sowie von Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, u.a. 294; siehe auch Gründel, Johannes, Warum und zu welchem Ende strafen wir? Kriminalität, Schuld und Strafe aus der Sicht eines katholischen Theologen, in: Schöch, Heinz (Hrsg.), Strafe: Tor zur Versöhnung, Hofgeismarer Protokolle 224, 1988, 21 ff., 33. sowie Kindhäuser, Urs, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, 154 ff. unter Hinweis auf Höffe, Otfried, Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987, 419 ff. (Kindhäuser geht allerdings nur von der „single shot-Situation“ aus, also dem einmaligen Entscheidungszwang, dazu gleich).

antwortet er ebenso. Auch hält er dann an der Kooperation solange fest, wie der andere bereit ist, sich auf diese Kooperation einzulassen. Er ist also auch zu dauerhaftem *Frieden* bereit.

Aus menschlicher Sicht würden wir sagen, derjenige, der zunächst 162 einmal die Kooperation anbietet. Er geht vom „guten Menschen“ aus⁷³. Außerdem ist sein Verhalten dann, wenn er sich anschließend streng an die Regel des „wie Du mir, so ich Dir“ hält, (äußerst) *berechenbar*. Er schafft also Vertrauen in sein künftiges Verhalten⁷⁴. Mehr noch: Er verlockt den anderen zu einem Angebot, denn er ist nicht nachtragend.

Menschliche Sichtweisen wie belohnen, sich rächen, aber dabei nicht 163 nachtragend zu sein oder berechenbar sein zu wollen, um Vertrauen zu schaffen, sind für Computerprogramme ohne Bedeutung. Ihr Wettkampf dient dem Ziel, auf die Dauer möglichst viele Vorteile auf dem eigenen Konto verbuchen zu können. Er geschieht beim Programm des „Tit for Tat“ im Sinne eines ständigen blinden Reagierens. Nur ein Vorverhalten wird gespeichert.

Der *Strafrechtler* wird feststellen, dass die Strafe der Nicht- 164 Kooperation aus dem Blickwinkel der Gesamtabrechnung von Verrat und nachfolgendem Strafen dazu führt, dass dem Verräter sein Vorteil verlustig geht. Er muss ihn aufgeben, um dann wiederum die nachfolgende Kooperation einfordern zu können. Bei der Gesamtabrechnung von Nichtkooperation des Verräters und Nichtkooperation des Straffenden handelt es sich also um *Schadenersatz*. Aus der „Strafe“ wird Wiedergutmachung.

⁷³ Zur Vermutung, dass vom Menschen eigentlich nur Gutes anzunehmen sei (im Zusammenhang mit der Deutung der Unschuldsumutung) auch Bohnert, Joachim, Die Abschlußentscheidung des Staatsanwaltes, 1992, 245 unter Hinweis auf die „praesumptio boni viri“, rechtsvergleichend und historisch: Köster, Rolf-Jürgen, Die Rechtsvermutung der Unschuld, 1979, 101 ff.

Zum Verhältnis von Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht siehe auch Dencker, Friedrich, Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld. Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung, in: Artikelgesetz. Gemeinsame Veranstaltung 19.3.1988 Bonn; Schriftenreihe der Strafverteidiger-Vereinigung, 1988, 46 ff., u.a. 47 ff.: Beim Bürgerstrafrecht werde der Täter bis zum Beweis des Gegenteils nicht als potentielle Gefahrenquelle gesehen, sondern als „zum Guten, zum Recht“ fähiges „Wesen“, aaO. 49, mit der Trennung zwischen Bürgerstrafrecht als das Strafrecht der potentiell Guten und dem Feindesstrafrecht als der vermutlich Schlechten.

⁷⁴ Für die Lage zweier Menschen in der Situation eines Gefangenen-dilemmas weist z.B. Koller zu Recht darauf hin, dass sie genötigt sind, das „Vertrauen“ des anderen zu gewinnen, Koller, aaO 50; vgl. aber auch Snidal, Duncan, Coordination versus and Prisoner's Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes, The American Political Science Review, 1985, 923 ff., 926 ff.

- 165 3. Dem Politologen geht es allerdings nur darum, Schlüsse auf das Verhalten von *Staaten* untereinander zu ziehen. In der Tat ist im *Völkerrecht* das Prinzip der Gegenseitigkeit als ein eherner Grundsatz bekannt⁷⁵. Er gilt damit in einem Recht, das ohne eine das Recht durchsetzende Macht auskommen muss. Ein *Gewaltmonopol* gibt es nicht (auch wenn die „Vereinten Nationen“ dazu Ansätze zeigen, und es auch einen Internationale Gerichtshof, in Den Haag, gibt).
- 166 4. Im Übrigen spricht viel dafür, das Prinzip des „Tit for Tat“ mit dem Soziobiologen *Masters* auf die *Evolution* von Lebewesen zu übertragen⁷⁶. Es geht um das Überleben nach dem Prinzip des *Trial and Error*, also des *Versuchs* und *Irrtums*. Zwar ist der fehlgeschlagene Versuch, also der Irrtum, für das *einzelne* Individuum einer Art tödlich, doch für das Verhältnis einer *Art* zu einer anderen Art, die sich im selben Lebensraum befindet, auf *Dauer* – offenbar – von Vorteil. Es ist, langfristig angewendet, jedem noch so trickreichen anderen Überlebensmodell überlegen. Die Kooperation ist also langfristig von gemeinsamem Vorteil. Dass *Lebewesen* diese Regel entdeckt haben, ist also aufgrund des Prinzips des Überlebens des Besseren zwingend.

⁷⁵ Weber, Hermann/Wedel, Henning v., Grundkurs Völkerrecht. Das internationale Recht des Friedens und der Friedenssicherung, 1977, 71; Wengler, Wilhelm; Völkerrecht. Band I. Erster und zweiter Teil, 1964, 837-839; W. Heintschel v. Heinegg in Ipsen, Knut, Völkerrecht. Ein Studienbuch, 3. Aufl. 1990, § 3 Rn. 11; Münch, Ingo von, Völkerrecht (Ohne Internationale Organisationen und Kriegsvölkerrecht) in programmierter Form mit Vertiefungshinweisen, 2. Aufl. 1982, 353.

⁷⁶ So Masters, Roger D.: Evolutionsbiologie, politische Theorie und die Entstehung des Staates, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik; Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 54, 1983, 15 ff., 23 ff., mit ausdrücklichem Bezug auf die Kin-selection; zudem Alexander, Über die Interessen der Menschen und die Evolution von Lebensabläufen, aaO 129 ff., 166, unter Hinweis auf: Trivers, Robert, The evolution of reciprocal altruism. Quarterly Review of Biology, 46 (1971), 35 ff.; vgl. auch dens., Social Evolution, 1985.

Siehe zudem Vogel, Christian, Gibt es eine natürliche Moral? Oder: Wie widernatürlich ist unsere Ethik?, in: Meier, Heinrich (Hrsg.): Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 2. Aufl. 1989, 193 ff., 211; sowie Wickler, Wolfgang, Hat die Ethik einen evolutionären Ursprung?, in: Koslowski, Peter/Kreuzer, Philipp/Löw, Reinhard (Hrsg.), Die Verführung durch das Machbare, 1983, 125 ff.

Zur Spieltheorie und Evolution: Smith, John Maynard, Evolution and the Theory of Games, 1982.

5. Der Politologe *Snidal*⁷⁷ versucht, die Struktur der Alternativen zu 167
verfeinern. Er erweitert die Zweierbeziehung auf *mehrere* Akteure.
Seine Ergebnisse sind komplizierte Urteilsskalen (Grade der Vorzüge
verschiedenen Handelns) sowie ergänzende Kooperationsmodelle
zwischen mehreren Akteuren. Doch bleibt auch er auch letztlich beim
Ausgangsprogramm des „Tit for Tat“.

Die *Sozialpsychologen Spada* und *Ernst* haben das Gefangenendi- 168
lemma zur „Allmendeklemme“⁷⁸ erweitert: Sie betrachten die Situati-
on des Überweidens bzw. Überfischens von allgemein zugänglichen
und nutzbaren Weide- bzw. Fischgründen. Entwickelt haben sie ein
mit Computern berechenbares „Fishing Conflict Game“. Mit seiner
Hilfe stellen sie die Konsequenzen der „Motivation und Kognition der
Konfliktbeteiligten“ dar. Sie haben sogar Spielerpersönlichkeiten si-
mulierte, von denen sie meinen, dass sie auf den ersten Blick von Spie-
lern aus Fleisch und Blut nicht unterscheidbar seien (gute, böse,
dumme, kluge oder auch andere Spielercharaktere).

Die Kooperationsregel des „Tit for Tat“ ist auch, wie die Almende- 169
klemme andeutet, vor dem Hintergrund der sogenannten Chaosfor-
schung zu sehen. Ein spieltheoretisches Modell der *Chaosforschung*⁷⁹
lautet: Anfangs gibt es ein „geordnetes“ Verhältnis von Fressfischen
und Raubfischen in einem Teich. Dann verändern sich diese Verhält-
nisse, und zu prüfen ist, welche Auswirkungen eintreten. Die Regel
der Almendeklemme in der Fischteichvariante ist offenkundig: Bei
einem Übermaß an Raubfischen wird der Bestand der Fressfische ver-
ringert. Daraufhin muss sich zwangsläufig der Bestand der Raubfische
verändern. Doch ist festzustellen, dass sich bei *geringfügigen* Eingrif-
fen in den Bestand der Raub- bzw. auch der Fressfische später wieder
ein Gleichgewicht ergibt. Hingegen kann bei größeren Eingriffen der

⁷⁷ Snidal, Duncan, Coordination versus and Prisoner`s Dilemma: Implications for Interna-
tional Cooperation and Regimes, *The American Political Science Review*, 1985, 923 ff.,
926 ff., unter Hinweis auf Keohane, Robert Owen, *After hegemony: Cooperation and dis-
cord in the world political economy* 1984; sowie auf: Hardin, Russell, *Collective action as
an agreeable and prisoner`s dilemma*, *Behavioral Science* 16 (1971), 472 ff.; ders., *Col-
lective action*, 1982.

⁷⁸ Spada, Ernst, *Farben in den Ausguß, Chemie auf den Müll? Der Mensch in der Allmende-
Klemme*, *Forschung, Mitteilungen der DFG*, Heft 3, 1990, 14 f.

⁷⁹ Zur Chaosforschung siehe zunächst allgemein Bestenreiner, Friedrich, *Der phantastische
Spiegel. Quanten, Quarks oder vom Trost, der aus der Formel kommt*, 1988, 152; Gleick,
James, *Chaos – Die Ordnung des Universums. Vorstoß in Grenzbereiche der modernen
Physik*, 1988, 20; sowie Kargl, Walter, *Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen
einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie; Schriften zum Strafrecht*, Heft 86, 1991,
u.a. 42 ff.; zudem etwa auch Cramer, Friedrich, *Chaos und Ordnung. Die komplexe
Struktur des Lebendigen*, 1988.

Umstand eintreten, dass die Verhältnisse sich „*chaotisch*“ entwickeln: ein Gleichgewicht nicht mehr zu erreichen ist. „Tit for Tat“ ist – demzufolge – eine Überlebensstrategie, die in geschlossenen Lebensräumen nur bei *kleineren* Eingriffen regulierend wirkt, und auch das Leben insgesamt macht nur einen Teil der körperlichen Welt aus. Nicht umsonst hat sich gerade für die Erforschung des Klimas der chaostheoretische Ansatz entwickelt, in dem es vorrangig um Vorzeichen des *Umkippens* in einen chaotischen Zustand geht. Ordnung, also auch Verlässlichkeit oder „Berechenbarkeit“, sind womöglich nur ein Teil, vielleicht sogar nur die *Ausnahme* des Gesamtzustandes der Dinge dieser Welt. Für die Entwicklung der Lebewesen ist Kooperation aber von herausragender Bedeutung. Auch hat sich das Leben immer nur in *kleinen* Schritten entwickelt⁸⁰.

- 170 Schließlich und nicht zuletzt kann das Prinzip des „Wie Du mir, so ich Dir“ auch niemals eine *feste* Weltformel sein. Denn, gesetzt den Fall, es gelte als solche, dann bliebe es entweder bei der anfänglichen Kooperation aller, Konflikte gäbe es nicht und niemand wäre „besser“ als andere. Oder: Bei einem konflikthaften Beginn gäbe es niemals eine Kooperation. Insofern ist der Grundsatz des „Wie du mir, so ich Dir“ nur als *Regel* zu denken. *Ausnahmen* sind nicht nur möglich, sondern *zwingend* erforderlich⁸¹.
- 171 Im Kleinen gilt auch, dass geordnetes Verhalten zur Berechenbarkeit des Einzelnen oder einer Gruppe führt. *Jakobs*⁸² erklärt in eben diesem Sinne: „konstanter Konsens, der nicht phasenweise durch zwingende Arrangements überbrückt werden muss, dürfte schon deshalb selten sein, weil er ein starkes Indiz für die *Lernunfähigkeit* „und deshalb auch zugleich und *evolutionsbiologisch betrachtet* die *Überlebensfähigkeit* der beteiligten Systeme ist“. Berechenbar zu sein, ist eben auch *gefährlich*. Deshalb ist die Welt der Lebewesen auch weitaus vielfälti-

⁸⁰ Vgl. hierzu aus dem Blickwinkel der Chaosforschung Cramer, Friedrich, Erkennen als Inhalt eines Forscherlebens, in: ders. (Hrsg.), Erkennen als geistiger und molekularer Prozeß, 1991, 205 ff., 221, unter Hinweis auf dens./Kaempfer, Wolfgang, Der Zeitbaum – Grundlegung einer allgemeinen Zeittheorie, 1990, 221 f.

⁸¹ Vgl. insofern auch das von Luhmann, Niklas (Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, 48) verwendete Begriffspaar Regel/Ausnahme, um über die Enttäuschung der Erwartung zum abweichenden Verhalten zu gelangen, und um zugleich darauf hinzuweisen, dass die harte Abweichung wenig konsistent und damit auch wahrscheinlich bleibt.

⁸² Jakobs, Zur Stabilität von Konsens, zur Stabilität durch Konsens, in: Hattenhauer, Hans/Kaltefleiter, Werner (Hrsg.), Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung, 1985, 30. Vgl. auch Trotha, Trutz von, Exzentrische Positionalität, Norm und Abweichung, sozialphilosophisch-soziologische Überlegungen über die Universalität von Norm und Abweichung, ARSP 64 (1978), 305 ff.

ger als zu ihrer Anfangszeit. Neben einfachen Strukturen haben sich immer auch und immer mehr hochkomplizierte „Akteure“ entwickelt. So gibt es zwar die „ewige“ Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ als *Idee* der vorteilhaften *Kooperation*. Nur, wer dann der Akteur ist, der Einzelne, der mit einem anderen Geschäfte abschließt, die Staaten im Verhältnis zueinander, die Arten von Lebewesen im Verhältnis zueinander und womöglich über weite Zeiträume, ist zumindest abhängig von der jeweiligen Abstraktionsebene – vorausgesetzt, die obengenannten Bedingungen sind einzuhalten.

6. Spielen *mehrere* Spieler dieses Spiel, so leuchtet es zunächst einmal ein, mit *Höffe*⁸³ u.a. zu erwägen, ob es sich nicht lohnt, anstatt ehrlicherweise zu kooperieren, zum „Trittbrettfahrer“ (also zum Parasit) zu werden, also schlicht ausnutzen zu sollen, dass andere miteinander kooperieren, nach dem Motto „Kooperation ist gut, Trittbrettfahren ist besser“. Damit gibt *Höffe* ein „schlaues“ Spielerprofil vor. Doch ist Trittbrettfahren *erstens* nur dort möglich, wo andere kooperieren, und *zweitens* werden auch sie alsbald gemeinsam in ihre Kooperation die *Abwehr* von Trittbrettfahrern mit einbeziehen (müssen). Als ein – *allein* – siegreiches Modell dürfte somit das Trittbrettfahren nicht gelten können. Es zeigt jedoch die Probleme auf, die mit dem Wechsel von zwei Partnern zur Kooperation vieler verbunden sind. Einige können auch diesen bequemen Weg gehen. 172

IX. Grenzen des Modells „Tit for Tat“

1. Gerade weil das Prinzip „Tit for Tat“ dem „Geben und Nehmen“, also einer Ausprägung der „goldenen Regel“ des „Wie Du mir, so ich Dir“ entspricht, lohnt es sich, dessen *Grenzen* näher zu umreißen: 173

2. Der Philosoph *Höffe*⁸⁴ macht bereits in Anlehnung an den Politologen *Axelrod* auf die Probleme aufmerksam, die mit der Anwendung des Grundsatzes „Tit for Tat“ *innerhalb* einer größeren (staatlichen) Gemeinschaft auftreten (können): Eine *kleine* Gruppe Kooperationsunwilliger könne sich auch gegen eine Mehrzahl von Kooperationswilligen durchsetzen. Deshalb seien „*zwangsbefugte* Sozialordnungen“ erforderlich. Die modernen Rechts- und Staatswesen hätten somit die Aufgabe, zumindest den „Rahmen für eine herrschaftsfreie 174

⁸³ Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, 287.

⁸⁴ Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990, 298.

Kooperation“ zu setzen, indem sie aggressive Kleingruppen abwehren bzw. nötigten, die für einen strukturell herrschaftsfreien Markt elementaren Randbedingungen anzuerkennen.

- 175 Mit anderen Worten verlangt er, dass das „Trittbrettfahren“ und ähnliches „abweichendes Verhalten“ mit „Zwang“ bekämpft wird, damit die „guten“ den freien Austausch im Übrigen betreiben können. Er will also den freien Markt der „Trittbrettfahrer“ mit Gewalt, heutzutage also mit *Strafandrohungen*, verbieten. Doch lässt sich diese Einschränkung mit dem Prinzip des „geben um zu nehmen“ eben nicht rechtfertigen. Durch Kooperationsverzicht können zwar Trittbrettfahrer ausgeschlossen werden, aber ein neues Kooperationsangebot ihrerseits müssen die Marktteilnehmer dann prüfen dürfen.
- 176 *Höffe* meint in Fortführung seines Ansatzes: Seien solche Rahmenbedingungen gegeben, so sei es auch möglich, vom *kleinlichen* „wie Du mir so ich Dir“ abzusehen. Die Rahmenbedingungen erlaubten vielmehr einen *längeren* Atem. Sie ließen „phasenverschobene Wechselseitigkeit“ zu, und zwar hin bis zu einem Tausch zwischen den *Generationen*.
- 177 Auch versagten herrschaftsfreie *Strategien* z.B. beim *Umweltschutz*. Wir lebten auf Kosten anderer Generationen oder aber auch auf Kosten schwächerer Nachbarstaaten⁸⁵. Für die Notwendigkeit von Herrschaft und gegen den Gesichtspunkt der herrschaftsfreien Tauschgerechtigkeit spräche auch, dass anderenfalls jeder Beteiligte dieselbe Macht besitzen müsse, deren Verteilung also streng *symmetrisch* sei. Insofern erinnere diese spieltheoretische Betrachtungsweise an die „ideale Kommunikations- bzw. Diskussionssituation“ im Sinne von *Apel*, *Habermas* oder auch in *Rawls* ursprünglicher Situation. *Höffe* hätte auch anfügen können, es handele sich um das alte Bild vom Sozialvertrag. Auch der Sozialvertrag sieht im Prinzip gleichberechtigte Partner vor. Nicht umsonst verweist *Höffe* dann auch auf *Hobbes*⁸⁶.
- 178 3. Die eigentlichen Voraussetzungen des Grundsatzes „Tit for Tat“ („do ut des“) scheinen wir zu übersehen, weil sie so einfach sind. Sie liegen darin, dass wir, wie selbstverständlich davon ausgehen, dass

⁸⁵ Höffe, aaO 304.

⁸⁶ Vgl. zu allem Höffe, aaO 300 ff.

a) die *Existenz* der Akteure unangetastet bleibt, seien sie nun Einzelpersonen oder soziale Einheiten, wie Staaten.

b) Mehr noch: Der Grundsatz des „Wie Du mir, so ich Dir“ setzt die *Handlungsfähigkeit* der Akteure voraus.

c) Das Gebot der *ewigen* Wiederholbarkeit kommt hinzu. Denn nur auf Dauer erweist sich das Prinzip des „Tit for Tat“ als das im Wettbewerb mit anderen Prinzipien überlegene.

d) Außerdem verlangt dieses Spiel nach Identität oder zumindest Vergleichbarkeit der *Interessen*. Der Fisch hat kein Interesse am Fahrrad.

Die Computerprogramme, die gegeneinander antreten, sind nicht in der Lage, die anderen „mit Gewalt“ zu zerstören. Dasselbe gilt für die Handlungsfähigkeit und Wiederholbarkeit desselben Vorganges und ebenso für die Interessen. Sie sind gleich oder doch vergleichbar. Es geht stets um Vorteile im Sinne von Punkten. So muss der Kronzeuge, der nicht freikommen will, wenigstens ein Interesse an einem Gegenwert haben, wie etwa an Geld für sich oder seine Angehörigen, an sozialer Anerkennung innerhalb der Vollzugsanstalt usw. 179

4. Deshalb ist die Strategie des „Tit for Tat“ für solche „sozialen Einheiten“ wichtig, deren Außenbeziehungen *einfach* sind (wegen der Interessenidentität) und sich häufig wiederholen, und (damit zusammenhängend) die als Einheit auch den Verrat des Partners zu „überleben“ vermögen: Die Großfamilie, die Sippe, der Clan von 30 bis 200 Mitgliedern muss ohnehin in der Lage sein, den *Tod* eines Mitglieds zu verkraften, sei es z.B. denjenigen durch Krankheit oder Unfall. Sie überlebt auch Blutrache, wenngleich auch geschwächt. Der Einzelne dagegen kann seinen Tod nicht überleben, um weiter zu spielen. 180

Bei dem Einzelnen, dem *Individuum*, scheidet die Anwendbarkeit des Grundsatzes „Tit for Tat“ also in all denjenigen Fällen, in denen es um *existentielle* Bedrohungen geht. Gefahren pflegen sich einmal zu realisieren. Die *Wiederholbarkeit* des Spiels ist dann eben nicht gewährleistet. Das gilt – wenngleich abgeschwächt – auch dann, wenn es sich um *Existenzgefährdungen* handelt, die „eher unwahrscheinlich“ erscheinen. 181

Brauchbar hingegen ist das Prinzip des „Tit for Tat“, also des „do ut des“, für den Einzelnen im *nichtexistentiellen* Bereich, also auf dem 182

Markt der Waren. Dort haben wir dann zwar mit dem Problem der Vergleichbarkeit zu kämpfen. Es gibt eben viele Interessen, aber es gibt auch viele Interessen, die gemeinsam sind oder aber in den Vorteil des „besseren Lebens“ umgerechnet werden können. Gleiche Interessen sind diejenigen, die das *Überleben* betreffen, also z.B. das tägliche Bedürfnis nach Nahrung.

- 183 5. Aus evolutionsbiologischer Sicht liegt es deshalb nahe, diesen Grundsatz – nur – für die Entwicklung der *Arten* von Lebewesen anzuwenden. Für den Wettbewerb einer Art von Lebewesen mit anderen (in einer relativ beständigen Umwelt) sind – für die Art – alle vorgenannten Voraussetzungen gegeben: Der Verlust eines *einzelnen* Individuums ist für die Art nicht existentiell bedeutsam. Sie ist fähig, den Wettbewerb weiterzuführen. Da es aus ihrem Blickwinkel auch um das schlichte „Überleben“ der Art mit mehr oder weniger Mitgliedern geht, zielt dieser Blickwinkel auch auf eine *schlichte* Alternative. Und: Die Arten stehen über *lange* Zeit im Wettbewerb. Zudem sind Arten noch *dauerhafter*, wenn man auf sich fortentwickelnde Arten (wie etwa die Vor- und Frühmenschen, bis hin zum heutigen Menschen) abstellt, oder gar noch den Wettbewerb zwischen noch *größeren Einheiten* betrachtet, wie etwa zwischen den „Säugetieren“ in der Konkurrenz zu den „Reptilien“ (etwa zu Zeiten der „Saurier“).
- 184 6. Der vorsichtige Gefangene oder derjenige, der bereits einmal verraten worden ist, muss sich deshalb darum bemühen, das Verhaltensmuster des anderen kennen zu lernen. Menschen sind dazu fähig. Ein Weg, das Verhalten des anderen zu „erproben“, besteht darin, mit ihm zunächst nur für geringerwertige Vorteile zusammenzuarbeiten. Er wird dann versuchen, die Vorteile der gemeinsamen Geschäfte zu steigern. Ein Weg dazu ist, sich wechselseitig, durch Arbeitsteilung oder ein sonstiges Unterpfand (Geisel) in die Hand des jeweils anderen zu begeben. Er greift zu „vertrauensbildenden Maßnahmen“. Erst dann wird er die – letztlich existentielle Entscheidung – für (oder gegen) die Kooperation treffen. Ebenso verhält sich im Übrigen auch die Allgemeinheit dem zu Freiheitsstrafe Verurteilten gegenüber. Seine bedingte Entlassung macht sie (in § 57 I StGB) unter anderem davon abhängig, dass „...verantwortet werden kann, zu erproben, ob der Verurteilte außerhalb des Vollzuges keine Straftaten mehr begehen wird...“.
- 185 Dennoch ist eine weitere Folgerung zu ziehen: Alle *einzelnen* Lebewesen sind auch *Mitglieder* einer größeren Gemeinschaft, etwa ihrer Art, Artenfamilie oder einer sonstigen länger existierenden sozialen

Einheit wie etwa eines *Volkes*, eines Stammes, Sippe usw. Sie haben also – stets – die *Anlage* in sich, das einfache „Spiel“ des besseren oder schlechteren Überlebens ihrer *Gemeinschaft*, ihrer Art usw. mit Hilfe des Grundsatzes „Tit for Tat“ *mitzuspielen*: Ihnen ist also die „*Aufopferung*“ für die Gemeinschaft im *Prinzip* eigen, wenngleich auch *nicht als Regel*. Und wie ernst oder nicht ernst ein jeder es mit der Aufopferung nimmt, zeigt sich im Kriege. Auch dort will jeder (eigentlich) überleben.

Abschließen ist also festzustellen, dass das Prinzip des „Tit for Tat“ 186 oder das „do ut des“ mit dem Ziel des gegenseitigen Freiheitsverzichtes zum beiderseitigen Freiheitsgewinn nur eine Regel ist. Die Ausnahme des „Trittbrettfahrens“ scheint – worüber im Einzelnen gewiss noch weiter nachzudenken wäre – zwingend zu sein. Es ist der alte Gedanke, dass das Verbrechen womöglich „natürlich“ ist⁸⁷. Wir werden und müssen es also bekämpfen. Nur, es gehört womöglich als Prinzip zum „Leben“. Hinzu kommt, dass die Ausnahmen von der Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ eben diejenigen des „abweichenden Verhaltens“ sind. Als Verrat kann sich eben das Verbrechen doch einmal lohnen.

Allerdings dauerhaft „gespielt“ spricht viel dafür, dass die Regel „siegte“, die (wenngleich mit zwingenden Ausnahmen) lautet: „*Wiedervergeltung*“ (mit anfänglichem Kooperationsangebot).

X. Folgerungen für die Freiheits- und die Geldstrafe

1. Wer Strafe, das heißt insbesondere die Freiheitsstrafe, mit der alten 187 Vergeltungs- bzw. auch sogenannten Gerechtigkeitstheorie begründet, greift auf das Prinzip des „wie Du mir, so ich Dir“ zurück und damit auch auf den Grundsatz „Tit for Tat“.

⁸⁷ Zur Natürlichkeit des Verbrechens siehe etwa Durkheim, Émile, Kriminalität als normales Phänomen, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, 3 ff., 8 Fn. 4; siehe dazu auch Hassemer, Winfried, in: Wassermann, Rudolf (Gesamthrg.), Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 (§§ 1 – 21), 1990, vor § 1 Rn. 57, der überdies auf die Fortführung Durkheims Thesen bei Coser, Lewis, Einige Funktionen abweichenden Verhaltens und normativer Flexibilität, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), aaO, 21, hinweist, sowie auf Mead, George H., The Psychology of Punitive Justice, American Journal of Sociology (AJS) 23 (1918), 577 ff. Durkheim (aaO 6), habe allerdings Hassemer, aaO Rn. 58 zufolge den Verbrecher idealisiert.

188 Doch ist aus den vorstehenden Erwägungen der folgende Schluss zu ziehen: Dieser Grundsatz gilt gewiss im Verhältnis zwischen größeren *sozialen Gruppen*, etwa zwischen Sippen und Clans untereinander oder innerhalb einer Großgemeinschaft zwischen Vereinigungen, wie etwa Gewerkschaften oder Unternehmern usw. (Und zwar selbst als „Blutrache“. Denn den Tod einzelner kann die Sippe, wenngleich geschwächt, verkraften.)

„Tit for Tat“ zwischen *einzelnen* Menschen ist die alte Strategie von Lob und Tadel. Es ist Zuckerbrot und Peitsche oder aber feinsinniger „Liebe und Liebesentzug“.

189 2. Bei der *Geldstrafe* ist der *Tadel* (der Schuldspruch) von weit erheblicher Bedeutung als das Opfer der Geldstrafe. Der Schuldspruch stellt eine „sozial-ethische Missbilligung“⁸⁸ des Verhaltens des Täters dar. Selbst bei der zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe liegt noch das Schwergewicht auf dem Schuldspruch. Eben deshalb ist es in diesem Bereich auch möglich, anstelle der Geldleistung die Auflage der Wiedergutmachung zu setzen, sie ist auch anstelle der Geldstrafe möglich (§ 59 a StGB). Das Gericht belässt es dann bei einer Verwarnung (unter Geldstrafenvorbehalt). Geldstrafe gilt uns deshalb auch als „Denkzettelstrafe“⁸⁹.

190 Die Geldstrafe umfasst heutzutage immerhin weit über 80 % der Verurteilungen. Bezieht man die darunter liegende Einstellung gegen eine Geldbuße (§ 153 a StGB) ebenso mit ein wie die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe (mit und ohne Auflagen), so geht es um den Bereich von mehr als 90 % der verhängten „Strafrechtsfolgen“.

191 Damit ist ein erfreuliches, weil positives, im einzelnen aber gewiss noch auszufeilendes Nebenergebnis erzielt: Die Sanktionen für leichtere und mittlere Kriminalität, Geldstrafe und Strafaussetzung zur Bewährung (mit dem Tadel des Schuldspruchs) sind als „gerecht“ im Sinne des Wiedervergeltungsprinzips anzusehen.

192 3. Einen solchen Denkzettelcharakter hat sogar auch die *Freiheitsstrafe*, und zwar dann, wenn sie an die *Allgemeinheit* gerichtet ist und de-

⁸⁸ Zu dieser Deutung der Schuld und des Schuldspruchs statt vieler Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1985, § 23 III 1., 359

⁸⁹ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, vorgelegt von Baumann, Jürgen u.a., 1966, 93.

ren „Rechtstreue“ erhalten soll. Es handelt sich um den altbekannten generalpräventiven Ansatz, einen Menschen zu bestrafen, damit die anderen „abgeschreckt“ werden. Einer, und zudem nur ein Straftäter wird geopfert, um die anderen zu mahnen doch die Regeln einzuhalten. Noch härter formuliert: Auf diesen einzelnen kann die (rechtstreue) Allgemeinheit, ohne sich selbst zu gefährden, – offenbar – verzichten.

Wenn die „Allgemeinheit“ jedoch vom *Menschenbild* des Art. 1 GG 193 ausgeht und auch den Mörder als Bürger (oder gar als „Bruder“) begreift, kann sie nicht mehr zur Begründung der längerfristigen, zu vollstreckenden Freiheitsstrafe auf dem Grundsatz des „wie Du mir, so ich Dir“ verweisen. Der Mörder kann gar nicht mehr lernen und weiterspielen. Er erleidet den „bürgerlichen Tod“⁹⁰.

4. Um erneut zu fragen: „worauf kommt es also an?“ Antwort: „Auf 194 den Blickwinkel“. Mit der Wiedervergeltung vermögen wir die Freiheitsstrafe zu begründen, wenn wir mit ihr die Rechtstreue der Allgemeinheit erhalten wollen. Für die Allgemeinheit ist es ein „Denkzettel“. Insofern ist die „Gerechtigkeitstheorie“ Magd des Utilitarismus im Sinne der Generalprävention. Individualethisch aber, dass heißt aus dem Blickwinkel des betroffenen Bürgers, ist die Freiheitsstrafe mit dem Prinzip der Wiedervergeltung (auch in seiner freundlicheren Form des „Tit for Tat“) *nicht* zu begründen.

Eine *Akademie* sollte einmal einen Preis auf die Beantwortung der 195 Frage aussetzen, ob es denn überhaupt möglich ist, die Freiheitsstrafe – aus dem Blickwinkel des betroffenen Bürgers – nicht etwa nur als zwingend und notwendig (oder hilflos und lateinisch: als „ultima ratio“⁹¹), sondern auch als „gerecht“ zu begreifen. Meine Antwort lautet

⁹⁰ Den bürgerlichen Tod als Straffolge gab es auch im badischen Landrecht von 1809 und im bayerischen Strafgesetzbuch von 1813, siehe dazu mit weiteren Nachweisen etwa Schröder, Jan, Stichwort „Rechtsfähigkeit“, in: Erler/Kaufmann, aaO, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 4, 1990, Spalte 291.

Code civile I, 1, Art. 25, z.B. „durch den bürgerlichen Tod verliert der Verurteilte das Eigentum an allem Vermögen, welches er besaß. Die Erbfolge wird zum Vorteile seiner Erben eröffnet...“; Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 596, erinnert daran. Hattenhauer, aaO 596 unter Hinweis auf den Kolosserbrief 2, 20 „Wer der Welt abstarb“, verlor auch seine Rechtsstellung in der Gesellschaft.

Dazu, dass der Eintritt in das Kloster mit dem „bürgerlichen Tod“, der meist strafrechtlich verhängt wurde, zumindest vergleichbar war als sogenannter Klostertod siehe etwa auch Paulus, Christoph, Ein Plädoyer für unscheinbare Normen, JuS 1994, 367 ff., 367 (zur Bedeutung der Rechtsfähigkeit gem. § 1 BGB).

⁹¹ Zum ultima-ratio-Charakter vgl. z.B. BVerG 39,1 Leitsatz sowie etwa auch 47 statt vieler etwa auch: Naucke, Wolfgang, Strafrecht. Eine Einführung, 7. Aufl. 1995, 39 „... ein

– derzeit – : „Nein“. Deshalb gilt weiterhin für den Strafrichter, mehr als für jeden anderen Richter: Nur wer ein schlechtes Gewissen hat, ist ein guter Richter.

B. Strafzeit: Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen

I. Historische Strafraumen

1. Dass bis heute keine umfassende Überprüfung der Strafraumen 200
stattgefunden habe, rügen seit Jahren diejenigen, die sich intensiver
mit dem deutschen Sanktionenrecht beschäftigen¹. Kritisch äußern
sich *Streng*², *Frisch*³ und *Giering*⁴ zu den „justizgeographischen Ei-
genheiten“⁵ der Strafzumessung. Vonnöten sei Strafgleichheit. Sie sei
durch engere Strafraumen, insbesondere durch Reduzierung der Straf-
rahmenobergrenze zu erzielen.

*Zipf*⁶ verweist zudem auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheits- 201
grundsatz (im Sinne der Formel „keine Strafe ohne Gesetz“, Art 103
Abs. 2 GG, § 1 dStGB): Der Gesetzgeber habe auch die Rechtsfolgen-
seite der Straftaten, also die Strafen (näher) zu bestimmen. Die heuti-
gen Strafraumen spiegelten nicht die wirkliche Bewertung der Sozial-
schädlichkeit des pönalisierten Verhaltens wider. Sie stellten einen
historisch bedingten Wildwuchs mit in der Regel viel zu weiten „Ein-

¹ Zipf Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1980, § 10 Rn. 202. Bei allen Reformschritten im Besonderen Teil müsse man der Gestaltung der Strafraumen mehr Aufmerksamkeit als bisher widmen; zum Vorhaben, die Strafraumen zu harmonisieren, vgl. ZRP-Gesetzgebungsreport, ZRP 1994, 376. Dazu, dass die Harmonisierung der Strafraumen allseits unumstritten sei und die Strafschärfungen bei den §§ 223 bis 225 d StGB der erste Schritt, siehe auch König/Seitz Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, NSTZ 1995, 1 ff.

² Streng Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung, 1984, 6 ff.

³ Frisch Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin, Teil I und II, ZStW 99 (1987) 349 ff., 751 ff., 799 mit der Forderung einer Erarbeitung normativer Orientierungsmodelle, zur Überprüfung, inwieweit die oberen Bereiche des Strafraumens realistisch seien. Um den Tatrichter nicht mit utopischen Schwerekalen zu verunsichern, sollte ein realistisches Höchstmaß formuliert und der Gesetzgeber zur „Flurbereinigung“ gemahnt werden.

⁴ Giering Ungleichheiten der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre – Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.) Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, 1989, 77 f., 117.

⁵ Zur „seltsamen Justizgeographie“ vgl Tröndle Das Problem der Strafzumessungsempfehlungen. Wider ihre Gegner – Für ihre Kritiker, Blutalkohol 8 (1971) 73 ff., 74; vgl auch aus der Kriminologie: Albrecht Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen. Unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems. Die Geldstrafe im System der strafrechtlichen Sanktionen, 1980, 88, 90, 206 f; Schöch Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung der Trunkenheit im Verkehr, 1973, 112.

⁶ Zipf (Fn. 1) § 5 Rn. 99.

heitsstrafrahmen“ dar⁷. Zu den einzelnen Strafrahmen als „rechtshistorisches Phänomen“ erklärt denn auch *Bruns*, warum ein bestimmter Tatbestand so und nicht anders bewertet worden sei, lasse sich nachträglich meist nicht mehr feststellen, jedenfalls nicht mit „empirischem Erfahrungsmaterial“ belegen⁸.

202 2. *Hettinger*⁹ hat sich näher mit der Frage beschäftigt, wie denn unsere heutigen Strafrahmen entstanden sind – wenngleich im Hinblick auf die „minderschweren Fälle“. Mit dieser Generalklausel ermögliche es der Gesetzgeber dem Richter, die festgelegten erhöhten Mindeststrafen (ausnahmsweise) zu unterschreiten. *Hettingers* eigentliches Anliegen, die Rechtsprechung zu den „minderschweren Fällen“ von dem Vorwurf eines Produktes freier, selbstherrlicher „Rechtsschöpfung“ zu befreien und zu klären, ob sie nicht den Versuch darstellen, Vorstellungen umzusetzen, die den Gesetzgeber bei Schaffung der einschlägigen Regelungen geleitet hätten, habe die Genese der heutigen minder schweren Fälle nicht zu bestätigen vermocht¹⁰. Mit der wesentlichen Kehrtwendung des Überganges von den verschiedenen Freiheitsstrafenarten zur sogenannten „Einheitsstrafe“ habe sich der Gesetzgeber im Zuge der Strafrechtsreform, angesichts der drängenden Zeit, zur Radikallösung der „Überleitung von Freiheitsstrafdrohungen“¹¹ entschlossen. Mit ihr habe der Gesetzgeber das vorher bestehende differenzierte Bewertungsgefüge völlig vernichtet. Indem er „Zuchthaus“ und „Gefängnis“ einfach strich, aber die dazugehörigen Strafrahmen soweit als möglich bestehen ließ¹², habe er

⁷ Zipf (Fn. 1) § 10 Rn. 202 verweist als Beispiel auf die Urkundenfälschung nach § 267 dStGB, bei der in besonders schweren Fälle jede Strafgröße von 5 Tagessätzen bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe möglich ist; vgl. auch Streng *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, 1991, 164, welcher zudem auf den von 10,- DM Geldstrafe bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmen des Diebstahls in § 243 Abs 1 Satz 1 dStGB verweist. Hier suche man die (Vor-)Wertung der Strafwürdigkeit durch den Gesetzgeber nahezu vergeblich.

Zur „Überalterung von Strafrahmen“ vgl. auch Köhler *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung – erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983, 56, welcher in der faktischen Möglichkeit gesetzgeberischer Untätigkeit indes auch die Frage nach einer sekundären Legitimation von Bewertungsänderungen im Gesamtprozeß der Strafrechtsanwendung aufgeworfen sieht.

⁸ *Bruns* *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., 1974, 76; ders. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*, 1967, 56.

⁹ *Hettinger* *Über den Begriff der minderschweren Fälle – ein Beitrag zu ihrer Entstehungsgeschichte*, in: Wolter (Hrsg.) *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, 1993, 77 ff., 85 ff.

¹⁰ *Hettinger* (Fn. 9) 109.

¹¹ ProtSondA V, 127. Sitzung, 2587 ff., 2592, Anlage 2, § b.

¹² Als Beispiel verweist *Hettinger* (Fn. 9) 105 auf den Raub: „Hatte bspw § 249 Abs 1 dStGB bisher Zuchthaus von einem bis zu fünfzehn Jahren und § 249 Abs 2 dStGB beim Vorhandensein mildernder Umstände Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren

sehenden Auges das bisherige Wertefühl zerstört¹³. Rein formal habe ein „unsinniger Inhalt“ herauskommen müssen, wenn man bisher vorgesehene verschiedenartige Freiheitsstrafen, die auch ein unterschiedliches Unwerturteil enthielten¹⁴, bei wahlweiser Androhung zu einer einheitlichen Strafdrohung verschmelze.

*Hettinger*¹⁵ meint, die Strafen und Strafraumen seien einmal stimmig 203 gewesen, und zwar als das Strafgesetzbuch noch die unterschiedlichen Straforten Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft (Einschließung), Haft und Geldstrafe kannte. Erst mit der Einführung der „Einheitsfreiheitsstrafe“ und infolge des „eigentlich kaum glaublichen“¹⁶ Vorgehens bei der Überleitung der Strafdrohungen sowie den (hierdurch und auch später entstandenen) Strafmaßüberlappungen größten Ausmaßes sei auch die Rechtsprechung zu den minderschweren Fällen nicht mehr zu halten gewesen. Der Bundesgerichtshof habe deshalb in diesem Bereich zwar manches anders, aber nur wenig besser machen können: Was der Gesetzgeber ihm vorgegeben habe, sei kein in sich stimmiges Modell, sondern ein „Scherbenhaufen“¹⁷. Die vorhandenen Fragmente seien zu klein, zu unterschiedlich und gehörten nicht nur verschiedenen Zeiten, sondern auch verschiedenen Modellen an.

3. Dem steht einmal entgegen, dass die „Einheitsfreiheitsstrafe“ keine 204 Erfindung der großen „Strafrechtsreformatoren“ ist. Zuchthaus und Gefängnis, die alten Hauptfreiheitsstrafen des dStGB von 1871 (und seiner Vorgänger) galten als bloße Etiketten für dasselbe: den Freiheitsentzug, und zwar im Wesentlichen in derselben Anstalt und in ähnlicher Weise vollzogen. Überdies standen seit jeher Zuchthaus und

vorgesehen, so wurde nun im Wege der ‚Überleitung‘ daraus das, was heute in § 249 dStGB steht!“

¹³ Hettinger (Fn. 9) 105 ff.

¹⁴ Corves (BMJ) ProtSondA V, 128. Sitzung, 2602: „Ohne eine Regelung im Sinne des § d Abs 1“ [also: Verbindung von Freiheitsstrafen: (1) Sind Zuchthaus und Gefängnis wahlweise angedroht, so tritt an deren Stelle Freiheitsstrafe. Ist das Mindestmaß der Gefängnisstrafe oder das Höchstmaß der Zuchthausstrafe besonders bestimmt, so gilt dieses Mindest- oder Höchstmaß auch für die Freiheitsstrafe] „könne aus einer Bestimmung, die bisher Zuchthaus oder Gefängnis wahlweise androhe, rein formal folgender unsinniger Inhalt herausgelesen werden: ‚... wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren oder mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft‘. Jedenfalls komme der Gedanke, dass bisher vorgesehene verschiedenartige Freiheitsstrafen, die auch ein unterschiedliches sozialetisches Unwerturteil enthielten, auch bei wahlweiser Androhung zu einer einheitlichen Strafdrohung verschmolzen werden sollten, (im übrigen) nicht hinreichend zum Ausdruck.“

¹⁵ Hettinger (Fn. 9) 109 f.

¹⁶ Hettinger (Fn. 9) 105.

¹⁷ Hettinger (Fn. 9) 112.

Gefängnis weit eher in einem Stufenverhältnis (Verbrechen und Vergehen) als in einer aliud-Beziehung¹⁸.

- 205 Außerdem erscheint es immerhin möglich, – auf der Grundlage der Vorgaben des Strafgesetzbuches und bei einer „objektiven“ Gesetzesauslegung – eine relative Strafrahmensystematik zu entwickeln.
- 206 Der Gesetzgeber geht von Grundtatbeständen aus und schreibt ihnen, entweder benannte oder auch unbenannte, besonders schwere oder auch minderschwere Fälle zu. So lässt sich auch der Mord sehr wohl als besonders schwerer Fall des Totschlages begreifen, die Tötung auf Verlangen als eine Form des minderschweren Falles.
- 207 Auch ist zu überlegen, ob in dem Bereich, in dem sich der Strafrahmen der minderschweren Fälle eines Grundtatbestandes einerseits und der besonders schweren Fälle desselben Grundtatbestandes andererseits „überlappen“¹⁹, nicht die typischen „einfachen Fälle“ eben dieses Grundtatbestandes anzusiedeln sind. Denn auch wenn besonders mildernde Umstände vorliegen, können sie einen Ausgleich durch zusätzlich auftretende, besonders erschwerende Umstände erfahren. Umgekehrt können strafscharfende Gesichtspunkte (und zwar auch in der Form einer Qualifikation) durch einen außerordentlichen (unbenannten) Strafmilderungsgrund ausgeglichen werden: Wenn man so will, zu einem „einfachen Fall“. So kann es denn Sinn machen, einen besonders schweren Fall anzunehmen, und gleichwohl eine Strafe zu wählen, die auch für einen an sich minderschweren Fall möglich wäre²⁰. Mit Hilfe der gesetzlichen Strafrahmen lassen sich somit „Regeln“ für eine „relativ gerechte“ Strafzumessung durch den Richter ermitteln. Doch haben diese Vorschläge des Verfassers bislang keinen besonderen Widerhall in Rechtsprechung und Standardliteratur gefunden²¹. Aber auch eine solche Strafrahmensystematik (entwickelt an-

¹⁸ Lange Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd 1, Grundsatzfragen, 1956, Umdruck R3, Nr 42, 395; vgl auch ders Bd 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, Zur Systematik der Strafdrohungen, 69 f., 70.

¹⁹ Auch im öStGB überlappen sich die Strafrahmen. Triffterer zitiert zustimmend: „Das ermöglicht eine sachgerechte Strafzumessung insbesondere in qualifizierten Fällen (EBRV 1971, 93, Sp).“ (Triffterer Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl, 1994, Kap 19 Rn. 24 f). So schlecht kann also dieses Prinzip nicht sein.

²⁰ So etwa die These und die Forderung von Streng (Fn. 2) 14 f., 308 ff.

²¹ Insofern hat Hettinger (Fn. 9) 83 mit seiner – einzigen – Kritik an diesem Vorschlag des Verfassers recht. Mit Ausnahme von Maiwald (Besprechung von: Montenbruck Strafrahmen und Strafzumessung, 1983, GA 1985, 97 f), der zu ihnen eine positive Stellungnahme abgegeben hat, werden sie in der Standardliteratur nicht einmal diskutiert.

hand der geltenden Strafraumen) ist nur eine „relative“ Systematik. Sie führt nur – aber immerhin – zur „relativen“ Straferechtigkeit²².

4. Vorrangig und bescheidener ist die Frage nach der Begründung der „absoluten“ Obergrenze von derzeit 15 Jahren für die zeitige Freiheitsstrafe (§ 38 dStGB). An ihr orientieren wir auch die bedingte Entlassung für zu „lebenslang“ verurteilte Straftäter (§ 57a dStGB)²³. Aber noch allgemeiner: Ob 15, 18 (Volljährigkeitsgrenze) oder 20 Jahre (wie in Österreich²⁴) ist gewiss eine politische Entscheidung; zu fragen ist, weshalb wir denn nicht weiterhin von einem wirklichen „Lebenslang“ ausgehen und alle Strafen nach oben offen sein lassen. Oder anders gefragt: Warum liegt die zeitige Höchststrafe nicht bei 35 oder 40 Jahren?

Eine zweite Frage ist diejenige nach der Begründung der Untergrenze der – zu vollstreckenden – Freiheitsstrafe. Für die Praxis gibt es sie, es ist die Strafobergrenze für die noch zur Bewährung aussetzbare Freiheitsstrafe von Strafen oberhalb von 2 Jahren (§ 56 dStGB). Damit verfügen wir der Sache nach über einen „Einheitsstrafrahmen“, in den Strafen für schwer-kriminelles Verhalten einzupassen sind. Unterhalb dieses Strafraumens liegt die Schicht der zur Bewährung aussetzbaren Freiheitsstrafe (§ 56 dStGB) und unter ihr noch die (in mehr als 80% der Fälle) verhängte Geldstrafe.

²² Vgl. Montenbruck Strafraumen und Strafzumessung, 1983, 217 ff. So hat der Verfasser eine Systematisierung der Strafraumen nach ihren Höchst- und Mindeststrafen mit Hilfe der Unterscheidung zwischen besonders schweren Fällen (i.w.S., unter Einschluss der Qualifikationen aaO, 51 ff., 55) bzw. minderschweren Fällen (einschließlich der „besonderen gesetzlichen Milderungsgründe“, 59 ff) und Grunddelikten (48 ff) zur Entwicklung einer mehrstufigen Strafzumessungslehre vorgenommen, welche zudem die Übertragung der Strafraumen der kodifizierten besonders schweren und minderschweren Fälle auf nicht kodifizierte besondere Fälle von (Grund-) Tatbeständen derselben Strafraumen-gruppe (67 ff) ermöglicht.

²³ Vgl. auch Maurach/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil Teilbd 2, 7. Aufl, 1989, § 59 Rn. 19, die das zeitige Maximum des deutschen Rechts im Vergleich zu Höchstgrenzen von 20, 25 und 30 Jahren in anderen Strafrechtssystemen (zur 20jährigen Höchstgrenze des französischen CP und deren Entwicklung vgl. Zieschang Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992, 54 ff., 57) als gering, aber dennoch gerechtfertigt betrachten, da die Sühne-, Abschreckungs- und Erziehungsfunktionen meist lange vor Erreichen des Maximums verblasen würden. Es verbleibe nur die Befriedigung des Sicherheitsbedürfnisses, für welches der Strafvollzug nur eine Verlegenheitslösung biete.

²⁴ Zeitige Freiheitsstrafe: höchstens 20 Jahre, § 18 Abs 2 öStGB; bedingte Entlassung „Lebenslänglicher“ nach 15 Jahren, § 46 Abs 5 öStGB; siehe auch den Überblick über sämtliche Strafraumen des öStGB bei Triffterer (Fn. 19) 472 f.

- 210 Sämtliche Materialien zum Sanktionenrecht des dStGB (und all seiner Vorgänger) auf Antworten durchzusehen, erfordert eine besondere Untersuchung. Sie wird an anderer Stelle zu veröffentlichen sein. Ganz unzufrieden war der Gesetzgeber jedenfalls nicht mit den (uralten) Strafraumen. So meint *Sturm*, man solle es bei der – alten – Höchstgrenze von 15 Jahren belassen, um einen allzu tiefen Eingriff in die Strafdrohungen des Besonderen Teils zu vermeiden²⁵. Im Alternativentwurf heißt es schlicht und abschließend: „Als Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe sind 20 Jahre, wie sie § 44 Abs. 2 E 1962 vorsieht, zu hoch. Der AE geht daher auf das Höchstmaß des geltenden Rechts zurück“²⁶. Selbst in der Diskussion um die Verfassungsgemäßheit der lebenslangen Freiheitsstrafe (im Jahre 1977) und der anschließenden Kodifizierung der bedingten Entlassung nach 15 Jahren (§ 57a dStGB) mussten wir zur Kenntnis nehmen, dass die durchschnittliche – tatsächliche – Verbüßungsdauer lebenslanger Freiheitsstrafen bei 17,8 Jahren lag²⁷. Es gibt also einen breiten, auch inner-europäischen Konsens²⁸. Was fehlt, ist der Wille, nach seinem Ursprung zu suchen.
- 211 5. Selbst wer sich nunmehr hilfeschend nach anderen Zeitgrenzen im Strafrecht umsieht und auf die strafrechtlichen Verjährungsfristen stößt, wird in deren Materialien ebenfalls nicht fündig. Die 30-Jahres-Grenze für die strafrechtliche Verjährung dürfte aber ihrerseits mit der zivilrechtlichen absoluten Verjährungsfrist von 30 Jahren zusammen-

²⁵ Sturm ProtSondA V, 109. Sitzung, 2134.

²⁶ Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Baumann/Brauneck/Hanack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schultz/Strathenwerth/Stree (Hrsg.), 1966, Begründung zu § 36, 75.

²⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines 17. StÄndG, BT-Drs 8/3218, Begründung, 6; Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und FDP, BT-Drs 9/22, Begründung, 5 f; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Hartmann und Lambinus), BT-Drs 8/3857, 9 f; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und FDP (Lambinus und Götz), BT-Drs 9/450, 8 f; vgl aber Jung ua Gesetzgebungsübersicht: Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, JuS 1982, 222 ff., 223, welche auch darauf hinweisen, dass sich der Gesetzgeber darauf berufen könne, dass die Wissenschaft überwiegend dahin tendiere, nicht über eine Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren hinauszugehen.

²⁸ Rechtsvergleichend siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Hartmann und Lambinus), BT-Drs 8/3857, 9 f; Belgien: Entlassung nach 10 Jahren; Großbritannien: Entlassung zwischen dem 7. und 11. Jahr; Luxemburg: bedingte Entlassung nach frühestens 15 Jahren; Norwegen: Entlassung nach 12 Jahren; Österreich und Schweiz: bedingte Entlassung nach 15 Jahren; Dänemark: gnadenweise Entlassung nach durchschnittlich 13 Jahren; Schweden nach Zahlen aus 1962: durchschnittliche Entlassungszeit zwischen dem 12. und 14. Jahr; Italien fällt aus dem Rahmen: Entlassung erst nach 28 Jahren vorgesehen.

hängen (§ 195 BGB). An sie und ihre Geschichte erinnert *Großfeld*²⁹. Aber auch *Großfeld* muss zunächst einmal feststellen, dass die Motive des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht begründen, warum die Verjährung gerade nach dieser Zeit eintritt und er fragt, warum gerade 30, warum nicht 35 oder 40 Jahre³⁰. Er fragt auch, weshalb es hieße: „Trau keinem über 30!“ Deshalb steigt er tief in die europäische Geschichte hinab: Die 30jährige Verjährung sei gemeineuropäische Tradition³¹. Wir fänden sie im Begriff der „Genea“ bei *Heraklit* (500 v. Chr.). Es sei für einen Mann der Zeitraum der durchschnittlichen Spanne zwischen der Geburt des ersten Sohnes und des ersten Enkels bzw. der eigenen Geburt und der Geburt des ersten Sohnes. Bereits im Zwölftafelgesetz habe es eine 30jährige Verjährungsfrist gegeben³².

II. Deutungen der Zeit in der Philosophie

1. Der Rechtswissenschaftler steht also alsbald vor dem Philosophen 212
und fragt ihn, was denn eigentlich „Zeit“ sei.

Der Philosoph wird mit dem Rechtswissenschaftler in den Keller der Geistesgeschichte steigen.

2. Seit *Aristoteles* wissen wir, dass Zeit und Bewegung untrennbar 213
sind und die Bewegung als Differenz zwischen „früher“ und „später“ zu messen ist. *Aristoteles* misst Zeit als Zahl der Bewegungen im Hinblick auf das Frühere und das Spätere³³. In der Tat bedeutet auch für den Juristen der Zeitablauf, dass sich „etwas“ verändert hat. Die Vorstellung vom unbeweglich Statischen, immer fortwährend Gleichsei-

²⁹ Großfeld *Zeichen und Zahlen im Recht. Zahlen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, 1993, 174 ff. Die 30-Jahres-Frist gebe es schon im gemeinen Recht und im Preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794 (I 9 § 546) sowie im Code Civil (Art 2263) und im Österreichischen ABGB (§§ 1479, 1486).

³⁰ Großfeld (Fn. 29) 175.

³¹ Großfeld (Fn. 29) unter Hinweis auf Stein *Generations Live-spans and Usufructs*, *Revue Internationale de Droit de l'Antiquité* 9 (1962) 335.

Es sei zugleich der mittlere Altersabstand zwischen Vater und Sohn: unter Hinweis auf Frenkel *Heraklitues an the Notion of a Generation*, *American Journal of Philology* 59 (1938) 89, sowie auch auf Levy *Die nachklassische Ersitzung*, *Bulletino del l'Instituto de Diritto Romano* 1948, 352, 364.

³² Großfeld (Fn. 29) 176 unter Hinweis auf Levy (Fn. 31) 361: sie sei in das Kirchenrecht übergegangen (Canon 197) und auch in die *Lex Romana visigotorum* 10.24 aus dem Jahre 651.

³³ *Aristoteles Physik. Vorlesung über Natur*, mit einer Einleitung und mit Anmerkungen von Zekl, Erster Halbbd: Bücher I-IV, 1987, 219b; siehe hierzu und auch zu den nachfolgenden Umschreibungen den entsprechenden Überblick von Dietl *Institutionen und Zeit*, 1983, 2 ff. (aus sozialwissenschaftlicher Sicht).

enden hebt er auf, wenn er meint, ein zivilrechtlicher Anspruch sei nunmehr mit der Einrede der Verjährung belastet, oder gar erklärt, der gutgläubige Besitzer könne das Eigentum an einer Sache nach 10 Jahren ersitzen.

- 214 3. *Augustinus* hat eine andere Antwort, auch wenn er zunächst erklärt: „Was also ist die ‚Zeit‘, wenn mich niemand danach fragt, weiß ich es; will ich es einem Fragenden erklären, weiß ich es nicht“. *Augustinus* fasst Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zusammen: „Weder die Zukunft, noch die Vergangenheit ‚ist‘ und nicht eigentlich lässt sich sagen: Zeiten ‚sind‘ drei: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft; vielmehr sollte man, genau genommen, etwa sagen: Zeiten ‚sind‘ drei: (...) und zwar ist da Gegenwart von Vergangenem, nämlich Erinnerung; Gegenwart von Gegenwärtigem, nämlich Augenschein; Gegenwart von Künftigem, nämlich Erwartung“³⁴.

In der Tat wissen wir, dass der denkende Mensch in jedem Augenblick umgeben ist von Erinnerung und Erwartung und die Erwartungen gerade auf den Erinnerungen beruhen.

- 215 4. *Kant* hat uns verdeutlicht, dass die Zeit aus der menschlichen Wahrnehmung nicht hinweggedacht werden kann: Die Zeit ist eine subjektive Bedingung unserer (menschlichen) Anschauung „und an sich außer dem Subjekte nichts“³⁵ *Benjamin*³⁶ vergleicht die Zeit mit einer Brille, die aus roten Gläsern bestehe und folglich alle Gegenstände rötlich erscheinen ließe, aber im Gegensatz zu einer Brille eben nicht abgenommen werden könne.

Doch bedeutet „etwas anzuschauen“ eben auch, es von außen zu betrachten, und sei es auch nur durch die Gläser einer roten Brille. Damit stehen wir dann vor dem alten Problem, ob derjenige, der „in“ der Welt lebt, die Welt auch wirklich (von außen) betrachten kann. Nur, dieses Problem ist an dieser Stelle, wenn überhaupt, nicht zu lösen.

- 216 5. *Heidegger* hat sich mit der Frage nach dem Verhältnis von Sein und Zeit beschäftigt und das Sein an der Zukunft ausgerichtet. Er

³⁴ Augustinus *Confessiones* — Bekenntnisse. Lateinisch und deutsch, eingeleitet und übersetzt von Bernhart, 1955, zur Frage, was ist also Zeit, 629, zur Antwort 642 f.

³⁵ Kant *Critik der reinen Vernunft*, 2. Aufl, 1787, 52.

³⁶ Benjamin *Ideas of Time in the History of Philosophy*, in: Fraser (Hrsg.) *The Voices of Time. A Cooperative Survey of Man's Views of Time Expressed by the Sciences and by the Humanities*, 1968, 3 ff., 23; ein Vergleich, auf den auch Dietl (Fn. 33) 5 hinweist.

schreibt unter anderem: „Die Zeit besteht in der Möglichkeit des Zukünftigen, sie sei das ‚Zukünftigsein‘ selbst“³⁷. Aus dem Zukünftigsein schließt *Heidegger* dann allerdings auch, „dass die Frage nach dem Wieviel der Zeit, Wielange und Wann, sofern die Zukünftigkeit eigentlich die Zeit ist, dass diese Frage der Zeit unangemessen bleiben muss. Nur wenn ich sage, die Zeit zu berechnen, hat die Zeit eigentlich keine Zeit, so ist dies eine angemessene Aussage“³⁸.

Allerdings vermögen wir diesem Dilemma dann doch wieder dadurch 217 zu entkommen, dass wir „Erinnerung“, also Erfahrungen mit Zeitabläufen, haben und aufgrund dessen in die Zukunft entsprechende „Erwartungen“ richten. Die Erwartungen sind wir bereit, in abstrakte Regeln zu setzen. Das bedeutet, dass wir aus den ständigen Veränderungen unserer Gegenwart das (gerade noch) Beständige herausfiltern. An die Stelle von Zeitpunkten setzen wir Zeiträume. Der Mensch, der vor zwei Jahren mit einem anderen einen Vertrag geschlossen hat, muss sich in der Regel trotz aller Veränderungen an den Vertrag halten. Der Mensch ist derselbe, der Vertrag ist derselbe und auch das Vertragsverhältnis gilt uns als das nämliche. Nur im Notfalle erlauben wir Ausnahmeregelungen, sei es über die allgemeine „*clausula rebus sic stantibus*“ oder eine (individuell zu begründende) außer-ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses usw.

6. Bedeutet Recht „Ordnung“, und führt Ordnung zu Verlässlichkeit, 218 so muss das Recht die Zeit fürchten.

III. „Soziale Zeit“ der Soziologen

1. Mit dem Soziologen *Schmied* lohnt es sich, der „sozialen Zeit“ 219 nachzuspüren. Alles was lebt, hat eine Lebenszeit: der Einzelne ebenso wie Gemeinschaften. Und ist die Zeit des Einzelnen durch die Zeit der Gemeinschaft mitgeprägt, so gibt es eine „soziale Zeit“³⁹ auch des Einzelnen.

³⁷ Heidegger *Der Begriff der Zeit*. Vortrag vor der Marburger Theologengesellschaft, 1924, 1989, 20; siehe auch *ders Sein und Zeit*, 1927, 16. Aufl, 1986, 231 ff.

³⁸ Heidegger (Fn. 37) 20; auch zitiert bei Dietl (Fn. 33) 9.

³⁹ Schmied *Soziale Zeit*. Umfang, „Geschwindigkeit“ und Evolution, 1985, 21 ff., 92 ff., 148 ff.

- 220 *Schmied* verweist auf die Vielfalt der für jeden Sozialbereich (Staat, Kommune, Berufsfeld, Bekanntenkreis, Familie usw.) existierenden Zeiteinteilungen. In einer modernen Kultur bildete sich eine unüberschaubare Menge von Zeitvorstellungen. Daneben lebe der Einzelne in der eigenen zeitlichen Dimension, der Freizeit. Aber er erlebe die Zeiten seiner Kommune und nächsten Umgebung mit. Alle Zeiteinteilungen „koexistierten“ in unserem Bewusstsein.
- 221 2. Die Frage der Geschwindigkeit des Zeitablaufs gehöre ebenfalls als ein wichtiger Bestandteil zum Problemfeld der sogenannten erlebten Zeit oder des subjektiven Zeiterlebens.

Wenn man auch prinzipiell davon ausgehen könne, dass die Wahrnehmung der Geschwindigkeit von Zeit eine primär psychische Ausstattung des Menschen darstelle, im Bewusstsein des Einzelnen ablaufe und sich damit als Thematik offenbare, die vor allem der Individualpsychologie zuzuordnen sei, so seien doch auch soziokulturelle Einflüsse auf das Erleben des Ablaufs von Zeit anzunehmen⁴⁰

- 222 3. Zu den „soziokulturellen“ Einflüssen gehöre bereits die Teilhabe an „der von den archaischen Gesellschaften gespürten Notwendigkeit, sich periodisch durch die Annullierung der Zeit zu regenerieren“⁴¹. Ihr diene die „zyklische“ Zeit. Zyklische Zeit sei nicht nur ein Überbleibsel in unserem Bewusstsein, sondern Ausdruck eines Versuchs des gesellschaftlichen Unterbewusstseins, aus der Gefährdung durch den immer rasenderen „linearen“ Zeitablauf in die Geborgenheit zurückzukehren, die eben eine zyklische Zeit biete.

Zyklische Zeit entspreche dem Alltagserleben unserer Umwelt. Sie verleihe Stabilität und Sicherheit und stütze damit auch die Identität des Einzelnen. Sie sei eine mächtige Formation in unserem Bewusstsein⁴². In der Tat: Jeder neue Tag bedeutet für uns einen Neubeginn. Das neue Jahr feiern wir als „Neujahr“ oder aber mit dem Frühling als „Ostern“.

- 223 4. *Schmied* weist mit dem Archäologen *Nilsson* darauf hin, dass primitive Kulturen zwar das Jahr gekannt hätten, sich aber nicht genötigt fühlten, die Jahre zu zählen. Auch hätten sie verschiedene Zeitbe-

⁴⁰ Schmied (Fn. 39) 90.

⁴¹ Schmied (Fn. 39) 148.

⁴² Schmied (Fn. 39) 162 f.

zeichnungen nebeneinander besessen, die nicht in einem System stünden⁴³. Bei Jägern und Sammlern spiele lediglich die Einteilung nach Jahreszeiten eine Rolle – falls sie nicht in tropischen Gebieten lebten. Jahreszeiten seien eben mit der Sicherung der Existenz verbunden. Mit dem Übergang zum Ackerbau habe es dann mehrere feste Zeitpunkte gegeben⁴⁴.

Insbesondere mit der Schrift und der Möglichkeit der Aufzeichnung, 224
also der Aufbewahrung von Vergangenen, habe sich eine weitere Gliederung der Zeiträume entwickelt. Sie sei insbesondere bei Stadtbildungen wichtig gewesen, mutmaßlich zum ersten Mal in Babylonien um 3000 v. Chr.⁴⁵

Bedeutsam sei aber auch, dass etwa mit dem Amtsantritt eines neuen 225
Herrschers eine neue „Ära“ beginne. In der Tat verknüpfen wir mit ihr vielfach auch noch die Amnestie⁴⁶.

Die zyklischen Zeitvorstellungen der ewigen Wiederkehr seien eng mit der religiösen Vorstellung von der „Wiedergeburt“ verbunden. Dagegen stünde die lineare Zeitvorstellung. Sie sei, insbesondere aus der jüdischen Sicht, ebenfalls eine theologische Zeit gewesen⁴⁷. Mit ihr aber habe sich die westliche (doch wohl rationalere) Zeiteinteilung und damit dann die heute weltweit vorherrschende Zeiteinteilung entwickelt⁴⁸.

⁴³ Schmied (Fn. 39) 133 unter Hinweis auf Nilsson *Primitive Time – Reckoning*, 1920, 3, 9 sowie 92, 356 ff. sowie unter Hinweis auf die ethnologischen Forschungsberichte, etwa von Hallowell (bei den Salteaow-Indianern) *Temporal Orientation in Western Civilization and in a Pre-literate Society*, *American Anthropologist* 39 (1937) 647 ff., 653 ff. sowie Hawley *Human Ecology*, 1950, 300.

⁴⁴ Schmied (Fn. 39) 135 f. unter Hinweis auf Brandon *Time and Mankind*, 1951, 21 sowie Nilsson (Fn. 43) 109 ff. und auch auf Evans-Pritchard *Nuer Time – Reckoning*, *Africa* 12 (1939) 209.

⁴⁵ Schmied (Fn. 39) 138, 139 unter Hinweis auf Wendorff *Zeit und Kultur*, 1980, 20 sowie unter Hinweis auf Elias *Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen Bd 2: Wandlungen der Gesellschaft. Entwurf zu einer Theorie der Zivilisation*, 5. Aufl., 1978, ua 384: An die „Langsicht“ haben sich die Menschen im Handelsgeflecht gewöhnen müssen. Zur Bedeutung der Schrift siehe auch Schmied (Fn. 39) 155 unter Hinweis auf Gehlen *Urmensch und Spätkultur*, 1956, 258 sowie Goody *Time: Social Organization*, in: Sills (Hrsg.) *Encyclopedia of the Social Sciences* Bd 16, 1968, 30 ff., 31, 38 und Bergmann *Die Zeitstrukturen sozialer Systeme*, 1981, 240 ff.

⁴⁶ Schmied (Fn. 39) 148 unter Hinweis ua auf Goody (Fn. 45) 30 ff., 35 sowie auf Otto *Zeitvorstellungen und Zeitrechnung im Alten Orient*, *Studium Generale* 19 (1966) 747.

⁴⁷ Schmied (Fn. 39) 154.

⁴⁸ Schmied (Fn. 39) 126.

- 226 5. *Schmied* erklärt, wenn heute etwa das Alter der Erde mit 5 Mrd. Jahren angegeben werde, so riefe das bestimmt ein Staunen hervor, aber keine Betroffenheit. Das liege vermutlich daran, dass der Einzelne von seiner Lebenszeit ausgehe und der Lebenszeit der ihm Nahestehenden⁴⁹.

Auch bei der Weiterentwicklung des kulturellen Zeitbewusstseins ginge es nicht um große Zeitschritte, sondern letztlich sei die Frage der Beherrschbarkeit der Zukunft von Bedeutung. So sei auf die Planbarkeitsphase der Früh-Kapitalisten hinzuweisen. Sie betrage maximal 5 Jahre. Auch heute noch bestehe ein besonderer Bedarf an Prognosen für einen Zeitraum von 2-4 Jahren⁵⁰.

Dem ist anzufügen, dass wir offenbar Schwierigkeiten mit der Bewertung von Strafen über drei Jahren haben. Rechtspsychologische Befunde sprechen dafür, dass wir Strafen über drei Jahren kaum mehr im Hinblick auf ihre präventiven Wirkungen zu differenzieren vermögen⁵¹.

- 227 6. *Elias*⁵² schreibt ebenfalls: Unsere Vorstellungen von der Zeit seien aus existentiellen sozialen Notwendigkeiten heraus erwachsen. Auch er betont, dass primitivere Gemeinschaften mit völlig anderen Zeit- und auch Raumbegriffen gearbeitet hätten. Neben dem Wechsel von Tag und Nacht sei es derjenige der Jahreszeiten gewesen, etwa für Ernte und Saatarbeiten, die Besonderheiten der Tag- und Nachtgleiche bzw. der Sonnenwenden. Doch hätten primitive Gesellschaften noch keinen generellen zusammenhängenden Raum gekannt. Der Himmel über ihrem Dorf oder Tal habe ihre Sonne und ihren Mond gehabt. Man habe sich an fremden Orten deshalb fremd gefühlt, weil doch jeder Dorfstaat seinen eigenen Himmel habe⁵³.

⁴⁹ Schmied (Fn. 39) 172.

⁵⁰ Schmied (Fn. 39) 171 unter Hinweis auf Schöpf Das Prognoseproblem in der Nationalökonomie, 1966, 69.

⁵¹ Vilsmeier Empirische Untersuchungen zur Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 73 (1990) 273 ff; zum Problem der Schwereinschätzung siehe auch Westermann/Hager Schwereinschätzung von Delikten in verschiedenen Bevölkerungsgruppen, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 69 (1986) 125 ff; sowie etwa Westermann/Siedersleben Ursachenattributionen und Schwereinschätzungen von Regelverstößen im Sport, Zeitschrift für Sozialpsychologie 21 (1990) 169 ff.

⁵² Elias Über die Zeit, 1984; aufgegriffen wiederum von Ciompi Außenwelt — Innenwelt. Die Entstehung von Zeit, Raum und psychischen Strukturen, 1988, 231 ff.

⁵³ Elias (Fn. 52) 161 aufgegriffen von Ciompi (Fn. 52) 232 f.

Wieder also: Die „Existenz“ bestimmt das Maß der Zeit.

IV. Psychologische und biologische Zeit

1. Der Psychologe *Ciampi* knüpft an *Elias* an. Der „soziale Zeit-Raum“ bestehe nicht nur in seiner „geometrischen Konfiguration“. Er entstehe aufgrund von Klimaverhältnissen, also Temperatur, Feuchtigkeit, Lichtverhältnissen aber auch Geräuschen, Gerüchen usw. Auch Häuser, Plätze und Straßen hätten ihre Zeiten und Rhythmen. Der Städter lebe mit anderen Zeitvorstellungen als der Berg- oder auch Meermensch. 228

Auch gebe es bekanntermaßen Unterschiede zwischen Jung und Alt, 229 zwischen Männern und Frauen oder auch zwischen Angehörigen verschiedener sozialer Schichten. Bekannt sei auch, dass das allgemeine Lebenstempo bei zunehmendem Alter abnehme. Andererseits nehme das Lebenstempo aber bei fortschreitender zivilisatorischer Entwicklung zu. Mit *Hall* sei festzustellen, dass Zeit wie eine „Sprache“ sei. Es sei ein Organisationsprinzip aller Aktivität, das die Individuen durch ein unsichtbares Gewebe von Rhythmen miteinander verbinde. Damit habe auch jede Kultur ihren eigenen zeitlichen Rahmen⁵⁴

Hall habe überdies herausgearbeitet, dass es mutmaßlich „monochrome“ 230 neben „polychromen“ Kulturen gebe. Polychrome Kulturen hätten die Eigenart, dass es ihren Menschen möglich sei, vielerlei nebeneinander durchzuführen. Nordländer gehörten eher zu ersteren, Südländer eher zur zweiten Art.

2. Für die Lebenszeit des Einzelnen verweist *Ciampi* auf die biologischen Vorgaben. Innere Uhren bestimmten unseren Biorhythmus. Er sei von tages- aber auch jahreszeitlichen Schwankungen des Lichtes, der Temperatur usw. abhängig. 231

Zu den biologischen Unterschieden gehöre aber auch, dass Kinder 232 Zeit und Raum ganz anders erlebten als Erwachsene. Solange alles immer wieder neu sei, erscheinen Raum und Zeit grenzenlos. Bei den älteren Menschen seien die meisten lebenszeit- und raumbestimmenden Entscheidungen getroffen. Überdies wisse der ältere Mensch auf-

⁵⁴ Ciampi (Fn. 52) 238 unter Hinweis auf Hall *La danse de la vie. Temps culturel, temps vecu*, 1984, 11.

grund seiner Erfahrungen besser als der jüngere, wie stark sich auf die Dauer zunächst unscheinbare Weichenstellungen auswirken, und zwar sowohl im Guten wie im Schlechten. Doch stellt *Ciampi* auch fest, auf der anderen Seite habe der ältere Mensch die erstaunliche Dauerhaftigkeit trotz allem Wechsel kennen gelernt. Auch mit 60 Jahren fühle er sich einerseits als „genau derselbe“ wie mit 12, 20 oder 30 Jahren und andererseits sei er doch ein „ganz anderer“ geworden.⁵⁵

- 233 Mit *Piaget*, so betont auch *Schmied*, sei daran zu erinnern, dass sich das Erfassen zeitlicher Zusammenhänge beim Kind erst langsam entwickle⁵⁶. Erst in der Pubertät würden Zeiträume von jeweils einem Jahr überblickt. Die Entwicklung des Zeitbewusstseins hänge stark mit dem Erwerb einer eigenen Identität zusammen⁵⁷. *Goody* weise etwa darauf hin, dass in westlichen Ländern lange der Brauch verbreitet gewesen sei, den heranwachsenden Söhnen eine Uhr zu schenken⁵⁸.
- 234 3. Innerhalb der breit angelegten interdisziplinären Untersuchung über den Begriff der „Zeit“ („The Study of Time“, 1972-1981, 1986) hat etwa *Michon* versucht, die verschiedenen Sichtweisen der Zeit von *Fraser* und von *Pepper* in Beziehung zueinander zu setzen⁵⁹.
- 235 *The Relations Between Fraser's Levels of Temporality, Pepper's „Root Metaphors“ and Corresponding Measurement Structure*

⁵⁵ Ciampi (Fn. 52) 314 f.

⁵⁶ Schmied (Fn. 39) 14; Piaget Die Bildung des Zeitbegriffes beim Kinde, 1955, 18.

⁵⁷ Schmied (Fn. 39) 12 f. unter Hinweis auf Wendorff Zeit und Kultur, 1980, 488 sowie auf Jahoda Children's Concept of Time and History, Educational Review 15 (1963) 87 ff., 101 sowie auf Zern The influence of certain child-rearing factors upon the development of a structured and salient sense of time, Genetic Psychology Monographs 81 (1970) 221 ff

⁵⁸ Schmied (Fn. 39) 13 unter Hinweis auf Goody (Fn. 45) 38.

⁵⁹ Michon J T Fraser's „Levels of Temporality“ as Cognitive Representations, in: Fraser/Lawrence/Haber (Hrsg.) Time, Science, and Society in China and the West. The Study of Time V, 1986, 51 ff. unter Hinweis auf Fraser Of time, passion and knowledge; ders The geneses and evolution of time: A critique of interpretation in physics, 1982 sowie ders Temporal levels and reality testing, International Journal of Psycho-Analysis 62 (1981) 3 ff; Pepper World hypotheses: A study in evidence, 1942.

Level of Temporality	Root Metaphor	Representative System	Measurement Structure	Scale Type
Atemporality	Animism/ mysticism	Magic wand	Elements, wholes	Nominal
Prototemporality	Formism	Library	Monotonic	Ordinal
Eotemporality	Mechanism	Clock	Linear	Interval
Biotemporality	Contextualism	Thermostat	Dedekind	Ratio
Nootemporality	Organicism	Self- organizing system (organism)	Identity	Absolute

4. Darüber hinaus gibt es noch – mit *Schmied* – die „psychische Zeit“ des Einzelnen zu vermerken. Schmerz, Ermüdung sowie Trauer und Schuld ließen die Zeit eher dahin schleichen⁶⁰. Auch trete eine gewisse Verkehrung auf. So habe der Psychologe *James* angemerkt, dass im Nachhinein Zeiträume, die uns kurz vorgekommen seien, später lang erschienen. Zeiträume, in denen wir wenig erlebt hätten, würden im Rückblick schrumpfen⁶¹ 236

Ist das richtig, so spricht das sogar dafür, Schuldstrafen, die wir auch am Schmerz der Angehörigen messen, nicht unmittelbar nach der Tat zu verhängen, jedenfalls dann nicht, wenn es mehr als eine schlichte „Denkzettelstrafe“ ist. Nach der Aburteilung kann sich auf der „Opferseite“ ebenso wie auf der Seite der „potentiellen Opfer“ soviel ereignet haben, dass sich für uns „nach einiger Zeit“ eine andere Bewertung der Tat ergibt. 237

Vielleicht liegt darin auch der sozialpsychologische Grund dafür, dem Verurteilten nach zwei Dritteln der eigentlichen Strafe das Angebot einer bedingten Entlassung machen zu können. Eigentlich spricht die „Logik“ der Schuldstrafe für das Gegenteil: Schuld, die zu vergelten ist, kann nicht nachträglich abgemildert werden. Der gesellschaftliche „Konsens“, den Weg zu wählen, die – höhere – Schuldstrafe zunächst 238

⁶⁰ Schmied (Fn. 39) 88 f. unter Hinweis ua auf Doob Pattering of Time, 1971, ua 112 ff. sowie ua auf Payk Zeiterlebensstörungen bei endogener Depression, Neurologie und Psychiatrie 7 (1980) 364.

⁶¹ James Principles of Psychology, 1922, 624.

zu verhängen und sie dann später überprüfen zu lassen, dürfte – eben deshalb – unserem „Rechtsempfinden“ entsprechen⁶². Dieses entsteht womöglich wieder durch die menschliche Fähigkeit, sich in die Lage anderer zu versetzen⁶³, also hier in die Opferrolle, und gerade im Prozess mit ihnen mitzuleiden. Im Zeitpunkt des Prozesses ist diese Zeitberechnung die richtige.

V. „Objektive“ Grenzen der relativen Zeitbestimmung

239 1. Nach allem haben wir gewiss festzuhalten, Zeit ist „relativ“:

(1) Es gibt eine „soziale Zeit“. Es ist die Zeit der jeweiligen Gemeinschaft, in der die Menschen leben. Sie ist abhängig von der jeweiligen Kultur. Es leuchtet ein, dass Jäger und Sammler viel weniger auf exakte Zeitmessung angewiesen sind als städtische Kulturen oder die modernen, hoch arbeitsteilig arbeitenden und damit auf Planung angewiesenen Großgemeinschaften. Auch dürfte die Zeit durch „politische“ Veränderungen, wie Revolution oder aber auch Herrscherwechsel, entscheidend bestimmt gewesen sein.

240 Zudem: Je wichtiger die Gemeinschaft ist und je unwichtiger der Einzelne, desto wichtiger ist die soziale Zeitbestimmung und nicht die individuelle.

(2) Andererseits besitzen wir eine höchst individuelle „psychische Zeit“. Sie hängt von unseren „Stimmungen“ ab. Dennoch ist sie von anderen nachvollziehbar.

241 2. Doch spricht einiges dafür, dass es trotz aller Relativität auch einige „objektive“ Zeitmaßstäbe gibt.

⁶² Würtemberger Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung, NJW 1986, 2281 ff. sowie Lampe (Hrsg.) Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd 10, 1985 ua mit einem Beitrag von Zippelius Rechtsgefühl und Rechtsgewissen, 12 ff., der auf den Aspekt der „angeborenen Verhaltensdisposition“ im Zusammenhang mit der Erforschung sozialer Verhaltensmuster hinweist (17 ff); kritischer: Müller-Dietz Schuldgefühl und Strafzumessung, in: Jescheck/Jhong-Won/Nishihara/Schreiber (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985, 126 ff.

Allgemein zur Bedeutung des Rechtsgefühls: Venzlaff Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, 1973.

⁶³ Zu dieser Eigenschaft des Menschen, die nur in Ansätzen bei subhumanen Lebewesen vorhanden ist, siehe etwa den Biologen Vogel Die biologische Evolution menschlicher Kulturfähigkeit, in: Markl (Hrsg.) Natur und Geschichte, 1983, 101 ff.

(1) So ist die gesamte Natur, und damit auch der Mensch, in hohem Maße beherrscht von Tag und Nacht sowie von Sommer und Winter. Als weitere Unterteilung bietet sich der Mondwechsel an. Dass wir an ihn allerdings nicht in gleichem Maße gebunden sind, zeigt unsere davon abweichende Bestimmung der Monate.

(2) Außerdem besteht jede Gemeinschaft aus Menschen. Menschen aber durchlaufen Lebensphasen.

3. Wenn wir bei subhumanen Lebewesen eine „biologische“ Uhr kennen, die nicht nur ihr Verhalten während der verschiedenen Jahreszeiten regelt, sondern auch und insbesondere auf die Fortpflanzung ausgerichtet ist, dürfte für Menschen dasselbe gelten. Nur: Wenn wir die genetisch vorgeprägten „Instinkte“ subhumaner Lebewesen vom „freien“ menschlichen Geist trennen, so bedeutet das auch, dass wir zwischen genetischem rituellen Verhalten einerseits und der menschlichen Moral andererseits unterscheiden. Die „biologische“ Uhr wird durch eine „kulturelle“ überformt⁶⁴. 242

Dennoch sind die Zwecke im Groben dieselben: Mensch, Tier und Pflanze wollen zunächst einmal „leben Sie suchen nach Vorteilen. Sie betreiben „Stoffwechsel“ und sie sind auch vom Bedürfnis geprägt, sich „fortzupflanzen“. Beidem, dem Leben und dem (genetischen) Überleben, dienen ihre Handlungen. 243

Diese schlichte Feststellung meidet im Übrigen das, was dem „Sozialdarwinismus“ vorgeworfen wird, die Vergleichbarkeit menschlicher Gemeinschaften mit einem Organismus, und mehr noch: dessen „Evolution“⁶⁵.

⁶⁴ Zum Verhältnis von menschlicher Moral und prä-moralischen Verhaltensweisen von höheren Tieren siehe Vogel Gibt es eine natürliche Moral? Oder: Wie widernatürlich ist unsere Ethik?, in: H Meier (Hrsg.) Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 1988, 193 ff., 211 ff. Kritisch und zwar vorrangig unter dem Blickwinkel des Gebotes, zwischen Sein und Sollen zu trennen, der Biologe Wickler Hat die Ethik einen evolutionären Ursprung?, in: Koslowski/Kreuzer/Löw (Hrsg.) Die Verführung durch das Machbare, 1983, 126 ff., 136 f; Vossenkuhl Die Unableitbarkeit der Moral aus der Evolution, in: Koslowski/Kreuzer/Löw aaO 141 ff., 144, 148; Flew Evolutionary Ethics in: Hudson (Hrsg.) New Studies in Ethics Bd 2, 1974, 217 ff., 248, 250, 252.

⁶⁵ Rottleuthner hält den genetisch orientierten sozialbiologischen Ansatz für eine verkappte Variante des Utilitarismus. Man bediene sich der genetischen Metaphysik (Rottleuthner Die Bedeutung biologischer Determinanten für das Recht, in: Lampe [Hrsg.] Beiträge zur Rechtsanthropologie, Vorträge auf der Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie [IVR] in der Bundesrepublik Deutschland, Bielefeld, 10. – 13. 10. 1984, ARSP Beiheft 22, 1985, 112 ff., 115 ua unter Hinweis

- 244 4. Andererseits ist es offenkundig, dass neben Naturkatastrophen (Vulkanausbrüchen, Überschwemmungen) auch Seuchen (Pest) und Kriege erhebliche Einschnitte bedeutet haben. Sie haben Rangordnungen aufgebrochen (Vorkriegs- und Nachkriegsgenerationen und deren Kinder- bzw. Enkelgeneration). Der Tod von vielen Menschen aber musste, zumal in Zeiten der Großfamilien (Sippen, Clans oder auch Stämme)⁶⁶, die Frage nach der „Regeneration“ in den Vordergrund drängen. Nicht umsonst sahen die Sippen die Gefahren ewiger „Blutrache“, die die Clans selbst und nicht nur ihre einzelnen Mitglieder existentiell bedrohen.
- 245 Im übrigen: Von Menschen entfacht, konnte sie durch Menschen beigelegt werden, und zwar durch „Frieden“ zwischen den einzelnen Sippen, was die Frage offen lässt, wie denn Tötungshandlungen innerhalb von Gemeinschaften zu „ahnden“ sind. Unser Strafrecht aber, das „öffentliche“ Strafrecht⁶⁷, ist eines, das innerhalb unserer Haupt- und Schutzgemeinschaft stattfindet, jener, die noch immer das Gewaltmonopol⁶⁸ besitzt. Das Verhältnis früherer „Sippen“ zueinander ist weit eher mit dem Völkerrecht zu vergleichen⁶⁹.

auf Lehmann Jurisprudenz, Ökonomie, Soziobiologie – Humanwissenschaften, Betriebsberater 1982, 1997 ff); Lenk (Bemerkungen zum neuen verhaltenstheoretischen Ansatz B F Skinners in den Verhaltens- und Sozialwissenschaften sowie der Rechtswissenschaft, in: Lampe aaO 132 ff., 135) befürchtet, dass aus solchen Modellen die Gefahr eines „metaphysischen Antimentalismus“ erwachse. Auch Hauptmann Psychologie für Juristen. Kriminologie für Psychologen. Einführung in die Sozialpsychologie des Strafrechts, 1989, 226 unter Hinweis auch auf Vogel Evolution und Moral, in: Maier-Leibniz (Hrsg.) Zeugen des Wissens, 1986, 467 ff., 488 ff. sowie auf Mohr Biologische Wurzeln der Ethik?, 1983, 19 warnt: Es bestünde die Gefahr „faschistoider“ Züge im Sinne der Erhaltung einer gesunden und reinen Rasse.

⁶⁶ Herzog Zur Vorgeschichte des Staates, in: Faller/Kirchhof/Träger (Hrsg.) Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung, FS Geiger, 1989, 113 ff., 128; sowie ders Staaten der Frühzeit. Ursprünge und Herrschaftsformen, 1988.

Kritisch allerdings im Hinblick auf die Übertragbarkeit Wesel Recht und Gewalt, Dreizehn Eingriffe, 1989, 25. Allerdings dürfte auch hier gelten, dass wir trennen müssen zwischen dem Leben und dem Überleben einer Großfamilie und deren jeweiligen Strukturen; auch wenn das Vergeltungsprinzip als Wechselseitigkeitsprinzip zwischen Sippen immer noch an das heutige Völkerrecht erinnert.

⁶⁷ Zur neueren Literatur: Rüping Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 1981; ders Geldstrafe und Buße. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe, ZStW 85 (1973) 672 ff; Hattenhauer Über Buße und Strafe im Mittelalter, ZRG 100 (1983) 53 ff; Trusen Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, in: Landau/Schroeder (Hrsg.) Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina, 1984, 29 ff; weitere Nachweise siehe auch bei Lüderssen Vergeltung und Sühne vor dem Forum der christlichen Ethik – Kein Platz mehr für absolute Strafzwecke?, in: Dilcher/Staff (Hrsg.) Christentum und modernes Recht, 1984, 222 ff., 229 Fn. 4.

⁶⁸ Zum Gewaltmonopol des Staates, seiner Geschichte sowie mit ausführlichen Nachweisen auch auf die Auflösungstendenzen siehe Faller Gewaltmonopol des Staates und Selbst-

5. Alle höheren Lebewesen haben einen Lebensweg, der sich grob in zwei Phasen teilen lässt: 246

(1) Die Entwicklungsphase: Eine Phase, in der das Lebewesen weit mehr „Stoff“ aufnimmt, als es abgibt, es passt sich seiner Umwelt an, entwickelt genetisch angelegte Fähigkeiten, es „lernt“. Das Lebewesen „wird“.

(2) Ihr folgt die Stabilitätsphase: Das Lebewesen „ist“. In diesem Zeitabschnitt pflanzen sich Lebewesen – in aller Regel – zweigeschlechtlich fort. Das Altern und Sterben ist dessen Ende.

Die evolutionsbiologisch bedeutsame Schnittlinie ist die Fortpflanzung.

6. Doch, wie so häufig, lassen sich Übergangsstufen erkennen: Einmal geht es um die Erreichung der Fortpflanzungsfähigkeit. Dies ist der früheste Zeitpunkt. Der andere ist derjenige, in dem die „Regeneration“ tatsächlich eintritt. Dann erst hat das Lebewesen im Sinne des „eigennützigen Gens“⁷⁰ für seine genetische Fortexistenz gesorgt. 247

schutzrecht des Bürgers, in: ders/Kirchhof/Träger (Hrsg.) FS Geiger, 1989, 3 ff., insbesondere 5 ff., sowie zum Selbstschutzrecht des Bürgers 8 ff., sowie zum Verständnis des Gewaltmonopols des Staates einerseits und der Selbstschutzrechte des Bürgers andererseits – als „Komplementärbegriffe“ 17 f., unter Hinweis auf Schünemann Selbsthilfe im Rechtssystem. Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 229 ff. BGB, 1985, 9 sowie auf Hoffmann-Riem Übergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP 1977, 277 ff., 281 sowie Willoweit Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.) Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz, 1986, 313 ff. sowie Schwegmann Idee und Entstehung des staatlichen Gewaltmonopols, Verwaltungsrundschreiben 1987, 217 ff; siehe zudem Haffke Kriege und Strafrecht, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.) Strafrecht, FS Arthur Kaufmann, 1993, 449 ff., 452.

⁶⁹ Dazu, dass der Untergang „archaischer Kulturen“ mit dem Verfall ihrer Personalverbände zusammenhängt, siehe auch Hattenhauer Europäische Rechtsgeschichte, 1992, 208 ff. So erklärt auch Wesel (Fn. 66) 16, bereits Morgan und Engel hätten die Ansicht vertreten, der Staat entstehe durch Zerstörung der Verwandtschaftsgruppen; sowie Morgan Die Urgesellschaft: Untersuchungen über den Fortschritt der Menschheit aus der Wildheit durch die Barbarei zur Zivilisation, 1891 (Neudruck 1976); Engels Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates (1884), in: Marx/Engels Werke (MEW) Bd 21, hrsg vom Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED 1969, 25-173.

⁷⁰ Zum eigennützigen Gen siehe Strafrechtstheorie vgl. etwa Dawkins Das egoistische Gen, 1978; siehe auch zusammenfassend mwN ders Auf welche Einheiten richtet sich die natürliche Selektion?, in: H Meier (Hrsg.) Die Herausforderung der Evolutionsbiologie, 1988, 53 ff., vgl insb 63 f. sowie 67; siehe zudem Alexander Über die Interessen der Menschen und die Evolution von Lebensabläufen, in: H Meier aaO 129 ff., 133 mwN. Zur Kin-selection: Smith Group selection and kin-selection, Nature 201 (1964) 1145 ff.

248 In eben diesem Sinne spricht der Evolutionsbiologe *Alexander*⁷¹ ganz generell von drei Fortpflanzungsperioden:

(1) der Periode vor der Fortpflanzung (Kindheit),

(2) der Phase des Beginns der Fortpflanzung (Reifung)

(3) und der Periode der Fortpflanzung (Erwachsenenleben).

249 Die Geschlechtsreife beginnt beim Menschen mit der sogenannten Pubertät, mit etwa 12 Jahren. Abgeschlossen ist die Regeneration spätestens mit 30 Jahren. Auch wenn man eine übliche Regenerationszeit von rund 25 Jahren ansetzt, so ist zu überlegen, ob nicht weitere 5 Jahre hinzukommen müssen, bis das Kind einen Selbständigkeitsgrad erreicht hat, der es von der zwingenden Fürsorge seiner Eltern befreit; es ist also selbst in das soziale Leben der Gemeinschaft eingetreten.

250 7. Auch in unserer westlichen Kulturgemeinschaft ist der Beginn der Fortpflanzungsfähigkeit von sozialer Bedeutung. In Deutschland ist der Jugendliche mit 14 Jahren strafmündig. Mit 14 Jahren etwa nimmt er an der Konfirmation oder der Jugendweihe teil. Mit etwa 15 Jahren endet die Schulpflicht. Etwas später, mit 18 Jahren (früher mit 21 Jahren), ist der Jugendliche voll geschäftsfähig; er hat das aktive Wahlrecht. Ist er männlich, so kann er zum Wehr- oder Zivildienst eingezogen werden. Zu dieser Zeit etwa enden auch die Lehrzeit oder die weiterbildenden Schulen (Gymnasien). Mit 18 endet auch das Jugendstrafrecht. Nur in den Fällen, in denen Heranwachsende (zwischen 18 und 21 Jahren) bzw. ihre Taten denen Jugendlicher gleichstehen, unterliegen sie noch dem Jugendstrafrecht.

251 Ist ein Straftäter hingegen älter als 27 Jahre, verzichtet das Gericht z.B. in der Regel darauf, ihm einen Bewährungshelfer an die Seite zu stellen (§ 56d Abs 2 dStGB). Die Jugendbewegung der 60er Jahre

Dass inzwischen viel dafür spricht, an die Stelle der (alten) Arterhaltung die „Generhaltung“ zu setzen, siehe auch Vogel (Fn. 64) 197 ff. mit Hinweisen auf Lorenz Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression, 1963 sowie auf Eibl-Eibesfeldt Die Biologie des menschlichen Verhaltens. Grundriss der Humanethologie, 1984; vgl zudem Leyhausen The biological basis of ethics and morality, Science, Medicine and Men 1 (1974) 215 ff. „Universal-Arterhaltung“; auch dazu Vogel (Fn. 64) 213.

Doch kommt es auf den Streit hier letztlich nicht an. Arterhaltung setzt immer auch im Prinzip Erhaltung der einzelnen Individuen voraus. Ohne individuelle Mitglieder kann keine menschliche Gemeinschaft bestehen.

⁷¹

Vgl. Alexander (Fn. 70) 129 ff., 145 ff.

sprach den älteren Menschen mit dem Spruch: „Trau keinem über 30“⁷² die Orientierung an Idealen ab und markierte ihre Hinwendung zum Pragmatismus des Alltags. 30jährige sind ins Berufsleben eingliedert, sie haben für ihre eigenen Kinder zu sorgen. Spätestens mit 30 Jahren endet die Phase des Jung-Erwachsenen. Er hat seine Lehr- und Wanderjahre abgeschlossen.

8. Eine weitaus kürzere biologische Altersphase ist diejenige der So- 252
zialisierung im frühkindlichen Alter zwischen 2–3 Jahren. Das Kind beginnt, die Sprache zu lernen. Es wird kindergartenreif.

Auch haben wir zur Kenntnis zu nehmen, dass das noch nicht sozialisierte „Kleinkind“ in größerer Lebensgefahr schwebt als das etwas ältere Kind. So verwies etwa die Gewaltkommission der Bundesregierung Deutschlands (im Jahre 1990)⁷³ darauf, dass sich die Gewalt der Eltern gegenüber den eigenen Kindern insbesondere gegen Kinder in den ersten Lebensjahren richtet. Säuglinge und Kleinkinder seien besonders misshandlungsgefährdet, und zwar vor allem Frühgeborene, Neugeborene mit geringem Geburtsgewicht, mit angeborenen Missbildungen, ungewöhnlichen Verhaltensweisen etc⁷⁴. Die misshandelnden Elternteile entstammten im Übrigen allen sozialen Schichten⁷⁵. Zumindest in diesem Bereich zeigt sich, dass Ethik nicht von Ausbildung und Lebensstandard abhängt.

Auch der Biologe *Alexander* unterstreicht, dass es eine hohe Säug- 253
lings- und Kleinkindsterblichkeit (bis zu etwa 3 Jahren) gebe⁷⁶. Insofern ist der Eintritt in die erste Phase der Sozialisation, des Lernens einer Sprache usw. ein auch biologisch herausgehobenes Stadium: Nach 2-3 Jahren steigen die Überlebenschancen.

⁷² So auch Großfeld (Fn. 29) 175.

⁷³ Schwind/Baumann ua (Hrsg.) Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (Gewaltkommission), Bd I: Endgutachten und Zwischengutachten der Arbeitsgruppen, 1990, Bd II: Erstgutachten der Unterkommissionen, 1990, Bd III: Sondergutachten (Auslandsgutachten und Inlandsgutachten), 1990, Bd IV: Politische Gewalt und Repression. Ergebnisse von Bevölkerungsumfragen, 1990, hier: Bd 1, 73 Rn. 179 ff. iVm Bd 1, 268, Bd II, 179, Bd IV, 230.

⁷⁴ Vgl auch Schwind/Baumann (Fn. 73) Bd 1, 268, Bd II, 140.

⁷⁵ Schwind/Baumann (Fn. 73) Bd I, 73 unter Hinweis auf Sondergutachten Schneider Bd III, 524.

Dazu, dass Kinder (ebenso wie Geistesranke) nicht eigentlich als vollwertige Mitglieder der Gemeinschaft anzusehen seien, etwa auch Schild Strafe — Vergeltung oder Gnade?, SchwZStrR 99 (1982) 364 ff., 397.

⁷⁶ Alexander (Fn. 70) 129 ff., 145 ff.

- 254 9. Die nächste Altersphase ist diejenige, in der das Kind so selbständig ist, dass es in die Gemeinschaft einzutreten vermag, der Beginn der Schulfähigkeit mit 5-7 Jahren. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist das Kind beschränkt geschäftsfähig (§ 104 BGB). Es bedarf nicht mehr des ständigen, unmittelbaren Schutzes der Eltern. Allerdings beginnt die Kindergartenreife im Sinne einer „Vorschule“ früher, und zwar etwa mit drei Jahren. Der griffige Mittelwert: 5 Jahre⁷⁷.
- 255 10. Eine weitere biologisch vorgegebene Altersphase ist bei Frauen diejenige, in der sie nicht mehr in der Lage sind, Kinder zu gebären (ab 40 Jahren). Diese biologische Eigenart erklärt etwa *Alexander* damit, dass es aus dem Blickwinkel des „egoistischen Gens“ offenbar günstiger ist, dass die Frau sich den Kindern ihrer Kinder (vorrangig den Kindern ihrer Töchter) zuwendet und ihnen hilft, als selbst mit weiteren Kindern in den Wettbewerb zu ihren Töchtern zu treten⁷⁸.
- 256 Es handelt sich um das Stadium, in dem die Frauen, aber in der Regel auch die Männer in die Rolle der Großeltern hineinkommen. Sie werden „Greise“ in der ursprünglichen Bedeutung des Wortes: Ihre Haare werden grau. Dieses weithin sichtbare Zeichen spiegelt die Verminderung ihrer Leistungsfähigkeit wider. Sie werden zu „Senioren“, aber auch zu ehrwürdigen „Senatoren“. Das Mindestalter des Bundespräsidenten beträgt 40 Jahre (Art 54 GG). Die Regel der Karrieristen lautet: Bis 40 müsse man es geschafft haben. Dann ist man mit einem Wort aus dem Angloamerikanischen „Senior-Partner“ oder gehört zu den „senior officials“.

Diese Phase ist heutzutage abgeschlossen mit dem Ausscheiden aus der Arbeitswelt zwischen 60 und 70 Jahren (Pensionsgrenze etwa zwischen 62 und 65 Jahren): Die Enkel beginnen erwachsen zu werden.

⁷⁷ Zur Bedeutung der Zahl 5 (als eine Handvoll Finger) siehe auch Großfeld (Fn. 29).

⁷⁸ *Alexander* (Fn. 70) 162 ff. unter Hinweis auf Williams Pleiotropy, natural selection and the evolution of senescence, *Evolution* 11 (1957) 398 ff; vgl auch ders Natural selection, the costs of reproduction and a refinement of Lack's principle, *Amer Nat* 100 (1966) 687 ff. sowie Dawkins *The Selfish Gene*, 1976.

11. Auf ähnliche wirtschaftswissenschaftliche Zyklen weist der Soziologe *Bornschie*⁷⁹ im Anschluss an *Schumpeter*⁸⁰ hin. Der Lagerhaltungs- oder auch Kitchen-Zyklus betrage 3,5 Jahre, der Juglarzyklus 8–10 Jahre, der Kuznetszyklus 18–25 Jahre, der Kondratieffzyklus 45–60 Jahre. 257

Dass sich die Gemeinschaft ebenfalls mit ihren Mitgliedern, den Menschen, ändert, also sich deren Phasen in ihrer Erneuerung widerspiegelt, liegt nahe. So kennt die junge Generation der Jugendlichen und Heranwachsenden Modewellen, die jeweils einige Jahre zusammenfassen. Unzweifelhaft gibt es aus sozialer Sicht Phasen von 3–7 Jahren, die eine mittelfristige politische Planung bedeuten. Dazu gehören Wahlperioden, aber auch soziale Ereignisse, wie die alle vier Jahre stattfindende Olympiade. Alle längeren ernsthaften Planungen sind derart „mittelfristige“. 258

Aber auch bei Gesellschaften, die stark vom Ackerbau abhängen, dürfte nicht nur die jährliche Ernte, sondern auch die Vorratshaltung entscheidend gewesen sein. So spricht auch die Bibel von sieben fetten Jahren, die offenbar die Vorratshaltung haben vergessen lassen. Jäger und Sammler hingegen dürften stärker an den Jahresrhythmus gebunden sein. Aber auch sie müssen für Naturkatastrophen, wie Dürre oder Überschwemmungen um Gebiete gewusst haben, auf die man sich für diese „Notlagen“ zurückziehen konnte. 259

VI. Lebensabschnitte und Stufen der Freiheitsstrafe

1. Dass wir das Menschenleben und auch das soziale Leben in solcherlei Zeiträume einteilen und auch einteilen können, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Zweifelhaft ist jedoch, inwieweit es möglich erscheint, aus ihnen Anhaltspunkte für die Bestimmung der Dauer der zeitigen Freiheitsstrafe zu gewinnen. 260

2. Nach dem „Lebenslang“, also dem tatsächlichen „bürgerlichen Tod“, ist die Begrenzung auf 15 Jahre die nächstwichtigste Zeiteinteilung. 261

⁷⁹ Bornschie Westliche Gesellschaft im Wandel, 1988, 70 sowie auch Kleinknecht Innovation Patterns in Crisis and Prosperity. Schumpeter's Long Cycle Reconsidered, 1987; zur Kritik mit ausführlichen Nachweisen, insb an den langfristigen Zyklen Bornschie aaO 70 f.

⁸⁰ Schumpeter Business Cycles. A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Process, 1939.

lung. Da aber auch das „Lebenslang“ bedeutet, dass der Täter sich in aller Regel Hoffnung auf eine bedingte Entlassung nach 15 Jahren machen darf, erweist sich die 15-Jahres-Grenze als eigentliche Obergrenze. (Ausnahmen sind möglich, aber sie selbst sind noch von der 15-Jahres-Grenze abhängig.)

Je mehr Gesetzgeber und Strafverfolgungsorgane im konkreten Fall sich der 15-Jahres-Grenze nähern (wollen), desto enger werden sie sich an dem Hauptfall für die Sanktion „lebenslang“ (im Sinne von mindestens 15 Jahren) orientieren: dem Mord.

262 3. Drei Blickwinkel stehen für die Übertragung von „Lebensabschnitten“ auf die (grobe) Strafbemessung zur Verfügung:

(1) derjenige des Täters,

(2) derjenige des Opfers oder seiner Angehörigen,

(3) derjenige der Allgemeinheit, also der Hauptgemeinschaft, einschließlich ihrer Untergliederungen⁸¹.

263 Der neuere evolutionsbiologische Ansatz des „egoistischen Gens“ nötigt uns eigentlich dazu, vorrangig den Blickwinkel des Einzelnen heranzuziehen, wobei dann noch zu trennen wäre zwischen demjenigen des Täters und demjenigen der Angehörigen oder auch demjenigen des „Nachbarn“ als potentielltem Opfer. Aber auch wer davon ausgeht, dass der Blickwinkel der „Allgemeinheit“ gleichrangig neben demjenigen des „Einzelnen“ zu stehen hat, wird nicht umhin können, eben auch den Blickwinkel des Einzelnen einzunehmen. Jeder, der das „Leben“ als das höchste Individualrechtsgut ansieht und auch den Straftäter noch als Mitmensch begreift, wird von der schlichten These des „Gemeinwohl vor Eigennutz“ absehen (müssen). Er dürfte nicht mehr auf dem Boden der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ und auch nicht auf demjenigen der Europäischen Menschenrechtskonvention stehen.

⁸¹ Zu den Ableitungslinien aus dem Mord (etwa die Stufung Mord aus Habgier, Raub mit Todesfolge, schwerer Raub, einfacher Raub, Schußwaffendiebstahl) siehe Montenbruck Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine und mehrere Taten, 1989, 93.

4. Von diesem Standpunkt aus, durch eine „biologistische“ Brille betrachtet, bedeutet die Ausgliederung des Täters aus der Gemeinschaft (also ihm seine Freiheit zu entziehen) für andere einen „biologischen“ Vorteil, und zwar: 264

(1) Für die Angehörigen des (getöteten) Opfers ist es in dieser Zeit möglich, eine neue Generation heranzuziehen. In 15 Jahren ist gleichsam das Kind des Getöteten wiederum fortpflanzungsfähig. Die Zeit von 12-15 Jahren ist die niedrigste Frist für die Regeneration. Die volle Regeneration ist erst bei 25 Jahren anzunehmen oder aber wenn man die Vollendung, die Sozialisation des Kleinkindes, hinzunimmt, insgesamt in rund 30 Jahren gegeben. Die 30-Jahres-Grenze finden wir denn auch z.B. als äußerste Grenze bei der Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche, während wir uns bei der Strafe (womöglich) auf die Untergrenze stützen. Doch steht hinter dem Blickwinkel auf die Angehörigen immer noch der – archaische – Gedanke der Überlebensfähigkeit der einzelnen Sippe.

(2) Richtiger und wichtiger ist es, den Blickwinkel desjenigen einzunehmen, der den Täter tatsächlich „meidet“. Würden wir den Täter nicht einsperren, so wäre es der „Nachbar“, der Angst hat, das nächste Opfer zu sein.

Mit den (wirklichen) Nachbarn fühlen auch wir anderen, weit entfernt lebenden Mitglieder derselben Großgemeinschaft mit: Wir vermögen uns in seine Angst einzufühlen. Insofern ist es dann auch – mittelbar – die Allgemeinheit, die ebenfalls bereit ist, den Blickwinkel des Bedrohten einzunehmen. Es ist also der Blickwinkel des „potentiellen Opfers“, desjenigen, der nach „Gefahrenabwehr“ verlangt und andernfalls „Selbstjustiz“ androht und dem wir bereit sind zu helfen, und zwar entweder organisiert durch „Wächter“ oder aber zumindest mit Verständnis für „Selbsthilfe“ (durch seine eigenen Nachbarn). 265

Wer Gewalttaten in seinem Umfeld fürchten muss, sorgt sich zunächst einmal um sich, seinen Lebenspartner und seine Kinder. Zumindest derjenige, der kleine Kinder hat, wird verlangen, dass, wenigstens bis er sie großgezogen hat, diese „menschliche Gefahrenquelle“ aus seiner Nachbarschaft entfernt wird. Andere aber werden den Gewalttäter in ihrer Nachbarschaft auch nicht dulden wollen. Sie werden ihn aus ihrer Gemeinschaft verbannen. Heutzutage bedeutet es „Aussperren durch Einsperren“. 266

267 Spätestens an dieser Stelle ist offenkundig, dass eigentlich zuvor die Frage nach Sinn und Zweck der Freiheitsstrafe beantwortet sein müsste. Der hier gewählte Blickwinkel ist ein individualpräventiver, der allerdings auch generalpräventive Erwägungen (indirekt über das Mitfühlen) mit aufnimmt. Einigermaßen konsensfähig dürfte sein: Strafe stellt ein Übel dar, dieses Übel besteht im Abschneiden von Freiheiten, und zwar der freien Entfaltung innerhalb einer Gemeinschaft. Von Isolierung oder dem bürgerlichen Tod⁸², den frühere Zeiten und andere Staaten mit Deportation und Verbannung verknüpft haben, das germanische Recht mit dem „vogelfrei stellen“, sollten wir dann auch die Brücke zum „Aussperren durch Einsperren“ schlagen. „Kurzum, er geht sämtlicher Vorteile verlustig, die das Leben in der Gemeinschaft bietet“⁸³.

So betrachtet ist es ein „fremdes Leben“, das sich während der Zeit entwickelt, in der der Täter tatsächlich aus der Gemeinschaft ausgeschlossen ist. Es ist eine Art „Lebenslang“, das den Täter trifft, wenn er diese Zeit eingesperrt bleibt, und zwar ein Lebenslang aus dem Blickwinkel der Anderen: der Opferfamilie oder aber (richtigerweise) der „Nachbarn“.

268 Aber auch für den Täter bedeutet der Ausschluss aus der Gemeinschaft, dass ihm eben diese Vorteile genommen sind. Er kann kein Kind aufziehen, zumindest nicht in der Gemeinschaft. Auch haben wir zur Kenntnis zu nehmen, dass die Allgemeinheit fordert, dem Gewalttäter Sozialkontakte (die zur Fortpflanzung führen könnten) zu nehmen. Auch Müttern, die Kinder im Vollzug gebären, wird man die Kinderbetreuung nur in der Kleinkinderphase überlassen (dürfen).

⁸² Jescheck Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979) 1037 ff., 1051 meint, dass die lebenslange Freiheitsstrafe „im Prinzip ähnlich der Todesstrafe einen dauernden Ausschluß des Verurteilten aus der Gemeinschaft bedeutet“. Der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Benda („Die Würde des Menschen ist unantastbar“, in: Lampe (Hrsg.) Beiträge zur Rechtsanthropologie, ARSP Beiheft 22, 1985, 23 ff., 24, 25) sieht in der Strafe die „Isolierung“ von der Gemeinschaft; mit den Worten von Frommel: den „zivilen Tod“ (Wieso gelingt es nicht, die allgemein für reformbedürftig angesehenen Tötungsdelikte zu novellieren?, in: Weber/Scheerer [Hrsg.] Leben ohne Lebenslänglich. Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, 1988, 69 ff., 71).

Die zeitige Freiheitsstrafe ist somit – auch – der zeitweise Ausschluß, die zeitweilige Isolierung, der zivile Tod auf Zeit.

⁸³ Popitz Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980, 60 f. unter Hinweis auf Gillin Crime and Punishment Among the Barama River Caribs of British Guyana, American Anthropologist 36 (1934) 331 ff., auf den auch Hoebel Das Recht der Naturvölker, 1968, 378 verweist; vgl. zudem Popitz Phänomene der Macht. Autorität – Herrschaft – Gewalt – Technik, 1986, 70.

5. Messen wir die Höchststrafen an der Lebenszeit des Straftäters, so ergibt sich folgendes: 269

(1) Wer als Jugendlicher mit 15 Jahren einen Mord begeht und dafür (alsbald) die Höchststrafe (für Jugendliche) von 10 Jahren erhält, ist dann, wenn er sie voll verbüßt, 25 Jahre alt. Der Mord hat sein Leben geprägt. Zu bezweifeln ist aber, dass er sich noch als derjenige sieht, der diese Tat begangen hat. Er dürfte sich als ein „anderer“ sehen, und wir ihn auch: Er ist ein „Erwachsener“. 270

(2) Ein 20jähriger Heranwachsender ist dann, wenn wir ihn einem Jugendlichen gleichstellen und wiederum auf die Höchststrafe von 10 Jahren erkennen, bei deren Verbüßung 30 Jahre alt. 271

Bei Jung-Erwachsenen kennen wir die Phase bis zu etwa 30 Jahren, die vermutlich zu einem genetisch angelegten aggressiveren Verhalten gegenüber den Älteren führt. Hat er dieses Alter erreicht, so spricht einiges dafür, dass sich seine jugendliche Aggressivität abgeschwächt hat. 272

(3) Hat ein Jung-Erwachsener von 25 Jahren einen Mord begangen, und gliedern wir ihn für (mindestens) 15 Jahre aus der Gemeinschaft aus, so spricht viel dafür, dass er mit 40 Jahren ein Lebensalter erreicht hat, in dem sich seine „jugendliche Aggressivität“ erheblich abgeschwächt hat. Zu befürchten ist zwar, dass er sich in die Gesellschaft der Ausgegliederten eingliedert, also wieder „sozialisiert“ hat. Aber dies ist ein Umstand, der nicht mehr unmittelbar mit dem Mord zu verknüpfen ist, aus dem wir auf seine künftige Gewalttätigkeit haben schließen müssen. Der Straftäter, dafür spricht viel, hat sich grundlegend verändert. Die Beziehung zwischen ihm und seiner Straftat hat sich gelockert. Auch wenn ihre Folge, der Freiheitsentzug, sein nachfolgendes Leben bestimmt hat, die Tat selbst gehört seiner „Vergangenheit“ an. Zumindest der Jung-Erwachsene ist nach 15 Jahren ein „anderer Mensch“. 272

Wer als Voll-Erwachsener mit 30 Jahren einen Mord begeht und ebenfalls 15 Jahre Strafhaft verbüßt, findet sich gleichfalls in einer anderen Altersphase. Er ist dann 45 Jahre alt und einer von denjenigen Erwachsenen, die bereits selbst erwachsene Kinder haben (können). Mit 45 tritt er in die Phase der „Großeltern“ ein. Seine Haare sind grau, seine körperliche Leistungsfähigkeit lässt nach. Ob er stattdessen seine „kriminellen Erfahrungen“ aus dem Vollzug in Gewalttaten um- 273

setzt, muss sich zeigen. Doch besteht Anlass, ihn zu „erproben“ (§§ 57, 57a dStGB).

- 274 (4) Begeht ein Mensch mit 45 Jahren eine Mordtat, so bedeutet eine 15jährige Freiheitsstrafe für ihn wiederum den Eintritt in eine andere Lebensphase. Es ist heutzutage diejenige, in der die Lebensarbeitszeit langsam endet, diejenige des Eintritts in den Ruhestand. Auch aus dem Blickwinkel dieses Täters können wir sagen, nach 15 Jahren hat er sich erheblich verändert.
- 275 6. Ein „anderer Mensch“ zu sein bedeutet auch, dass sich die Beziehung zwischen Täter und Tat aufgelöst hat. Zwar gilt der Täter uns noch als mit sich selbst identisch. Er trägt denselben Namen, und zwar allgemein und auch im Bundeszentralregister, in dem wir die Vorstrafen vermerken. Doch dürfte für ihn die Tat weitaus mehr Erinnerung sein, als nacherlebbar. Wer also auf Tat(schuld)vergeltung setzt, sollte überprüfen, ob er auch – wirklich – eine Beziehung dieses Menschen zu seiner – alten – Tat herstellen kann. Will er sie ihm wirklich noch vorwerfen?
- 276 7. Zurück zu den drei Blickwinkeln, mit denen wir Lebensphasen einzuschätzen vermögen: Welchen Blickwinkel wir auch immer einnehmen, denjenigen der Angehörigen, denjenigen der potentiellen Opfer (der Nachbarn und mittelbar der mitfühlenden „Allgemeinheit“) oder aber eben denjenigen des Täters, die Höchststrafe von 15 Jahren macht – insofern – Sinn.
- 277 Sinnvoll erscheint auch die Untergrenze von 2 Jahren. Dass der Täter sich in kürzeren Zeiträumen (im Strafvollzug) ändert, oder aber dass die Opferseite oder die Gemeinschaft allgemein sich grundlegend verändert, und zwar ohne ihn, ist nicht zu erwarten. Deshalb sollten wir ihn lieber noch einmal – in Freiheit – „erproben“, um dann bei einem Rückfall nicht nur die Bewährungsstrafe zu widerrufen, sondern ihn auch, weil er sich die Vortat nicht hat zur Warnung dienen lassen, insgesamt mit einer weit höheren Strafe, und dann für eine längere Zeit, aus der Gemeinschaft auszgliedern.
- 278 Unterhalb der 15-Jahres-Grenze hat der deutsche Strafgesetzgeber noch eine 10-Jahres-Grenze eingezogen, und zwar als Obergrenze für die besonders schweren Fälle der mittleren Kriminalität. Er hat sie aber auch in den Blick genommen bei der Festlegung der bedingten Entlassung nach 15 Jahren: Zwei-Drittel-Verbüßung für die zeitige

Freiheitsstrafe von bis zu 15 Jahren bedeutet eine Obergrenze bis zu 10 Jahren bei den übrigen Straftaten. Ob sie überhaupt von biologischen oder sozialen Zeitabschnitten geprägt sein kann, ist zweifelhaft. Allenfalls im Rahmen der Wirtschaftswissenschaften gibt es die Diskussion um einen Zyklus von 8-10 Jahren.

Einmal unterstellt, es gebe gute Gründe für die 5-Jahres-Grenze als 279 derjenigen der mittelfristigen Planung, so scheint die 10-Jahres-Grenze eine Art Mittelwert darzustellen, der sowohl von ihr als auch von der Höchstgrenze von 15 Jahren bestimmt sein dürfte. Zudem enthält die Abstufung 5 Jahre, 10 Jahre, 15 Jahre einen (magischen) Dreisprung.

Er hängt gewiss zudem mit unserem Zehnersystem zusammen: Hätte 280 der Gesetzgeber z.B. die zeitige Höchststrafe an der heutigen Volljährigkeitsgrenze von 18 Jahren orientiert, so hätte es vielleicht nahe gelegen, eine Dreierstufung von 6, 12 und 18 Jahren festzulegen. Einen solchen Dreiersprung hat es früher schon im Zivilrecht gegeben: Mit der zivilrechtlichen Volljährigkeitsgrenze von 21 Jahren, die zugleich das allgemeine Wahlrecht eröffnete; mit 14 Jahren begann die Strafmündigkeit (der Eintritt in die Lehre usw.); mit 7 Jahren begann die beschränkte Geschäftsfähigkeit. Das Kind konnte über sein Taschengeld frei verfügen (§ 110 BGB).

9. Die 5-Jahres-Grenze hingegen scheint einen eigenen anthropologi- 281 schen Hintergrund zu besitzen: In der Zeit von 3-7 Jahren wird das Kind „sozialfähig“. Außerdem umfasst die 5-Jahres-Grenze grob die „soziale Zeit“ der Planung in Ökonomie und Politik.

Deshalb dürfte der 5-Jahres-Grenze auch und gerade bei den Eigentums- und Vermögensdelikten eine eigenständige Bedeutung zukommen.

Bei einem mittelfristigen Freiheitsentzug trifft den Täter das, was für 282 die Allgemeinheit der Vorteil ist: die Planbarkeit des Lebensweges. Sie nehmen wir ihm. Die Gemeinschaft entwickelt sich ohne ihn 5 Jahre fort. Seine familiären Bezüge stellen zwar womöglich ein fortdauerndes soziales Netz dar. Das sonstige Umfeld aber, grob die „Geschäftsbeziehungen“, also all das, was in einer arbeitsteiligen Gesellschaft mit dem Stichwort „Beruf“ zu umschreiben ist, nehmen wir ihm. Er verliert seine (konkrete) soziale Rolle in der Gemeinschaft. In einer hocharbeitsteiligen Gemeinschaft sind Strafen von 4-5 Jahren

„Berufsausübungsstrafen“. Auch wenn er seine Fähigkeiten, diesen Platz einzunehmen, grundsätzlich nicht verloren haben dürfte – einen neuen Arbeitsplatz muss er sich erkämpfen. Das dürfte im Übrigen auch in kleineren Gemeinschaften gegolten haben. Nach 3-4 Jahren ist ein anderer in seine Rolle hineingewachsen. Die „Wunde“, die seine Ausgliederung aus der Gemeinschaft hinterlassen hat, ist gleichsam geheilt.

- 283 Gerade bei schwereren Wirtschaftsstraftaten spricht also einiges dafür, dass die von uns vielfach verhängten schwersten Freiheitsstrafen von 4-5 Jahren nicht nur „relativ“ gerecht sind, weil sie milder sind als Strafen für schwere Gewaltdelikte, sondern auch einen absoluten Kern haben. Die Wirtschaft regeneriert sich in mittelfristigen Phasen. Und nach dieser Zeit muss es dem Täter erst einmal wieder gelingen, in das Wirtschaftsleben einzutreten⁸⁴.
- 284 10. 2-3 Jahre lang dauert die Kleinkindphase. Sie erscheint zumindest aus dem Blickwinkel der „Regeneration“ als Untergrenze. Es genügt nicht, ein Kind zu zeugen und die Schwangerschaftszeit zu überstehen. Wichtig ist auch das Überleben der hochgefährlichen Kleinkindphase und, aus sozialer Sicht, die Fähigkeit, in die Gemeinschaft eintreten zu können.
- 285 Zugleich nähern wir uns mit drei Jahren bereits der Planbarkeitsgrenze, die womöglich auch mit dieser Untergrenze der Regeneration zusammenhängt. Zu leben bedeutet eben nicht nur, sich persönlich zu ernähren und unmittelbare Gefahren für sich abzuwenden, sondern auch, sich fortzupflanzen, wenigstens hin bis zu einer gewissen Selbständigkeit des Nachwuchses, was auch einschließt, Gefahren für ihn abzuwenden.
- 286 Dass der deutsche Gesetzgeber die Untergrenze für die stets zu vollstreckende Freiheitsstrafe auf 2 Jahre (genauer: 2 Jahre und 1 Monat) festgelegt hat, und nicht etwa, wie zum Teil gefordert, auf 3 Jahre, dürfte zumindest zwei gute Gründe haben. Immerhin schwächt die mögliche Zwei-Drittel-Verbüßung selbst eine (noch überschaubare) 3-Jahres-Strafe noch auf 2 Jahre ab. Wichtiger aber ist der Umstand, dass es keinem Gericht möglich ist, Strafen auf den Monat genau fest-

⁸⁴ Dazu, dass bei Wirtschaftsstraftaten die Obergrenze von fünf Jahren kaum überschritten wird und damit die Fünfjahresgrenze auch faktisch selbst für schwerste Vermögensdelikte die Obergrenze darstellt: Montenbruck Zum Verhältnis von Steuerhinterziehung und gewerbsmäßigem Schmuggel, wistra 1987, 7 ff., 11.

zulegen. Jeder erfahrene Berufsrichter, der sich für eine Strafe von z.B. 2,5 Jahren ausspricht, dürfte zuvor auch die Frage nach der Aussetzbarkeit der Freiheitsstrafe beantwortet haben, die bei Strafen bis zu 2 Jahren möglich gewesen wäre, sie dann aber, und damit eine günstige Sozialprognose, verneint haben.

11. Ein Jahr ist nicht nur die Phase, in der sich die „Natur“ vielfach regeneriert, es ist z.B. auch die Schonphase für Schwangerschaft und Mutterschutz. 287

Für Strafen von einem Jahr hat der Gesetzgeber sogar in der Regel die Strafaussetzung zur Bewährung vorgesehen. Es ist bei Geldstrafen für Einzeltaten die (selten erreichte) Obergrenze von Tagessätzen (360). Das Jahr ist offenkundig eine „objektive“ im Sinne einer „natürlichen“ Zeiteinheit. Nach einem Jahr beginnt alles neu, zumindest in den mittleren Breiten müssen wir für ein Jahr planen. In einem Jahr mag sich aber vieles ändern. Wir feiern dann auch unseren „Geburtstag“, aber das Gefühl, uns grundlegend geändert zu haben, kommt dabei nicht auf. Ist das richtig, dann sind Freiheitsstrafen von einem Jahr zumindest dann „sinnlos“, wenn es uns nicht möglich ist, den Täter in dieser Zeit im Vollzug zu „verändern“. Auch die Gesellschaft verändert sich in dieser Zeit nur kaum.

12. Rückblickend ist also festzustellen, dass es eine „anthropologische“ Begründung für den groben Strafraumen von 2-3 Jahren im unteren Bereich bis hin zu 15, 18, 20 Jahren im oberen Bereich gibt. Dazwischen scheint es überdies eine dritte „objektivierbare“ Grenze zu geben: die 5-Jahres-Grenze als diejenige der „mittelfristigen“ Planbarkeit. 288

Die Zurückhaltung des Gesetzgebers, seine Weigerung, Begründungen selbst für die absolute Obergrenze für zeitige Freiheitsstrafen oder aber auch für die 15-Jahres-Grenze bei der bedingten Entlassung aus „lebenslang“ anzugeben, erscheint somit nicht ganz unverständlich: Es ist einmal unser „Rechtsgefühl“, dass wir mit den groben gesetzlichen Strafraumen einigermaßen zufrieden sind, und zwar weil wir wissen, dass die Rechtspraxis trotz aller „justizgeographischen“ Ungereimtheiten sie recht vorsichtig ausschöpft. Zum anderen und insbesondere ist es das „Tabu“, das uns vor der Beschäftigung mit biologistischen Einsichten zurückschrecken lässt. Das Menschenleben gilt uns als „heilig“. Wir mögen es nicht zerteilen und gegenrechnen. Hinzu kommt unsere (deutsche) Erfahrung mit einer faschistischen Blut- und Bodenideologie, die mit diesem Tabu gebrochen hat. 289

- 290 Dennoch: Wer von der „Arterhaltung“ zum neueren Ansatz des „egoistischen Gens“ überzuwechseln bereit ist und somit das Individuum in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellt, sollte dem Straftäter, seinem Opfer (bzw. dessen Angehörigen) und auch seinen Nachbarn erklären, weshalb denn „lebenslang“ nur rund 15 Jahre bedeutet und die zeitige Obergrenze bei 15 Jahren liegt, allgemeiner noch: Was denn 15 Jahre für sie alle bedeuten.

C. Sündenbock: Religiöse Wurzeln des säkularen Strafens und Zivilisation der Aggression

I. Grundlegung

1. Zu der säkularen Trennung von Sittengesetz und Strafrecht erklären 300 *Baumann/Weber/Mitsch*¹, sie bedeute nicht, „dass keine Verwandtschaft zwischen Strafrecht und Sittengesetz bestünde. Vielmehr wurzelt der Kernbereich des Strafrechts im Sittengesetz“. Sie fahren fort: Die archaischen Strafrechte bedienten sich der Sündenbockfunktion. Die Bestrafung des Mörders durch das Volk erfolge ohne Rücksicht auf dessen Persönlichkeit. Sie erläutern zudem einsichtig, dass sich die Trennung von strafrechtlichen und religiös-sittlichen Normen nicht durch „rationalen Akt, sondern durch allmähliche Säkularisierung vorhandener Normen“ ergeben habe. Das Verständnis der Säkularisierung eröffnet somit den Blick auf etwaige archaische Wurzeln des Strafrechts. An diese Gedanken ist anzuknüpfen. Die interdisziplinären Facetten der „Theorie des Opfers“² leisten dazu Hilfestellung.

Die Vorstellung von der „Geburt der Strafe“ infolge der geistigen Individualisierung des Menschen im Mittelalter³ legt nahe, dass der Mensch die Strafe wie die Schrift entwickelt hat und deshalb auch in einer fernen Zeit abschaffen könnte⁴. Eine begrenzte Geschichtlichkeit des Strafrechts bestimmt auch die vorherrschende Vorstellung von der Unterscheidung zwischen der modernen hoheitlichen oder auch „öf-

¹ Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 11. Aufl. 2003, 5 3 Rn. 5.

² Z.B. Schenk, Richard (Hrsg.) Zur Theorie des Opfers – Ein interdisziplinäres Gespräch, 1995, im Übrigen ohne einen rechtswissenschaftlichen Beitrag.

³ Dazu Schulz, Lorenz, Normiertes Misstrauen, 2001, 55 („Individualisierung – personale Würde, Schuld und Unschuld“), z.B. 107 zu Abälard (1079-1142) als den Begründer des modernen Individualismus unter Hinweis auf die bekannte ältere, ebenso betitelte Schrift von Achter, Viktor, Geburt der Strafe, 1951, 107; zudem: Blank, Walter, Providentia oder Prognose? in: Fichte, Joerg O. (Hrsg.), Das Mittelalter. Perspektiven mediävistischer Forschung, Bd. I („Providentia – Fatum – Fortuna“), 1996, 91, 97 ff.; Berman, Harold, Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1991, 310 ff.

⁴ Zum Abolitionismus vgl. den Überblick bei Kaiser, Günther, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl. 1997, § 38, 315 ff., m.w.N. sowie etwa Hess, Henner/Steinert, Heinz, Einleitung, KrimJ, Kritische Kriminologie heute, 1. Beiheft 1986, 2 ff. 8; ähnlich Schumann, Karl F., Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems, in: Ostendorf, Heribert (Hrsg.), Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften. Festschrift für Lieselotte Pongratz, 1986, 371 ff., 376; Scheerer, Sebastian, Die abolitionistische Perspektive, KrimJ 16 (1984), 90 ff.

fentlichen Strafe⁵ und der alten privaten Strafe⁶. Über die Geburt und die Geschichtlichkeit der Strafe ist in diesem Zusammenhang ebenfalls nachzudenken.

- 302 2. Die Diskussion um die Reprivatisierung des Strafrechts mit dem Doppelthema des Täter-Opfer-Ausgleichs⁷ oder auch allgemeiner der Mediation⁸ und des entsprechenden anti-etatistischen Abolitionismus als Ablösung der staatlichen Strafe durch informelle und auch kommunale Strategien zeigt die Fruchtbarkeit, aber auch die Grenzen eines solchen interdisziplinären Ansatzes an. Wiedergutmachung bildet eine Form der Vergeltung, und zwar in ihrer positiven Alternative, und gehört deshalb zum Kern der klassischen Forderung nach Gerechtigkeit⁹.
- 303 Die Vorstellung vom privaten Recht setzt jedoch die Idee des Privaten bereits voraus. Sie legt deshalb schon das sowohl germanische als auch alttestamentarische Sozialmodell der Sippen und halbfreien Unterfamilien, die Hirten, Ackerbauern, Handwerker und Händler sind, zugrunde. Sie konkurrieren und führen Kriege um das Haben und Sein. Im Kern ist ihr Privatrecht zudem völkerrechtsähnlich integential ausgerichtet und nicht als ein internes Haus- oder ein Kultbinnenrecht zu verstehen. Hingegen sucht die ethnologische Ur- und Frühgeschichte¹⁰) die ursprüngliche Lebensweise der Menschen zu

⁵ Lüderssen, Klaus, Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik, in: Eser, Albin/Cornils, Karin (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 161 ff. Es gebe immer noch keine befriedigende Antwort auf die Frage, wie die öffentliche Strafe historisch entstanden sei.

⁶ Einen Überblick, auch über die Literatur, zu dieser Frage, bei Wadle, Elmar, Landfrieden, Strafe, Recht. Zwölf Studien zum Mittelalter, 2001, 219 ff., zur Kritik 228 ff.; Blank, Providentia, 91, 97 ff.

⁷ Statt vieler: Meier, Bernd-Dieter, Konstruktive Tatverarbeitung im Strafrecht – Bestandsaufnahme und Reformperspektiven, GA 1999, 1 ff. u.a. 4 ff.

⁸ Jung, Heike, Mediation: Paradigmawechsel in der Konfliktregelung? in: Schwind, Hans-Dieter/Kube, Edwin/Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998, 913 ff. u.a. 916 ff., sowie Kerner, Hans-Jürgen, Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katarina Gräfin von, Handbuch Mediation, 2002, § 49, mit neuester ausführlicher Lit. zum Täter-Opfer-Ausgleich.

⁹ Zum Verständnis der Gerechtigkeit und auch dessen individualethischen Grenzen bei existentiellen Strafen: Montenbruck, Axel, „Wie Du mir, so ich Dir“- als Begründung für die Strafe?, in: Sommersemester 1995, Fachbereichstag, Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, 1995, 13 ff., 52 ff.

¹⁰ Z.B. auch Frehsee, Detlev, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, 13 ff.; grundlegend: Steinmetz, Sebald Rudolf, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, 1. Band, 1928, 436 ff.; Thurnwald, Richard, Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen, 5. Band: Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts im Lichte der Völkerforschung, 1934, 105 ff.; Malinowski, Bronislaw, Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern, 1949; Hoebel, Edward Adamson, Das Recht der Naturvölker. Eine vergleichende Untersuchung rechtlicher Ab-

erfassen. Sie lebten während ihrer langsamen Eroberung der Welt vermutlich in Kleingruppen als Fischer, Jäger und Sammler und dachten sich als eins mit der Natur¹¹. Insofern ist historisch weiter zurückzugehen¹². Die offenkundigen Probleme der Deutung alter schriftloser Gemeinschaften und deren Kulte lassen sich abschwächen. Sie reduzieren sich (a) insoweit als sozialpsychologische Ansätze sie mittragen, (b) insoweit als der historische Blick in schriftliche Quellen Anhaltspunkte ergibt und (c) insoweit die Betrachtung der eigenen Zivilisation entsprechende Rudimente bestätigt. Schließlich und teleologisch müssen (d) auch die zu ziehenden Verbindungslinien zu modernen Gemeinschaften eine innere Folgerichtigkeit vermitteln.

3. Die Fragestellung ist nicht neu. Mit den Worten des Psychologen 304 *Lischke*: „Der emotionsgeladene Racheimpuls stellt das Kernmerkmal strafenden Handelns dar.“¹³ Allerdings sei das Strafen in ein Ritual eingebunden, die Emotionen würden also durch „gesellschaftlich-kulturelle Kräfte“ gestaltet. Heute fordere ebenso ein höheres Gesetz die Strafe, wie in früheren Zeiten Opfer dem Strafanspruch der Götter anheim gefallen seien. Das offenbare Ausmaß der notwendigen Ritualisierung des Strafens zeigt die Gewalt des Racheimpulses an. Zudem ist mit *Lischke* aus psychologischer Sicht festzuhalten, was auch die Logik aufdrängt: Auch die Strafe selbst ist Aggression und kann „niemals zureichend entemotionalisiert werden“.

Die kriminologische Sündenbocktheorie greift auf eine im Alten Testament belegte Vorstellung kollektiven Strafens zurück¹⁴. *Streng*¹⁵ er-

läufe 1968 (Orig.: *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, 1954), insbes. 345; siehe zudem Schott, Clausdieter, Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften, in: Maihofer, Werner/Schelsky, Helmut (Hrsg.), *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 1, 1970, 107 ff.

¹¹ Aus anthropologisch-philosophischer Sicht Lampe, Ernst Joachim, Anthropologische Struktur und Geschichtlichkeit des Rechts, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.): *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1993, 199 ff., 215.

¹² Die deutsche und europäische Rechtsgeschichte, und damit auch die des modernen Strafrechts, besitzt herkömmlicherweise drei Wurzelstränge: (1) das römische Recht und seine Rezeption, (2) das Kirchenrecht mit seinem christlich-jüdischen, also altorientalischen Hintergrund und (3) die Stammesrechte, insbesondere die Rechte der sogenannten germanischen Völker. Dazu: Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 3. Aufl. 2003, 159 ff., 177 ff.; Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 19. Aufl., 1992, 4.

¹³ Lischke, Gottfried, Sind Strafen moralisch vertretbar?, in: Zöllner, Brigitte (Hrsg.), *Mit Strafen leben?*, 1997, 65 ff. 67.

¹⁴ Bibel, 3. Mose 16, 5 ff.; siehe dazu Frey-Rhon, Liliane, Das Böse in psychologischer Sicht, in: *Studien aus dem C.G. Jung Institut, Zürich*, Bd. XIII, *Das Böse*, 1961, 161 ff., 182; Fromm, Erich, *Zur Psychologie des Verbrechers und der strafenden Gesellschaft*,

klärt ähnlich, die Schuld des Täters stelle lediglich das auf ihn projizierte Korrelat der an seine Tat geknüpften „zeit- und kulturspezifischen Vergeltungsbedürfnisse der Allgemeinheit dar“. *Jakobs*¹⁶ erläutert im Rahmen seiner systemtheoretischen Strafrechtsdeutung, die Bestimmung der strafrechtlichen Schuld erfolge lediglich per Zuschreibung nach den sozialen Notwendigkeiten. Der Enttäuschte sei jedenfalls nicht zuständig für den Konflikt. Zuständig sei entweder ein „anderes System“ oder das Schicksal oder eine andere Person. Aus dem komplexen Geflecht der einzelnen Bedingungen werde dann eine Hauptbedingung isoliert, die Zuständigkeit des Täters. Derartige Sichtweisen sind aber nicht zu Grunde zu legen.

- 305 4. Auszugehen ist von den vorherrschenden Vorstellungen des Strafrechts vom Strafen: Strafe meint danach insbesondere die Zufügung eines realen Übels im Sinne eines Rechtsnachteils gemäß Art. 5 EGStGB¹⁷. Dabei steht Übel generell für alles, was Menschen gewöhnlich nicht wünschen, dass es ihnen angetan werde: Schmerz, Leiden, aber auch Freiheitseinschränkungen, Benachteiligungen und Entzug von Vorteilen¹⁸. Hinzutritt der expressiv-normative Charakter

1931, in: ders. *Analytische Sozialpsychologie und Gesellschaftstheorie*, 7. Aufl. 1982, 115 ff.; Jäger, Herbert, *Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft*, in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Band 1. *Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*, 1975, 107 ff.; Mitscherlich, Alexander, *Der Weg zur vaterlosen Gesellschaft. Ideen zu Sozialpsychologie*, 1963, 104 f., 144 f.; Naegeli, Eduard, *Die Gesellschaft und die Kriminellen, Ausstoßen des Sündenbocks*, in: Bitter, Wilhelm (Hrsg.), *Verbrechen – Schuld oder Schicksal?. Zur Reform des Strafwesens. Ein Tagungsbericht*, 1969, 40 ff., 50; sowie Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, 1973, 79. Vgl. den interdisziplinären Überblick bei Kaiser, Günther, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl. 1996, Einführung, 155; aus rechtssoziologischem Blickwinkel Killias, Martin, *Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht*, in: Reh binder, Manfred (Hrsg.) *Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie*, 1984, 135 ff.; zudem: Lüderssen, Klaus, *Strafrecht und „Dunkelziffer“*, in: Lüderssen, Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), *Abweichendes Verhalten I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975, 244 ff.

¹⁵ Streng, Franz, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe*, *ZStW* 92 (1980), 637 ff., 643, u. Hinw. auf den psychologischen Ansatz von Alexander, Franz/Staub, Hugo, *Der Verbrecher und seine Richter. Ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*, 1929, in: Moser, Tilmann (Hrsg.), *Psychoanalyse und Justiz*, 1971, 203 ff., 388.

¹⁶ Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1983; 2. Aufl. 1991, 17. Abschnitt, 484 f., Rn. 23 ff.; vgl. auch Naucke, Wolfgang, *Strafrecht – Eine Einführung*; 10. Aufl. 2002, § 7, Rn. 31 ff., 32; Röhl, Klaus Friedrich, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. Aufl. 2001, 121 ff.

¹⁷ An diese wenig beachtete gesetzliche Definition erinnert zu Recht Rogall, Klaus, *Strafe als Mittel der Abschreckung*, in: Zöllner, Brigitte (Hrsg.), *Mit Strafen leben?*, 1997, 236 ff., 239.

¹⁸ Wolf, Jean-Claude, *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien*, 1992, 18 m.w.N. Zur Bedeutung des Schmerzes: Jung, Heike, *Was ist Strafe? Ein Essay*, 2002, 16 f., sowie Britz, Guido, *Strafe und Schmerz – eine Annäherung*, in: Britz, Gui-

des Strafens als der Widerspruch gegen das Seindürfen der Tat¹⁹. Insbesondere der Schuldspruch dient der Aufgabe, die vom Täter in Frage gestellte Geltung der ursprünglichen Normordnung auf kommunikative Weise zu bekräftigen²⁰. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gilt jeder Mensch, auch der verurteilte Straftäter, als ein autonomer und grundmoralischer Mensch. Seine Subjektqualität darf nicht prinzipiell in Frage gestellt werden²¹. Deshalb beinhaltet im Übrigen der Normbruch zugleich einen Selbstwiderspruch²². Er ruft folgerichtig nach persönlicher Verarbeitung der Schuld.

Sinn und Zweck des Strafens ist mit dem *Bundesverfassungsgericht* 306 und der vorherrschenden dreisäuligen Vereinigungstheorie²³ zu begründen und wie folgt religiös zu akzentuieren: Etlichen höheren Aufgaben „dient“ die Strafe. (1) Generalpräventiv dient sie dem Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens, der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit und der Abschreckung tatgeigneter Personen, (2) individualpräventiv ausgerichtet dient sie der Resozialisierung des Täters und der Sicherung der Allgemeinheit vor Wiederholungstaten. (3) Die Strafe dient zudem der Gerechtigkeit

do/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 73 ff.; Gephart, Werner, Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims, 1990, 122.

¹⁹ So z.B. Freund, Georg, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklageverzicht, 1996, 43 ff. sowie strafrechtsvergleichend: Kaiser, Hanno, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, 140.

²⁰ Androulakis, Nikolaos, Über den Primat der Strafe; ZStW 108 (1996), 300 ff., 303 gibt einen guten Überblick über die Probleme der von den Strafzwecken und -gründen abhängigen Definition des Strafens.

²¹ BVerfGE 30, 1, 26; 50, 166, 175. Zur verfassungsrechtlichen Literatur siehe Geddert-Steinacher, Tatjana, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 1 Abs. 1 GG, 1990, 33; zudem: Häberle, Peter, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 1987, 815 ff., 834; anderer Ansicht etwa Stern, Klaus, Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 2000, § 108, 627 ff. Siehe auch Bayertz, Kurt, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, ARSP 1995, 465 ff. („Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur“), angelehnt an Kant, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band IV, 1903/11, 486.

²² Seelmann, Kurt, Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. I, 1993, 315 ff.; Rogall, Strafe, 236 ff.

²³ Statt vieler Baumann/Weber/Mitsch, § 3 Rn. 24 ff.; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 63 ff.; BVerfGE 45,187, 253 ff.

nach dem Prinzip des Tatschuldausgleichs²⁴. Es beruht für sein Schulselement auf dem „Bekenntnis“²⁵ vom willensfreien, autonomen und deshalb würdigen Menschen, und somit auf dem Menschenbild der deutschen Verfassung und der allgemeinen Menschenrechte.

II. Religiöse Assoziationen des Strafens

- 307 1. Auf die Frage nach Verwandtschaften zwischen moderner Strafe und archaischer Religionsausübung drängen sich die folgenden ersten Assoziationen auf: Als Übelzufügung gilt Strafe als archaische, grausame, aber auch gerechte und notwendige „Sanktion“. Oder: Elemente des Opfernens enthalten sowohl der Gewaltakt des Täters als auch die Gegengewalt der Gemeinschaft, und zwar dann, wenn sie ein beseeltes, vernünftiges oder auch autonomes Wesen betreffen. Opfer nennen wir den Menschen, den der Täter mit seiner Tat verletzt, und die Ebenbildlichkeit des zuzufügenden Übels mit der Tat legt nahe, auch den Akt der Strafgewalt gegenüber dem Täter als Art der Opferung, verinnerlicht später vielleicht sogar als eine Selbstopferung zu begreifen. Oder und bereits auf der Ebene der Metaphysik: Nicht freiwillig übernommen, beinhaltet die Strafe die Anwendung von Gewalt. Als solche bedarf sie im modernen demokratischen Staat der Rechtfertigung. Legitimiert wird sie ersichtlich und folgerichtig mit höheren Zwecken und absoluten Prinzipien: relativ und güterabwägend mit der notwendigen Prävention und absolut z.B. mit der Gerechtigkeit. Wer höheren Zwecken und erst recht wer absoluten Ideen gewaltsam etwas Höchstwertiges und Lebendiges darbietet, wie die Lebenszeit eines Menschen, zeichnet das Bild des Opfernens.
- 308 2. Höchstwerten zu dienen, gemahnt an Gottesdienst. Mit den entsprechenden Worten heißt zu strafen: auf dem Altar von Idee und

²⁴ Zum Bestreben, die Vokabel der Vergeltung durch die des Schulselements zu ersetzen, siehe Bruns, Hans-Jürgen, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, 739 ff.; Müller-Dietz, Heinz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968, 23 ff., m.w.N.; Roxin, Claus, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641 ff., 644, spricht zu Recht von einer Tautologie; zusammenfassend Hoffmann, Peter, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992, 112 ff.

²⁵ Die Präambel des Grundgesetzes lautet: „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“, dazu statt vieler Kunig, Philip, in: Mönch, Ingo v./Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Präambel bis Art. 19, 5. Aufl. 2000, Art.1, Rn.1.

Höchstwerten entweder weit vorausschauend vorbeugend oder auch nachträglich besänftigend etwas Wertvolles darzubieten. Dieser Wertverlust bedeutet für den Mitmenschen, den er trifft, ein Übel. Dieses Übel ist feierlich zu verhängen. Seine Verhängung, aber nicht einmal mehr seine Vollstreckung, findet öffentlich und ritualisiert statt. Mit der säkularen Formel „im Namen des Volkes“ verkündet, weist die Hauptverhandlung bis hin zum Urteilspruch deutlich erkennbare Parallelen zu religiösem Opfern auf. Oder mit zwei strafrechtlichen Deutungen: *Roxin* erklärt das Bekenntnis zur Willensfreiheit des Menschen als das abendländische „Credo“²⁶. Sie sei, so *Lenckner*, eine normative gesellschaftliche Entscheidung. Sie sei dann hinreichend legitimiert, wenn sie in der Überzeugung getroffen werde, dass Menschen im Guten wie im Bösen nur im Bewusstsein von Freiheit und Verantwortung existieren können²⁷. Danach beruht die Schuldstrafe und mithin die demokratische Zufügung eines Übels auf ein gemeinsames Bekenntnis. Oder schließlich: Die Strafe dient nach herrschender Ansicht insbesondere der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit, also dem tätigen Glauben²⁸ einer aktiven Glaubensgemeinschaft.

3. Die Suche nach alten sakralen Wurzeln des modernen säkularen Strafans stellt nur auf den ersten Blick das moderne Weltbild in Frage. Der „Animus“ ist als Menschenwürde sein Gegenstand und religiös gewendet sein Gral. Animus stellt einen Begriff dar, dessen sich zudem sowohl das deutsche Strafrecht für den Willen eines Menschen als auch der Animismus für die beseelte Welt bedienen. 309

²⁶ Roxin, Claus, Problematik, ZStW 96 (1984), 641 ff., 642 f.

²⁷ Lenckner, Theodor in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl. 2001, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110; Roxin, Claus, Das Schuldprinzip im Wandel, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 519 ff., 521, erklärt, die Willensfreiheit sei nicht nachweisbar, doch hindere uns diese „notwendige Bescheidung“ nicht daran, die wechselseitige Zubilligung von Freiheit als „soziale Spielregel“ anzuerkennen. Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, noch in der 50. Aufl. 2000, Vor 5 13, Rn. 28: „Willensfreiheit als Voraussetzung von Schuld ist ... als Teil der von uns erlebten Wirklichkeit existent und bedarf keines Beweises, weil es für uns keine andere als die erlebte Wirklichkeit gibt (str.)“. Rudolphi, Hans-Joachim, in: Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas/Wolters, Gereon, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand April 2003, Rn. 1 Vor 5 19.

²⁸ Bock, Michael, Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636 ff., zur Bedeutung des „Glaubens“ an die Norm für deren Geltung, insbes. 647 ff., 652; Tiemeyer, Jürgen, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527 ff.

III. Unterwürfiges Opfern als hoheitlicher Kult

- 310 1. *Burkert*, der wie *Girard* seine religionswissenschaftlichen Thesen im Jahre 1972 veröffentlicht hat und in einer jüngeren Untersuchung von *Gebauer* und *Wulf* Gefolgschaft findet, sieht das religiöse Opfern²⁹ als eine allgemeine Grundform menschlichen Verhaltens³⁰. An diese These und diese Schriften ist anzuknüpfen.
- 311 Religion und Psychologie fügt *Girard* in seinem sprachgewaltigen Werk „Das Heilige und die Gewalt“ zusammen: Die animistischen Naturreligionen, auf die er sich bezieht, begreifen die Natur als beseelt. Die Natur ist in jedem ihrer Teile von einzelnen Geistern und Dämonen beherrscht. Der Mensch lebt in und mit dieser Natur. Die menschlichen Gemeinschaften sind zudem, und zwar insbesondere soweit sie patriarchalisch strukturiert sind, vom Geist der Ahnen beeinflusst³¹. Die in dieser Vorstellung lebenden Menschen empfinden sich als Teil dieser beseelten Welt. Diese Art der Religion erfasst aber, wie jede Weltanschauung, nur denjenigen, der an sie glaubt und ihn auch nur insoweit, als er an sie glaubt. Andernfalls bedürften Religionen keiner Bekräftigungen. Jeder Skeptizismus und auch die Entwicklung anderer Weltanschauungen wären ausgeschlossen. Auch sind alle praktizierten Religionen, wie alle Kulturen, weil Identität stiftend, recht eigen ausgestaltet. Jeder einzelne Geist, in welchem Sinne auch immer verstanden, besitzt neben seinem arteigenen auch einen höchst eigenartigen Charakter. Auch seine Wege sind insoweit unerforschlich. Der prämoderne Animismus ist durchaus mit der Grundvorstellung der postmodernen System- als der reinen und gottgleichen³² Beziehungstheorie zu erfassen und auch verwandt.

²⁹ Zur Definition des Opfers (von offerre = darbringen, hingeben; profan auch: etwas zu Markte tragen) und sacrificium als das Heiliggemachte, siehe Bürkle, Horst, Die religionsphänomenologische Sicht des Opfers und ihre theologische Relevanz, in: Schenk, Theorie, 153 ff., 154, sowie Kluxen, Wolfgang, Opfer als Handlung, in: Schenk, Theorie, 289 ff., 294 (opfern vom kirchenlateinischen Begriff „operari“, als soziales Tun und „Almosen“ geben).

³⁰ Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph, Spiel – Ritual – Geste. Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, 1998, 173; Burkert, Walter, -homo Necans. Interpretationen altgriechischer Opferriten und Mythen, 1972, u.a. 9.

³¹ Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 2. Aufl. 2001, 38.

³² Zur entsprechenden Kritik an der Gottgleichheit des selbstschöpferischen Systems vgl. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 60; Welker, Michael, Theologie und funktionale Systemtheorie. Niklas Luhmanns Religionssoziologie in theologischer Diskussion, 1985; Kargl, Walter, Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie, 1991, 21, in Bezug auf Hejl, Peter

2. *Girard* selbst will seine Thesen nur als die Basis für eine Theorie der primitiven Religionen verstanden wissen, vermutet aber bereits ihre Übertragbarkeit „auf die jüdisch-christliche Tradition und die Kultur insgesamt“³³. So mündet sie auch im ersten Schritt in die alttestamentarische Sündenbocklehre, die, bereits eine Hirten- und Bauernkultur im Blick hat. 312

Trotz aller nahe liegender verfassungs- und strafrechtlicher Kritik am ihr zugrunde liegenden alttestamentarischen Menschenbild erscheint sie auch heute noch zumindest als diskutabel: An sich droht bei Gewalt innerhalb der Gemeinschaft die ewige Wiedervergeltung, die jeweils durch Wut, Zorn oder auch Rechtsbedürfnis erneut angetrieben³⁴ wird. Die Betroffenen reagieren auf Gewalt mit neuer Gegengewalt. Um die ewige Wiedervergeltung zu beenden, gibt es nur entweder den schlichten und emotionalen Weg, die Gewalt frustriert und passiv hinzunehmen, oder aber aktiv den Ausweg, den Bedürfnisstau durch ein Opfer abzulenken³⁵. Diesen Zweck verfolgt die gemeinsame rituelle Opferung eines Sündenbockes. Das Opfer, so lautet also *Girards* aus der Sozialpsychologie stammende einsichtige Grundthese, bewirkt für die Gemeinschaft insgesamt eine Affektentladung. Der Akt der Opferung wirkt zudem zugleich für die Gemeinschaft als Identität stiftend³⁶. 313

Die moderne generalpräventive Einforderung der exemplarischen Bestrafung des Normbrechers zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit impliziert wesentliche Elemente dieser Sicht. Das heutige 314

M., Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme, 1982, 255: „Säkularisierte Theologie“; siehe auch Luhmann, Niklas, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenschaftssoziologie der modernen Gesellschaft, Band II, 1981, 63; Bock, Ideen, ZStW 103 (1991), 636 ff.; zudem: Scholz, Frithard, Freiheit als Indifferenz. Alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns, 1982, insbes. 23 ff.; kritisch zu diesem Ansatz auch Zaczyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, 33 ff., selbstkritisch Luhmann, Niklas, Einige Probleme mit „reflexivem Recht“, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1985), 1 ff., 2.

³³ Girard, Rene, Das Heilige und die Gewalt (La Violence et la sacre, 1972), deutsch: 1987, 457.

³⁴ Girard, Heilige, u.a. 30 ff.

³⁵ So auch Jakobs, Günther, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie, 1997, 102; zudem: Kaiser, Hanno, Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999, 12.

³⁶ Streng, Franz, Psychoanalyse und Strafrecht, MSchrKrim 59 (1976) 77 ff.; Maiwald, Manfred, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, in: Küper, Wilfried i.V.m. Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, 149 ff., 156; vgl. auch Maiwald, Manfred, Moderne Entwicklungen der Auffassung vom Zweck der Strafe, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft 1980, 291 ff., 300 ff.

Gerichtswesen, fügt auch *Girard* an, diene ebenfalls dazu, die ewige Wiedervergeltung³⁷, also Selbstjustiz zu unterbinden³⁸. „Gerichtswesen und Opfer haben also letztlich die gleiche Funktion“, nur sei das Gerichtswesen viel effizienter³⁹. Die Gemeinschaft verlangt die Zufügung eines realen Übels, weil ihr Gerechtigkeitsgefühl sie dazu treibt. Aufgebracht ist sie durch Tat. Da sie aber die Tat nicht als Tat eines externen unfassbaren Geistes begreift, sondern als diejenige des höchsteigenen Geistes dieses Täters, wendet sie sich an den Täter und seinen Geist. Mit ihrer Reaktion trifft sie, auch nach ihrem eigenen Verständnis, ihn mit seinem offenbar unberechenbaren und „freien Geist“. Eingesperrt vermag er keinen Schaden mehr anzurichten. Re-sozialisierungsangebote helfen ihm, sich in einen freiwillig „guten Geist“ zurückzuverwandeln.

315 3. Bedeutsam sind die Definition und die Funktion des Opfers aus animistischer Sicht. Mit *Girard* muss das Opfer etwas Ähnliches beinhalten oder aber, wie anzufügen ist, einen symbolischen Teil des Erlangten darstellen. Damit eine Kategorie von Lebewesen, also Mensch oder Tier, als überhaupt opferfähig erscheint, muss sie eine möglichst große Ähnlichkeit mit der nichtopferungsfähigen Kategorie, etwa des wahren Menschen aufweisen⁴⁰. Vielfach entstammen deshalb die Menschenopfer einer „randständigen Kategorie als Sklaven, Kinder, Vieh usw.“⁴¹. Auch das Opfern von Kindern oder Witwen zeigt im Übrigen in der Regel deren geminderten Status an. Die Logik ist zwingend: Von ihnen kann nicht die Gefahr der Wiedervergeltung ausgehen, und deshalb werden sie zu Opfern. Aber sie assoziieren in ihrer Person noch das vollwertige und vergeltungswürdige und -fähige Lebewesen.

316 Für die animistische Weltsicht erscheint auch eine weitere Grundthese *Girards* folgerichtig, die er mit dem Titel seiner Untersuchung bereits anspricht. „Das Heilige und die Gewalt“ gehören zusammen. Der ge-

³⁷ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Sämtliche Werke, Kritische Ausgabe, Band V, Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, auf der Grundlage der Lassonschen Ausgabe herausgegeben von Johannes Hoffmeister, 5. Aufl. 1949, § 500: Die Rache schaffe, weil sie von Einzelinteressen ausginge, nur neue Verletzungen, „ins Unendliche fort“. Aber dieser Prozess hebe sich „in einem dritten Urteil, das ohne Interesse ist, der Strafe, auf“.

³⁸ Girard, Heilige, 36.

³⁹ Girard, Heilige, 39.

⁴⁰ Girard, Heilige, 23 f.: „um dem Appetit der Gewalt eine bekömmliche Nahrung zu liefern“; siehe auch Emrich, Opfer, 67, 75.

⁴¹ Girard, Heilige, 398: Opfertiere wurden vielfach zuvor von der Herde abgesondert und in der Nähe von Menschen angepflockt (399 f.).

meinsame Opfervorgang als Gewaltakt beinhaltet deshalb folgerichtig ein doppeltes metaphysisches Element. Der Sündenbock wird gleichzeitig sowohl dämonisiert als Träger der Schuld als auch mit der heiligen Opferung sakralisiert⁴². Heilige Gewalt und heiligende Gegengewalt treffen sich im Bild vom Opfer eines lebendigen Wesens. Ähnlich sieht es *Burkert*.

4. Mit *Burkert* sind vier Teilelemente herauszustellen, die besondere Akzente setzen: 317

(1) Opfern meint in der Regel einen Tötungsakt. Ursprünglich war es die Jagd eines im animistischen Sinne heiligen Beutetiers⁴³. Jenes wurde getötet, verteilt, geopfert und im Opfermahl gemeinsam verzehrt. 318

(2) Das Fleisch sicherte zwar das Überleben. Die Tötung war also notwendig. Sie brachte aber als Preis den Schock des Tötens eines lebendigen Wesens mit sich. Es war entweder selbst beseelt oder aber seine Tötung mit der Vorstellung vom Raub an dem Eigentum fremder Geister verbunden. Sie barg den Schrecken des Blutvergießens, das auch die Gewalt gegenüber einem anderen Menschen mit einschloss. 319

(3) Die Beutetiere dienten deshalb auch schon während der Opferhandlung zugleich als Objekte von „Projektionen, Symbolisierung und mimetischem Handeln“⁴⁴. Dabei ist unter mimetischem Handeln das rituelle Nachahmen und hier also das Wiederholen in einer bereits verfremdenden Weise zu verstehen. 320

(4) Das Grunderlebnis des Heiligen war demzufolge die Opfertötung. Das Blut der Opferlämmer entspricht zudem dem höchsteigenen Blut derjenigen, die Blutopfer mit eigener Hand durchführen oder durch heilige Mittler durchführen lassen. Blut ist ein besonderer Saft. 321

⁴² Dazu auch Kaufmann, Franz-Xaver, Macht Zivilisation das Opfer überflüssig?, in: Schenk, 173 ff., 176.

⁴³ Burkert, Walter, *Homo*, 30 Fn. 37, Zitat: „Die größte Gefahr des Lebens liegt darin, dass die Nahrung des Menschen aus lauter Seelen besteht“, sagte ein Eskimo-Schamane, wörtlich aus: Meuli, Karl, Griechische Opferbräuche, in: Gigon, Olof/Meuli, Karl/Theiler, Willy/Wehrli, Fritz/Wyss, Bernhard (Hrsg.), *Phyllobolia*. Festschrift für Peter von der Mühl, 1946, 185 ff., 226.

⁴⁴ Gebauer/Wulf, *Spiel*, 173; Burkert, Walter, *Homo*, u.a. 9: „Der homo religiosus agiere und sei sich bewusst als ‚homo necans‘“, 29; Devereux, George, *Ethnopsychiatry and Suicide*, 1961, 14.

- 322 Die Gewalttat galt somit ursprünglich nicht als Ausnahmeakt. Seit jeher begleitete sie zugleich als Hauptelement des Heiligen das gesamte Leben. In einer animistischen Naturreligion, aber auch in jeder anderen Natur- und Weltsicht, die sich buddhistisch dem Leben und seiner Überwindung widmet oder auch ganzheitlich taoistisch dem Ausgleich oder auch sonst dem Prinzip der toleranten Anerkennung allen Lebens unterwirft, bedeutet jeder Nahrungserwerb eine Störung: etwas zu nehmen, ohne etwas zurückzugeben. Damit verletzt der Jäger und Sammler ein altes ethisches Gerechtigkeits-, ein ganzheitliches Harmonie- und damit auch Weltordnungsprinzip. Jede menschliche Aktion greift in die beseelte Welt ein.
- 323 Die Idee einer ewigen Sündhaftigkeit, aber auch diejenige der Achtung allen Lebens zeichnet sich ab. Gemeinschaften, die die Natur als belebt betrachten, müssen deshalb jeweils und regelmäßig dafür sorgen, Geister zu versöhnen. Sie opfern ihnen nicht nur, sondern sie laden sie auch folgerichtig, und wie in der christlichen Religion, zum gemeinsamen Mahl zuvor geweihter Speisen ein. Auf diese Weise bewirken sie, dass die zuständigen höheren Wesen die Verantwortung für die Tat mit übernehmen und sich weiterhin mit den Opfern und deren persönlichen Geistern im Einklang sehen.
- 324 Die zürnende Vergeltung der Geisterwelt lädt also nur derjenige auf sich, der nicht den Sitten gemäß zu teilen, also zu opfern, bereit ist. Fehlt es deshalb an dem gebotenen Sühneopfer, wird es vor, bei oder nach der Tötung eines beseelten Wesens nicht erbracht, so ist es folgerichtig nachzuholen, oder aber der zuständige Geist würde dauerhaft unbefriedigt sein. Mit ihm würde die Harmonie der gesamten Geisterwelt, einschließlich des eigenen Geistes, aus dem Gleichgewicht geraten. Letztlich stehen einander verschiedene Geister und deren diffuse Herrschaftsbereiche gegenüber. Das reale Opfer wird im Dienste der Versöhnung der beseelten, also metaphysischen und hoch normativen und auch kommunikativ-symbolischen Welt erbracht. Den Kernfall aber bildet zumindest in Jagd-, Hirten- und kriegerischen Kulturen die gewaltsame als die bewusste blutige Tötung eines beseelten Wesens.
- 325 Auch im modernen Recht gilt die Tötung eines Mitmenschen als diejenige des einzigen Wesens, das im heutigen Wortsinne einen eigenen Geist besitzt, und zwar durch ein ebensolches Wesen. Die alte Seelenlehre spiegelt sich in der Idee der unantastbaren Menschenwürde, die allen Menschen eigen ist, erkennbar wider. Verschlöschen ist jedoch der Weg, einen Sündenbock zu opfern.

5. Der Rückgriff auf den Sündenbock dient in den archaischen Kulturen dazu, die Aggression auf etwas weniger Wertvolles aber Ähnliches abzulenken. Aber die Ähnlichkeit eines geopfertem Lebewesens bietet noch nicht die Gleichwertigkeit, die nach dem Widervergeltungsprinzip an sich erforderlich wäre. Zur Befriedung nach dem Vergeltungsprinzip bedarf es deshalb, um Frustrationen zu vermeiden, zusätzlicher Kompensationen. Sie müssen folgerichtig auf derselben sozial-emotionalen Ebene angesiedelt sein. 326

Der Ausgleich besteht einmal in der vergeistigenden Verfremdung der Tötung durch die gemeinschaftliche, theatergleiche Feierlichkeit des Ritus. Er entfremdet die Menschen von ihren eigenen Gefühlen, indem er sie und sie sich mit ihm in Rollenträger verwandelt. Im Wortsinne werden die Personen zu Maskenträgern, die etwas durch die Masken und durch sich hindurch tönen lassen. Dieser gemeinsame Vorgang von Entäußerungen trägt mit der formalen Unterwerfung unter ein Ritual hoheitliche Züge. Eine solche Unterwerfung symbolisiert als Demutshaltung den Frieden im Sinne eines Verzichtes. 327

Auf diese passive, nur Frustration erzeugende Weise ist der Aggressionsstau nicht allein abzulenken. Der Akt der Opferung wird deshalb durch die Ritualisierung nicht nur verfremdet, sondern zusätzlich und aktiv in eine lange Kette von vielen gleichen Opferungen eingepasst und dadurch auf der intersubjektiven Ebene verallgemeinert. Das Prinzip der einfachen Widervergeltung wird auf diese Weise überspielt. Diese Kette reicht weit in das mythische Leben zurück. In Totem- oder auch Ahnenreligionen schafft dieser Teil des Ritus eine tröstende Rückbindung an die Ursprünge der Gemeinschaft. Er bewirkt eine Entindividualisierung und Sozialisierung, legt den Schleier der Mystifizierung über die grausame Realität des Todes und des nachfolgenden Ausgleichsopfers und endet in der Aktivität der alle vereinigenden Feier. 328

Auch das ansonsten schon ritualisierte Strafverfahren bedient sich 329
zwangsläufig der Wiederholung. Es nähert sich Tat und Täter immer formelhafter werdend in verschiedenen Phasen des Verfahrens. In der Hauptverhandlung haben alle Beteiligten ihren rituellen Hauptauftritt. In Rollen entwickeln sie nach festen Mustern mündlich und öffentlich die vornormierten Tatsachen, die die Rechtsfolgenvoraussetzungen bilden. Der Urteilsspruch beruht seinerseits auf dem Abgleich mit halbabstrakten gesetzlichen Festschreibungen und erinnert an die vielen ähnlichen vergangenen Taten. Das Urteil ist mit seinen Gründen mündlich und dann nachlesbar in bestimmten Formen und Formeln

festgeschrieben. Es begleitet den Verurteilten während des gesamten Vollzuges und im Zentralregister noch darüber hinaus. Insofern beinhaltet die Vorstellung von der „Legitimation durch Verfahren“⁴⁵ einen sakralen Hintergrund.

- 330 6. Aus sozialpsychologischer Sicht verfügt jeder und auch der moderne Mensch über Tötungs- oder Gewalthemmungen. Nahezu alle Menschen sind dennoch zumal im Krieg bereit, das Tabu nicht zu töten, zu durchbrechen. Mittels Neutralisationstechniken gelingt es ihnen, ihre höchstrichterlich bestätigte⁴⁶ hohe Hemmschwelle zu überwinden. Zu diesen Techniken gehört insbesondere die „kognitive Abwertung der Opferkategorie“⁴⁷. Die Verantwortungsverteilung und vor allem die gehorsame Unterwerfung unter irgendeine höhere Autorität bietet, wie zum Beispiel das Milgram-Experiment zeigt, einen Weg, um selbst im Alltag die Hemmschwelle für Leben gefährdende Folterungen herabzusetzen⁴⁸. Dieses Prinzips bedient sich bewusst oder auch unbewusst jedes Recht. Ihm unterwirft sich jeder einzelne Mensch, der Normen anwendet und ausführt. Der Gehorsamsgrundsatz⁴⁹ regiert das Recht zwar nicht allein, als staatlicher oder auch demokratischer Rechtspositivismus, der sich selbst als solcher rechtfertigt. Er beherrscht aber den Bereich der Alltagsregelungen des modernen Rechts. Auch die Idee der Autonomie des Menschen meint die Fähigkeit zur Selbstunterwerfung unter die höhere Autorität der eigenen Moral. Ebenso gilt, dass der Mensch, der stattdessen fremde Autoritäten im Rahmen seiner kulturellen Sozialisation als höhere verinnerlicht, wenn er sich ihnen unterwirft, zwar nicht nach eigener Vernunft oder Moral, aber doch unmittelbar nach eigenen Maßstäben handelt.

⁴⁵ Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1978, insbesondere 39 f., wengleich unter Hinweis auf die geringere Förmlichkeit moderner Verfahren: „Ohne Zweifel nehmen öffentliche Verfahren ritualisierte Elemente in sich auf.“

⁴⁶ BGH StV 1983, 444; NJW 1983, 2263; NStZ 1986, 449, 450; 1987, 424; 1988, 175; Benzler, Susanne, *Justiz und Anstaltsmord nach 1945*, *Kritische Justiz* 1988, 137 ff.

⁴⁷ Eisenberg, Ulrich, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2000, § 57 Rn. 90 ff., Popitz, Heinrich, *Phänomene der Macht. Autorität – Herrschaft – Gewalt – Technik*, 1986, 97 ff.; zudem etwas kritischer Suter, Daniel, *Die Rechtsauflösung durch Angst und Schrecken. Zur Dynamik des Terrors im totalitären System*, 1983, 168 ff.; Benzler, Justiz, KJ 1988, 137 ff.

⁴⁸ Auch die nationalsozialistischen Verbrechen waren nicht überwiegend Folge von Zwang und Terror gegenüber Ausführenden, Eisenberg, U., *Kriminologie*, § 57, Rn. 86 ff., sowie Jäger, Herbert, „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“, in: Sieverts, Rudolf/Schneider, Hans Joachim (Hrsg.), *Handwörterbuch der Kriminologie*, 3. Band (R-Z), 2. Aufl. 1975, 453 ff., 460.

⁴⁹ „Auctoritas non veritas facit legem“, Hobbes, Thomas, *Leviathan*, lateinische Fassung, 1688, 26. Kap; dazu Naucke, Wolfgang, *Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts*, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998*, 1998, 361 ff., 364 f.

IV. Liberale Gabe und emotionaler Bund

1. Neben ihrer hoheitlichen Ausrichtung enthält auch bereits das religiöse rituelle Opfern ein liberalistisches Element, das in seinem Verständnis als eine Gabe zu sehen ist. Gaben dienen dazu, den metaphysischen Adressaten zu verpflichten oder zu versöhnen. 331

Das Wechseln von Gaben erscheint in der Religion als „zentrale Handlungen des Austausch mit der Natur und den Göttern“⁵⁰. Die Opfergabe ist und gilt als ein Wesenselement aller Religionen⁵¹. Sie dient als Gabe zur „Befestigung einer reziproken Beziehung“⁵². Die rationalen Gründe sind offenkundig. Was der Mensch nicht aus eigener Kraft selbst bewirken kann, soll ihm ein wohlmeinendes Schicksal bieten: Gesundheit, Kindersegen und das Fernbleiben von Umweltkatastrophen. Werden diese Wünsche erfüllt, erscheinen sie als Gabe. Diese Gabe muss ebenfalls erwidert und besser noch, ihr sollte durch ein üppiges Erstgeschenk zuvorgekommen werden: Do ut des. 332

2. Eine Gabe hat die folgenden Eigenheiten: 333

(1) Sie verschafft dem Empfänger einen Vorteil und erhält ein besonderes Gewicht dadurch, dass sie einen schmerzlichen Verlust für den Geber darstellt. Insofern bietet er ein Opfer. Eine bedeutende Gabe ist für ihn ein bedeutendes Opfer. Das wichtigste Opfer wäre die persönliche Hingabe als die Selbstversklavung, etwa im Sinne der persönlichen Dienerschaft. Der übliche Gruß mit der Demutsgeste des Verbeugens oder auch den Worten „Ihr Diener“ zeigt dieses Element, und zwar als erwartete wechselseitige Gabe im sozialen Alltag an. 334

(2) Typischerweise handelt es sich bei der Gabe nicht um die Aufopferung des Opfernden selbst, sondern um etwas verobjektiviertes Lebendiges oder auch Heiliges, aber ein Teil der Natur. Wie beim Opferlamm handelt es sich um eine Gabe von Etwas, um ein Objekt, das dem Opfernden zwar wichtig und heilig ist, über das er aber disponieren kann. Die zweite typische Eigenheit der Gabe ist also deren Verfügbarkeit (Disponibilität). 335

⁵⁰ Gebauer/Wulf, Spiel, 160.

⁵¹ Bürkle, Sicht, 153, 157 ff.

⁵² Bürkle, Sicht, 153, 159.

- 336 (3) Der dritte und verbindende Aspekt ist die Gegenseitigkeit eines verdeckten Geschäftes. Eine Gabe verlangt bei Gelegenheit eine Gegengabe. Insofern regiert das Opfer, als Gabe gedeutet, auch das rationale und zivile Prinzip der Wechselseitigkeit. Geber und Empfänger erkennen einander während des Austausches wechselseitig als „Partner“ (Teilhaber) an⁵³.
- 337 (4) Generell gilt viertens: Wer die Gabe nicht leistet, ist entweder arm oder aber entehrt. Jeder Gebende ehrt sich also zugleich auch selbst. Er geriert sich als ein Besitzender, als jemand, der „das Seine“ hat, aber auch beansprucht.
- 338 (5) Fünftens: Der Einzelne oder auch eine Gemeinschaft, die Opfer als Buße verlangt, nimmt diese als Gaben von einem Verfügenden und in diesem Sinne „Freien“. Selbst ein Akt einer totalen persönlichen Selbstopferung beweist das Ausmaß der Selbstherrschaft des sich Opfernenden⁵⁴.
- 339 (6) Als erstes Friedensangebot einem Menschen gegenüber schwingt die Bereitschaft zu einem längerfristigen Handel mit. Dessen Grundlage ist der Kredit als das erfahrene Vertrauen. Aber auch er wird durch die gebende Selbstverpfändungen von Ehre, Schwüren oder auch Heiraten der eigenen Kinder gestärkt.
- 340 3. Die Gabe beinhaltet zudem die Option der dauerhaften Kooperation im Sinne der positiven Wechselseitigkeit, dem „fit for tat“ der politischen Spieltheorie⁵⁵. Der Gebende schafft vorleistend Vertrauen. Er weist sich deshalb als ein auch zukünftig verlässlicher und vor allem friedliebender, weil nicht egoistischer Partner aus.
- 341 Der künftige Weg in einer Welt des Eigentums sowie des Handels und des künstliche Gegenstände schaffenden arbeitsteiligen Handwerks, das autarke Familiengruppen ab- und auflöst, ist mit der Idee der Gabe eröffnet. Zwar ist einzuschränken, dass Gaben auch als Geschenke

⁵³ Wagner, Falk, Die christliche Revolutionierung des Gottesgedankens als Ende und Aufhebung menschlicher Opfer, in: Schenk, Theorie, 251 ff. u.a. 278 aus dem Blickwinkel der evangelischen Theologie.

⁵⁴ Siehe auch Kluxen, Opfer, 289 ff., 292 (nur „wenn der Inhalt des Verzichts Eigenbesitz ist, über den der Opfernde rechtmäßig verfügen kann“).

⁵⁵ Dazu: Montenbruck, Wie Du mir, 13 ff., 44 ff.

und deshalb nicht wechselseitig im Sinne eines kleinkrämerischen Austauschgeschäftes gereicht werden⁵⁶.

Aber auch als Geschenke werden sie in aller Regel nur scheinbar altruistisch dargeboten. Sie dienen in diesem Falle der Darstellung des Gebers als Besitzendem und Mächtigem, sind mit dem Angebot des Gastrechts und der Erwartung, gegebenenfalls nach diesem Recht behandelt zu werden, verbunden. Sie enthalten die Erwartung der Wechselseitigkeit jedenfalls in Notlagen. Sie sollen Solidarität zwischen Gebenden und Empfängern aufbauen oder bestärkend aufrechterhalten. 342

Zudem sind sie selbst unter Fremden typischerweise mit dem Angebot des Friedens verbunden. Notlagen sollen also wechselseitig auch nicht geschaffen werden. Daraus ergibt sich auf Dauer die emotionale Verbundenheit eines „Bundes“: Untrennbar ist der religiöse Bund des Gläubigen nicht nur mit seinem persönlichen Geist, der vielfach an seinem Namen haftet, sondern auch mit dem zuständigen Geist für seine Gruppe, dem Familien- oder Stammesgeist, dem Dorf- oder Stadtgott, bei dem Volk der Juden des Alten Testaments der schriftlich belegte Bund mit ihrem Gott. Zu erinnern ist daran, dass der Katholizismus mit dem Namenstag auch einen zuständigen Heiligen bestimmt. Dieser Bund meint auf der religiösen Ebene die Lebensgemeinschaft von Herrn und Knecht. Bei ihr ist aber auch der Herr nur dann Herr, wenn er über Knechte verfügt, die ihn als solchen anerkennen. Diese Vorstellung des deutschen Idealismus⁵⁷ entspricht derjenigen des religiösen Bundes. 343

4. *Bürkle* sieht im religiösen Dahingeben zugleich auch, und zu Recht, den persönlichen Unterwerfungsakt der eigenen Verpfändung⁵⁸. 344

⁵⁶ Gebauer/Wulf, Spiel, 165 ff. (Geschenk).

⁵⁷ Fichte, Johann Gottlieb, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre I, 1971, 1 ff., 47 ff., 85 ff.; Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Phänomenologie des Geistes, in: Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe in Zwanzig Bänden, hrsg. von H. Glockner, Band 2, 1964, Bd. IV. A., 145 ff.; Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2001, Rn. 68 f. Hegel, Encyclopädie, § 434: Es besteht, „da das Mittel der Herrschaft, der Knecht, in seinem Leben gleichfalls erhalten werden muss, Gemeinsamkeit des Bedürfnisses und der Sorge“ für die Befriedigung ihres Verhältnisses.

⁵⁸ Bürkle, Sicht, 153 ff., 160.

- 345 Doch ebenso erzwingt der Gedanke der Wechselseitigkeit eine entsprechend fortdauernde Verantwortlichkeit der höheren Macht für die Existenz des sich Unterwerfenden. Die Verpfändung bewirkt eine Verpflichtung. Deshalb verbirgt sich in der erhofften Annahme der Gabe die Erwartung, die der Satz „do ut des“ ausspricht⁵⁹, also den Empfänger verpflichten zu können⁶⁰. Mit dem Gedanken der Verpfändung ist ebenfalls die Vorstellung einer längerfristigen Beziehung verbunden. Daraus folgt ein drittes Element der Opfer-Gabe: Die Wiederholung von Gaben innerhalb einer langfristigen Gemeinschaft und auch die Vorstellung von der Verpfändung, des Einwerbens von künftiger Solidarität und auch das Angebot zum Frieden weisen auf die emotionale Seite hin.
- 346 Aus religiöser Sicht signalisiert die Opfer-Gabe über den äußeren Teil hinaus ein inneres Hingeben, das dem Menschen als emotionale Grundanlage eigen ist. Auch das Gebet, oder wie *Bürkle* verallgemeinernd formuliert, die Kontemplation als die innere Wesensschau, die dem Ziel dient, nach innerer Befreiung zu suchen, enthält Elemente eines geistigen Sich-Hingebens und also Opfern⁶¹. Das Gebet ist andererseits ein Zwiegespräch, das zumindest im Grundsatz eine Kommunikationsgemeinschaft voraussetzt. Es dient überdies dem Gläubigen dazu, ihn in seinem „In-der-Welt-sein“ zu stärken. Er erhält also etwas für das diesseitige Leben.
- 347 In der Religion meint die Opfergabe vielfach ein „Verhalten gegenüber der Macht seines eigenen Ursprungs“⁶². Dieses bereits verinnerlichende Modell umfasst die Verehrung der Eltern ebenso wie diejenige der Ahnen und abstrahierend des Schöpfergottes oder der schöpferischen Natur insgesamt. Bereits postmodern aus weltlich anthropologischer Sicht betrachtet, strukturieren, erhalten und verändern Gaben das individuelle und das soziale Leben⁶³.
- 348 Dem frühen Ethnologen *M. Mauss* zufolge und bereits systemtheoretisch gedacht, stellt der „zirkuläre Prozess des Gebens, Nehmens und Erwiderns von Gaben die totale soziale Handlung“ dar, die die Ge-

⁵⁹ Spaemann, Robert, Einleitende Bemerkungen zum Opferbegriff, in: Schenk, Theorie, 11 ff., 21.

⁶⁰ Bürkle, Sicht, 153 ff., 161: „Die Gabe bindet und verpflichtet den Empfänger.“

⁶¹ Bürkle, Sicht, 153 ff., 163.

⁶² Bürkle, Sicht, 153 ff., 154 ff.

⁶³ Gebauer/Wulf, Spiel, 160.

sellschaft konstituiert⁶⁴. Sie besitzt als solche den Charakter eines in sich geschlossenen privaten Bundes.

V. Säkularisierung als Verinnerlichung der Religion

1. Probleme bereitet insbesondere die Vorstellung der modernen Strafe als sakrale Opferung. Dazu ist die Verbindungslinie von der von außen leitenden Religion als der Rückbindung an höhere Mächte hin zum säkularen westlichen Menschenbild aufzuzeigen. Das Mittel bietet die Zivilisationstheorie und den Einstieg die Erkenntnis, dass das säkularisierte moderne Menschenbild des würdigen, weil autonomen Menschen, der sich gemeinsam mit anderen demokratisch selbst regiert, in weiten Bereichen das Heilige nicht nur verdrängt, sondern zugleich ersetzt hat. 349

2. Die entsprechende zivilisationstheoretische Doppelthese lautet: Die moderne Zivilisation beruht auf Verinnerlichung der den Menschen von außen leitenden Religion und zudem auf deren vergeistigender und rationalisierender Abstraktion. Mit *Horkheimer* und *Adorno*, auf deren Sicht sich auch zum Beispiel der Theologe *Schenk* stützt, ist festzustellen: „Die Geschichte der Zivilisation ist die Geschichte der Introversion des Opfers.“ Mit ihnen ist zugleich anzufügen: „Mit anderen Worten: die Geschichte der Entsagung“⁶⁵. 350

Insofern handelt es sich um: „Die Transformation des Opfers in die Subjektivität“⁶⁶. Sie findet im Sinne der Aufklärung in den Pflichtenlehren statt, die a priori begriffen werden. *Elias* formuliert aus soziologischer Sicht: die Zivilisierung von Sozietäten sei die Entwicklung „vom Fremdzwang zum Selbstzwang“⁶⁷. *E-X. Kaufmann* definiert Zivilisation als die Entstehung eines gesellschaftlichen Zwangs zur 351

⁶⁴ Gebauer/Wulf, Spiel, 160, unter Hinweis auf Mauss, Marcel, Die Gabe. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften, in: ders., Soziologie und Anthropologie, Bd. 2, 1978, 9 ff., 12.

⁶⁵ Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W., Dialektik der Aufklärung: Philosophische Fragmente. Friedrich Pollock zum 50. Geburtstag, 1972, 62; Schenk, Richard, Einleitung in die Thematik „zur Theorie des Opfers“, in: ders., Theorie, 1 ff., 2.

⁶⁶ Horkheimer/Adorno, Dialektik, 61 ff.

⁶⁷ Elias, Norbert, Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen, Bd. I, 5. Aufl. 1978, Einleitung, LXI; Gebauer/Wulf, Spiel, 39 ff.

Selbstbeherrschung. Sie verlange eine Individualisierung der Lebensverhältnisse und entsprechende Reflexivität der Kultur⁶⁸.

- 352 Die Philosophie der Aufklärung und die Soziologie lösen also erkennbar nicht nur die Religion als äußere Macht ab, sondern sie auch rational auf. Die Introversion des Opfers beruht auf der Idee der Selbstherrlichkeit als der Autonomie des Menschen. Dort, wo sie gegeben ist, herrscht folgerichtig Selbstzwang. Der Freie, der Edle, der Bürger wie auch schon der Familienvater, dem ein absolutes Hausrecht zusteht, kurz auch jeder relative oder auch absolute Herrscher muss sich an irgendein eigenes Regelwerk binden. Selbst die blinde Willkür wäre seine eigene. Jede „freie“ Entscheidung eines Menschen zu einer Handlung ist bereits „die Seine“.
- 353 3. Bildet die Gerechtigkeit in Form der Wechselseitigkeit den Kern einer jeden Beziehung und deshalb auch der Gemeinschaft, ist sie zugleich der im Übrigen blinde Urgrund einer jeden Gemeinschaft.
- 354 Selbst einen allmächtigen Gott vermögen wir uns in der Regel nur, wenngleich als in seinem unerforschlichen Sinne als gerecht, und zwar vorrangig als gerecht im Sinne der Wechselseitigkeit vorzustellen. Auch ein blindes Schicksal gilt uns deshalb häufig als ein verdientes, weil es in einem unbegreifbaren höheren Sinne gerecht sein muss. Aber ohne die psychisch-geistige, also innere Anlage des Menschen, versöhnende Opfer als solche zu begreifen, kann keine Religion und keine Moral ihren Sinn erlangen. Auch wären die eigenen Entsayungen ohne ihr Erleben als Opfer keine solchen.
- 355 Das dementsprechende Bild vom Menschen als instinktarmem Wesen, das zum Ausgleich die Kultur entwickelt hat, und die Vorstellung, dass menschliche Emotionen vielfach kulturelle, überfeinerte Affekte darstellen⁶⁹, gehen auf das Menschenmodell *Gehlen's* zurück. *Jescheck* und *Weigend* haben es ausdrücklich ihrem Verantwortungs- und Schuldmodell zugrunde gelegt⁷⁰. Mit E.-X. *Kaufmann* ist auf die das Strafrecht schaffende Einsicht zu verweisen, dass dem Menschen die „Sublimierung der Affekte durch Kultur“ keinesfalls immer ge-

⁶⁸ Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 187; zudem als Überblick: Bogner, Artur, *Zivilisation und Rationalisierung. Die Zivilisationstheorien Max Webers, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich*, 1989.

⁶⁹ Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 186.

⁷⁰ Gehlen, Arnold, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, B. Aufl. 1966, 400 ff.; Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 405 ff., 416 Fn. 46.

lingt⁷¹. Auch die Freiheit zur Unvernunft ist dem Menschen eigen. Andernfalls wäre er auch über die Vernunft determiniert.

4. *E-X. Kaufmann* weist auf drei Eigenheiten der Zivilisation hin: (1) 356
Kulturelle Erhöhung der Hemmschwelle, (2) Verhäuslichung der körperlichen Funktionen, (3) Monopolisierung der Gewalt, Konkurrenz und zunehmende Interdependenz.

Die kulturelle Erhöhung der natürlichen emotionalen Hemmschwelle 357
bildet jedoch die generelle Aufgabe einer jeden auf Kooperation angelegten Binnenkultur. Kriegsideologien sorgen dagegen für den künstlichen Abbau von Tötungshemmungen gegenüber Fremden als Feinden. Aber die Grundfähigkeit, andere Menschen und zwar in der Nähe als Menschen zu erkennen und mit ihnen auch grundsätzlich als Nächste empathisch umgehen zu können, gehört zum genetischen Menschsein. Auch die emotionalen natürlichen Hemmschwellen sind als Anlagen vorhanden, die von der jeweiligen Sozialisation abhängen. Der Animismus der Naturvölker bedarf zudem keiner Zivilisierung. Er beruht übergreifend auf der Achtung der gesamten belebten Natur. Die Idee des Sozialvertrages deutet vielmehr an, dass erst der frei gedachte, triebhaft tierische Mensch der Zivilisierung durch Selbstgesetzgebung bedurfte.

5. Den großen geistesgeschichtlichen Zwischenschritt bildet die Ent- 358
wicklung der jüdisch-christlichen Reduktion der vielen Geister der Natur, der zusätzlichen Familien-, Dorf- und der späteren Stadtgötter auf den einen einzigen allmächtigen und somit hoch abstrakten Gott. Aber auch der alttestamentarische Gott war noch der Volksgott des auserwählten Volkes, insofern noch vergleichbar mit alten Dorf-, Stammes- und Stadtgöttern.

Vonnöten war die folgerichtige völkerübergreifende Ausbreitung mit 359
der Idee des Gottes aller Menschen. Die Abstraktion auf den einen, alles beherrschenden allmächtigen Geist erlaubt für seinen menschlichen Widerpart, und zwar nach dem Grundsatz der Wechselseitigkeit, die Idee von der Ebenbildlichkeit (*imago dei*) des und aller Menschen mit dem Schöpfer zu entwickeln. Bereits nach dem alttestamentarischen Schöpfungs- und Weltbild lebt der Mensch von den Tieren getrennt. Er hat Anteil am göttlichen Atem. Jener bildet seine Seele. Der Mensch kann und soll deshalb in dieser Welt selbstbestimmt leben,

⁷¹ Kaufmann, F.-X., *Zivilisation*, 173 ff., 186.

wenngleich belegt mit der transzendentalen Verantwortung gegenüber seinem Gott⁷². Der Umstand aber, dass er sich für sein Handeln in der jenseitigen Welt zu rechtfertigen hat, beweist ebenfalls das hohe Maß der Eigenverantwortung in der diesseitigen. Der Preis, den der Mensch entrichtet, ist die Trennung von der sonstigen Natur⁷³. Dafür konnte und musste er den Animismus aufgeben.

- 360 6. Hinzu tritt ein ebenso sozialer wie realer Vorgang, der die Bedeutung des Menschseins steigert. Der Mensch schafft sich mit und in seinen Großgemeinschaften gottähnlich eine mächtige eigene soziale, geistige und auch bei steigender Zahl der Menschen eigene reale Kunstwelt. Seine Bauwerke sind der steinerne Ausdruck dieser Selbstschöpfung. Den Ausstieg aus dem Paradies und den Einstieg in die Schöpfung eigener Welten hat er mit der Domestizierung von Tieren und der Veränderung seiner Umwelt durch Rodungen und Pflanzungen begonnen. Schon Hirten und Bauern schaffen sich eigene Welten.
- 361 Die Sprache ist seit jeher Ausdruck einer eigenen menschlichen intersubjektiven Gedankenwelt. Sie symbolisiert und prägt seine Kultur seit seinem Ursprung. Das Ausmaß seiner geistigen und auch der realen Selbstschöpfung und dann auch Selbstherrschaft hat er durch die Erfindung der Schrift und der Zahlen und mit ihr durch die kommunikative Verselbständigung künstlich fast ins Unermessliche gesteigert. Die Gemeinschaft der kommunizierenden Menschen weitet sich bis in die Vergangenheit der längst Verstorbenen aus und umfasst nunmehr auch die Fremden in außerordentlicher Ferne. Die westliche Hochkultur hat folgerichtig ihr Weltverständnis zu einer zunehmend analysierenden, also rationalen Abstraktion in der Sicht der Dinge entwickelt. Sie hat es mit der Beherrschung und Ordnung der Umwelt und auch der Entwicklung der Schrift, deren Haupteigenheit die Wiederholbarkeit des flüchtigen Wortes ist, vorangetrieben. Wer herrscht ordnet, wer ordnet herrscht. Wer ordnet abstrahiert, und wer abstrahiert teilt.

⁷² Mit der Idee des würdigen Menschen wird die Vergöttlichung der Menschen neutestamentarisch durch den christlichen Gottessohn und also Gottes „Inkarnation“ betrieben und das säkulare Menschsein im Sinne der Humanitas auf diese absolute Ebene gehoben. Überblick bei Schild, Wolfgang, „Würde“, in: Erler, Adalbert (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), Bd. 5, 1998, 1539 ff. sowie nachdrücklich Schulz, Lorenz, Normiertes Misstrauen, 2001, 91.

⁷³ Horkheimer/Adorno, Dialektik, 31 f. erklären: „Die Menschen hatten schon immer zu wählen zwischen ihrer Unterwerfung unter die Natur oder der Natur unter das Selbst.“ Allerdings gehört dazu auch die Vorstellung, sich auch selbst zum Objekt von Betrachtungen machen zu können. Sie zeigt die nächst höhere Meta-Ebene, wissenschaftstheoretisch deren Fiktivität und auch deren notwendige Subjektivität an.

Zudem gilt bekanntlich auch: Wer teilt, kann herrschen. Wer jedem das Seine zuteilt oder lässt, der herrscht gerecht.

7. Die Zivilisation als Akt der Verbreiterung einer selbstherrlichen Kultur der Verfügbarkeit bewirkt mit der Abstraktion für die Aufklärung eine Gewichtsverschiebung hin zum Geist. Der Geist wird durch den Verstand und die Vernunft geprägt. Der so bezeichnete „Mythos der Analytischen“ geht einher mit einem erkennbaren Verlust an „Körperlichkeit“⁷⁴ und an Emotionalität. 362

Im Sinne des *Gehlenschen* Menschenbildes ist dennoch davon auszugehen, dass das Religiöse seine eigentlichen und tiefsten Wurzeln nicht einmal in der Welt der Vorstellung, also in der geistigen Welt, sondern in der „Gefühls- und Willenswelt“⁷⁵ des Menschen besitzt. Emotionen, die in sich fein aufgefächert und von einfachen Trieben bis hin zu empathischer Solidarität reichen, bilden die lange Brücke zwischen der Körperlichkeit und der geistigen Binnenwelt des Menschen. Sie schaffen die, jedenfalls für den Alltag evidente, Ganzheitlichkeit des Menschseins. Jeder Schmerz über den Verlust eines nächsten Menschen ist ebenso ein Gefühl wie die bereits deutlich vergeistigte humanistische Liebe zur Menschheit, die ebenso aus der Empathiefähigkeit des Menschen erwächst, sich dann allerdings insbesondere auf eine größere Gruppe von „Eigenen“ als tertiären Nächsten bezieht. Mit der durchaus eigennützigen Fähigkeit des Menschen zum Mitleiden und zur Mitfreude mit seinen primären und sekundären Beziehungspersonen ist auch die emotionale Verinnerlichung des Opfers als ein schmerzlicher Verlust vorgegeben. 363

Wenn man das Opfer als Kernelement vieler Religionen ansieht, dann muss die modernisierte Religion das Opfer in den nunmehr wesentlichen Teil der menschlichen Dreieinigkeit von Leib, Seele und Geist einbetten, also statt bisher in eine vereinigte vergeistigte Seele nunmehr in den erkennenden und vernünftigen Geist. Die Emotionalität, die die Aufklärung verdrängt und die Psychologie wieder zurückgebracht hat, verbindet gleichsam Körper und Geist. Das säkularisierte Schlagwort lautet deshalb: Humanität durch Empathie. 364

⁷⁴ Claessens, Dieter, Das Konkrete und das Abstrakte. Soziologische Skizzen zur Anthropologie, 1980, 315 f.; Kaufmann, F.-X., Zivilisation, 173 ff., 182 f.

⁷⁵ Cassirer, Ernst, Philosophie der symbolischen Formen, Bd. 2, Das mythische Denken, 1973, 262; Greisch, Jean, Homo Mimeticus. Kritische Überlegungen zu den anthropologischen Voraussetzungen von Rene Girards Opferbegriff, in: Schenk, Theorie, 27 ff., 30.

VI. Autonomie und Animismus

- 365 1. Verglichen mit der Vorstellung von der beseelten Natur steht der moderne verweltlichte Mensch nach seiner Weltanschauung zugleich besser und schlechter da. Einerseits ist er, weil autonom, sein eigener würdiger Herr. In der Demokratie ist er im Sinne der postmodernen Theorie der Selbstorganisation der Mitherrscher mit den Anderen seiner Gemeinschaft über dieselbe und, auch auf diese Weise, über sich selbst. Aufgeklärt, kennt er außer seiner verinnerlichten Vernunft keine Götter über sich. Deshalb weiß er sich von jeder externen Grundpflicht, mit höheren Mächten zu teilen, also von der religiösen, versöhnenden Opfergabe befreit. Er kann, darf und muss die übrige Welt als entseelt, also entgeistigt begreifen und schlicht versachlichen. Er ist dennoch in ihr, aber auch ihr und sein eigener Herr.
- 366 2. Andererseits entsteht für ihn bei der Bestrafung schwerer Gewalttaten von Mitmenschen mit schweren Gewaltakten an Mitmenschen dasselbe Problem, dem die animistischen Religionen mit dem Aggressionen abbauenden rituellen Opfer-Gaben-Modell entgehen konnten, und zwar für ihn nahezu zum Dilemma potenziert. Der Weg des reinigenden und befreienden Sühneopfers eines anderen ähnlichen, aber niederrangigen heiligen lebendigen Wesens, etwa eines Tieres, ist ihm verschlossen, weil er ihnen die Ähnlichkeit mit sich abspricht.
- 367 Mit der These von der Verinnerlichung des Opfers in den modernen Großzivilisationen ist die Antwort auf die soziale Frage gegeben, die im Übrigen auch *E-X. Kaufmann* stellt, aber nicht beantwortet: Wie kann eine Gemeinschaft, die die archaischen Opferreligionen ablehnt, deren Vorzüge der Affektentladung und Identitätsstiftung ausgleichen? Die Antwort, die sich nach allem aufdrängt, lautet: Ist allein der Mensch mit der unantastbaren Menschenwürde gesegnet, so ist nur er heilig. Er hat zwangsläufig einen Teil seiner selbst zu opfern. Allerdings hat dieser Teil nach dem Prinzip der Opfergabe etwas Niederrangiges, aber Ähnliches und insofern schon etwas Verfügbares zu sein. Etwas, über das er der „Herr“ ist.
- 368 Der moderne Täter-Opfer-Ausgleich enthält zum Beispiel liberalistische Elemente der sühnenden Gabe in einer im weiten Sinne verstandenen beseelten Welt der Menschen. Die Geldstrafe beinhaltet hingegen eine hoheitliche Buße, verbunden mit einer unterwürfigen De-

mutsgeste, etwa im Sinne des Opfers von Lebensstandard oder von geronnener Zeit. Auch eine kürzere Lebenszeitstrafe⁷⁶ lässt sich noch als ein solches Zeitopfer verstehen. Aber bei der langfristigen Freiheitsstrafe verbietet es sich, von einem solchen Opfer, zumal noch von einem autonomen des Täters zu sprechen. Jeder Herr bedarf im Sinne *Hegels* seines Knechtes. Verinnerlicht gedacht, ist das Ziel mit sich in Harmonie zu leben weder durch den realen oder auch einen sozialen oder auch irgendeinen moralischen Tod zu erlangen. Nur wer die Harmonie auf ein jenseitiges Paradies überträgt oder aber buddhistisch auf eine entsprechende innere Seelenleere projiziert, kann den Tod als Bußgabe einfordern. Er muss dann aber zuvor das Problem lösen, wie er diesen Gewaltakt in seiner Vorstellung selbst ertragen kann, ohne in ihr die Spirale der Wiedervergeltung fortzuschreiben.

3. Versuchsweise sind die religiösen Forderungen eines animistisch denkenden Beobachters für die moderne anthropozentrische Welt-sicht durchzuprüfen. Sie ergeben die durchaus bekannten Deutungen. 369

(1) Die Sündenböcke müssen danach immer Menschen sein. Sind aber dem modernen Menschen, wie es die Idee der universellen Menschenrechte verkündet, wirklich alle Menschen gleich viel wert: Fremde wie Freunde; Frauen und Männer; Kinder, Kranke und Alte wie Vollerwerbstätige; Mitglieder einer Unterschicht wie Oberschichtsangehörige; Minderheiten wie Mehrheiten, dann fehlt es ihnen an niederrangigen Opfern unter den Menschen. Auch der Mörder bleibt Mensch mit unantastbarer Menschenwürde. Dass der Mensch niemals zum Objekt gemacht werden darf⁷⁷, gilt ausdrücklich auch für den Strafvollzug⁷⁸. Denn der Mensch muss „immer Zweck an sich selbst bleiben“⁷⁹. 370

⁷⁶ Dazu: Montenbruck, Axel, Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen, in: Schmoller, Kurt (Hrsg.): Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 649 ff., 357 ff.

⁷⁷ BVerfGE 5, 85, 204; 7, 198, 205; 27, 1, 6; 28, 386, 391; 30, 1, 26; 45, 187, 228 (zur lebenslangen Freiheitsstrafe); 50, 167, 175; 56, 37, 43; 61, 1, 34; 74, 102, 122; in diesem Sinne auch EuGH, EuZW 2001, 691, 695, Rn. 69 ff. (zur Biopatentrichtlinie); umfassend: Geddert-Steinacher, Tatjana, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 1 Abs. 1 GG, 1990, 31 ff.

⁷⁸ Zur Menschenwürde im Strafvollzug siehe insbesondere BVerfGE 45, 187, 228, sowie Müller-Dietz, Heinz, Menschenwürde und Strafvollzug, 1994, 22; Altenhain, G. A., Das Grundrecht der Menschenwürde und sein Schutz im Strafvollzug, ZfStrVo 1988, 156ff., sowie Münch, Ingo v., Die Grundrechte des Strafgefangenen, JZ 1958, 73 ff.; Rotthaus, K.P., Menschenwürde und Strafvollzug, MDR 1968, 102 ff.

⁷⁹ BVerfGE 45, 187, 228.

- 371 (2) Theoretisch bleiben nur drei Auswege: (a) Resignierend auf Sühne und die Opferung von menschlichen Sündenböcken zu verzichten und, soweit irgend möglich, umfassenden materiellen und immateriellen Schadensatz, und zwar von jedem Bereicherten und im übrigen von der Gemeinschaft insgesamt einzufordern, sowie und insbesondere (b) den autonomen Rechtsbrecher ohne sozialen Druck oder gar Zwang zu einem freiwilligen Selbstopfer aufzufordern. Die freiwillige Buße kann allerdings nicht in einer Selbsttötung bestehen; sie muss jedoch einen wesensgleichen schmerzlichen, aber doch auch nur verfügbaren Teil dieses würdigen Menschen und Mit-Herren zum Inhalt haben. Oder (c) mit *Hegel* ist davon auszugehen, dass der Verurteilte mit der Strafe zu ehren sei.
- 372 (3) Faktisch aber findet dennoch, und zwar paradoxerweise wegen der hohen Hemmschwelle des Menschen, eine Dämonisierung in Form der Dehumanisierung des schweren Gewalttäters statt. Dieser Weg erlaubt der demokratischen Allgemeinheit, ihre moralisch-empathischen Gewalthemmungen zu überwinden, um den Täter bestrafen zu können. Der Strafgefangene erscheint der Mehrheit als teildämonisierter Un-Mensch⁸⁰. Er ist nach dem Modell des Sündenbockes dem wahren als dem guten Menschen als ein gleichwohl beseeltes Wesen nur noch ähnlich.
- 373 4. Diejenigen absoluten Strafbegründungen, die sich an *Hegel* anlehnen, bezeugen nicht nur über die Idee der Anerkennung den metaphysischen Charakter des Strafens, sondern zielen, zum Teil offen, auf eine der Wirklichkeit entsprechende „geistige Entpersonalisierung“ des Täters.
- 374 *Seelmann*⁸¹ zum Beispiel legitimiert die Strafe zunächst mit dem Modell des Anerkennungsverlustes. Der Täter verletze mit der Tat zugleich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und somit auch sich selbst als Rechtssubjekt. In dem Maße, in dem er sich über den

⁸⁰ Zur „Dehumanisierung“ siehe Jäger, Herbert, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989, 194; Sykes, Gresham/Matza, David, Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Sack, Fritz/König, Rene (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968, 360 ff. und Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, 36 ff. Zur Desensibilisierung u.a. durch militärische Ausbildung vgl. Jäger, Makrokriminalität, 199, u. Hinw. auf Bandura, Albert, Aggression. A social learning analysis, 1973, 239; sowie Shatan, Chaim. F., Militarisierte Trauer und Rachezeremonie, in: Passett Peter/Modena, Emilio (Hrsg.), Krieg und Frieden aus psychoanalytischer Sicht, 1983, 220 ff.

⁸¹ Seelmann, Kurt, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, 1995, siehe insbes. 67.

anderen aufgeschwungen habe, müsse er selbst in seinem Rechtsstatus gemindert werden. Für den Fall des Mordes bleibt aber zu fragen, ob der Täter dann nicht zumindest seinen Rechtsstatus auf Dauer verlieren soll. Eine Wiederaufnahme in die wechselseitige Anerkennungs- und damit auch die Rechtsgemeinschaft müsste ihm dann verschlossen bleiben.

Köhler erklärt ähnlich: Mit *Hegel* müsse der Täter unter sein eigenes 375
Recht subsumiert werden. Nur so beruhe Strafe auf der Anerkennung des Täters als Rechtssubjekt⁸². Mit der Todesstrafe allerdings hätte sich dann die Subjektstellung des Täters endgültig vergeistigt. *Wolff*⁸³ und *Zaczyk*⁸⁴ lehnen sich wie *Hegel* an *Fichte* an und sprechen ebenfalls von einem gegenseitigen Anerkennungsverhältnis. Auch dessen Verletzung sei als ein Verbrechen anzusehen⁸⁵.

Felix Herzog erklärt gleichfalls: Gegenstück der „interpersonalen An- 376
erkennung“ sei das Unrecht, verstanden als „Zusammenbruch konstitutiver Annahmen einer gemeinsamen Welt in interpersonaler Begegnung“, aus der Perspektive der Sozialität sei es die „Dissozialität“, aus der der Individualität die „Depersonalisierung“⁸⁶. Sähe man in der Schuld Vorwurf und Verantwortung, wäre dies der Ausgangspunkt für die Wiederherstellung der durch das Tatumrecht ge- oder zerstörten „interaktiv-kommunikativen“ Beziehung. Der Mensch wird also in Person und Individuum geteilt. Die Person, lies der Geist, wird geehrt, und das Individuum erleidet die Pein, nunmehr in der Form der Gefangenschaft.

5. Kurz: Jede absolute Straftheorie, aber auch jede relative Straf- 377
zwecklehre, die wie positive Generalprävention oder die Idee der Resozialisierung nicht auf die Gefahrenabwehr abstellt, enthält sakrale Elemente. Besonders deutlich treten sie in den Gerechtigkeitslehren hervor, die verschuldetes Unrecht auf der normativen Ebene ausglei-

⁸² Köhler, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, 37 f; 49 unter Hinweis auf Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 199.

⁸³ Wolff, Ernst Amadeus, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, in: Hassemer, Winfried (Hrsg.): *Strafrechtspolitik*, 1987, 137 ff. 182 f.

⁸⁴ *Zaczyk*, *Unrecht*, 161.

⁸⁵ *Zaczyk*, *Unrecht*, 200 f.; vgl. auch Köhler, Michael, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, 325: „So bedeutet töten als verletzen zunächst in konkreter Allgemeinheit die negierende Aufhebung des lebenswollenden Daseins eines anderen selbständigen Willenssubjektes.“

⁸⁶ Herzog, Felix, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens der Straftheorie der Moderne*, 1987, u.a. 118 ff.

chen wollen und ausdrücklich deshalb dem Täter ein schweres reales Übel auferlegen. Das auf den ersten Blick hoheitliche rituelle Opfern umfasst auf den zweiten auch die Vorstellung der verpflichtenden liberalen Gabe und auf den dritten die Idee des emotionalen Lebensbundes mit einer höheren Macht. Mit der Theorie der Verinnerlichung gewinnt die moderne Strafe selbst für ihren Kern, ihrer Gründung auf dem Autonomieprinzip, ihre alte religiöse Dimension zurück. Sie dient seit jeher der „Zivilisation der Aggression“

- 378 Die Geburt der öffentlichen Strafe zu Beginn der Moderne erscheint nach allem nur als eine säkulare und insofern „zivile“ Wiedergeburt.

D. Menschenrechtsstrafe: Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit in juristischer Perspektive

I. Einführung: Die juristische Perspektive

Dem Beitrag liegt ein Vortrag mit einem besonderen Hörerkreis zu- 400
grunde. Der Fachbereich Geschichts- und Kulturwissenschaften hat
eine Ringvorlesung im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Offener
Hörsaal“ unter das Generalthema „Versöhnung, Strafe und Gerechtig-
keit“ gestellt. Für dieses Thema galt es die juristische Perspektive auf-
zuzeigen. Aus der Sicht des Rechts handelt es sich also um einen
Adressatenkreis, der zur *demokratischen Zivilgesellschaft* zählt und
einen Teil ihr „Öffentlichkeit“ darstellt. Neu gefasst ist das Ab-
schlusskapitel des Vortrags mit dem vorliegenden Versuch, die Idee
einer (deutschen) „Menschenrechtsstrafe“ herauszustellen. Ferner
handelt es sich in vielen Einzelfragen nur um recht grobe Skizzen, die
einerseits auf Evidenz hoffen, aber andererseits auch die wissenschaft-
liche Ausarbeitung, etwa unter dem provokativen rechtsphilosophi-
schen Generalthema einer „Zivilreligion“, verdienen würden.

Zu beginnen ist aus dem Blickwinkel der Zivilgesellschaft mit der Be- 401
schreibung der verschiedenen juristischen Perspektiven.

Das Recht des „Juristen“ umfasst *zumindest* vier Ebenen, die falls man 402
sie näher betrachtet vier in sich hoch komplexe Subkulturen darstellen
würden. Zum Recht gehören (1) das gesamte geltende *Gesetzesrecht*
im weiten Sinne, von der Bußgeldkatalog-Verordnung bis hin zu den
Menschenrechtserklärungen, (2) die gesamte *Rechtswissenschaft*, ein-
schließlich der Rechtsgeschichte, der Rechtsphilosophie und der Kri-
minologie, und zudem (3) für den Juristen ebenso wichtig, die gesam-
te *Rechtspraxis*, vom Alltag des Rechtsanwalts bis hin zu den richter-
rechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der
EU-Gerichte. (4) Hinzu tritt in der Demokratie die vierte Ebene der
Bürger und Rechtsuntertanen, die das Recht, unter anderem, als
Rechtsadressaten anspricht. Auf dem Boden der Demokratie handelt
es sich um das *politische Volk*, das über ein verinnerlichtes Werte- als
ein *Rechtsgefühl* verfügt¹. Auf dieser *vierten Ebene* der Demokratie

¹ Zum „Rechtsgefühl“ als ethische Kategorie, insbesondere als Werterfahrung und als Grundlage eines Konsenses: Zippelius, Reinhold, *Rechtsphilosophie: ein Studienbuch*, 5. Aufl. 2007, 94 ff. (zur „Werterfahrung“ als solcher), 102 ff. (zum Wertempfinden u.a. als

einerseits und der Grund- und Menschenrechtsebene andererseits soll, soweit möglich, auch diese Betrachtung angesiedelt sein.

II. Versöhnung

1. Idee der Versöhnung

a. Zivilbegriff der Versöhnung

- 403 Zunächst wird auch der Jurist nach dem groben *Vorverständnis* der Idee der Versöhnung suchen. Rechtspolitisch und demokratisch verstanden stellt die Versöhnung offenbar eine Art von *außerstaatlichem* und damit *zivilem Verfahren* dar. Die Versöhnung bildet vor allem die Aufgabe der *mündigen Bürger-* und *Mitmenschen*, der *charismatischen Schlichter* und der *karitativen* Nichtregierungsorganisationen (NGO's). Der westliche *Rechtsstaat* bietet zur Versöhnung aber den *vertraglichen* Rechtsrahmen, er setzt *minimalethischen* Grenzen, ordnet bei Bedarf die gerichtliche *Einklagung* sowie den Einsatz der Staatsgewalt zu Vollstreckung der Vertragsvereinbarungen.
- 404 Was aber meint und assoziiert nun die Versöhnung *im Einzelnen*? Der Jurist fragt dazu weiter nach dem *Wortsinn* und unterwirft sich im Übrigen schon damit in der Regel dem Verständnis des „Volkes“. Dazu lässt sich das neue und ebenfalls demokratische Medium des freien Internets nutzen. *Wikipedia* bietet etwa folgendes:²
- 405 *Versöhnung* (engl.: reconciliation) ist ein theologischer und philosophischer Begriff, wird aber häufig auch in der Alltagssprache, auch Politik oder Psychologie verwendet. Der Begriff ist etymologisch verwandt mit Sühne, und wie hier anzufügen ist nicht mit Sohn, obwohl die Vorstellung einer Aussöhnung von Vater und Sohn nahe liegt;

„materiale Wertethik“) sowie 105 ff. zum „Konsens“ (als „Konsens von Gerechtigkeits-einsichten“), 113 ff. (zu den „herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen“, als Ethos eines Kulturkreises), 119 ff. (zu den Grenzen des kulturellen Spielraums durch die „biologischen Programme“).

² Zum allgemeinsprachlichen Verständnis des Begriffs: Auszüge aus dem Artikel Versöhnung, in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 21. Juni 2007, <http://de.wikipedia.org>.

Glauben, Theologie: (1) Christentum: Im christlichen Glauben ist die durch die Sünde entstandene Kluft zwischen *Gott und Mensch zu versöhnen*. Das ist durch das Heilgeschehen des Leidens und Aufstehens Jesu Christi durchgeführt, muss aber im Glauben und in der Liebe nachvollzogen und angenommen werden. Die Lehre der Versöhnung von Gott und Mensch durch Jesus Christus wird in der christlichen Theologie als Soteriologie bezeichnet. (2) In der katholischen Theologie ist die individuelle Versöhnung eng verknüpft mit der aus Beichte und Buße folgenden Absolution. (3) Judentum: Hervorzuheben ist der große jüdische Feiertag Jom Kippur, an dem –etwas verkürzt dargestellt– die Versöhnung mit dem Ewigen dadurch erreicht wird, dass wir uns miteinander versöhnen: Das reuevolle Eingeständnis von Sünden ist eine Bedingung zur Sühne. „Der *Versöhnungstag befreit von Sünden gegen Gott*, jedoch von Sünden gegen den Nächsten erst, nachdem die geschädigte Person um Verzeihung gebeten worden ist“ heißt es im Talmud; 406

Philosophie: In *Hegels Philosophie* ist mit Versöhnung die Vermittlung gemeint, die am Ende der Dialektik die Widersprüche in einer *Synthese* aufhebt. Die Einheit von Begriff und Realität soll erreicht werden; 407

Politik: In der Gesellschaft und Politik wird Versöhnung als ein möglicher Bestandteil der Vergangenheitsbewältigung und/oder Konfliktbewältigung betrachtet. So wurden zahlreiche *Wahrheits- und Versöhnungskommissionen* gegründet– siehe auch Liste der truth and reconciliation commissions. 408

Nach allem handelt es sich bei der Versöhnung nicht um einen juristischen Begriff. Er ist aber ein Bestandteil des religiösen und des zivilen Denkens³. 409

³ Zum politologischen Begriff der „Zivilreligion“, und zwar mit der Differenzierung von (1) Bürgerlicher Religion (als privatistisches Christentum), (2) Religion des Bürgers (als Philosophie des Bürgers), (3) politischer Religion (aus Sicht der politischen Soziologie), (4) Zivilreligion (im amerikanischen Sinne als Aufladung der Politik durch religiöse Momente) oder, (5) Staatsreligion (im deutschen Sinne der Grundwerte als Zivilreligion), (6) Kulturreligion (als über und postkonfessionelle Säkularisierung im Verfassungsstaat im weiten Sinne, als Staat, Recht und Kultur), siehe: Kleger, Heinz/Müller, Alois, Mehrheitskonsens als Zivilreligion? Zur politischen Religionsphilosophie innerhalb Liberal-konservativer Staatstheorie, in: Kleger, Heinz/Müller, Alois (Hrsg.), Religion des Bürgers. Zivilreligion in Amerika und Europa, 1986, 221 ff., insbes. 240: mit der Aufteilung in: (1) soziologische Systemtheorie: als „generalisierte Werte in einer funktional differenzierten Gesellschaft“, (2) Staatsphilosophie: Religion als kulturelle Erhaltungsbedingung des li-

b. Versöhnung aus Sicht des Juristen

- 410 „Versöhnung“, so scheint es generell und erst recht für den Juristen, erfordert den Vorlauf eines *Verfahrens*. Jenes betreibt aber nicht der Rechtsstaat selbst, sondern es verhandeln *Zivilpersonen* mit einander.
- 411 Die Versöhnung besteht aus der Sicht des Juristen in einem zivilen Prozess, den zwei oder mehr *autonomen Personen* als Verfahrensbeeteiligte betreiben. Das Versöhnungsverfahren selbst erstreckt sich über *vier Phasen*: (1) dem ursprünglichen *Streit*, (2) der *Verhandlung*, (3) dem *Versöhnungsvertrag*, und (4) der realen *Vertragserfüllung*. Jeder Vertrag wird unausgesprochen von der Überidee des idealen *Vertrages* überwölbt, der in der Idee der *Vereinigung* und dem der Vorstellungen von einem *Friedensbund* besteht⁴.
- 412 Der Grundgedanke eines *privaten Versöhnungsvertrages* beherrscht auf den zweiten Blick auch den Alltag der *Rechtsanwälte*. Denn in der Regel versuchen sie den Streit vor Gericht oder gar den vollen Rechtsstreit bis hin zu den Bundesgerichten zu vermeiden. Die spektakulären Entscheidungen der Bundes- oder der Verfassungs- oder gar der EU-Gerichte bilden statistisch betrachtet die *symbolischen* hoch wirksamen Ausnahmen. Die faktische Hauptaufgabe der Anwälte besteht in der *vorzeitigen Streitbeilegung* und nicht in der ständigen Ausschöpfung des gesamten Rechtsweges. Das Wissen um solche Arten der Unterstützung des zivilen *Verhandelns* gehört inzwischen zu den praxisnahen Schlüsselqualifikationen der deutschen Juristenausbildung (§ 5 a DRiG). Das strenge Recht und dessen staatliche Vollstreckung wirken in der Praxis des Anwalts vor allem als *Drohung* mit dem „*worst case*“- *Scenario*.

beralen Staates, (3) Verfassungstheorie. Religion als „strukturelles Verhältnis von Staat, Gesellschaft und Kirche, (4) als „christliche Philosophie der entzweiten Existenz“: „Religion als politisch-theologisches Verhältnis von Staat, Gesellschaft und Kirche“.

⁴ Aus Sicht der politischen und interkulturellen Konfliktforschung: Senghaas, Dieter, *Zum irdischen Frieden*, 2004, 124 ff. Zivilisation im engeren Sinne zielt auf die ethischen Sichtweisen. So betont etwa Senghaas in seiner Lesart der Zivilisationstheorie die „konstruktive Konfliktbearbeitung“. Insofern setzt er eine idealistische Tradition fort, die auch bei Platon zu finden ist. Senghaas fächert die Elemente seines Zivilisationsmodells feinsinnig auf und schneidet sie zugleich als ein „zivilisatorisches Sechseck“ auf den Staat zu. Damit wechselt er endgültig von der Zivilisation als einer Form zu einem allerdings wichtigen konkreten Inhalt. In jeweils wechselseitiger Beziehung und im Uhrzeigersinn gelesen, bestünden die sechs Elemente in: (1) Gewaltmonopol, (2) Interdependenzen und Affektkontrolle, (3) Sozialgerechtigkeit, (4) Konfliktkultur, (5) Demokratische Partizipation und (6) Rechtsstaatlichkeit.

Das Verständnis der Versöhnung scheint sich für den praktischen deutschen Juristen *am besten in* das Verfahren der *Mediation* wieder zuspiegeln. Denn die *Mediation* verlangt den Blickwinkel der *Rechtspsychologie* einzunehmen. Im Strafrecht handelt es sich dabei z.B. um den vom Gesetz eröffneten *Täter-Opfer-Ausgleich*, § 46 a StGB. *Mediationen* helfen aber auch bei Ehescheidungen und Nachbarschaftsstreitigkeiten, aber auch im Arbeits-, im Wirtschafts-, sowie im Schul-, Bau- und Umweltrecht.⁵ 413

Mediation heißt für die juristische Praxis hoch vereinfacht die *Vermittlung* von psychologisch geschulten *Mediatoren*, und zwar zwischen zwei verletzten *Egoismen*. Im Kern dient die *Mediation* also der Bereinigung von Konflikten, bei denen die Streitende ihre *gesamte Persönlichkeit* einsetzen und deshalb offen oder verdeckt *hochemotional* reagieren. Die Verletzungen, die sich zumeist nach und nach angereichert haben, betreffen bereits die seelisch-geistige *Identität* der handelnden Personen. In der Regel genügt es dazu schon, dass die *Personen*, die beteiligt sind, sich mit einer bestimmten Position *identifiziert* haben. Die Streitenden fordern deshalb vielfach zunächst *Demut und Reue* oder aber *zumindest* den *Respekt des Anderen* und damit die Gleichheit als „Person“ ein. 414

Dem Juristen drängt sich an dieser Stelle sein Begriff von der Person auf. Das deutsche bürgerliche Recht beginnt mit der natürlichen Person, dem Menschen, der seine Rechtstellung mit Vollendung der Geburt einnimmt, § 1 BGB. Aber es fügt sofort die „juristische Person“ hinzu §§ 21 ff. BGB. Auch die *Grundrechte* sind auf „juristische Personen“ sinngemäß anzuwenden, Art. 19 III GG. Im Strafrecht gelten generell alle aktiven Unternehmen und Gewerkschaften, öffentliche Behörden, Anstalten und Körperschaften, und auch der Bundesstaat selbst, als *beleidigungsfähig*, §§ 185 ff. 194 III StGB. 415

Auch Staaten verfügen über ein verletzbares kollektives Ego. *Staaten*, die gelegentlich wie Deutschland in den Präambeln ihrer Verfassungen ihr *kollektives Volksbewusstsein* dokumentieren, verfügen über ein *Nationalbewusstsein* (Feiertage, Fahnen und Hymnen) und sie führen notfalls auch wirkliche Kriege um angebliche oder auch tatsächliche Rechtspositionen, mit denen sie ihre innere Identität und ihre äußere Personalität verbinden. 416

⁵ Überblick bei Haft, Fritjof/Schlieffen, Katarina Gräfin von, Handbuch der *Mediation*, 2002, 56 f.

- 417 Einzelne Menschen und auch gesamte menschliche Gemeinschaften können sich also mit ihrer Streitsache identifizieren. In diesen Fällen neigen sie dazu, sich mit ihren Rechtspositionen gleichsam auf eine befestigte Hügelburg zurückzuziehen. Von dort aus werden sie ihre Soldaten zum Kampf auf der offenen Ebene auszuschicken, um den Streit mit Waffen und notfalls blutig auszufechten. Zivilisiert gewendet droht ein jahrelanger harter Rechtsstreit, den professionelle Kriegeranwälte führen und an dessen Ende eine gewaltsame staatlich gestützte Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils steht. In diesem Bereich setzt die Rechtsmediation ein und versucht, die *Emotionen* abzubauen und die *gemeinschaftlichen Interessen* beider Seiten in den Blickpunkt zu schieben. Sie hilft den Parteien in einem mehrstufigen Verfahren, die wechselseitige *Achtung* aufzubauen, Verletzungen ihrer *Identität* zu überwinden und am Ende zumindest das wirtschaftlich Erreichte in eine *Vertragsform* zu bringen.
- 418 Einen Sonderfall bildet die Tötung von Menschen, der individuelle Mord wie die kollektive Vernichtung von gesamten Volksgruppen. Bei Tötungen Einzelner ist zwar zunächst die *Seelsorge* für die Angehörigen gefragt. Bei Völkermorden an angeblichen Minderheiten erweist es sich ferner als unumgänglich zudem die kollektive Seite der betroffenen Überlebenden soweit möglich zu stabilisieren. Aber aus der Sicht des Rechts entwickelt sich das Bedürfnis nach *Rechtsfrieden*. Die demokratisch geordnete Zivilgesellschaft der mitfühlenden Nächsten sucht deshalb nach einem *Ausgleich*, mit dessen Ergebnis sich zumindest die Parteien und die Mehrheit der Bürger abfinden können. Zusätzlich werden solidarisch Gesinnten öffentliche Rituale als Klärungs-, Trost und Reinigungsakte einfordern.⁶ Ihr demokratischer Rechtsstaat bietet auch dafür seine Verfahrensweisen an, die vor allem aber dazu dienen, die wütende *Selbstjustiz* der Bürger durch *demokratische Staatsjustiz* zu vermeiden. Fehlt dagegen ein demokratischer Rechtsstaat, dann wird eine Gemeinschaft aus der westlichen Sicht in einen vor-rechtsstaatlichen und vielfach auch in einen vorstaatlichen Zustand zurückgeworfen, der diese Angebote nicht zu Verfügung stellt. Versöhnungsversuche müssen dann ohne den Staatsrahmen stattfinden.

⁶ Aus der Sicht der Ritualisierung: Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph, Spiel-Ritual-Geste. Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, 1998, 173.

c. Heilende Seite der Versöhnung

Der Versöhnung, deren Gegenstände aus strafrechtliche Sicht von der 419
einfachen Beleidigung unter Nachbarn gem. §§ 185 StGB bis hin zum
Völkermord im Sinne von § 6 des Völkerstrafgesetzbuches von 2002
reicht, liegt also in der Regel ein *emotional verankerter Konflikt* zu-
grunde, der mit einem sowohl medizinischen als auch religiösen Wort
„*geheilt*“ werden soll.

Aus rechtspsychologischer Sicht erweist sich zumindest also die *per-* 420
sonale Identität einer Seite als beschädigt. Deren eigene *Verhand-*
lungsfähigkeit erweist sich einerseits durch hohe Emotionen, wie
Frustration, Ärger oder Wut, oder auch durch verletzten Gruppenstolz,
als eingeschränkt. Andererseits aber beinhaltet diese Gefühlslage die
mächtige Drohung mit wilder *Selbstjustiz* und zwar unter Einsatz der
gesamten Personalität. Der Weg der Versöhnung besteht, wie die Me-
diation belegt, in der langsamen *Re-Kultivierung* der verletzten perso-
nalen Identität und damit dann auch der Verhandlungsfähigkeit von
Personen. Dazu dienen, in der Regel vertrauenswürdige „neutrale“
Dritte als *Vermittler*. Diese pendeln in dem *breiten Raum*, den beide
Parteien nach ihrem Rückzug in sich selbst gebildet haben.

Die Wahl eines gemeinsamen Vermittlers bildet dabei schon den *ers-* 421
ten Schritt zur Versöhnung. Der Vermittler tritt mit seiner wohlwol-
lenden Neutralität als eine charismatische *Autorität*, in religiösen Kul-
turen als eine *geheiligte Person*, etwa als Schamane, auf. Den *zweiten*
Schritt dieser Mediation stellt die Erarbeitung und Einigung auf ein
rituelles, zumeist faires und *dialogisches* Verfahren dar. Versöhnung
zu suchen, meint immer auch, ein längeres und geordnetes, und bereits
dadurch ein *beruhigendes* Verfahren zu betreiben. Schon die Zeit der
Verhandlungen heilt die Wunde und meint ferner immer auch, den
anderen als autonome und gleichberechtigte Verhandlungsperson *an-*
zuerkennen oder auch zu „respektieren“. Den *dritten* Schritt stellt eine
Art von *Vertrag* dar, der vierte besteht in der realen *Umsetzung*, die
wiederum auch noch einmal vom vertraglich Vereinbarten abweichen
kann.

Der *Begriff* der Versöhnung umfasst schließlich vor allem den *Erfolg* 422
der Versöhnung. Er beginnt mit dem Vertrag und endet mit dessen
Verwirklichung. Diese Vereinbarung enthält einerseits das deutliche
Element eines kleinen „*völkerrechtlichen Friedensvertrages*“. Er be-
deutet andererseits vor allem, und zwar für die Parteien selbst wie

auch für die Dritten, dass jedenfalls *unmittelbar* kein Streit, kein Kampf, keine Strafe oder auch zugespitzt „*kein Bürgerkrieg*“ mehr droht. Es herrscht Frieden.

2. Versöhnung durch mittelalterlichen Bußvertrag

- 423 Die Versöhnung, die zunächst nur die Heilung assoziiert, könnte aber auch eine *dunkle* Seite im Sinne der alten „heiligen Gewalt“ enthalten.⁷ Denn das ursprüngliche Standardmittel der Versöhnung bildet die *Sühne*, und zwar in der Form schmerzhafter *Buße*, also ein *Opfer*. Die Buße geschieht zwar im Idealfall „freiwillig“. Sie bildet aber für sich betrachtet eine Form *schmerzhaften Verlustes*, als „Einbuße“. Ob und inwieweit es überhaupt eine Versöhnung ohne irgendeine Sühneleistung, also nur aufgrund der edlen Vergebung einer Seite gibt, mag sogar dahingestellt bleiben.
- 424 Auch z.B. die mächtige westliche Tradition des Christentums setzt auf das Marterkreuz und heiligt somit das qualvolle Opfer des *Gottessohnes* Jesus, der stirbt, um die Welt zu versöhnen.⁸
- 425 Art und Ausmaß der Sühne und *Buße* zu erfassen, verhilft dem Juristen zunächst der Blick in die vorstaatliche *Rechtsgeschichte*. Dort trifft er auf den mittelalterlichen *Sühnevertrag*, mit dem die *Blutrache* abgewendet wurde. Standardbußen bilden in der *mittelalterlichen*, und damit der *vorstaatlichen deutschen Rechtsgeschichte* die Streitbeilegung zwischen *Personalverbänden* wie den Sippen. Vieh und sonstige Werte sind insbesondere für den Verlust eines getöteten wehrhaften Mannes zu leisten, andernfalls droht der Familie des Täters die ewige kriegerische Feindschaft.⁹ Es verhandeln aber die Personalverbände.

⁷ Für den Animismus: Girard, René, *Das Heilige und die Gewalt* (La Violence et la sacré, 1972), deutsch: 1987, 30 ff.; aus der Sicht der altgriechischen Tragödie: Burkert, Walter, *Homo necans. Interpretationen altgriechischer Opferriten und Mythen*, 2. Aufl. 1997, u.a. 9: „Der ‚homo religiosus‘ agiere und sei sich bewusst als der sterbliche ‚homo necans‘.“

⁸ Zum Spannungsbogen von Religion, Gewalt und Politik: Maier, Hans, *Das Doppelgesicht des Religiösen, Religion-Gewalt-Politik*, 2004, 18 (zur Gewalt in den „abrahamitischen Religionen“ als archaischer Grundansatz den sie zu überwinden suchen mit dem Grundgedanken der „Gewalt als Machterweis des göttlichen“ (unter Hinweis auf Girard und Burkert); zum Kreuz Jesu als Symbol des Gewaltverzichts (19); insgesamt als „Doppelgesicht des Religiösen“ sowie 46 ff. (zu Religionsähnlichen Elementen in totalitären Systemen: Kommunismus, Faschismus und Nationalsozialismus); ferner zum „politischen Märtyrer“ (99 ff.)

⁹ Tacitus schreibt in seiner *Germania*: „Man muss die Feindschaften des Vaters oder überhaupt der Verwandten übernehmen wie die Freundschaften; sie bestehen jedoch nicht unversöhnlich fort: Sogar Totschlag wird nämlich durch eine gewissen Anzahl an Groß- und

Der Sühnevertrag beinhaltet verkürzt also eine Art der *Privatstrafe* zwischen Familien. Ihn hat es noch lange, zum Beispiel im *späten* deutschen Mittelalter zwischen 1450 und 1600 in Eichstätt, gegeben. Etwa 110 Sühneverträge sind dort wegen Totschlages nachgewiesen. Als Buße erfassen sie vor allem Vieh-, Geld und auch die Versklavung von Einzelnen.

3. Vorstaatliches Gottes- und Vernunftrecht

Das Mittelalter besaß bereits eine, wenngleich vorstaatliche, *höhere* 426 *Rechtsidee*, und zwar im Sinne einer den heutigen *Verfassungen* nahen heiligen Ordnung, und d.h. auch Zwangsordnung.¹⁰

Das *ländlich* geprägte Mittelalter Europas kannte, wie viele Reiche 427 vor ihm, neben den weltlichen *Richterkönigen* und *untrennbar* mit dem allmächtigen Gott auch die Idee eines höchsten *gerechten Rechts*. „Gott“ und „die Idee der unfassbaren höchsten Ordnung“ bilden, hoch vereinfacht in vorstaatlichen Zeiten, noch eine allerhöchste Einheit. Die festen Kirchen und auch die zentralen Tempelschulen der drei großen *Buch-Religionen* belegen in sichtbarer Weise diese Verbindung von geistigem *Schöpfergott*, der schicksalhaften *Natur* und der Idee der *Ordnung*. Die ähnliche religiöse Ausrichtung eines ländlichen Großreiches wie etwa Ägypten bietet ein weiteres Beispiel. Bereits das scholastische Hochmittelalter lenkt folgerichtig zu buchähnlichen

Kleinvieh gestöhnt und an der Erhebung des Wergeldes nimmt die gesamte Verwandtschaft teil – zum Nutzen der Gemeinde, denn in ungebundener Freiheit sind Fehden gefährlich“, Tacitus, Publius Cornelius, *Germania* (Fehrle, Eugen (Hrsg.)), 4. Aufl. 1944, cap. 2. Dazu auch: Grommes, Sabine, *Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung, Eine ideologiekritische Betrachtung*, 2006, 57 ff.; zu „öffentlichen Strafen“ bei allgemeiner Friedensstörung siehe: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, 91.

¹⁰ Zu Religion und Gewalt, sowie zur Idee der Religion der Gewalt, etwa im Nationalsozialismus, sowie zu den christlichen Vorstellung vom Krieg vor dem Hintergrund von Terroranschlägen, die mit dem Islam begründet werden: Ockenfels, Wolfgang, *Religion und Gewalt*, in: Rauscher, Anton (Hrsg.), *Die Bedeutung der Religion für die Gesellschaft. Erfahrungen und Probleme in Deutschland und die USA*, 2004, 175 ff., zum Theodizeeproblem 176 ff.; zum „Christentum zwischen Krieg und Frieden“, 181 ff.; zur kirchlichen Friedenslehre der Gerechtigkeit und Wechselseitigkeit 184 f. Im Animismus, der auch den Buddhismus noch mitprägt, gilt auch die Jagd im Gebiet eines fremden Geistes und an beseelten Tieren als ein Krieg, der seinen Frieden einfordert. Zur geschichtlichen Verbindung von „Religion und Gewalt“ und zwar als Krieg, siehe auch: Schaffner, Martin, *Religion und Gewalt. Historiographische Verknüpfungen*, in: Greyerz, Kaspar von /Siebenhüner, Kim (Hrsg.), *Religion und Gewalt. Konflikte, Rituale Deutungen (1500 – 1800)*, 2006, 29 ff. mit dem Hinweis auf die Bibel, Exodus, 15.3 („Der Herr ist ein Kriegsheld. Herr ist sein Name.“). Die Geschichtsschreibung selbst ist untrennbar mit Religion und Gewalt oder Krieg verbunden (31).

*Gesetzesordnungen*¹¹ über, die eine der Bibel ähnliche Buchform von „Sammlungen“ aufweisen.

428 Dieses mittelalterliche Gottesrecht konnte sich über die ersten *Rechtsschulen*, über die *Universitäten* und die *Klöster*, im nächsten Schritt in der Renaissance zum höchsten „*Vernunft- und Naturrecht des Humanismus*“ emanzipieren. *Säkular* gewendet steht aber auch heute hinter dem staatlichen Recht die heilige Rückbindung an die Ideen des demokratischen Rechtsstaates und der würdigen Menschen, kurz an den *Humanismus*.

4. Zusammenfassung: Säkulare Elemente der Versöhnung

429 Zugespitzt und in Thesenform lassen sich insgesamt vielleicht in die folgenden Elemente der Versöhnung „als solcher“ herausstellen, die aus der Sicht des weltlichen Juristen dann eine Art von „zivile Mediation“ meint und deshalb sowohl *rechtliche* als auch *psychologische* Elemente enthält.

430 Das Versöhnen hat sich für die westlichen demokratischen Rechtsstaaten aus dem mächtigen mittelalterlichen religiösen Denken heraus entwickelt. Seine Grundelemente bilden die folgenden: Die Versöhnung meint die friedliche Lösung eines emotionalen Konfliktes durch die gemeinsame Suche nach einem Ausgleich. Der Konflikt hat dabei bereits zum Streit zwischen zwei Parteien geführt, die zumindest aus ihrer Eigensicht Würde oder Personalität besitzen. Der Streithintergrund besteht deshalb in der Regel in tatsächlichen oder in angeblichen Verletzungen dieser, wie es auch heißt, Subjektstellung. Die Versöhnung beinhaltet eine Art privaten Sühnevertrag und verlangt nach einer schmerzhaften Buße. Die Buße besteht in der halbfreiwilligen, halberzwungenen Aufopferung von etwas Heiligem, das aus der säkularen Sicht einen Teil der eigenen personalen Identität darstellt müsste. Die Versöhnung verlangt auch die halbfreiwillige, halberzwungene Unterwerfung unter einem Bußverfahren, das zumindest

¹¹ Dazu den Überblick bei: Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 3., neu bearb. Aufl. 2003, Rn. 183 (zur Bedeutung des Sachsenspiegels); Schroeder, Klaus-Peter, Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz, 2001, 4 (Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht). Die Entwicklung des zunächst privaten Rechtsbuches zum gemeinen Sachsenspiegel fand für Brandenburg, und später Preußen, durch die Buch'sche Glosse 1325 statt und es galt als subsidiäres Rechts bis zum Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794.

charismatische Vermittler kennt. Am Ende der Versöhnung lockt die Erneuerung eines wirkungsmächtigen Friedensbundes der freien und würdigen (Selbst-) Subjekte.

Die Grundidee einer selbständigen Versöhnung erweist sich im Einzelnen als vielfältig, und zwar als ein an sich vorstaatlich-mittelalterlicher Ansatz, als eine ewige überstaatliche Idee, als ein Staaten im politischen Umbruch in ihrer kollektiven Identität erneuerndes Verfahren, sowie: als ein wichtiges substaatliches privates Mittel der Konfliktlösung zwischen „freien Bürgern“.

III. Strafe

1. Idee der Strafe

In der *Strafrechtsgeschichte* existieren also zwei Großgruppen von Strafen: die *private Strafe* und die *öffentliche Strafe*. Und die *Sühneverträge* gehören mit dem eigenen Kernbegriff der Sühne offenbar zur ersten Gruppe.

Aus *rechtssoziologischer* Sicht bedeutet zumindest das *hoheitliche Strafen* im engeren Sinne vereinfacht den „Ausschluss aus der Gesellschaft“ oder zumindest eine „Marginalisierung“ als *Meidung* des Täters und zudem eine Schwächung seines sozialen Nahfeldes¹². Auch die peinlichen (*poena*) Körper- und die Lebensstrafen haben diese Folgen der Marginalisierung als Körperstrafe oder aber als Todesstrafe die effektive *Exkommunizierung* aus der Gemeinschaft zum Gegenstand. Nach christlichem Verständnis lebt dabei die *Seele* des Verurteilten fort.

Die Idee der „Strafgefängenschaft“ bedeutet dann folglich aus der Sicht der Rechtssoziologie „Ausschluss“ oder besser „Marginalisierung durch Einschluss“. Die Idee der *Freiheitsstrafe* setzt dann bereits

¹² Opp, Karl-Dieter, *Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur*, 1974, 83; dort auch weitere verwandte Definitionen. Dazu auch: Scheffler, Uwe, *Diskriminierung von sozialen Randgruppen durch das kriminalsoziologische Konzept abweichenden Verhaltens? Probleme und Alternativen*, in: Joerden, Jan C. (Hrsg.), *Diskriminierung - Antidiskriminierung*, 1996, 103 ff.; Durkheim, Émile, *Kriminalität als normales Phänomen*, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 3. Aufl. 1979, 3 ff., 8, Fn. 4; siehe dazu auch: Hassemer, in: Wassermann, Rudolf (Hrsg.), *Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden. Reihe Alternativkommentare*, 1996, Vor § 1 Rn. 57.

die bürgerliche Idee der *Freiheit* voraus. Sie stellt also jenseits der übernationalen Menschenrechte schon eine „Freienstrafe“ und eine „Bürgerstrafe“ dar. Dabei bildet die Freiheit, etwa als Handlungs- und Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 I, II GG) oder als Eigentumsfreiheit (Art. 14 I GG) zugleich den Kern der einer der demokratischen „Rechtsperson“.

- 435 Die Freiheitsstrafe heißt dann auch Gefangenschaft und verlangt nach einem *Strafgefängnis*. Die unmittelbaren Vorgänger der heutigen *Strafgefangenschaft* stellen deshalb zum einen die mittelalterliche *Klosterhaft* für *Gläubige* dar, sowie zum anderen die absolutistische *Festungshaft* für missliebige *Adelige*, und das *Arbeitshaus* für die protestantischen *Bürgerkinder*, das bereits die frühen Großstädte kannten. Das Staatsgefängnis als echte Strafanstalt, und nicht nur als Untersuchungshaftanstalt, ist *relativ neu* und tritt in Europa erst im nachrevolutionären 19. Jahrhundert in Erscheinung. Es dient damit als *Bürgerstrafe* für den erwachenden Bürgerstaat und, vor allem aus protestantischer Sicht, der strengen Einkehr und Läuterung. Im Ordnungsstaat Preußen wandelt es sich zum „Zuchthaus“.

Die Freienstrafe prägt auch das Verfahren und insbesondere die Vorstellung, dass der *Angeklagte* sich an seinem Verfahren aktiv beteiligen kann und auch dass eine *öffentliche* Hauptverhandlung vor den *anderen Freien* stattfindet.

- 436 Vereinfacht gilt die Strafe also als ein Übel, und sie soll „Pein“ (poena) bereiten. *Verallgemeinert* steht Übel für alles, was Menschen gewöhnlich nicht wünschen, dass es ihnen angetan werde: *Schmerz*, *Leiden*, aber auch *Freiheitseinschränkungen*, Benachteiligungen und Entzug von Vorteilen¹³. Zum Strafübel gehören also auch die öffentlich-zivilen Formen der „Bemakelung“ und des Meidens sowie der Ausschluss (*Exkommunikation*, *Verbannung*).

Insofern sucht das Strafrecht dann „*ein Übel mit einem Übel*“ auszugleichen. In diesem *Ausgleich* liegt zumindest *ein Kern* des Strafens.

¹³ Zur Bedeutung des Schmerzes: Jung, Heike, Was ist Strafe?, 2002, 16; unter Hinweis auf die angloamerikanische Deutung bei: Kleinig, John, The Hardness of Hard Treatment, in: Ashworth, Andrew/Wasik, Martin (Hrsg.), The Fundamentals of Sentencing Theory, Clarendon Press, Oxford 1998, 273 ff., 273, 275.

2. „Sinn und Zweck“ des demokratischen Strafrechts

Das deutsche staatliche Strafrecht dient zunächst einmal dem Schutz 437
des Menschen vor dem Staat und regelt dann erst das Strafen selbst.

Das deutsche *Bundesverfassungsgericht*¹⁴ erklärt deshalb zum einen und aus der demokratischen Sicht zur Strafe: sie sei eine *missbilligende Reaktion*, die zu einer *Sanktion* führe. Diese muss nach dem Grundgesetz *vorhersehbar und hinreichend bestimmt* sein (Art. 103 II = § 1 StGB, in Verbindung mit Art. 1 I, 2 II, 20 III GG). Außerdem dürfen *festgehaltenen* Personen nicht „misshandelt“ und die verurteilten Straftäter auch keinen „erniedrigenden Strafen“ unterworfen werden, Art. 104 I GG, Art. 3 EMRK. Die Todesstrafe hat schon das Grundgesetz selbst abgeschafft, Art. 102 GG.

Die deutschen Strafgesetzgeber der damaligen Länder und die deut- 438
sche Strafrechtswissenschaft haben sich bereits seit etwa 1810 immer wieder mit dem „Sinn und Zweck des Strafens“ beschäftigt. Heraus- kristallisiert hat sich eine im Kern uralte *dreifaltige Vereinigungstheorie*, die auch das *Bundesverfassungsgericht* in seiner berühmten Entscheidung zur Einschränkung der lebenslangen Freiheitsstrafe für den Mord ausführlich aufgegriffen hat. In ihr hat das Verfassungsgericht unter anderem erklärt, dass auch Mörder grundsätzlich die „Chance“ erhalten müssen, „der Freiheit je wieder teilhaftig“ zu werden.¹⁵ Die Strafe selbst dient (1) der vorbeugenden Einwirkung auf die Allgemeinheit, der *Generalprävention*, (2) der vorbeugenden Einwirkung auf den Täter, der *Individualprävention*, und (3) dem *nachträglichen* und sühnenden Tat-Schuld-Ausgleich als Selbstzweck.

Ohne Schuld ist zwar keine Schuldstrafe zu verhängen, aber für ge- 439
fährliche Personen sieht das Strafrecht die zwei Spur der *Gefahrenabwehr*, vor allem in den Formen der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in eine geschlossenen psychiatrische Anstalt vor, §§ 61 ff. StGB. Die Menschenwürde (Art. 1 I GG) und Stellung als Rechts- person bestimmen jedoch das Bild des Strafgefangenen und der unter- brachten Menschen im jeweiligen Vollzug.

¹⁴ BVerfGE 105, 135, im 1. Leitsatz.

¹⁵ BVerfGE 45, 187, 253 ff.

- 440 Der Jurist wird zudem immer auch auf die sozialreale staatliche Strafrechtspraxis blicken. Der deutsche Staat betreibt eine *humane Strafrechtspraxis*¹⁶. Nur 7 %, der Verurteilungen von rund 700. 000 p.a. lauten auf zu vollstreckende Freiheitsstrafe. Zur Bewährung werden rund 13 % der Freiheitsstrafe ausgesetzt. Die vergleichsweise nur symbolische Geldstrafe erfasst dafür rund 80 % der Verteilungen.
- 441 Auf zwei alte Worte reduziert, zielt das Strafen –an sich betrachtet– auf die *Vorbeugung* und die *Vergeltung*. Seine staatlichen Ausprägungen pendeln zwischen den Polen eines effektiven *Feindstrafrechts* und eines humanen Bruder- oder auch *Nächstenstrafrechts*. Demokratie und Menschenrechte führt zum Vorrang eines, wie es auch heißt „Freundstrafrechts“.¹⁷
- 442 In diesem Sinne erklärt das Bundesverfassungsgericht¹⁸ für alle Formen der Freiheitsentziehung durch den Staat:

„Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes (...). Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen geschützt, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (...).“

- 443 Auf die Strafen und die Maßregeln des Strafrechts gemünzt, betont das Bundesverfassungsgericht ferner auch, das zugleich das gesonderte Verfassungsgebot des Art. 104 (ebenso auch Art. 3 EMRK):

„Für die Strafrechtspflege bedeutet das Gebot zur Achtung der Menschenwürde insbesondere, dass grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind. Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden.“

¹⁶ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, 47, 58 (zur Geldstrafe als „Denkzettel“).

¹⁷ Dazu auch: Scheffler, Uwe, Freund- Feindstrafrecht, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift Schwind, 2006, 123 ff., („Bürgerstrafrecht“ mit der Trennung von Freund- und Feindstrafrecht oder „Feindbekämpfung“ und „Bürgerstrafrecht“); 125 ff. (etwa bei Terrorismusbekämpfung und Abbau von Verteidigungsrechten), sowie: 126 (mit Ausrichtung auf den Begriff „Unschädlichmachung“, der aus der Logik der Gefahrenabwehr folgt).

¹⁸ BVerfGE 109, 133, 134 f. (Hervorhebungen nicht im Original).

Außerdem betont das Bundesverfassungsgericht für schuldunfähige 444
Rechtsbrecher:

„Menschenwürde in diesem Sinne ist auch dem eigen, der auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann“.

Selbst schweres „unwürdiges“ Verhalten hebt die Menschenwürde also nicht auf. Diese Würde selbst kann keinem Menschen genommen werden. Er kann seine Würde auch nicht durch seine Tat verwirken.

Sozial-real gewendet räumt das Bundesverfassungsgericht dann doch 445
eine Art der abgestuften oder auch relativen Unwürdigkeit des Straftäters ein. So erklärt es:

„Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (...) und zwar auch durch strafende Eingriffe des Staates“.

Vereinbar mit der Idee der Menschenwürde ist also erstens das Ver- 446
dikt des *Schuldspruchs*, der eine sittliche Bemaklung des Täters und auch der Tat an sich enthält, sowie zweitens die Freiheits- oder Geldstrafe. Vereinfacht sind die Grundwerte Freiheit, Vermögen und Ehre einschränkbar. Unantastbar bleiben die Subjekt- und damit auch die Rechtsstellung des Menschen. Unantastbar bleibt die Stellung als Träger von Grundrechten, also auch Leben und Gesundheit u.s.w. sowie selbst auch die Ehre, Freiheit und Eigentum im Grundsatz.

3. Geständnis und Verständigung im Strafrecht

Wie wird und wie darf die *Strafrechtspraxis* im Idealfalle mit einem 447
zur *Versöhnung* bereiten, und deshalb *geständigen* und *reueigen* Beschuldigten verfahren? Der Blick in die deutsche *Strafrechtspraxis* ergibt dazu folgendes: Zunächst kann und wird das *Gericht* die Strafe auch *ohne* jede gesonderte Vereinbarung *mildern*. Denn sobald sich der Täter in der Hauptverhandlung mit „Reue und Geständnis“ der staatlichen *Rechts-* und der dahinter stehenden *Werteordnung* unterwirft, so kann seine Strafe aus dieser *generalpräventiven* Sicht zumindest milder ausfallen. Schon mit dem bloßen *Geständnis* wird zumindest eine *Teilwahrheit*, und zwar durch den Täter selbst eingeräumt. Aus der Sicht der Tatschuldstrafe handelt es sich also um eine Art der immerhin teilweise wirksamen *Entschuldigung*. Auch die Strafidée

der Erhaltung der *Rechtstreue der Allgemeinheit* erlaubt nunmehr ebenfalls eine mildere Strafe. Denn dieser Täter bildet kein lebendes Beispiel mehr für die Verleugnung der geltenden Rechts- und Werteordnung¹⁹. Ferner erscheint die *Rückfallgefahr* bei einem einsichtigen Täter als deutlich geringer. Alle drei *Strafbegründungen* erlauben also, auf die *Strafbemessung* übertragen, auch eine geringe konkrete Strafe auszusprechen. Zudem darf der spätere *Vollzugsplan* diesen Gesichtspunkt als einen Schritt zur *Resozialisierung* berücksichtigen. Die Aussichten auf Vollzugslockerungen bis hin zum offenen Vollzug winken diesem offenbar *ungefährlichen* Strafgefangenen. Ferner kann die Freiheitsstrafe, die an sich vom Schuldrahmen eingeeengt ist, bei einer günstigen Rückfallprognose um ein Drittel reduziert und zur Bewährung ausgesetzt werden, § 57 ff. StGB.

- 448 In den Strafprozessen findet im Falle eines Geständnisses nicht nur einfach eine Strafmilderung statt. Insbesondere bei einem verteidigten Angeklagten, mit einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe wird in vielen Fällen zuvor eine *außergerichtliche Vereinbarung* getroffen, die dann auch in der Hauptverhandlung offen gelegt werden soll.²⁰ In ihr kündigt das Gericht eine *konkrete Strafobergrenze* an, falls ein bestimmtes Geständnis erfolgt und es sich keine weiteren erschwerenden Umstände ergeben.
- 449 Selbst im deutschen Strafrecht finden also erlaubte Absprachen statt, die den Charakter eines *Sühnevertrages* mit dem *demokratischen Staat* besitzen. Wie auch immer ausgestaltet findet auf diese Weise inhaltlich mit dem verletzten Rechtsstaat, bei dem das Recht zum Kern der *Staatsidentität* gehört, eine Art der Versöhnung statt und zwar insbesondere dann, wenn der Täter sich ausdrücklich zur Tat, zu seiner Verantwortung und zur Rechtsordnung insgesamt bekennt.

4. Opferrechte

- 450 Der Opferschutz des deutschen Rechts ist zum Teil außerhalb des Strafrechts angesiedelt. Für Opfer existieren außerhalb des staatlichen

¹⁹ Vgl. zu diesem hegelschen Ansatz der „Negation“ oder des „Widerspruchs des Täters mit seiner Tat gegen das Recht: sie aus Sicht des Strafrechts, Rogall, Klaus, Strafe als Mittel der Abschreckung, in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), Mit Strafen leben? 1997, 236 ff. Seelmann, Kurz, Versuche einer Legitimation von Strafe durch das Argument selbstwidersprüchlichen Verhaltens des Straftäters, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. I, 1993, 315 ff.

²⁰ Zur „Verständigung“ (Absprache, Deal) im Strafverfahren: BGH 49, 84, 88; BGH GrSen 50, 40 ff.; BVerfG NSTZ 1987, 419.

Strafrechts: (1) das *private Zivilrecht* (Deliktsrecht, Unterlassungsansprüche) sowie ein zivilrechtliches Gewaltschutzgesetz (seit 2002), (2) das *staatliche Polizeirecht* sowie das *staatliche Sozialrecht*, einschließlich Gewaltopferentschädigungsgesetz (seit 1976), (3) die allgemeine Kranken- Unfall- Lebens- und Renten- Versicherungen, (4) sowie die gemeinnützige „Nicht-Regierungs-Organisationen“ (z. B. Weißer Ring).

Aber auch der deutsche Strafprozess versieht das Opfer mit einer eigenen Rechtsstellung und es kann im Strafverfahren eigener Opferanwälte bedienen. 451

Bei den Gewaltdelikten erspart der Angeklagte z.B. mit einem glaubhaften Geständnis vielfach den Opferzeugen die *Aussage* oder zumindest eine *kritische Befragung* durch die Verteidigung. Eine zweite oder dritte „Viktimisierung“ der Gewaltopfer wird auf diese Weise mit der Hilfe des Täters selbst vermieden. 452

Einen noch größeren Schritt bietet deshalb das staatliche *Strafgesetzbuch* in der Form einer sprunghaften Strafmilderung in den Fällen an, in denen ein erfolgreicher *Täter-Opfer-Ausgleich* abgewickelt wird, §§ 46 a, 49 StGB. In der Praxis findet eine solche Mediation aber zumeist *nicht* bei schweren Gewaltdelikten statt. Der relativ neue Täter-Opfer-Ausgleich strahlt dennoch auf das gesamte Strafrecht und den Inhalt von gerichtlichen Vereinbarungen aus. Dieser Ansatz bildet eine Art *strafrechtlichen Sühnevertrag*, der zumeist durch Dritte als neutrale *Mediatoren* vorbereitet und begleitet wird. Vor allem in den Fällen, in denen andernfalls *Geldstrafe* oder Strafaussetzung zur Bewährung drohen, kann aber ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich sogar von Gesetzes wegen zu einem *Strafverzicht* des Staates führen. 453

5. Versöhnung und Rechtsfrieden

Bereits der *vorstaatliche* Sühnevertrag enthält auf den zweiten Blick *hoheitliche* Elemente. So haben zunächst die freien Familien- oder Hausväter aus der heutigen Sicht den eigentlichen Betroffenen, der verletzten Männern, den Frauen und Kindern, das Verfahren aus der Hand genommen und es aus heutiger Sicht als Angriff auf die *kollektive* Familienehre umgedeutet. Ebenso traten auch die Vermittler, sobald sie eingeschaltet wurden, als gesonderte Ritualpersonen auf und 454

haben dabei mitgeholfen, die Interessen beider Seiten im Sinne des *höheren Friedens* und zur Vermeidung von *Selbstjustiz* einzuschmelzen.

- 455 Aus der Sicht der *vor-, neben- und überstaatlichen* Idee der Versöhnung lautet die Folgerung deshalb, dass die *staatliche Strafe* deren Aufgaben zu einem wichtigen Teil *ersatzweise* wahrnimmt. Die staatliche *Strafe* bildet also hoch vereinfacht im demokratischen *Rechtsstaat* zumindest zu einem „*Drittel den Ersatz*“ für den mittelalterlichen Sühnevertrag.

IV. Gerechtigkeit

1. Gerechtigkeit und Recht

- 456 Die Gerechtigkeit stellt einen Begriff der *Philosophie* des Rechts dar, den aber *das Recht* selbst vielfach schon mit vereinnahmt und zu „Recht und Gerechtigkeit“ zusammenfasst. Der antike Hintergrund besteht vor allem in der Rechtsethik des Staatslehrers *Aristoteles*, dem Erzieher von Alexander dem Großen. Selbst die Rechtsphilosophie, so heißt es, habe jedenfalls für die Ethik ihren Ursprung im „Unrecht“ und mithin in der Frage, wie das Unrecht zu beseitigen sei.²¹ Am Anfang der Gerechtigkeit stand danach also das Erleben von Ungerechtigkeit. „Gerechtigkeit und Recht“ schein als zumindest als eine feste rechtspolitische Paarung zusammenzugehören.

²¹ Heraclitus Ephesius, Fragmente (Fragmente, griechisch und deutsch), Snell, Bruno (Hrsg.), 1983, Fragment 23, erklärt: Recht kenne der Mensch nur, weil es Unrecht gebe. Zur Untrennbarkeit von Recht und Unrecht aus der Sicht der allgemeinen Rechtsphilosophie: Marcic, René, Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart, in: Marcic, René/Tammelo, Ilmar (Hrsg.), Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in die Probleme; Salzburger Schriften zur Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie, Band 9, 1989, 13 ff., 14. Nachdrücklich auch: Rottleuthner, Hubert, Ungerechtigkeiten. Anmerkungen zur westlichen Leidkultur, 2008, 6 ff.

2. Idee der Gerechtigkeit

a. Gerechtigkeit als Gerade-Richten

Was nun bedeutet die Gerechtigkeit als solche? An dieser Stelle ist nicht wie bei der Versöhnung die Allgemeinheit sondern die Philosophie zu befragen.

Nach *Kant* meint die Gerechtigkeit einprägsam das *Gerade-Richten* 457 von etwas *Krummem*.²² Danach allerdings setzt die Gerechtigkeit das Wissen um das „Gerade“ und damit auch um das „Krumme“, also um Recht und Unrecht und Wert und Unwert, schlicht voraus. Außerdem handelt es sich vor allem um ein *Verfahren*.

Mit einem einzigen Wort bildet den Kern der Gerechtigkeit die 458 „Gleichheit“. Im Falle der *Ungleichheit* ist dann für einen Ausgleich zu sorgen und die Gleichheit wiederherzustellen. Danach meint Gerechtigkeit (1) Gleichheit als *Ordnungsidee*, (2) und zwar für die *Person* des Freien als Gleichen (3) und fordert bei Ungleichheit den *Ausgleich*.

b. Dreiteilige Gerechtigkeit

Die Gleichheit besteht vor allem zwischen privaten und aktiven *Per-* 459 *sonen*. Deren ziviles Selbstverständnis ist in der westlichen Staatenwelt um *zwei* der drei Kernforderungen der französischen Revolution für den Status des Menschen als Bürger zu *erweitern*. Um Kernelemente ergänzt, lauten alle drei: *Freiheit*“, als Handlungsfreiheit, „*Gleichheit*“, als Mensch, „*Brüderlichkeit*“, als Fürsorge.

Die „Gleichheit“ zwischen *Personen* bildet also *ausdrücklich* einen untrennbaren Teil des westlichen Bildes von *Demokraten*. Allerdings ist ihr Selbstverständnis dann auch noch um das Menschsein und die Solidarität zu ergänzen.

²² Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956, § E, 340; zudem: Siep, Ludwig, Naturgesetz und Rechtsgesetz, in: Krawietz, Werner/Gerhardt, Volker (Hrsg.), Recht und Natur. Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, 1993, 132 ff., 137.

460 Schon seit *Aristoteles* und mit *Thomas von Aquin* nennen und kennen wir eine Dreiteilung der Idee der Gerechtigkeit²³ Sie erfasst erstens die *gegenseitige (kommutative) Gerechtigkeit* und zweitens die *austeilende oder distributive Gerechtigkeit*. Drittens treten zwei Korrektive hinzu. Es handelt sich um die materialen humane *Barmherzigkeit* einerseits und den kalten formalen Positivismus als *legale Gerechtigkeit* andererseits.

461 Der deutsche Jurist wird zudem eine im deutschen Staatsrecht verfestigte Definition betonen: Art. 2 I GG beschreibt die Einheit von „Recht und Gerechtigkeit“ aus der Sicht einer freien Mensch-Person in diesem Gesamtsinne:

„Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

462 Dieser Satz ist auch aus der Sicht der Gerechtigkeitsidee kaum zu überbieten. Denn diese einfache Formel erläutert sowohl die Art und den Umfang der *Gleichheit* als auch das Verständnis der aktiven *Person* und bekennt zudem noch die Art und die Grenzen von deren *Autonomie*. Die Sittenwidrigkeit, zu deren Kernfälle die Ausbeutung von Notlagen gehört, § 138 BGB, bildet ferner einen Ausdruck der *Solidarität* als Sozialpflichtigkeit und ist aus staatsrechtlicher Sicht schon weitgehend in die „*Verfassungsmäßigkeit*“ der Ordnung einbezogen.

463 Jeder grobe Verstoß gegen die *Menschenrechte* würde schließlich ohnehin auch einem „ungerechtem Recht“ den Charakter des gültigen Rechts nehmen. Insofern besitzt aus der Sicht der vorherrschenden Rechtstheorie jedes Recht das gültige Recht sein will, einen *minimal-ethischen Kern*.²⁴ Insofern stützt die westliche Idee des *Rechts* die allgemeine Idee von der *Gerechtigkeit* im Hinblick auf die Humanität. Deren festen ethischen Doppelkern des Rechts bilden danach die

²³ Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier, Franz (Übrs.)), 1999, 5. Buch, 5. - 7. Kap. (1130 b / 1131 a); Thomas von Aquin, *Summa theologica*, Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, Buch II. 2., 57. 1 ff., 58. 6; vgl. etwa auch: Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2. Aufl. 1962, 11, Fn. 1.

²⁴ Aufgegriffen von BGHSt. 41, 101, 106 ff. („Mindestanforderungen“ ... die „an die staatliche Beachtung von Wert und Würde des Menschen zu stellen sind“, und zwar für das menschenrechtswidrige Systemunrecht der DDR (nach DDR erlaubte Schüsse auf Grenzverletzer). Bestätigt von BVerfGE 95, 96 (Leitsatz: Wenn das zugrunde liegende Recht „die allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet.“).

Gleichheit im Menschsein und die mitmenschliche Solidarität. Als Kern der westlichen Verfassungen bilden der Akkord von Freiheit, Gleichheit und Solidarität eine weltliche Art eines Credo im Sinne einer Staatenreligion der westlichen Demokratien.²⁵

c. Vielfalt: Zuteilungsgerechtigkeit und Schädigungsverbot

Hinter den beiden *Hauptformeln* verbergen sich zahlreiche fachwissenschaftliche *Gerechtigkeitslehren*. Sie verknüpfen den Gedanken der Gerechtigkeit mit ihrem jeweiligen *Fachgebiet*, insbesondere der Philosophie, der Politik, der Wirtschaft, sowie mit dem Staat und dem Recht. 464

Zumindest ihre *Vielfalt* soll angedeutet werden. Dazu ist der *komplexere Doppelansatz* „Jedem das Seine gewähren“ und „Niemandem einen Schaden“ näher zu betrachten. Die folgende Grobordnung versucht, den *Blickwinkel* des *Staatsrechts* einzunehmen und mit ihm die *hoheitliche* Seite der *Zuteilungsgerechtigkeit* anzuleuchten. Stichworte und vier groben Rahmenbegriffe müssen genügen. 465

Die *ethische Sozialgerechtigkeit* umfasst die *iustitia distributiva* (Aristoteles, Thomas v. Aquin) als gemischtes politisches Rechte- und auch Pflichtenmodell. Sie tritt als hoheitliche Zuteilung von Verfahrensrollen in Erscheinung. Sie begründet kollektivistisch gedacht die Solidarität („Brüderlichkeit“) und verlangt vom Staat die hoheitliche Daseinsvorsorge als Sozialstaatsprinzip. Demokratische gelesen führt sie zu den Teilhaberechten des Staatsbürgers (Partizipation). Sie versteht die Idee der Gleichheit als zugeteilte zivile Rechtspersönlichkeit, § 1 466

²⁵ Aus der deutschen staatsrechtlicher Sicht ist die Deutung, die Verfassungskerne als religionsanaloge Bekenntnisse zu begreifen, umstritten. Zumindest aber handelt es sich um ein fortdauerndes Bekenntnis (so die ansonsten „religionskritischen“ Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 37 und Podlech, in: AK-GG (Azzola), Art. 1 II, III, Rn. 5). Für eine „rechtsphilosophische Feststellung“ und damit in gemeinen Sinne als Zivilreligion: Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rn. 73; ansatzweise auch Mangoldt/Klein/Starck, GG, Rn. 86: „Anschluss an die europäische Menschenrechtskonvention, die naturrechtlich begründet ist“. Dazu auch: Zippelius, in: BK-GG, Art. 1 Rn. 43. Vorsichtiger Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 38 („Das GG kann nicht festlegen, warum diese in Bezug genommenen Menschenrechte gelten, es kann sie nur - wie in Art. 1 II gesehen - ausdrücklich gutheißen“). Es handele sich um eine „politische Handlungsanleitung“ und insofern um die „Loslösung von naturrechtlich religiöser Fundierung“ (Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 39). Aber auch damit bleibt offen, ob dann nicht eine politische Staats-Anleitung vorliegt, und zwar aufgrund der zugrunde liegenden Menschenrechte.

BGB. Zu ihr gehört auch die hoheitliche Gnade und richterkönigliche Billigkeit im Einzelfall.

- 467 Die *politische Zuteilungsgerechtigkeit* greift die „Größtes Glück möglichst Vieler“ (summmum bonum) als politische Verteilungsformel des angloamerikanischen Utilitarismus auf. Sie spiegelt sich in Amnestien, Verjährung und Sühneverträge als sozialnützliche Zuteilung von Rechtsfrieden wieder. Sie findet sich im Gemeinwohl als Sammelbegriff für das politische „Gute“ und als wertethisches Zuteilungsprinzip des politischen Nehmens zugunsten Anderer wieder. Sie steckt hinter der Idee einer vage Werteordnung für materiale Verfassungsgerechtigkeit im Sinne jeder gesamten Grundrechtscharta. Verfassungsgerichte konkretisieren sie im Sinne einer konkrete „praktischen Konkordanz“ der Grundwerte bei der konkreten verfassungsrechtlichen Abwägung zwischen verschiedenen hohen Grund- und Menschenrechten. Auch die politische Idee der Menschenwürde geht von einer vom Naturrecht zugeteilte absolute Subjektrolle des Menschen aus.
- 468 Das *ziviles Schädigungsverbot* (harm principle), bietet zunächst eine einleuchtende negative Gerechtigkeitslehre („keinem Weh“). Aus der Sicht der Zuteilungsgerechtigkeit zielt es aber auch auf die konservative Sicherung des „Seinen“ und damit allen „Eigentums“ als Prinzip. Es erzwingt zudem mittelbar die kollektiven also sozialen, Güter des allseitigen Gewaltverzichts und des inneren Marktfriedens. Es dient schon deshalb auch schon der Idee des politisch-staatlichen Gewaltmonopols. Aus dem Schädigungsverbot folgt, bei dessen Verletzungen, ferner auch die Heilsidee des verrechtlichten Ver-Sühnens.²⁶
- 469 Schließlich werden alle derartigen „kollektiven Güter“ in der Demokratie allen Demokraten, die als Mitherrscher darauf auch einen Teilhabeanspruch besitzen, als die „Ihren“ zugeteilt. Insofern ließe sich dann von einer *demokratische Zuteilungsgerechtigkeit* sprechen.

²⁶ Zur Sühnetheorie als die subjektive, den Täter betrachtende Seite der Gerechtigkeitstheorie: Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, 282, zudem im Sinne eines auch „sakralen Vorgangs“ des Schuldausgleichs; dazu aus der Sicht der Strafrechtspsychologie auch: Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, 17.

3. Gerechtigkeit und Strafe

Die Kernelemente der *Gerechtigkeit* und die Idee des *Strafens* sind 470 nach allem, zumal aus der Sicht des deutschen Juristen, eng miteinander verbunden. Der *Tat-Schuld-Ausgleich* beruht dabei offen auf dem Gedanken der strengen *Wechselseitigkeit* von Tatübel und Strafübel. Zudem aber erscheint die angemessene Strafe auch als die „*Seine*“ des Angeklagten. Der Täter hat sie persönlich „verdient“. Die Strafe, die er nicht freiwillig übernimmt, wird ihm notfalls als „die Seine“ zwangsweise zugeteilt und sie dient dort der „Sühne“.

Die *gerechte Strafe* funktioniert mit zwei anderen bekannten Begriffen 471 als „Repression“ und zur „Restauration“. Repression meint dann das Richten von etwas Krummen. Der Richter drückt mit Gewalt etwas in seine alte Form zurück. Restauration meint die gerechte „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“. Diese Sicht zielt auf ein kollektives Übergut, auf dessen *Zuteilung* nicht nur die Allgemeinheit insgesamt sondern mit ihr auch *jeder Demokrat* einen Anspruch besitzt.

Der Idee der zuteilenden Gerechtigkeit entspringt in der Demokratie 472 auch der *Verzicht* auf die *Todesstrafe*, die Aufrechterhaltung der Menschenwürde und der *Rechtspersönlichkeit* des Gefangenen im Strafvollzug sowie die grundsätzliche *Aussicht wieder in Freiheit* zu kommen. Das *Leben*, die *Menschenwürde* und diese *Aussicht auf Freiheit* bilden in der deutschen Demokratie „das Seine“ des Strafgefangenen. An diesem kollektiven Gut erhält er weiterhin „seinen“ Anteil. Die menschenrechtlichen Grundlagen des Seinen stellen analog dann die Gleichheit im *Menschsein* und der Gedanke der *mitmenschlichen* Fürsorge dar.

Aus der Sicht des *mittelalterlichen Sühnevertrages* regiert also weiter die Idee dieses alten Freien-Modells und sie ist nur *zudem* mit dem Gedanken der Menschenwürde zu verknüpfen.

Im deutschen Strafverfahren, bis zum Urteil und selbst im Vollzug, 473 kann der Strafgefangene schließlich noch grob über „ein Drittel“ seiner Strafe *verhandeln*. Dazu muss er sich zu bestimmten *Gegenleistungen* bereit erklären. Aus dieser Sicht regiert dann wieder die einfache Idee der *Austauschgerechtigkeit* zwischen den betroffenen Rechtspersonen, dem demokratischen Staat, dem konkreten Opfer und dem Täter.

Damit ist versucht, „Gerechtigkeit und Recht“ generell und auch die „humane Gerechtigkeit“ der staatlichen Strafe zu umreißen.

V. Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe

In Thesenform gedrängt, lässt sich nach allem die folgende Gedankenlinie entwickeln.

474 (I) *Der Begriff der Versöhnung erfasst vor allem eine religiös-zivilisatorische Idee. Als Wieder-Versöhnung setzt sie dazu die Vorstellung von einer friedlichen Gemeinschaft voraus.*

(1) Die Idee von Gemeinschaft bedient sich des Grundgedankens der *Versöhnung*. Ebenso bringt eine *Versöhnung* eine Art von Gemeinschaft hervor. Die Vorstellungen von *Versöhnung* und *Gemeinschaft* fordern beide um des Friedens und ihrer jeweiligen Struktur willen einen *Verzicht auf Gewalt* von beiden Seiten. Die Doppelidee der versöhnlichen Gemeinschaft befördert in der Regel einen *wechselseitigen Verzicht* auf einseitige Positionen, zumindest aber die Unterwerfung unter ein mühsames rituelles Verfahren. Zur *Versöhnung* gehört aber stets auch die Drohung mit der Alternative von Gewalt. Entweder droht die Gegenseite mit *privater Gewalt* und diese Drohung wird typischerweise in eine Gegendrohung einmünden, so dass sich in der Regel der Eintritt in eine gesamte Gewaltspirale abzeichnet. Oder aber es droht die Gemeinschaft der (übrigen) „Gleichen und Nächsten“ oder diejenige der „Höheren und Mächtigen“, mit dem Einsatz ihrer kollektive Gewalt. Allerdings versuchen auch die Übermächtigen auf den Einsatz ihres Gewaltpotenzials zu verzichten. Deshalb ist auch eine hoheitlich strukturierte Gemeinschaft bereit, Kompromisse mit den Streitenden einzugehen. Insbesondere wird sie anbieten, auf die Umsetzung strikten Rechts zu verzichten und das formale Verfahren abzukürzen, so dass alsbald Rechtsfrieden erlangt werden kann.

475 (2) Dabei ist Gemeinschaft im weiten Sinne eines *Bundes* zu verstehen. Gemeinschaften können zwischen zwei einzelnen Menschen, zwischen verschiedenen Ethnien innerhalb einer Großgesellschaft oder auch zwischen benachbarten Staaten bestehen. Selbst das bloße Menschsein schafft schon eine lockere Art einer Gesellschaft von Menschen. Relevant wird sie durchweg durch die Nähe. Umgekehrt nötigt schon die bloße Nachbarschaft von Menschen oder Gruppen

von Menschen nötigt zur Kommunikation miteinander und schafft auf diese Weise eine Art von Gesellschaft.²⁷ Jeder Bund verfügt seinerseits über gemeinsame Interessen, also einer Art von Gemeinwohl, etwa ihrer weiteren sozialen Umwelt gegenüber.

(3) Diese Teilhaber einer Gruppe sind in der Regel an weiteren Gemeinschaften, etwa den geistigen Freunden, räumlichen Nachbarn, den wirtschaftlichen Kollegen usw. beteiligt. Unter anderem aus dieser Vielfalt beziehen sie ihre höchste soziale Individualität. Für sich und die Anderen treten sie dort jeweils als *Akteure*, *Personen* oder *Subjekte* auf. 476

(4) Auch stabile große Kollektive, wie der Staat, verfügen vielfach über eine eigene *emotionale* Identität, die sie aus der inneren Verbundenheit ihrer humanen Mitglieder mit ihnen ableiten. Solche emotionalen Partner können einen Konflikt impulsiv, mit wilder Wut und mit ungezügelter Gewalt austragen. Sie werden sich in diesem Falle wechselseitig als Un-Täter, als Un-Personen oder als Un-Menschen begreifen. Den anderen werden sie als Feind oder vielleicht auch nur als bloßen Störer abqualifizieren.²⁸ Sie vermögen sich aber auch, nach 477

²⁷ Aus der Sicht der universellen sozio-biologischen Systemtheorie definiert etwa Luhmann, Niklas, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, 19 f., die „Gesellschaft“ in ähnlicher Weise: „Die Gesellschaft ist das umfangreichste Sozialsystem, das alle möglichen Kommunikationen zwischen Menschen ordnet. Das politische System ist eines ihrer Teilsysteme“. Sowie durchaus auch im Sinne Demokratie: „Aber der Staat ist nichts außerhalb der Gesellschaft.“

²⁸ Fünf Techniken der Neutralisation von Gegnern beschreiben Sykes, Gresham/Matza, David, Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968, 360 ff., 366 f.: (1) Ablehnung der Verantwortung (lieblose Eltern, neidische Kollegen, schlechte Gesellschaft), (2) Verneinung des Unrechts (Diebstahl als borgen), (3) Ablehnung des Opfers deshalb in höherem Sinn doch „gerecht“ und Abwertung und Entmenschlichung des Opfers, (4) „Verdammung der Verdammenden“ (Gesellschaft sei selbst schlecht), (5) höhere Gerechtigkeit in einer unzulänglichen Welt, sowie zwei nach Thurmann, Quints, C., Deviance and the neutralization of moral commitment – An imperical analysis, in: Deviant Behavior, 1984, 291 ff., 292 f. und Maruna, Shadd/Copes, Heith, What have we learned in five decades of neutralization?, in: Crime and Justice, 2005, 221 ff., 265: (6) Gerechter, der sich einen Ausrutscher erlauben darf, (7) Verteidigung mit der Notwendigkeit. Zur Verwandtschaft mit der Subkultur-Theorie: Whyte, Wiliam F., Die Street Corner Society – die Sozialstruktur eines Italienviertels, Berlin 1996, Cohen, Albert K., Delinquent Boys, New York 1965, Cloward, Richard A./Ohlin, Lloyd E., Delinquency and opportunity – a theory of delinquent gangs, 5. Aufl. 1969, Miller, Walter B., Die Kultur der Unterschicht – Ein Entstehungsmilieu für Bandendelinquenz, in: Kriminalsoziologie, Sack, Fritz/König, René, 3. Aufl. Wiesbaden 1979, 339 ff. Neuere Untersuchungen zu Personen (erhöhte „Neutralisationsakzeptanz“ bei Personen mit „normkonträren Verhaltensweisen“) bei: Winkel, Frans, W., Criminal Behavior and the Pre-Victimization Process, in: Advances in Psychology and Law, de Gruyter, Walter (Hrsg.), Berlin, 1997, 65 ff.; zu den Problemen dieser Studie: Fritsche, Immo, Entschuldigen, Rechtfertigen und die Verletzung sozialer

einer gewissen Wartezeit und vielfach auf die Einwirkung von Nächsten hin einem Versöhnungsverfahren zu unterwerfen. Jenes entspricht dann dem juristisch-psychologischen Modell der „Mediation“.

- 478 (II) *Das Streben nach Ausgleich bildet den rationalen Kern eines solchen Vermittlungsverfahrens.* Die Wiederherstellung der verletzten Identitäten bildet ihren psychologischen Teil. Beide Seiten müssen zunächst und auf diesem Wege des rituellen Verfahrens die Achtung vor einander wiedererlangen. Deshalb stellt schon der Wiederaufbau des beschädigten Egos selbst einen Teil des Ausgleichs dar, denn er dient dazu, dass sich die Beteiligten, die stets in irgendeiner Weise als Teilhaber auch Nachbarn sind, einander nach und nach wieder als „Gleiche und Nächste“ anerkennen und respektvoll achten.
- 479 Aber bereits die Wahl der Mediation beinhaltet einen ersten Schritt zum Ausgleich. In der Regel ist dieser Akt dem Ansehen gegenüber dem privaten Netzwerk der Familien und Freunde, oder dem Druck der mächtigen Dritten oder der Rechtsgesellschaft mit ihrem Gewaltmonopol selbst geschuldet. Zumindest über diesen Umweg entspringt der Schritt dann auch dem eigenen Selbstbild. Der Handelnde will sich zumindest als verhandlungsfähiger Mensch zeigen. Selbst schwer traumatisierte Opfer vermögen auf diese Weise ihre Subjektstellung nicht nur nach außen zu zeigen, sondern auf diese Wege auch partiell im Inneren langsam wieder zu gelangen.
- 480 (III) *Die Strafe und ihr Verfahren dient zwar auf den ersten Blick nicht der Versöhnung und zwar weder aus der Perspektive des Opfers noch der des Täters noch der Dritten.* Denn in erster Linie soll die Strafe ein Übel (Leid, Schmerz oder Freiheitsverlust) beinhalten.

Insofern erscheint das Strafen vor allem ein Gewaltakt. Mit ihm soll das Übel der Straftat ausgeglichen werden. Diesem Strafgrund des Ausgleichs, und zwar um seiner selbst Willen, werden herkömmlicher Weise die Strafzwecke der Prävention hinzugefügt. Als Generalprävention dient das Strafen dem Schutz der elementaren Werte einer Gemeinschaft. Individualpräventiv wirkt die Übelszufügung auf den Täter ein, um die Gesellschaft zu schützen. Verdeckte Ansätze zur Versöhnung bergen hingegen zwei andere Strafbegründungen, die Idee der "Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit" und vor allem

der Gedanke der "Resozialisierung". Hinter ihnen steht zumindest auch der Gedanke, mit den Strafen durch Ausgleich des Übels der Straftat doch einen Zweck zu verfolgen und mit den Strafen "Rechtsfrieden" zu schaffen und zu erhalten.

Dennoch meint das Strafen im Kern Gegengewalt zu üben. Erst auf den zweiten Blick wird deutlich, dass und in welchem Maße das Strafrecht auf die Umsetzung des Grundsatzes der strikten Vergeltung zu verzichten.

(IV) *So hat sich in Deutschland mit kräftiger Nachhilfe des Bundesverfassungsgerichts eine Form von „Versöhnungsstrafe“ entwickelt.* 481 Insofern überwölbt nämlich das humane Verfassungsrecht die an sich ältere Idee des rechtsstaatlichen Strafens. Für die Strafe im engeren Sinne, von der aber die Sicherungsverwahrung zu trennen ist, gilt deshalb folgendes:

(1) Die Todesstrafe hat bereits das Grundgesetz selbst abgeschafft (Art. 102 GG).

(2) Das Schuldprinzip, das an sich nur eines von zwei Elementen der Strafe als „Tat-Schuld-Ausgleich“ bildet, wird herausgehoben. Es setzt Verantwortlichkeit voraus und verlangt grundsätzlich auch, die Schwere der Straftat ins Verhältnis zur Strafhöhe zu setzen. Verankert ist das Schuldprinzip in den wesentlichsten Grundbestimmungen der Verfassung, in Art. 1, der Menschenwürde, der Freiheit als Eigenverantwortung in Art. 2 I und im Rechtsstaatsprinzip.²⁹ Der Straftäter darf also insbesondere „nicht bloß zum Objekt“ degradiert, sondern muss zumindest auch in seiner Subjektstellung geachtet werden und andernfalls erweist sich auch der demokratische Rechtsstaat als gefährdet.

(3) Der Straftäter verfügt deshalb auch im Vollzug über die Menschenwürde und grundsätzlich auch dort über die Stellung eines Rechtssubjektes.

²⁹ Dazu: BVerfG NJW 2008, 1137: „Der Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld“ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 I GG und im Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 167 [169]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 95, 96 [140]). Aus diesem Grundsatz folgt für die Strafgerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall. Danach muss Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]; BVerfGE 25, 269 [285 ff.]; BVerfGE 50, 5 [12]; BVerfGE 73, 206 [253 f.]; BVerfGE 86, 288 [313]; BVerfGE 96, 245 [249]).“

(4) Seine Freiheit darf zwar in der Form der Freiheitsstrafe eingeschränkt werden. Er muss aber grundsätzlich der Freiheit wieder teilhaftig werden können. Als freier Mensch, so ist anzufügen, hat er es selbst im Falle einer zusätzlichen Sicherungsverwahrung in der Hand, im Vollzug seine Ungefährlichkeit zu belegen.

482 (V) *Diese Art von „humanen“ Strafen behandelt den Straftäter als „Gleichen und Nächsten“, nicht als Feind, sondern als Freund. Ihm bleiben also aus der Sicht der Mediation von der Seite des demokratischen Staates die unantastbare Würde und die Stellung als aktives Rechtssubjekt, die er beide im Rahmen einer zivilen Mediation erst mühsam wieder erreichen müsste.*

483 Diese Deutung des Straftäters erweist sich u.a. als Konsequenz des *Demokratieprinzips*. Denn als Mitherrscher muss selbst der Mörder grundsätzlich noch weiterhin zur Verfügung stehen können.

Aus der Sicht der *Menschenrechte* sind ihm überdies seine Würde und seine Rechtspersönlichkeit angeboren. Diese Subjektivität kann ihm niemand, nicht einmal er sich selbst mit seiner Tat nehmen. Um diese Würde aber auszuüben, bedarf es seines Lebens und wenigstens der Chance, der Freiheit wieder teilhaftig werden zu können.

484 Auch erhält der Delinquent die notfalls vom Staat vermittelte Gelegenheit, zu einem mediativen Täter-Opfer-Ausgleich. Das Opfer selbst kann seinerseits ohnehin versuchen, zivilrechtliche Ansprüche gegen den Täter aktiv geltend zu machen. Bei akuter Wiederholungsgefahr kann es sich an die staatliche Polizei wenden. Außerdem hilft dem Opfer das öffentliche Sozialrecht, wenn es in existenzielle Not gerät. Das Strafrecht bildet also nur *einen Teil* des Gesamtrechtssystems des Staates.

485 (VI) *Hinzu kommt, dogmatisch weniger beachtet, das demokratische und auch rechtsstaatliche Versöhnungsangebot des teilweisen Strafverzichts.*

(1) Es gilt insbesondere für den idealen Fall, dass der Täter sich mit Geständnis und Reue wieder dem Recht der demokratischen Gesellschaft unterwirft und er auch noch bereit ist, nach Kräften einen Täter-Opfer-Ausgleich vorzunehmen. Dazu gehört ferner, dass er bei schweren, insbesondere Gewaltverbrechen, als eigene Buße auch den längeren Entzug von Freiheit bewusst auf sich zu nehmen bereit ist.

Zwar geschieht auch dieser Demutsakt stets gleichzeitig unter dem Druck der sich abzeichnenden Bestrafung. Aber auch in den sonstigen Fällen sozial-realer Mediation steht das worst-case-Szenario des strengen hoheitlichen Rechts im Hintergrund.

Die Humanität des Strafens besteht also in der Gewährleistung des Menschseins, der Aufrechterhaltung der Rechtsstellung und, bei demütiger Unterwerfung, im „barmherzigen“ Recht auf zumindest teilweisen Straf- und Vollstreckungsverzicht.

(2) Diese Art der Humanität ergibt sich insofern aus der Rechtsidee selbst und mit ihr im Rechtsstaatsprinzip wieder, als diese in der Vorstellung von *Gerechtigkeit* zu finden ist. Ausdrücklich steht sie im Korrektiv der *Barmherzigkeit*. Mittelbar ist sie aber auch *Zuteilungsgerechtigkeit* mit enthalten. Denn sie ergibt sich aus dem „Seinen“ des antiken Polis-Bürgers oder heute des Menschen der Menschenrechte.

Die Idee des Strebens nach allgemeiner Gerechtigkeit stellt wiederum ihrerseits ein wesentliches Element der Generalprävention dar. Sie ist vor allem auf den Wertschutz und die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit ausgerichtet, und ist in dieser Doppelfunktion eng mit dem angloamerikanischen „common sense“ verwandt. Die Generalprävention ist ihrerseits im Demokratie- und auch im Rechtsstaatsprinzip verwurzelt.

Dieser Konsens der Allgemeinheit besteht in der Demokratie umgekehrt vor allem darin, dass die Verletzung von personalen Grundwerten „gerecht“ ausgeglichen werden soll. Andernfalls erwächst u.a. die Gefahr von Selbsthilfe in der Form von Lynchjustiz durch die Gerechten oder in der Furcht vor Nachahmung von Seiten der Tatgeneigten.

(VII) *Einzunehmen ist auch der vorstaatliche oder auch überstaatliche Blickwinkel der Gerechtigkeit als ein eigenes höchstes Gut.* Auf der Suche nach Gerechtigkeit fußt der common sense einer angloamerikanischen Jury. Gerechtigkeit bildet auch einen Kern der französischen Grundidee des kollektiven Volkswillens (*volonté générale*). Auch die Deutsche Verfassung in Art. 1 II GG, weist nach der Festbeschreibung der Unantastbarkeit der Menschenwürde sofort und mit dem „Darum“-Bezug auf die „Gerechtigkeit in der Welt“ hin. 486

(VIII) *Hinzu tritt ferner die demokratische Forderung nach Gleichheit, die in der Mitte zwischen Freiheit und Solidarität angesiedelt ist.* 487

Sie bildet in und nur mit diesem Dreiklang einen wesentlichen Teil des westlichen Menschenbildes. Für die Gerechtigkeitsidee gilt nach allem kurz gefasst folgendes:

- 488 Den Kern der Gerechtigkeit bildet zwar die goldene Regel der blinden Wechselseitigkeit mit dem Ziele des Ausgleichs mit etwas Gleichartigem. Insofern regiert der Gedanke der „Gleichheit“. Aber zur Austauschgerechtigkeit tritt seit der Antike wenigstens die Zuteilungsgerechtigkeit hinzu. Sie umfasst ein diffuses komplementäres System. Nach ihr hat jede Person Anspruch auf das Seine. Jeder Freie verfügt danach nach den beiden Modellen des Eigentums und der grundsätzlichen Handlungsfreiheit über einen eigenen Rechtsstatus, den der andere anzuerkennen hat. Insofern setzt die Gleichheit scheinbar auch schon die Freiheit von Freien mit voraus.
- 489 Aber auch die Unfreiheit oder auch der Statusverlust können das Seine des Menschen bilden. Auch die Freiheitsstrafe greift diesen Ansatz auf, auch wenn sie ihn nur beschränkt verwendet. Doch die Gewährung kollektiver Güter, wie der verkündete Anspruch, die Befreiung von der Sklavenrolle oder aus der Sicht des Freien, das Recht auf eine Sühne- oder auf ein öffentliches Gerichtsverfahren, können dann das „Seine“ eines Stadtbürgers darstellen.
- 490 Ferner gilt jedenfalls für die Stadtbürger das solidarische Element des „Nächsten“. Auch alte Gerechtigkeits-Formeln greifen diese Einschränkung auf. Denn Gerechtigkeit ohne *Barmherzigkeit* wäre grausam, also wild und barbarisch. Hinter der emotionalen Idee der Barmherzigkeit steht der familiäre, der kommunale und der moralisch-altruistische Gedanke der Solidarität in Notlagen.
- 491 (IX) *Auf des Strafen bezogen bedeutet dies folgendes:* In einer solchen Notlage befindet sich, wengleich selbst verschuldet, auch der eingesperrte Mordtäter und ihm ist brüderliche Nachsicht zu bieten. Aus der Sicht absoluter Herrscher war analog dazu „*Gnade*“ zu üben. Auf diesem Weg konnte der Herrscher zugleich seine Macht und seine Milde zeigen. Aus der Sicht der Menschenrechte findet ein *vernünftiger Ausgleich* statt, der der Allgemeinheit die Rechtstreue unter anderem so erläutert, dass die demokratische Gesellschaft nicht ebenso wild, egoistisch oder auch grausam handelt wie der Täter. Deshalb verzichtete die Demokratie auf die kalte reine Wiedervergeltung.

Die Gemeinschaft, die auf die Todesstrafe für Mörder verzichtet, erweist sich also selbst dann als versöhnlich, wenn ein brutaler Gewalttäter sich nicht demütig wieder dem Recht unterwirft und nicht freiwillig die Strafe auf sich nimmt. Nur in stets erneut zu überprüfenden Notfällen behält sie sich Notrechte, wie insbesondere die Sicherungsverwahrung vor. *Eine humane Gesellschaft, die die Menschenwürde für unantastbar erklärt, will aufgrund ihres Selbstbildes nicht dem Täter „gleichen“.* 492

Das Volk, das auf die strenge Wechselseitigkeit verzichtet, kommt jedem Täter insofern ein Stück entgegen. *Mit diesem asketischen Verzicht ist ein Gewinn an Selbstachtung verbunden.* Er erwächst aus der damit gezeigten Befreiung von diesem tödlichen Mechanismus der ewigen Wiedervergeltung und damit aus der Selbstbeherrschung. Aus der Sicht der Zuteilungsgerechtigkeit handelt das Volk nicht großzügig, sondern sinnvoll. Denn das Volk von Demokraten teilt – um seiner Leitidee willen – jedem seiner Mitherrscher den Status einer Person zu, und zwar als den „Seinen“. Anders gewendet opfert das Volk kein Mitglied, und zwar auch nicht den Mörder, auf dem Altar einer höheren Idee. Es nimmt den Gefährlichen lediglich ihre Gefährlichkeit. 493

(X) *Diese Forderungen bestehen nicht nur in der Theorie sondern auch in der Rechtspraxis.* Wie zu zeigen war, bietet die praktische Strafverfolgung auch im hoheitlichen Rechtsstaat Deutschland seit langem *versöhnliche* Nebenwege an, um den „Frieden“ mit der Gesellschaft und, soweit möglich, mit dem Opfer zu schließen, Buße auf sich zu nehmen, aber auch die „Gnade“ der Strafmilderung zu erhalten sowie Vollzugslockerungen und auch eine bedingte Entlassung etwa nach 2/3 der verhängten Strafe erwarten zu dürfen. 494

Ohnehin lauten 80% der Verurteilungen auf Geldstrafen, die auch mit gemeinnütziger Arbeit abgegolten werden können. Weitere 13% bilden Freiheitsstrafen, die zunächst auf Bewährung ausgesetzt werden. Das Gericht verbindet sie vielfach und gleichsam ersatzweise mit strafähnlichen Geldauflagen und mit einschneidenden Weisungen zur Lebensführung. Aber auch die Gesellschaft profitiert von dieser Art von Versöhnungsangebot. Denn zumindest kurzfristige Freiheitsstrafen gelten als unproduktiv, weil sie die Wiederholungsgefahr erhöhen. 495

Der positive Kern der Geldstrafe und der Verurteilung zu Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt werden, liegt im öffentlichen *Schuldspruch*. Mit ihm wird dem Widerspruch des Täters gegen die 496

Geltung des Rechts im hegelschen Sinne von Seiten des Rechtsstaates widersprochen. Die Gültigkeit der Rechtsbefehle wird dadurch auf der gesellschaftlichen Ebene wieder hergestellt.

497 In weiten Bereichen der praktischen Strafrechtspflege arbeitet die Rechtspraxis überdies direkt mit den Grundelementen der „Versöhnung“. Als Mediatoren und Schlichter oder auch als Helfer bei diesem Geschäft treten professionelle „Ausgleicher“ auf. Es sind aus der Sicht des Strafrechts: die Strafverteidiger, die Staatsanwälte, die Strafrichter und später auch noch die Vollstreckungsleiter im Strafvollzug.

498 (XI) In einem demokratischen Menschenrechtsstaat schließlich erweist sich also das menschliche Strafen gegenüber „Gleichen“ als „Nächsten“ sogar als gerecht. Denn diese Art des humanen Strafens ist aus Sicht der Einzelnen, also der Täter, der Opfer und der Dritten: „die Ihre“. Denn es bildet einen wesentlichen Teil ihres Menschenrechts-Status'. Aus dem kollektiven Blickwinkel des Menschenrechtsstaates stellt dieses Recht den „gerechten und vernünftigen Ausgleich“ unter den ihn beherrschenden „Demokraten“ dar.

Als Modell wurde das deutsche Recht gewählt, aber seine Verankerung im westlichen Recht belegen die analogen Menschenrechtserklärungen und auch die künftige Europäische Grundrechtscharta.

499 (XII) *Dieser Ausgleich berücksichtigt hoch vereinfacht die Interessen von Täter, Opfer und der Gemeinschaft der Demokraten, und er berücksichtigt eine verrechtlichte Form der halbreligiösen Idee der „Versöhnung“.*

Wer also die Menschenrechte zur freien Ausübung einer Religion nutzt, und einer der drei Buchreligionen folgt, erkennt zwar über oder neben den Menschenrechten eine andere Höchstmacht an. Der Gläubige wird dann aber feststellen, dass alle Buchreligionen nicht allein auf das alttestamentarische „Auge um Auge“ setzen, was im Übrigen auch schon eine Art der Verhältnismäßigkeit beschreibt. Alle Schriften kennen zugleich auch Worte, die zumindest bei einer entsprechenden Auslegung, auf den Versuch der Versöhnung setzen. Selbst bei Tötungen empfehlen sie eine Art von friedlichem Sühneverfahren.

Aus diesen Blickwinkeln handelt es sich also, unter anderem bei der deutschen Strafe um eine gerechte, um eine humane und um eine legale Sanktion, mit einem Wort um eine „Menschenrechtsstrafe“.

E. Naturrecht als europäische Rechtstrinität und monistisch gelesen

I. Einführung und erste Aspekte: Demokratisches Europa und sein geistiges Erbe

- 500 1. Das supranationale Europa erfordert gelegentlich den Blick „zurück zu den gemeinsamen Wurzeln“, denen des Naturrechts. Einige zu-meist bekannte Lese Früchte, die vor allem das 16. und 17. Jahrhundert bietet, verdienen es vielleicht, noch einmal aufpoliert, gut sortiert, ausgestellt und dabei auf die Gegenwart bezogen zu werden. Die Erwägungen einiger europäischer Altmeister des Naturrechts, das *im weiten Sinne*¹ dieses Doppelwortes zu verstehen sein soll, sollen Grund und Anlass für einige eigene Gedanken bieten.

Die europäische Welt bestand in der Zeitspanne etwa zwischen 1500 und 1700 aus einer Gemengelage. Sie war von Krieg und Frieden, Seuchen und Hungersnöte, von Reformation und Gegenreformation gekennzeichnet. Das *Spätmittelalter* der ländlichen Reiche umfasst diese Umbruchzeit ebenso wie die *Renaissance* der Städte² und die schon staatlicher barocker *Neuzeit* der Landesherren.³ Mitgeprägt waren diese beiden Jahrhunderte auch von der Eroberung der neuen Welt sowie von den neuen Erkenntnissen der Naturwissenschaften. Diese Komplexität sucht das Naturrecht *rational* und mit Blick auf die neue *Staatlichkeit* zu ordnen.

- 501 Die Brücke von der Jetztzeit zum Naturrecht ist schnell geschlagen. Der *Unionsvertrag* soll gemäß dem Vertrag von Lissabon eine Präambel erhalten, die lauten soll: „*Schöpfend aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, De-*

¹ Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 8, Rn. 4 („Allen naturrechtlichen Lehren dürfte als kleinster gemeinsamer Nenner der Grundgedanke gemeinsam sein, dass die universale Verfügungsgewalt des Staates über das Recht verneint wird“ (also über-staatlich), „dass also die Unverfügbarkeit von Recht wenigstens in seinen wichtigen Grundsätzen behauptet wird“ (also minimal-ethischer Kern des Rechts).

² Aus der Sicht der europäischen Geistes- und Wissenschaftsgeschichte: Coing, Helmut, Naturrecht als wissenschaftliches Problem, 1965, 7 ff. (unter anderem zur wieder belebten Antike).

³ Überblick bei Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, etwa Rn. 127 ff., Rn. 1223 f. (für das Denken im Barock).

mokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben“.

In der Präambel der *Grundrechtscharta*, die der Vertrag von Lissabon ebenfalls mit einbindet, bekennen sich die europäischen „Völker“ zu ihrem „geistig-moralischen Erbe“⁴ und „unteilbaren und universellen Werten“, die sich aus diesem Erbe entwickelt haben. Ähnlich spricht bereits die Präambel der *Europäischen Menschenrechtskonvention* vom „gemeinsamen Erbe“ an „politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit“.

Insofern verweisen sie diese drei Präambeln nicht nur auf die gemeinsame Tradition. Vielmehr bieten sie auch bereits eine Gemengelage von eng verwandten Ideen und Formeln. Die inhaltlichen Kernaussagen enthält meines Erachtens die *Grundrechtscharta*. Ihre Präambel dürfte sich aus deutscher und, wie sich nebenher ergeben könnte, aus historischer Sicht als die sinnvollste erwiesen.

Die Reihe der „universellen Werte“ der Grundrechtscharta führt der 502 (wohl eher) *deutsche* humane Höchstbegriff⁵ der „Menschenwürde“ an. Ihm folgt sofort die alte *französische* Revolutions-Trinität von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ (Brüderlichkeit) nach.⁶ Ein staatspolitisches Drittes bildet gleichsam das fundamentalistische Elternpaar dieser Ideen, es sind die „Demokratie“ der „würdigen“ sowie „freien, gleichen und solidarischen Menschen“ einerseits und die „Rechtsstaatlichkeit“ als „Rule of Law“ andererseits. Trinitäten, so zeigt sich hier schon, bilden ein typisches Grundgerüst für ein dann letztlich doch offenes pluralistisches Denken. So fehlt etwa aus postmoderner Sicht der Hinweis auf die „Natur“, etwa als Umwelt des Menschen, zumal schon das frühstaatliche „Naturrecht“ diesen Gedanken auf seine Weise verwendet hat.

⁴ Zum Inhalt und Streit um die religiöse Seite der deutschen Fassung der Präambel, siehe: Stern/Tettinger, in: Tettinger, Peter J., Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Präambel, Rn. 6; auf Englisch etwas abgeschwächer als „spiritual and moral heritages“.

⁵ Siehe: Häberle, Peter, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HdStR II, 3. Aufl. 2004, § 22, Rn. 100 mit der an sich fundamentalistischen Forderung: „Die weltweite Durchsetzung des ‚Glaubenssatzes‘ der Menschenwürde wird Sache der in kooperativen Verfassungsstaaten organisierten ganzen Menschheit“.

⁶ Zu den einführenden Gedanken und etwa zur vorstaatlichen Sicht der europäischen „Präambelvölker“ auf die gemeinsame Zivilisation, siehe: Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 31 ff.

- 503 Was aus insbesondere aus der deutscher Sicht die bedeutende Idee der „Herrschaft des Rechts“, als Rechtsstaatlichkeit, beinhaltet, ist etwa mit *Kirchhof* zu umschreiben. In Anlehnung an den *kantischen* kategorischen Imperativ erklärt er den Gehorsam gegenüber dem Recht über die Universalisierbarkeit der Rechtsordnung und der Rechte, und zwar mit den Worten: „*Die Unverbrüchlichkeit des Rechts bindet alle Rechtsunterworfenen, verlangt ausnahmslose Befolgung, sichert die Gleichheit aller Menschen vor dem Recht.*“

Die „Gleichheit“ vor dem Gesetz sei deshalb nicht nur ein Grundrecht, sondern auch „Geltungsbedingung des Rechtsstaates“. Das Prinzip der Gleichheit ist ihm die *oberste* Rechtsidee. Deshalb näherten sich die Gedanken von Gleichheit und Recht einander bis hin zur Identität an.⁷ Danach ergibt sich der Gehorsam zudem aus der formalen *Vernunft der Gleichheit*.

- 504 Die einfache *Staatsidee* steckt in beidem, der Demokratie und dem Rechtsstaat. Der exekutive Staat im engen Sinne, den die europäischen Präambelvölker demokratisch und mit ihrer Rechtsidee beherrschen, steht mit seinem *Gewaltmonopol* und seinen von Steuern gespeisten *Budget* für die Umsetzung. Die politische Realisierung des gesamten demokratisch verfassten Rechtsstaates verlangt nach der „Sicherheit“, die die „effektive Rechtssicherheit“⁸ und innerhalb des Vertrages ausdrücklich die „gute Verwaltung“⁹ mit einschließt.¹⁰ So

⁷ Kirchhof, Paul, Objektivität und Willkür, in: Faller, Hans-Joachim/Kirchhof, Paul/Träger, Ernst (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, 82 ff., 93, u. Hinw. auf Grimm, Jakob und Wilhelm, Deutsches Wörterbuch (bearbeitet von H. Wunderlich), Band 4, 1949, 8124.

⁸ Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 2. Aufl. 2003, 167: „Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Recht schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits von Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit“. Dazu auch: Arnauld, Andreas von, Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts, 2006, 640 sowie 641 (ein „Garant der sozialen Effektivität des Rechts“). Deshalb gilt unter anderem auch, sobald der Unrechtszustand keine Eigendynamik also keine eigene „Bewegungskraft“ mehr besitzt, kann die Rechtssicherheit des neuen status quo eintreten.

⁹ Rechtsvergleichend zur Herkunft, Entstehung und Bedeutung der „Guten Verwaltung“ in den verschiedenen europäischen Staatskulturen, siehe: Classen, Kai-Dieter, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, 2008, 100 ff. („gute Verwaltung“ in den nordischen Staaten), 116 („ordnungsgemäße Verwaltung“ in den Benelux-Staaten), 125 („gute Verwaltung“ in den Common-Law-Staaten, Vereinigtes Königreich, Irland), 137 (in den „traditionellen rechtsstaatlich geprägten Verwaltungsordnungen“, Frankreich, Deutschland, Österreich, und Italiens), 162 ff. („verfassungsrechtlich verankerte Verfahrensrechte“ Griechenlands, Spaniens und Portugals) sowie 403 ff. (grundrechtsrechtlich), 423 (Am Ende schließt er mit den Worten: „...vorsichtig zu konkretisierendes Verfahrensgrund-

regelt schon Art. 5 EMRK das „Recht auf Freiheit und Sicherheit“. Ihm folgt die Sicherung des – eher englischen – *fairen Verfahrens* in Art. 6 nach. Im unmittelbaren Anschluss daran sucht die EMRK die Macht des *Strafrechts* zu kontrollieren und mit Art. 7 („Keine Strafe ohne Gesetz“) Sicherheit vor allem vor unbestimmten Strafnormen zu erhalten. Dieser letztlich polizeiliche Grundgedanke der Sicherheit gehört also zur Demokratie und vor allem zur Rechtsidee. Auch zu den universellen Werten ist er als effektiver Werteschutz hinzuzurechnen.

2. Auch das Strafrecht selbst liefert dazu seinen Beitrag.

505

So regiert jedenfalls das *deutsche* staatliche Strafrecht in diesem Sinne schon seit dem 19. Jahrhundert der heutige Verfassungssatz „*nullum crimen sine lege*“, die formale Idee des Rechtsstaates. Mit dem gängigen Wort vom „Rechtsgüterschutz“¹¹ versucht das Strafrecht zudem den Inhalt der Strafnormen auf *minimalethische Werte* zu begrenzen. Dazu verwendet das Strafrecht im Übrigen einen dreifaltigen Begriff. Er setzt sich aus dem ethisch-rituellen Element des „Rechtes“, aus dem idealistisch-absoluten Sammelbegriff des „Gutes“ (oder Wertes) und aus dem präventiv-effektiven Ansatz des „Schutzes“ zusammen.¹²

In der Logik der *Präambel-Völker* gedacht, gewährleistet das Strafrecht mit seinen Mitteln exakt deren „Werte“: Als Basis für die huma-

recht“). Die „Gute Verwaltung“ ist hoch vereinfacht strukturähnlich mit dem absolutistischen Gedanken der „Staatsraison“ zu deuten. In den westlichen „Demokratien“ und „Rechtsstaaten“ besteht sie vor allem in der Sicherung und dem Schutz der „Demokratie“ und der „Rechtsstaatlichkeit“.

¹⁰ Aus öffentlich-rechtlicher Sicht zur „Verlässlichkeit durch Beständigkeit und Effektivität des Rechts“, siehe: Arnauld, Andreas von, *Perspektivische Annäherungen an eine idée directive des Rechts*, 2006, 271 ff.; zur Rechtssicherheit im Staat als „gemeineuropäische Idee“, 625, zur Rechtssicherheit als „idée directive“ die aber auch von an sich legalistischen Rechtsordnungen wie der französischen nur zögerlich aufgenommen wird, 662 f., sowie zum langsamen Wandel der französischen und der englischen Rechtsordnung auf Druck des europäischen Gemeinschaftsrechts.

¹¹ Siehe dazu auch den – stets kreativen – Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch von Rudolphi, Hans-Joachim, mitbegründet von Erich Samson, Stand: November 2008, Rudolphi: vor § 1, Rn. 3 ff., Rn. 12 ff. („Strafrecht als Mittel des Rechtsgüterschutzes“),

¹² Zur strafrechtlichen Idee des „Rechtsguts“ in der Verbindung von Strafrecht und Verfassungsrecht, siehe: Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, 139 ff.; Appel, Ivo, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998, 432 ff., 351 ff., 357 ff. ebendort; zudem: Hefendehl, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, 44 f.; sowie auch: Frisch, Wolfgang, *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohler, Wolfgang (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, 215 ff. 221.

nen Werte gilt zunächst die „Menschenwürde“. Dieser deutsche Höchstwert (Art.1, I GG) ist dazu, und zwar ganz im Sinne des Bundesverfassungsgerichts, wörtlich als ein Doppelbegriff zu lesen. So bildet das körperliche „Mensch“-Sein, also *Leben* und *Leib*, die „vitale Basis“ für die vergeistigte und normative „Würde“.¹³ Tötungs- und Körperverletzungsdelikte schützen die körperliche Existenz des Grundrechtsträger Mensch im Strafrecht.

506 Hinzu tritt der Dreiklang von „*Freiheit, Gleichheit, Solidarität*“.

„Freiheit“ umfasst alle *Individualrechtsgüter*, und vor allem die Freiheits- sowie den Komplex der Eigentums- und Vermögensdelikte. Auch die Art wie der Täter seine *Freiheit* missbraucht und diejenige seiner Opfer einschränkt, beschreibt das Strafrecht. Es will vor allem „Gewalt“ und „Drohung“ sowie „Täuschung“ und „Treubruch“ bekämpfen. Die „Gleichheit“ greift das Strafrecht vor allem über die Idee des Gesetzes auf und spiegelt sie im Regelfall der *Allgemeindelikte* wieder. Die „Solidarität“ steckt in vielerlei Formen hinter dem Schutz von *Gemeinschaftswerten*. Auch die Fahrlässigkeitsdelikte erhalten diesen Grundgedanken.

„Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ bedenkt das Strafrecht zudem gesondert über die Staatschutz- und Rechtspflegedelikte.

507 Mit Blick auf die einzelnen Abschnitte der Grundrechtscharta ergibt sich Folgendes: Die selbständige europäische Idee der „Sicherheit“, die etwa auch Art. 5 EMRK neben die Freiheit setzt, und die zudem auch einen Teil der Rechtsstaatlichkeit als Effektivität darstellt, bedient das Strafrecht zum eine mit dem Grundgedanken des Schutzes. Zum anderen stecken der Gedanke der allgemeinen Sicherheit in den gemeingefährlichen Delikten sowie großen Teilen des Nebenstraf-

¹³ „Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert“. So jedenfalls BVerfGE 115, 118, 152 (in Verbindung mit BVerfGE 39, 1, 42; 72, 105, 115; 109, 279, 311). Danach fügt das Gericht erst an: „Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status“ (unter Verweis auf: BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399). „Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt“ (Verweis auf: BVerfGE 87, 209, 228). „Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens“ (Verweis auf: BVerfGE 30, 173, 194: zum Anspruch des Menschen auf Achtung seiner Würde selbst nach dem Tod). Siehe auch: Albrecht, Peter-Alexis, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Laudatio für Burkhard Hirsch, 2006, 295 ff., 297.

und des Ordnungswidrigkeitenrechts. Auch die Amtsdelikte bedienen auf ihre Weise die Sicherheit.¹⁴ Das „faire Verfahren“ gewährleistet das deutsche Strafrecht mit der deutschen Ausformung des Strafprozessrechts, das allerdings nicht auf die Fairness im parteilichen Streit von Bürger und Staat setzt, sondern die Suche nach der objektiven Wahrheit als höchstes Ziel begreift. Dem Vollstreckungsverfahren und seinem Ziel der humanen Resozialisierung dient das inzwischen föderale Vollzugsrecht.

„Demokratie“ sowie „Menschenwürde“ und „Freiheit“ nimmt das deutsche Strafrecht zudem schon früh mit dem Begriff der *Schuld* (nullum crimen sine culpa).¹⁵

3. Aus welchem gesamteuropäischen Erbe stammen aber nun diese 508 Gedanken?

Einen *monistischen* Ansatz, also noch keine trinitären, bietet die Idee 509 der Menschenwürde. Zur „Menschenwürde“ ist dazu auf die Worte hinzuweisen, die das Menschenbild des *brandenburgischen* Natur- und Völkerrechtlers *Pufendorf* (1632-1694) wiedergeben, der im Übrigen vor allem die Schrecken und Folgen des Dreißigjährigen Krieges in *Kontinentaleuropa* erlebt hat.

„*Der Mensch ist von höchster Würde, weil er eine Seele hat, die ausgezeichnet ist durch das Licht des Verstandes, durch die Fähigkeit, die*

¹⁴ Zur Zurechenbarkeit zum Staat grundlegend: Wagner, Heinz Jürgen, *Amtsverbrechen*, 1975.

¹⁵ Siehe dazu auch BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), Rn. 364: „Die Zuständigkeiten der Europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege müssen zudem in einer Weise ausgelegt werden, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt. Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>). Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne (vgl. BVerfGE 95, 96 <140>). Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist“.

*Dinge zu beurteilen und sich frei zu entscheiden, und die sich in vielen Künsten auskennt“.*¹⁶

Dieser naturrechtliche Ansatz begründet die „Würde“ des Menschen offenbar mit der *Geistseele* des Menschen. Diese Art der Geistseele umfasst etwas näher betrachtet zunächst einmal vier Elemente, das aufklärende Licht des *Verstandes*, die normative Fähigkeit zur *Beurteilung*, die Willens- als Entscheidungs-*Freiheit* und die Kreativität in den vielen Künsten, zu denen auch die *Wissenschaften* zu rechnen sind.

- 510 Es fehlt noch der Hinweis auf die humane Fähigkeit zum *Mitleiden* mit der Folge der Solidarität innerhalb einer Gemeinschaft. In leichter Verfremdung von *Rousseau* handelt es sich um die emotionale Seite der Fürsorge, die wir moralisch als (Schein-) Altruismus der Wirkgruppe einordnen würden.¹⁷

Zugleich beruht Empathie darauf, dass Menschen sich nicht nur dialogisch fair in den Anderen¹⁸ hineinversetzen können, sondern das Mitleiden-Können führt auch dazu die Wechselseitigkeit und den rationalen Dialog *verinnerlichen* und vorwegnehmen können. Dazu schaffen Menschen sich zunächst gleichsam innere *Repräsentationen* oder auch lebendige *Abbilder* der Anderen und auf diesem Wege auch ein seelisch-geistiges „Selbst“.

¹⁶ Pufendorf zur „Dignitatio“: Pufendorf, Samuel, *De jure naturae et gentium*, Böbling, Frank (Hrsg.), Band 4.1 (Buch I bis IV), Buch II, Kap. 1, § 5. Zu Pufendorf siehe: Wesel, Uwe, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3. Aufl. 2006, Rn. 249.

¹⁷ Zum Gedanken der kollektiven Person: Rousseau, Jean Jaques, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts* (1766), Brockard, Hans (Hrsg.), 1996, 18: „Gemeinsam stellen wir alle, jeder von uns, seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens und wir nehmen, als Körper, jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen auf.“ Das Gemeinsame, also in der Demokratie das Volk, und zwar in seiner Form als „Volksgeist“ übernimmt hier die Rolle der eigentlichen Person und begründet dann auch die natürliche Souveränität des Volksstaates. Ausführlicher: Montenbruck, Axel, *Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur*, 2009, Rn. 531 ff.

¹⁸ Siehe etwa: Mensch, James, *Political Violence. The Conflation of Sovereignty and Freedom*, in: Hagedorn, Ludger/Staudigl, Michael (Hrsg.), *Über Zivilisation und Differenz*, Beiträge zu einer politischen Phänomenologie Europas, 2008, 285 ff., 302, „We transfer to the other our sense of being a subject ... we also transfer to our self the others different grasp of the situation as evident by his or her physical or verbal behaviour“ und „the space of freedom that their alterity affords us“.... „The moral authority of such rules is that of the space of judicial order that embodies our alterity and freedom. That means that personal individuality is an old logical born of personal freedom, too“.

Diese Würde des Menschen bildet nicht nur den Kern der säkularen *Menschenrechte*. Vielmehr begründet die Idee der Dignitas auch *Grund und Art der gemeinsamen Selbst-Herrschaft*, also die Demokratie der dergestalt würdigen Menschen.¹⁹

Zu fragen ist auch, ob nicht der *demokratische Staat*, der historisch 511 betrachtet viel später von einem Volk von solchen „würdigen Menschen“ gelenkt wird, dann auch eben diese Grundelemente, und zwar als humane *Eigenschaften* des Staates, umfassen müsste. Denn in der Demokratie wird der würdige, freie und kreative Mensch den von ihm selbst geschaffenen *weltlichen* Staat nach seiner Natur und seinem Wesen ausrichteten. Statt des religiösen „imago dei“ gilt nunmehr zumindest als Zwischenstufe das „imago hominis“, das als politischer Humanismus die Menschenrechte ausfüllt.

4. Bei *Pufendorf*, jedenfalls, ist zugleich der *christlich-protestantische* 512 Hintergrund der Menschenwürde erkennbar, der ebenfalls schon auf die Emanzipation des bürgerlichen Menschen von der mittelalterlichen katholischen Kirche setzte.²⁰

Die schon *vorchristliche* vernünftige Staatsbegründung, auf die das *wissenschaftliche* Naturrecht zurückgreifen konnte, hatte schon in der Antike stattgefunden paulinische Christentum konnte sich seinerseits auf diese hellinistische Ideenwelt stützen.²¹ Konkret konnte *Pufendorf* also auf eine Idee der Seele zurückgreifen, wie sie unter anderem schon *Aristoteles* beschrieben hat.²² Die Werke der Altmeister der frü-

¹⁹ Zur Art und Bedeutung der „gemeinsamen Werte“, siehe: Stern/Tettinger, in: Tettinger, Peter J., Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Rn. 25 ff. Zur Entwicklung einer europäischen und internationalen Werteordnung der Grund- und Menschenrechte, siehe umfassend und rechtsvergleichend: Rensmann, Thilo, Werteordnung und Verfassung, 2007, 2, 208 (Aus der Sicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts: die Menschenwürde sei, neben ihrem universalen Ansatz, mit dem „internationalen Menschenrechtskonstitutionalismus“ verbunden.); 203 ff. (zur Rationalität und Legitimität der Wertordnungsjudikatur und zwar in ihrem gegenwärtigen übernationalen Kontext); 243 ff. (u.a. Vergleich der Schutz- und Gewährleistungspflichten mit der „liberal-rechtsstaatlichen“ Verfassungskonzeption der Vereinigten Staaten); 329 ff. (Entwicklung im Hinblick auf die Europäische Union); 360 ff. (hinsichtlich der nationalen Gemeinschaft).

²⁰ Siehe: Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 61 f.: Nach Melanchton, MSA 3, 359, ergebe sich der Kern der christlichen Anthropologie aus der erkenntnispsychologischen Einsicht, dass „sich die Ursprünge aller Wissenschaft aus der Erkenntnis der Seele erheben“.

²¹ Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 59 ff.

²² Aristoteles, Aristotle' De anima: book 2 and 3 (with certain passages from book I)/transl. with introd. and notes bei D. W. Hamlyn, 1968, 406 b – 407 b, die Seele sei die innere Vollendung der Natur des Menschen. Dazu: Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesge-

hen Moderne stellen deshalb die fortschreibende *Renaissance* des antiken Denkens dar. Vor allem der im Hochmittelalter umstrittene *Aristoteles* hat eine ähnliche Politiklehre mit Blick auf die seinerzeit existenten Stadtstaaten und Herrschaftsgebiete vertreten. Er hat seinen naturrechtlichen Ansatz aus heutiger Sicht sogar eher *postmodern* aus dem *natürlichen Sozialtrieb* des *Menschen* heraus entwickelt,²³ indem er das Wohl der *Allgemeinheit* sowie *die Mitte* und das *Maß* als die politischen Elemente der *Gerechtigkeit* einfordert.²⁴

- 513 5. Der Betonung der „Menschenwürde“ folgt also in der Präambel der Grundrechtscharta die bekannte *Dreifaltigkeit* von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ nach. Mit Blick auf sie ist zu überlegen, inwieweit sich nicht auch eine sowohl *personale* als auch *strukturelle Trinität* des gesamteuropäischen Rechtsdenkens aufzeigen lässt.

Die zu belegenden These lauten: (1) dass sich in den bekannten *deutschen drei Säulen des Rechts*, im Strafrecht, Öffentliches Recht und dem – staatsferneren – Zivilrecht diese Dreifaltigkeit widerspiegeln könnten. (2) Ebenso könnte diese Trinität auch *drei Kernbegriffe* der Rechtsidee verkörpern: Gerechtigkeit, Notwendigkeit und Vertrag. (3) Nebenher könnten sich auch schon drei westliche Rechtskulturen modellhaft abzeichnen, eine deutsche, die die „Gleichheit“ betont, eine

dankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 58 ff., 64 ff. Zur Gottesebenbildlichkeit als Ausdruck dieser Sicht bei Melancton: Frank, Günter, Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit, 2003, 63 ff.: In der Schöpfung habe Gott das Beste dem Menschen mitgeteilt: Weisheit, Gerechtigkeit, Freude und Willensfreiheit, Melancton, CR, 12, 592; 13, 124. Zum Einfluss der platonischen natürlichen Theologie auf Calvin: Nijenhuis, Willem, Calvin, in: Müller, Gerhard (Hrsg.) Theologische Realenzyklopädie, 7 (1981), 568 ff.; zudem: Steinmetz, David C., Calvin and the Natural Knowledge of God, in: Obermann, Heiko A./James, Franck A. (red.), Via Augustini. Augustine in the Late Middle Ages, Renaissance and Reformation, 1991, 142 ff.

²³ „Wer aber nicht in der Gemeinschaft leben kann, der ist kein Teil des Staates, sondern ein wildes Tier“, Aristoteles, Politik, Gigon, Olof (Hrsg., Übers.), 2003, 50. Eigentlich erweist sich dieses, wenngleich auch aus seiner Sicht durchaus vorkommende, Verhalten als tendenziell unnatürlich, denn er erklärt auch: „Alle Menschen haben von Natur aus den Drang zu einer solchen (staatlichen) Gemeinschaft“, und tritt damit als der antike Gründungsvater des westlichen Naturrechts auf.

²⁴ Auch die Gerechtigkeit ergibt sich für Aristoteles mittelbar aus der Natur: „Die Gerechtigkeit ist der staatlichen Gemeinschaft eigen. Denn das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft, und die Gerechtigkeit urteilt darüber, was gerecht sei“, Aristoteles, Politik, Gigon, Olof (Hrsg., Übers.), 2003. Später erläutert er: „Das politisch Gute ist das Gerechte, und dieses ist das, was der Allgemeinheit zuträglich ist. Das Gerechte scheint nun Gleichheit für alle zu sein“, 122. Aus der Sicht der Rechtsphilosophie ist Naucke, Wolfgang/Harzer, Regina, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 5. Aufl. 2005, Rn. 71 f., beizupflichten, wenn sie meinen, der Gerechtigkeitslehre fehle, wie anzufügen ist, jedenfalls insofern der große Wurf und dass die Gerechtigkeit als Gleichheit begriffen das politisch Einfachste darstelle, um einen Staat stabil zu halten.

französische, die eher auf „Solidarität“ gegründet ist und eine angloamerikanische, die die Teilidee „Freiheit“ vorherrschen lässt.

Zu beginnen ist mit *Gerechtigkeitslehre* von *Grotius* und der Zuspitzung zur These „*Strafrecht als Staatsrecht im Naturrecht*“. Diesem strafrechtlichen Ansatz ist auch der Hauptteil gewidmet. Fortzufahren ist mit *Bodin* und *Hobbes*. Sie könnten jeweils auf ihre Weise das Naturrecht dann als dasjenige *effektive hoheitliche Recht der Herrscher* betonen, welches auf der Not und der *Notwendigkeit* gegründet ist und das jedenfalls bei *Bodin* grundsätzlich auch für den Gedanken der Solidarität und ein zukünftiges staatliches Sozialrecht offen sein könnte. Bei *Locke* schließlich tritt das Naturrecht dann zugespitzt vielleicht vor allem als das „*Zivilrecht der Personen*“ auf, das vom Vertrag der Freien und der Grundidee der bürgerlichen Kooperation ausgeht.

II. Verfasstheit durch Recht: „Strafrecht als Staatsrecht“ bei Grotius

1. Der Deutsch-Niederländer *Grotius* (1583-1645), der als Vater des Völkerrechts gilt, hat in einer Zeit der reichen flämischen protestantischen Seehandelsstädte, dem holländischen Ablösungskrieg mit dem katholischen Spanien sowie im Umfeld des dreißigjährigen Krieges gelebt und vermutlich vor diesem Hintergrund das *Straf-* und *Völkerrecht* gemeinsam betrachtet.²⁵

Grotius führt die Lehre vom *gerechten Krieg* (*bellum iustum*)²⁶ fort, die bereits die *hochmittelalterliche* wissenschaftliche Theologie für ihre Sicht entworfen hat²⁷. Sie diente der Beschränkung von Kriegen auf gerechte Kriege. *Grotius'* Sicht war dabei mutmaßlich vor allem vom Erlebnis des *Calvinismus* und der sich abspaltenden, aber damals

²⁵ Zur „Strafgewalt als Teil des Völkerrechts“: Grotius, Hugo, *De Jure belli ac pacis Libri tres*, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg.) 1950, II, 20, § 3; Hüning, Dieter, *Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke*, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), *Souveränitätskonzeption. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, 2001, 85 ff., 95.

²⁶ Siehe: Bothe, Michael, *Friedenssicherung und Kriegsrecht*, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, 581 ff., 584.

²⁷ Aus rechtsgeschichtlicher Sicht zum geistigen Umfeld von Grotius und zu den Vorläufern bei den spanischen Spätscholastikern siehe den Überblick bei Köbler, Gerhard, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2005, 149 f.

noch römisch-deutschen *Niederlande* mit bestimmt.²⁸ Seine Lehre zwingt den Staat vor allem dazu, Kriege zu rechtfertigen.

- 516 Als Modellfall der *gerechten* Gewaltanwendung gilt *Grotius* das *Strafrecht*, das ihm offenbar als Prototyp eines Rechts der Ungerechtigkeit gilt. *Die Natur erlaube es zwar, demjenigen, der ein Übel getan habe, ein Übel zuzufügen. Zusätzlich bedürfe es dazu aber eines Zwecks. Denn nur mit ihm sei die über Gott gegebene verwandtschaftliche Verbundenheit aller Menschen beiseite zu schieben.*²⁹ *Grotius* betont dazu *die Klugheit, die Strafe zur Heilung einzusetzen*, und verweist auf *Seneca* (4. v. Chr. – 65 n. Chr.)³⁰, der sich auf *Platon*³¹ (428/427 v. Chr. – 348/347 v. Chr.) bezieht. *Diese Art der Strafe sei ein Diktat der Vernunft.*
- 517 2. *Grotius* betont dabei die ersten beiden Hauptquellen dieses Ansatzes, die natürliche *Vernunft* und die *Autorität* der antiken Lehren. Die Vernunftlehre verweist zwar auf das Modell der *Natur*. Sie nötigt umgekehrt aber auch die Vernünftigen dazu, sich mit der Natur vernünftig, also rational und somit auch wissenschaftlich oder auch „more geometrico“ zu beschäftigen.³² Die idealen Gesetze sind wie oder so-

²⁸ Dazu aus religionsphilosophischer Sicht: Frank, Günter, *Die Vernunft des Gottesgedankens. Religionsphilosophische Studien zur frühen Neuzeit*, 2003, 229 ff.

²⁹ Grotius, Hugo, *De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens*, Schätzel, Walter (Hrsg., Übrs.), 1950, Cap. XX, § 1, 1: „Malum passionis propter malum actionis“, siehe zudem: § 4, 1. Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe: Simson, Gerhard, *Hugo Grotius und die Funktion der Strafe*, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/Geilen, Gerd/Herzberg, Rolf-Dietrich/Warda, Günter (Hrsg.), *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*; 1985, 651 ff. sowie insbesondere: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl. 1996, 69, Ferner: Jakobs, Günther, *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004, 5 ff.

³⁰ Seneca, Lucius Annaeus, *Philosophische Schriften*, Rosenbach, Manfred (Hrsg., Übrs.), 5. Aufl. 1999, *De ira*, Bd. I, *Dialoge I-VI*; *De ira* (Über den Zorn, den § 213 StGB aufgreift) II, xxxii, 1 und *De ira* I, xvii, 7; dazu: Schmitz, Heinz-Gerd, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen*, 2001, 87.

³¹ Platon, Protagoras, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch*, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 83 ff., 324 a, b; auch: Platon, *Nomoi*, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch*, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 854 d, 934 a, b, und: Platon, *Gorgias*, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), *Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch*, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 269 ff., 428 a bis e: *Strafen als Heilen*. Seinerseits aufgegriffen von Jakobs, Günther, *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004, 5.

³² Zur „Rationalität der Welt „more geometrico“ seit Galilei: Husserl, Edmund, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, 1956, Husserl, Edmund, *Zur These von der „Universalität der Wissenschaft der Mathematik“*, 1982, 65 ff.

gar auch als *physikalische* Gesetze³³ zu betrachten und erforschen. Das Naturrecht kennt insofern also auch den Zwang durch die Natur, etwa als Not. Kurz gefasst lauten alle drei Leitbilder der Renaissance und der Frühmoderne also: natürliche *Vernunft*, antike *Tradition* und rationale (ganzheitliche) *Wissenschaft*.

Die Idee der materiellen *Gerechtigkeit* ist aus dieser Sicht und auch historisch derjenigen des säkularen Staates *vorgelagert* und sie überwölbt den Staat bei *Grotius* auch weiterhin. Bereits *Aristoteles* spricht im Zusammenhang mit der Gerechtigkeit abstrakt vom „obersten Gut“³⁴. Er sah zudem in der formalen „Gleichheit und Wechselseitigkeit“, der *iustitia commutativa*, das erste Element der *Gerechtigkeit*.³⁵

Grotius' Ansatz bietet also zugleich den Einstieg in das Denken des frühen *Humanismus*, der auf dem Wege über die *natürlichen* Menschenrechte im gegenwärtigen supranationalen Europa erneut an Bedeutung gewinnt³⁶ und der sich auf diese Weise auch zur *verrechtlichten Menschenwürde* verdichtet hat. Im Kern behandelt *Grotius* den neuen Staat wie oder vermutlich auch „als“ einen wehrhaften Freien.

3. Aber auch schon im vorangehenden von der katholischen Religion 518 geprägten europäischen *Mittelalter* fand die Rechtfertigung jeglicher kriegerischer Gewalt in ähnlicher Weise, wenngleich gegenüber dem *gerechten Gott*, statt. Deshalb waren nach der kirchenchristlichen Logik nur *Glaubens-* und *Verteidigungskriege* erlaubt. Im Übrigen hatte zwischen den Kriegern der *Gottesfrieden* zu herrschen. Die Idee des Gottesfriedens innerhalb des Gottesvolkes, der „*civitas dei*“, ³⁷ ging

³³ Montesquieu (1689-1755) jedenfalls beginnt, zeitlich etwa später, seine berühmte und wirkungsmächtige Schrift mit dem Satz: „Gesetze im weitesten Sinne des Wortes sind Beziehungen, die sich aus der Natur der Dinge mit Notwendigkeit ergeben. In diesem Sinne haben alle Wesen ihre Gesetze: die Gottheit, die körperliche Welt, höhere geistige Wesen, Tiere und Menschen haben ihre eigenen Gesetze“, Montesquieu, Charles de, *Vom Geist der Gesetze*, Forsthoff, Ernst (Übers.), 1951, Buch I, 1. Kap., 9 f.

³⁴ Zu dieser Diskussion insgesamt: Röhl, Klaus Friedrich, *Allgemeine Rechtslehre*. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 2008, 236 f.; *Aristoteles, Nikomachische Ethik*, Dirlmeier, Franz (Übers.) 1999, 1094 a: wolle man nicht ein sinnloses leeres Streben von einem Zwischenziel zum nächsten, dann müsse es ein Endziel als das oberste Gut geben.

³⁵ *Aristoteles, Nikomachische Ethik*, Dirlmeier, Franz (Übers.), 1999, 5. Buch, 5. - 7. Kap. (1130 b/1131 a); Thomas von Aquin, *Summa theologica*, Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, Buch II. 2., 57. 1 ff., 58. 6. Ausführlicher zu den Formen der Gerechtigkeit aus der Sicht des Verf.: siehe oben Menschenrechtsstrafe, Rn. 459 ff.

³⁶ Zu den Menschenrechten etwa als „vorstaatliche Quelle der Grundrechte“: Di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, 1998, 61 ff.

³⁷ Zur Bedeutung der Kirche im deutschen Mittelalter und der christlichen Welt als *Civitas Dei*, siehe: Eisenhardt, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5. Aufl. 2008, Rn. 40. Der

mit einer schleichenden *Säkularisierung* in das Beschwören des allgemeinen *Landfriedens* über.

- 519 Die *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser V. von 1532* (*Constitutio Criminalis Carolina*) brachte eine große erste reichsweite Strafrechtsordnung in die Mitte der Europäischen Welt. Dieses Gesetzeswerk bot eine Normsammlung, die der Bibel in ihrer Buchform durchaus ähnlich war.³⁸ Zugleich schuf dieses Rechtswerk der Logik der Sache nach ein „römisches *Rechtswolk* der deutschen Nation“. Die CCC bot auf diese Weise über das *Strafrecht* den Einstieg in eine Art von „kaiserlichem Rechtsstaat“, auch wenn die Gerichtsordnung selbst zunächst nur subsidiär galt und wohl vor allem die *hoheitliche Bekämpfung* des „*landschädlichen Volkes*“³⁹ diente, also die *Abenteurer- und Elendskriminalität* im Blick hatte.⁴⁰ Aus heutiger Sicht war sie insofern präventiv und polizeirechtlich ausgelegt. Mit einem späteren eher absolutistisch-staatlichen Begriff umschreiben war die CCC bereits ein wenig „gute polizey“.⁴¹

Staat in Gestalt des Kaisers hatte als Oberhaupt des Reiches die Aufgabe, die Kirche und den christlichen Glauben zu schützen; zur Ableitung der königlichen Gewalt von Gott und zur vagen Idee des Volkes in Gestalt des geistlichen und des weltlichen Adels, Rn. 10. Auch die Bewohner einer Stadt oder Landschaft oder ein Stamm konnten zum Volk gehören. Dazu, dass der Begriff des Staates aber aus der Neuzeit stammt, siehe: Brunner, Otto, *Land und Herrschaft*, 5. Aufl. 1965, 146 ff.; zur staatlichen-organisatorischen Struktur: Moraw, Peter, *Zur staatlich-organisatorischen Integration des Reiches im Mittelalter*, in: *Der Staat*, Beiheft, 12, 1998, 7 ff., 22 („dualistische Lösung“ von Reich und Territorium, die sich ab 1500 über das Territorium verfestigt).

³⁸ Dazu den Überblick bei Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 3., neu bearb. Aufl. 2003, Rn. 183 (zur Bedeutung des *Sachsenspiegels*); Schroeder, Klaus-Peter, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, 2001, 4 (Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht). Die Entwicklung des zunächst privaten Rechtsbuches zum gemeinen *Sachsenspiegel* fand für Brandenburg, und später Preußen, durch die Buch'sche Glosse 1325 statt und es galt als subsidiäres Recht bis zum Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794.

³⁹ Zum Ursprung in diesem Sinne: Regge, Jürgen, „Übersiebnen landschädlicher Leute“ und „Verfahren auf Leumund“ als besondere Prozessformen gegenüber Fremden?, in: Erlen, Irene/Spieß, Karl-Heinz (Hrsg.) *Fremdheit und Reisen im Mittelalter*, 1997, 289 ff., 296; zur Tendenz einer Strafe als „Sozialverteidigung“: Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, 1973, 87; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1947, 3. Aufl. 1965, § 87; Radbruch, Gustav, *Zur Einführung in die Carolina*, in: *Die Peinliche Gerichtsordnung, Kaiser Karls V von 1532 (Carolina)*, 6. Aufl. 1991, Nachdruck, Kaufmann, Arthur (Hrsg.), 7.

⁴⁰ Schünemann, Bernd, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmenwechsel im moralischen Anspruch?*, in: Kühne, Hans Heiner/Miyazawa, Koichi (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, 15 ff., 15.

⁴¹ Zur Gesetzgebung in den deutschen Territorien in der frühen Neuzeit von 1500 – 1800 als „gute Policey“ bis zum Polizeistaat, siehe: Ebel Friedrich/Thielmann, Georg, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 3. Aufl. 2003, Rn. 305 ff.

Aus weltlicher Sicht wurden zudem seit langem⁴² *Sühneverträge* unter 520
Freien und Gleichen geschlossen, die zusätzlich mit heiligen Eiden
abgesichert waren.⁴³ Der Vertrag als Konsens und Kooperation unter
den Ebenbürtigen und auch eine Art des Fremden- und des Unter-
schichtenstrafrechts trafen also zusammen. Aus staatlicher Sicht sorg-
ten *beide Rechtsformen* dort für die Erhaltung des Landfriedens, wo
es, anders als auf den *Rechtsinseln* innerhalb der Städte und auf dem
Lande der Adelsherren und Klostersiedlungen, an effektiver hoheitli-
cher Gerichtsbarkeit fehlte.⁴⁴

Die neue Mobilität der Menschen geht wie heute mit einer verstärkten
ökonomischen „Globalisierung“ einher. Sie erfordert zugleich auch
für den Handel eine neue, zumindest subsidiäre Rechts- und Sicher-
heitsstruktur und mit ihr eines neues humanistisches Rechts- und
Sicherheitsdenken.

Eine dem Naturrecht im Geiste ähnliche Bewegung scheint derzeit in 521
der westlichen Welt mit der überstaatlichen „Konstitutionalisierung
des Völkerrechts und einer Internationalisierung des Verfassungs-
rechts“⁴⁵ zu entstehen.⁴⁶ Diese Entwicklung bedient sich erneut der

⁴² Tacitus, public Cornelius, *Germania*, Fehle, Eugen (Hrsg.), 4. Aufl. 1944, Cale. 2. Dazu auch: Grommes, Sabine, *Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung*, 2006, 57 ff.; Zur bereits „öffentlichen Strafen“ bei allgemeiner Friedensstörung, siehe: Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas, *Strafrecht AT*, 5. Aufl. 1996, 91.

⁴³ Zur Strafe im Spätmittelalter (insoweit bis etwa 1600): Willoweit, Dietmar, *Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße, Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit*, in: Hilgendorf, Eric von/Weitzel Jürgen (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*, 2007, 37 ff., 41 ff. geht für den Übergang in die Neuzeit von einer Gemengelage von „Rache und Strafe“, „Sühne und Kirchenbuße“ aus, Sühnevereinbarungen seien aber z.B. in Eichstätt von 1450 bis 1550 rund 110 wegen Tötungsdelikten abgeschlossen worden.

⁴⁴ Vgl.: Bothe, Michael, *Friedenssicherung und Kriege*, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, 581 ff., 606.

⁴⁵ Zur Problematik der „Konstitutionalisierung des Völkerrecht“ über subjektive Rechte des Einzelnen: Grzesnick, Bernd, *Rechte des Einzelnen im Völkerrecht, Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends im allgemeinen Völkerrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 43 (2005), 312 ff., 315 f.; zur Begründung von Individualrechten: JGH EuGRZ 2001, 287, 290; Bryde, Brun-Otto, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und eine Internationalisierung der Verfassungsrechts*, *Der Staat* (42) 2003, 61 ff., u.a. 64 ff.: wenn- gleich ohne Staatlichkeit des Rechts; zur These von der Konstitutionalisierung, zudem: Uerpmann, Robert, *Internationales Verfassungsrecht*, *JZ* 2001, 565 ff., 572: zu den Vorzügen einer verfassungsähnlichen Auslegung, insbesondere beim Europäischen Gerichtshof; Fischer-Lescano, Andreas, *Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie, Beiheft* 88, 2002, 349 ff.; Überblick auch bei: Paulus, Andreas L., *Internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001, 293 ff.; Nettesheim, Martin, *Das kommunitive Völkerrecht*, *JZ* 2002, 569 ff., 575: ohne Staat sind deshalb Nichtregierungsorganisationen tätig.

humanen Verrechtlichung. So entspringt die Kraft der *allgemeinen Menschenrechte* immer noch der Grundidee eines alles überspannenden und durchdringenden *vernünftigen Naturrechts*. Denn ihre absolute Geltung und ihre Allgemeingültigkeit beziehen die Menschenrechte aus ihrer angeblichen Natürlichkeit.

- 522 4. Zurück zum Krieg, und mit ihm zu seinem Gegenbegriff, dem Frieden. Der Kern des *ursprünglichen Friedensbegriffs*⁴⁷ ist vor allem in dessen *negativer* Seite zu sehen. Insofern meint der Frieden die zu- meist durch eine *Organisation* bewirkte *Abwesenheit* des Krieges, und zwar in der Form der *organisierten Gewaltanwendung*. Gewalt und Bürgerkrieg bilden dabei noch eine Einheit. Denn Europa kannte seinerzeit noch keine verfestigten Staaten oder gar Nationalstaaten und damit ihre klare kulturelle Trennung von Innen und Außen.
- 523 Sobald heute überdies die Aufgabe, Frieden zu schaffen und zu erhalten, das Ziel der Einhaltung der *fundamentalen* Menschenrechte mit einbezieht, ist analog zum fiktiven Gottesstaat des europäischen Mittelalters wieder eine universelle *Weltanschauung* mit einbezogen.⁴⁸ Vor diesen absoluten Ideen sind folglich Kriege und deren Durchführung, das *ius in bello*, zu rechtfertigen. Mit den Menschenrechten sind *gerechte Kriege*, etwa solche aus *humanitären* Gründen, nicht nur ethisch zu begründen, sondern aus der Sicht dieses geistigen Überstaatsgebildes der vereinten Nationen sogar auch *strafähnlich* und hoheitlich einzuordnen. So führt gegenwärtig folgerichtig insbesondere der inhumane Völkermord zum Einsatz von „Friedensstreitkräften“, die gleichwohl, „militärische Maßnahmen“ heißen (Art. 42 UN-Charta). Die Vereinten Nationen treten dabei nicht offen als Kriegs-Partei auf, sondern sie bieten nur die säkulare Friedensordnung und eröffnen im Sinne von *Grotius* eine Art von internationalem „Staaten-Strafrecht“.

⁴⁶ Zum Individualrechtsschutz in Europa: Schulte, Ellen, Individualrechtsschutz gegen Normen des Gemeinschaftsrechts, 2005, 218 ff.; zur Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK, zur Unanfechtbarkeit nach EG-Vertrag: 23 ff.

⁴⁷ Vgl. im Einzelnen: Randelzhofer, Albrecht, Der normative Friedensbegriff im Völkerrecht der Gegenwart – Möglichkeiten und Grenzen seiner Operationalisierung, in: Delbrück, Jost (Hrsg.), Völkerrecht und Kriegsverhütung, 1979, 13 ff.; Bothe, Michael, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 1997, 581 ff., 611 f.

⁴⁸ Zum derzeitigen Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte (in Bezug auf das humanitäre Völkerrecht und auf das Recht der Staatenverantwortlichkeit), siehe: Künzli, Jörg, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte. Ein Beitrag zum Zusammenspiel von Menschenrechten, humanitärem Völkerrecht und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, 2001 (zugl. Diss., Bern, 1999), u.a. 459 ff.

Ein derartiges ethisches Völkerrecht erscheint erkennbar als heiliges natürliches *Weltbinnenrecht*.⁴⁹ Ein Unrechtszustand, der den universalen Frieden stört, soll mit ihm beseitigt werden. Damit greift das *Gerechtigkeitsprinzip* mit seinem Ziel ein, um des Friedens willen Unrecht auszugleichen. Wie bei *Grotius* sollen das völkerrechtliche und das *supranationale* Kriegsrecht *not-* und *strafrechtsähnlich* der Begrenzung von Krieg und Gewalt dienen.

Das spätere klassische Völkerrecht der souveränen Staaten kennt zudem zivile *Sanktionen* im weiten Sinne, wie den *Boycott* und dessen Androhung.⁵⁰ Im Kriegsrecht wechselt es aber dann zu *strafähnlichen Sanktionen im engeren Sinne* über, wenn die Sieger Kriegstribunale, wie den Nürnberger Gerichtshof, einsetzen und die *persönliche Ver-*

⁴⁹ Aus einer staatsrechtlichen Festschrift mit dem Titel „Weltbinnenrecht“ zur Paarung von „Sicherheit und Frieden“: Benedek, Wolfgang, Der Beitrag des Konzeptes der menschlichen Sicherheit zur Friedenssicherung, in: Delbrück, Klaus Dicke/Stephan Hobe/Karl-Ulrich Meyn/Anne Peters/Eibe Riedel/Hans-Joachim Schütz/Christian Tietje (Hrsg.), Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost, 2005, 24 ff., zur Verbindung von menschlicher Sicherheit und Frieden als Grundkonzept und der Einforderung im Rahmen des Völkerrechts der „menschlichen Sicherheit“ ... „als ein umfassender statt sektoraler, ein partizipativer statt exklusiver und ein präventiver statt reaktiver Ansatz“ (35). Er soll ein Gegengewicht zum „neuen unilateralistischen Ansatz“ bilden und zwar auch beim Souveränitätsdenken. Ergänzen sollen ihn die Sichtweisen von „good governance“ national und „global governance“ international, und zwar über die Menschenrechte und Demokratie im „internationalen System“. Der verdeckte Kernsatz lautet also zugespitzt: „Prävention“ regiert auf der transnationalen Ebene. Im Mittelpunkt stehen zwar der Mensch und seine Sicherheit, er wird aber mit Hilfe des Menschenrechts von Staaten verwaltet. An die Stelle des nationalen Rechtsstaats tritt die „Menschenrechtswelt der persönlichen Sicherheit“.

⁵⁰ Analog zu den Privatstrafen treten die völkerrechtlichen Sanktionen (zusammenfassend: Schröder, Meinhard, Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 1997, 525 ff., 573 ff.) als Repressalien (Vgl.: Tomuschat, Christian, Repressalien und Retorsion, zu einigen Aspekten in ihrer innerstaatlichen Durchsetzung, ZaöRV 1973, 179 ff.; Malanczuk, Peter, Zur Repressalie im Entwurf der Internationalen Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 1985, 293 ff., 300 f.) auf zwischenstaatlicher Ebene in Erscheinung, vom Embargo bis zur Retorsion. Die Frage nach der Verantwortlichkeit und der Strafähnlichkeit insofern ist allerdings umstritten. Einleuchtend ist aber zum Beispiel die Definition von Schneider, Henning C., Wirtschaftssanktionen. Die VN, EG und Bundesrepublik Deutschland als konkurrierender Normgeber beim Erlass paralleler Wirtschaftssanktionen, 1999, 250: Wirtschaftssanktionen seien insbesondere Embargo und Blockade, nicht aber Boycott und ähnliche handelspolitische Maßnahmen. Sie seien „eine durch hoheitliche Maßnahmen im Bereich der Außenwirtschaftsbeziehungen bewirkte Ungleichbehandlung, welche als außenpolitisch motivierte Reaktion von einem oder mehreren Völkerrechtssubjekten auf ein nachteiliges Verhalten eines anderen Völkerrechtssubjekts vorgenommen wird, um letzteres durch Zufügung eines Nachteils zu einer Verhaltensänderung zu veranlassen“, u.a. 250 f., auch zu den Beschränkungen einzelner Staaten, solche Maßnahmen einzusetzen.

antwortung von Staatsführern zu ermitteln und zu sanktionieren suchen.⁵¹

- 525 5. *Grotius* verfolgt meines Erachtens zwei Ansätze. Zum einen bildet das Strafrecht offenbar auf dem Wege über das *Notwehrrecht* ein *hoheitlich* ansetzendes *Naturrecht*.

Der Übermacht des allerhöchsten säkularen Ideenpaares von Natur und Recht muss sich dann auch der *Mächtige* unterwerfen, und zwar auch derjenige freie Krieger, der innerhalb der an sich *rechtsfreien*, vielfach raubritterlichen *Räuberbande* agiert. Denn auch er beruft sich auf die Natur und sie ist von der Idee der „Selbsterhaltung durch Selbstverteidigung“ nicht zu trennen.

Seine ethische Rechtfertigung erhält das Strafrecht dabei nicht nur als ein *Vernunftrecht*, das sich lediglich aus der natürlichen Notwendigkeit zum Überleben ergibt. Das Naturrecht steht vielmehr dem vernünftigen Menschen als *wehrhaften* Akteur zu. Über den Gesellschaftsvertrag wächst dieses Recht dann auch dem als *kollektives Subjekt* zu begreifenden Staat zu. Im nächsten Schritt verbindet und überwölbt also beide, den alten wehrhaften Menschen und den neuen bewaffneten Staat, dieselbe natürliche Vernunft und mit ihr der Gedanke der gerechten Verteidigung.

- 526 Dieser Grundansatz besitzt eine starke römische und damit im weiteren Sinne auch zivilrechtliche Quelle. In der republikanischen römischen Zeit sah *Cicero*⁵² das Strafrecht ebenfalls als ein *Natur-Recht*⁵³.

⁵¹ Die Entwicklung von internationalen Strafgerichtshöfen bedient das Bedürfnis nach Antwort auf schwere personengebundene Verstöße von Selbstherrschern und deren Organen, als Systemkriminalität (zu deren Bewältigung aus strafrechtlicher und kriminalpolitischer Sicht in Bezug auf den Bundesgerichtshof für Strafsachen: Rogall, Klaus, Bewältigung von Systemkriminalität, in: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter, (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, Strafrecht und Strafprozessrecht, 2000, 283 ff. oder auch allgemeiner als Makrokriminalität. Selbst über gezielte private Finanzsanktion der Vereinten Nationen gegenüber Staatsführern wird nachgedacht, sie stehen dann in einem Spannungsverhältnis zum europäischen Gemeinschaftsrecht und zu den Menschenrechten (smart oder auch targeted sanctions, zusammenfassend: Tietje, Christian/Hamelmann, Sandy, Gezielte Finanzsanktionen der Vereinten Nationen im Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu Menschenrechten. EuG-BeckRS 2005, 70, 726, JuS 2006, 299 ff., insbes. 300).

⁵² Cicero, Marcus Tullius, De re publica, Der Staat, in: Huchthausen, Liselot (Hrsg., Übers.), Cicero, Werke in drei Bänden, Band II, 1989, 255 ff., III, 54; Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.). Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff., 95.

Rom kannte es allerdings nur als das Recht der freien *römischen Bürger*. Auch in der frühen Neuzeit bestimmte erkennbar *nicht der Mensch an sich*, sondern im Kern der *freie* und aktive Mensch, und in der Regel nur der wehrhafte Mann, das Naturrechtsdenken.

Im republikanischen Rom gehörte wie im klassischen Athen der „Status“ als Rechtssubjekt zu derjenigen sozialen Rolle, die vor allem die *Familienväter* wahrnahmen. Insofern galt das Privatrecht bereits für ein Kollektiv und nach außen. Zugespitzt wirkte es also als „intergentiales“ Recht der *Sippen* (Gens) und ihrer Klienten. Dieses alte Rechtsverständnis bietet dann die historische Brücke vom *bürgerlichen* Straf- zum *zwischenstaatlichen* Völkerrecht. Auf den zweiten Blick hatte die *gelehrte* Welt der frühen Neuzeit bei ihrem Rückgriff auf die Antike noch einmal zu trennen. In der *binnenrömischen* Stadtwelt der vorkaiserlichen Zeit regierten zum einen zwar die Patrizier, die im Senat vertreten waren. Aber sie hatten sich, wie jede Stadt, um die große Gruppe der *Wehrhaften* des Volkes (populus) zu ergänzen. Diese potenziellen Krieger, die zugleich auch Selbstverteidiger sein konnten, mussten sie in das Binnenrecht der römischen Bürger mit einbinden.

Die Notwehr und das aus ihr folgende Strafrecht setzen typischerweise die Fähigkeit zur Notwehr und zum Strafen, also *Macht* voraus. Die Notwehr assoziiert ohnehin zumindest das Vermögen, sich überhaupt *wehren* zu können. Ob also Menschen, die von Natur aus *wehrunfähig* sind, wie etwa Kleinkinder, aus dieser Sicht überhaupt ein eigenes Naturrecht besitzen oder ausüben können, erscheint aus dieser Sicht zumindest offen. Im Kern jedenfalls erweisen sich das Notwehr- wie das Strafrecht als auf die *wehrfähigen Personen* zugeschnitten. 527

Die theoretische *Begrenzung* des Notwehr- und des Strafrechts auf die *Freien* oder politisch Mächtigen, also auf die *Herren*, oder sogar auch nur auf die *Vernünftigen*, hängt dann nur noch vom unbestimmten Begriff der Natur ab. Die politische *Ausgliederung* der Kinder, der Frauen, der Kranken, der Knechte und Mägde, der fahrenden Gesellen und

⁵³ Zusammenfassend auch zu den stoischen Quellen des Naturrechts: Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff.; Grotius, Hugo, De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg.) 1950, II, 20, § 3.

Schüler und aller landschädlichen Leute bleibt aus der Sicht des gerechten *Notwehrrechts* durchaus eröffnet.

- 528 Neben dieser offenen menschenrechtlichen Flanke verfügt dieser frühmoderne Ansatz aber bereits über eine wichtige Besonderheit. Als Naturrecht im Wortsinn betrachtet besitzt das Notrecht einen doppelten, bereits *hoheitlichen* Charakter. So ist das Notrecht sowohl von der *Natur* als auch von der *Idee des Rechts* abgeleitet. Natur und Rechtsvernunft erscheinen als die *absoluten* oder höchsten, wenngleich metaphysischen *Übereltern* des Naturrechts. Die Notrechte entspringen in diesem Bilde wie *Kinder* einer Vereinigung, die ihrerseits in dem *heiligen Geist* der natürlich-göttlichen Vernunft an sich stattfindet. Alle Menschen, die dem gerechten Naturrecht unterworfen sind, treten universell als eine Art von *Rechtsuntertanen* auf. Das gerechte, vernünftige Naturrecht schmiedet aus dem mittelalterlichen Gottesvolk des katholischen Christentums ein *Rechtsvolk* der Notwehr- und Strafrechte.
- 529 6. Die Strafe verfügt in diesem Modell, wie *Grotius* zum anderen ausdrücklich erklärte, über den *zivilen* Charakter einer *Vertragsstrafe*.⁵⁴

Damit verwendet *Grotius* aus der heutigen kontinentaleuropäischen Sicht das liberale Modell des Marktes. Damit entspricht es aus heutiger Sicht eher dem vorherrschenden *anglo-amerikanischen* Denken, das auf der Teilung von einem „Verwalter“-Staat und einer mächtigen zivilen demokratischen Gesellschaft beruht.⁵⁵ Aber auch die Idee der Vertragsstrafe beruht auf den zweiten Blick und *mittelbar* auf der *hoheitlich* wirksamen natürlichen Gerechtigkeitsvernunft. Denn beim marktliberalen Grundansatz sind zwei Ebenen sorgfältig zu trennen. So erkennt auch jeder Markt die Hoheit des *Marktprinzips* an. Danach erscheint der Markt selbst als *kollektives Gut*⁵⁶, an dem seine Mitglie-

⁵⁴ Dazu auch: Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 2001, 85 ff., 107.

⁵⁵ Vgl.: Harvard Journal of Law and Public Policy (JLPP), Vol. 32, No. 2, Spring 2009 insgesamt zum Thema: „Is America Different From Other Major Democracies?“, Barnett, Randy E., The Separation of People and State, JLPP Vol. 32, 2009, pp. 451, 453 („The separation of People and State is preserved by the Constitution because no one can claim to speak for the People: neither the President (unlike various dictatorships) nor the Congress (unlike the parliamentary systems that dominate throughout the rest of the world). This separation, like the separation of Church and State...“).

⁵⁶ Aus der Sicht der Wirtschaftstheorie mit der besonderen Gewichtung von Kollektivgütern: Buchanan, James M., The Limits of Liberty, 1975, 133.

der teilhaben und das ihnen notfalls auch über die Marktpolizei und ein Börsenrecht gesichert und – als *iustitia distributiva* – zugeteilt wird.

Der Sinn und Ursprung dieses naturrechtlichen Vertragmodells ergibt sich überdies vermutlich aus der Verbindung zweier Leitbilder des *praktischen* Handelsrechts. So genügt die bloße verbale Unterwerfung unter einen *Vertrag* in aller Regel nicht. *Zivilrechtlich* betrachtet *verpfändet* deshalb der jeweilige Akteur in der Regel zugleich etwas Wertvolles und möglichst etwas *Höchstpersönliches*.⁵⁷ Dessen Verlust muss ihn schmerzen. Jeder Händler bietet deshalb auf dem zumeist überschaubaren Markt zumindest sein persönliches Ansehen „zur Sicherheit“ an, also seine persönliche soziale Kreditwürdigkeit.

Auf diese Weise stehen im vertraglichen Naturrecht zumindest die „*Naturrechtspersonen*“ für die Umsetzung der natürlichen *Vertragspflichten* ein. Diese Rechtsmenschen opfern dann vor allem ein bedeutendes *immaterielles* Pfand auf dem Altar des Rechts, indem sie ihre persönliche Ehre oder die Ehre ihrer *Rechtsfamilien* für die Einhaltung des Rechts bei den anderen Rechtsmenschen *hinterlegt* wissen. Der Mensch betreibt also eine *Rückbindung*, die ihn mit dem Eintritt einer bestimmten Bedingung mit der *Haftung* mit *dem Seinen* bedroht. Im selben Sinne kann er auch *zusätzlich* einen heiligen Eid schwören und sich dadurch mit dem Pfand der *Verdammnis* und Exkommunikation oder der zwingenden *Rache* seines Gottes oder seiner Ahnen belegen.⁵⁸

⁵⁷ Zum Staatsvertrag und der Idee der Verpfändung, mit der die Strafe zu begründen sei, dann später auch ausdrücklich: Beccaria, Cesare, Vom Verbrechen und Strafen, Hommel, Carl Ferdinand (Übers), 1966, § 1. Aber gegen die Todesstrafe spricht nach Beccaria, dass der Mensch der Gemeinschaft nicht das Kostbarste übertragen habe, sein Leben (§ 12); Grommes, Sabine, Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung, 2006, 84 f.

⁵⁸ Zur Erläuterung des Ausbruches von Kriegen aus dem Missverständnis und der falschen Erwartung, nicht mit andauerndem Widerstand rechnen zu müssen, und zur Bedeutung des verletzten Nationalstolzes vor dem Hintergrund der „Vernunft der Gefühle“: Weiler, Hans N. (Hrsg.), Europa Universität Viadrina Frankfurt (Oder) Universitätsschriften, Band 7: Antrittsvorlesungen I (Sommersemester 1994), 1995, 155 ff.; siehe überdies: Weiler, Hans N. (Hrsg.), On Love and Altruismen, Rationality and Society 3 (1991), 197 ff.; Grundlegend aus der Sicht der Sozioökonomie: Frank, Robert H., Passions within Reason. The Strategic Role of the Emotions, 1988, zudem: Bolle, Friedel, Emotionen und Vernunft- keine Gegensätze. Antrittsvorlesung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) am 14. Juni 1994, in: Weiler, Hans N. (Hrsg.), Europa Universität Viadrina Frankfurt (Oder) Universitätsschriften, Band 7: Antrittsvorlesungen I (Sommersemester 1994), 1995, 155 ff.; siehe auch Ridley, Matt, Die Biologie der Tugend. Warum es sich

531 Das weltliche Ansehen und der Kredit spielen eine bedeutende Rolle, und zwar bei allen *Dritten* und *Gleichen* (den Peers) und bei allen sichtbar *Wehrhaften*. Diese Peers stellen zudem eine Art der zivilen *Allgemeinheit* des *politischen Marktes* dar. Auch der *soziale Druck* einer solchen Art von Allgemeinheit (oder des *Marktes* der wehrhaften Geschäftspartner) trägt auch ohne religiöse Rückbindung bereits *hoheitliche* Züge. Selbst diese Gemeinschaft der Gleichen, sei es auf dem Thingplatz, dem Forum oder Markt, bildet eine eigene Art von *kollektiver Macht* aus. Auch insofern trägt das zivile Modell einen hoheitlichen Charakter in sich.

Dem entspricht auch die Art der Strafe. Die *Höchststrafe* bildet stets der im Zweifel *kollektive Ausschluss* aus der Gemeinschaft. Allerdings konnte man sich in die Gemeinschaft historisch betrachtet wieder über den Sühnevertrag, neue Bürgen und Reugelder einkaufen. Diese Art von Resozialisierung war also möglich.

532 7. Das Grundmodell der Vertragsstrafe beruht erkennbar auf der Idee des verfassungsnahen *Gesellschaftsvertrages*. Der ohnehin fiktive Gesellschaftsvertrag⁵⁹, der für Europa aus sozialrealer und historischer Sicht eher als nachträgliche rationale *Rechtfertigung* und geistige *Verfeinerung* einer gesellschaftlichen Entwicklung zu begreifen ist, beruht seinerseits ausdrücklich auf einer *vor-staatsrechtlichen* und lediglich *naturrechtlichen* Grundlage.

533 Dieser Gesellschaftsvertrag ist bei näherer Betrachtung auch nicht einmal im heutigen Sinne *zivilrechtlich* zu denken. Denn gemeint ist eine vorstaatliche absolute Freiheit, die dann im verfassungsrechtlichen Sinn zu einem wechselseitigen Freiheitsverzicht führt.⁶⁰ *Fichte*⁶¹

lohnt, gut zu sein, 1999, 189 ff., der ebenfalls die Ideen von Frank in sein vor allem zusammenfassendes soziobiologisches Weltbild der Gegenwart mit einbezieht.

⁵⁹ Zur Diskussion um die Fiktivität des Gesellschaftsvertrages ausführlich: Höffe, Otfried, Politische Gerechtigkeit. Grundlegungen einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987, 443; sowie Koriath, Heinz, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, 251; Raz, Joseph, On the Authority of Constitutions. Some Preliminaries, in: Alexander, Lawrence A. (Hrsg.), Constitutionalism. Philosophical Foundations, 1998, 152 ff., 162 f.: „So even if real consent is a source of authority, it is far from clear that hypothetical consent is. I know of no argument which it shows that it is“.

⁶⁰ Dazu aus der Sicht der deutschen Rechtstheorie: Hoerster, Detlef, Die Wirklichkeit der Freiheit, ARSP 75 (1989), 145 ff., mit dem Schlusssatz, 180: „Freiheit ist diskursiv einlösbar, indem jedes empirische Subjekt sich mit seinen Interessen und Bedürfnissen in einem bestehenden Normgefüge zur Geltung bringt. Auf der Basis so verstandener Freiheit können Normen intersubjektive Anerkennung finden“. Zudem: Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 223.

hat diese Sicht der Freiheit zum Beispiel bereits über das Naturrecht mit dem Recht verbunden. Art. 2 I GG beschreibt sie in vorzüglicher Weise. Danach ist die eigene (natürliche) Freiheit nur, aber immerhin erstens durch diejenige der anderen Gleichen und zweitens durch das hoheitlich-ewige Sittengesetz, also die sozialetischen Grundnormen der Verfassung begrenzt, vgl. Art 79 III i.V.m. Art. 1, 20 GG. Insofern entspricht die Idee des Gesellschaftsvertrages weit eher dem sozialrealen *Verfassungskonsens* des deutschen und der verschiedenen europäischen *Verfassungsgeber*, die sich in den Präambeln zu erkennen geben, als der Idee eines heutigen zivilrechtlichen Gesellschaftsvertrages.⁶² Umgekehrt aber haben die heutigen nationalen kontinentalen Verfassungsgeber für ihre Verfassungen das vor allem im 19. Jahrhundert entwickelte und zu Büchern ausgereifte staatlich-gesetzliche Zivil- und Strafrecht genutzt.

Bezogen auf das gegenwärtige *nationale Strafrecht* findet einerseits 534
inzwischen mit den Verfassungen und mit den europäischen Konventionen etc eine zusätzlich *ethische Aufladung* statt, die über die Grund- und Menschenrechte naturrechtliche Züge aufweist. Andererseits nötigt die Europäisierung auch zur offenen Rückbesinnung auf die *gemeinsamen* Wurzeln des Rechtsdenkens, und zwar damit nicht nur auf das römische Zivilrecht, sondern auch auf das mittelalterliche Gemisch von einem hoheitlich-religiösen Straf- und vertraglichen Sühnerecht und der späteren kaiserlichen peinlichen Gerichtsordnung von 1532.

Das derartige „natürliche“ doppelte Strafrecht mündet mit der Staatenbildung in die Idee des Gewaltmonopols ein. Zwar spricht man vom „staatlichen Strafanspruch“⁶³. Aber das Strafrecht bleibt dennoch weiterhin trennbar in den Staats- als Selbstschutz, den stellvertretend

⁶¹ Fichte, Johann Gottlieb, Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Immanuel Hermann (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre I (1971), 1922, 1 ff., 52.

⁶² Zur „geistigen Fortwirkung der Vertragstheorie im Sinne der „Verfassung als Vertrag zwischen Bürgern“: Di Fabio, Udo, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtslehre, 1998, 35 ff. Aber mutmaßlich gilt auch der umgekehrte Ansatz. Der Markt und der Vertrag beruhen auf einer vorstaatlichen Marktidee und enthalten insofern die ständige Konstitution eines Bundes und zumindest die Anerkennung der Marktregeln des Austausches. Kurz gefasst steckt in jedem Markt schon der Gedanke einer Verfassung. Dieser Gedanke wird dann noch aus der viel späteren Sicht des demokratischen Staates aufgegriffen und sublimiert.

⁶³ So zum Beispiel: BVerfG, 2 BvR 1119/05 vom 9.7.2009, Absatz-Nr. (1 - 52), Rn. 43.

zu gewährleistenden Schutz der Individualrechtsgüter und den Schutz von kollektiven Gemeinschaftswerten.⁶⁴

- 535 8. Für den Naturrechtler *Grotius* geht die *Strafkompetenz* des Staates nicht schlicht aus dem staatlichen Gewaltmonopol hervor. *Die Strafe begegne vielmehr dem Angriff auf die naturrechtliche Ordnung der Gemeinschaft schlechthin. Der Angreifer degeneriere, wie dies schon Cicero und Thomas von Aquin gelehrt hätten, zum wilden Tier, das mit seinem Angriff alle Rechte verloren habe und keine Nachsicht mehr verdiene.*⁶⁵

Dieses einfache Bild ist näher zu betrachten. *Grotius* begreift damit auf den ersten Blick als Menschen nur den *zivilisierten* oder vernünftigen Menschen. Also scheint er auch Menschen als *Unmenschen* oder auch als Untermenschen zu kennen. Aber mit diesem Vorwurf dürfte der liberale Ansatz verfälscht sein. Für jenen bildet der *Verdienst* den Mittelpunkt.

- 536 So steht der natürliche, jedoch unvernünftige Mensch für *Grotius* offenbar auf den zweiten Blick *nur* dem wilden, also dem *nicht domestizierten* Tiere gleich. Mit diesem alten Bild spricht er dann auch dem „wilden Menschen“ offenbar die *Grundfähigkeit* zu, entweder dem Haustiere gleich noch gezähmt zu werden oder sich freiwillig gezähmt zu zeigen und dann einem Oberherrn, wie dem Naturrecht, zu gehorchen. Der verwilderte Mensch hat zwar keine Nachsicht mehr „verdient“. Sie aber zum Beispiel dennoch zu gewähren, bleibt den Rechtstreuen nicht verboten, sondern bildet einen Teil ihres Rechts und den Ausdruck des Prinzips der angeblich willkürlichen, aber zu meist politischen *Gnade*.

⁶⁴ Siehe dazu: Weigend, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren; Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff., 191; zu Recht kritisch zum Begriff des staatlichen Strafanspruchs; von „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht deshalb auch Scheffler, Uwe, Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materielle rechtliche und strafprozessuale Rechtsfolgen, 1991, 141.

⁶⁵ Grotius, Hugo, De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzkel, Walter (Hrsg.) 1950, II, 20, § 3; Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), Souveränitätskonzeption. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert, 85 ff., 97; Cicero, Marcus Tullius, De officiis, Pflichtenlehre, in: Huchthausen, Liselot (Hrsg.), Dieter, Horst (Übers.), Cicero, Werke in drei Bänden, Band III, 1989, 167 ff., III, 21; vgl. auch III, 26. Zum Tiermodell als Teil der Beschreibung des Menschen siehe: Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 677 ff.

Die durchaus auch listenreiche Grundgewalt dieser *Raubmenschen* wird soweit möglich umgeformt. Sie wird durch die Gerechtigkeit zivilisiert und nur notfalls verbannt. Gejagt werden immer nur einige von ihnen und ihre rituelle öffentliche Hinrichtung dient vor allem der Bannung und wirkt als „heilige Gegengewalt“.

9. Der neue *Bürgermensch* ist dabei in der Regel über eine *Handlung* 537 definiert. Nach ihrem Wert oder Unwert ist er auch zu behandeln. Doch, weil und nur in dem Maße, in dem er sich als *Angreifer* verletzend und dabei *wild* verhält, kann er seine zivilen Vernunftrechte verlieren. Im Sinne von *Jakobs'* umstrittenen Begrifflichkeiten des *Feindstrafrechts* verliert der kriminelle Bürgermensch mit der Tat seine „Personalität“.⁶⁶ Diese an sich zivile Eigenschaft ist dabei vereinfacht als „bürgerliche Freiheit“ im Sinne von Art. 2 I GG und nicht als unantastbare Menschenwürde im Sinne des Art. 1 I GG zu begreifen. Insofern ist der Grundansatz von *Jakobs* dann auch bezüglich Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung verfassungskonform.⁶⁷

⁶⁶ Dazu auch: Scheffler, Uwe, Freund- Feindstrafrecht, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 123 ff. („Bürgerstrafrecht“ mit der Trennung von Freund- und Feindstrafrecht oder „Feindbekämpfung“ und „Bürgerstrafrecht“); 125 ff. (etwa bei Terrorismusbekämpfung und Abbau von Verteidigungsrechten), sowie: 126 (mit Ausrichtung auf den Begriff „Unschädlichmachung“, der aus der Logik der Gefahrenabwehr folgt). Grundlegend für die heftige deutsche Seite dieser strafrechtliche Diskussion: Jakobs, Günther, unter anderem in: „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, in: Hamburg Review of Social Sciences (HRSS; www.hamburg-review.com) 2004, 88 ff., 91: „Ein Individuum, das sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen lässt, kann der Segnungen des Begriffs der Person nicht teilhaftig werden“ — „Person [ist] nur, wer eine hinreichende kognitive Gewähr für personales Verhalten bietet“ — „Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat darf ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde. Es wäre also völlig falsch, das, was hier als Feindstrafrecht bezeichnet wurde, zu verteufeln ...“. Aber sobald Jakobs seinen Begriff vom „Individuum“ mit Mensch übersetzt und seine Begriff von der Person über die bürgerliche „Freiheit“ definiert ist zumindest grobe Gedanke der Strafe als Entzug der Personalität als bürgerlichen Freiheiten mit abgedeckt.

⁶⁷ Ähnlich für den Begriff der „Person“ im Grundansatz bei der Begründung der Sicherungsverwahrung: BVerfGE 109, 133, 135: „Das Grundgesetz hat die Spannung Individuum — Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und der Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten (...). BVerfGE 109, 133, 134 f. (als Folgerung: „Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt...“, und zwar auch durch strafende Eingriffe des Staates. Vor diesem Menschenbild ist die Sicherheitsverwahrung auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit mit dem Grundgesetz vereinbar“. Aus der Sicht der Soziologie zu „Individuum und Gemeinschaft als Pole von Sozialisationsprozessen“: Faulstich-Wieland, Hannelore, Individuum und Gesellschaft, Sozialisations-theorien und Sozialisationsforschung, 2000, 23 ff.; zum Individuum mit den Varianten: Person, Persönlichkeit, Selbst, Subjekt

Auch bleibt ein „wilder Mensch“, der als wehrhafter Freier im Sinne des *status naturalis* verstanden wird, stets zumindest ein „zivilisierbarer Mensch“. Er verfügt über das Potential, zivile Person zu sein. Auch die antiken und germanischen Sklaven konnten zu Freien erhoben und die freien Bürger konnten andernorts zu Kriegssklaven herabgestuft werden. Bezieht man diese Eigenschaft mit ein, so kann man sie als den liberalen Kern der „Menschenwürde“ begreifen

Ferner entspringen dieselben Gedanken der Eigenverantwortlichkeit, der persönlichen Haftung und der weitgehend freien Verfügung „über sich selbst“ diesem *liberalen* Grundansatz. Es ist derjenige des „Verdienstes von Strafe, der dann auch in der Vorstellung von der *Schuldangemessenheit* der Strafe einen Niederschlag findet.

- 538 Ein übernationaler Seitenblick vom gerechten Naturrecht des *Grotius* aus hin zum heutigen westlichen Strafen ergibt dann vielleicht folgendes:

Zunächst wäre der naturrechtliche Ansatz von den herkömmlichen, typischerweise *nationalen* Strafrechtssystemen der einzelnen Staaten auf die *überstaatliche* Ebene der heutigen *Menschenrechte* zu übertragen. Dessen gesetzliches *Forum* könnte dann für Europa die neue Grundrechtscharta oder aber zumindest die alte Europäische Menschenrechtskonvention mit ihrem eigenen Gerichtshof bilden. Dort angelangt, müsste dann die staatliche Freiheitsstrafe als die *Gefangenhaltung* eines Menschen in ähnlicher Weise letztlich der *natürlichen Vernunft* der *Menschenrechte* dienen und entsprechen. Die heutige Strafe wäre dann erneut auf dieser überstaatlich-ethischen Ebene und ebenfalls aus den Gründen der *natürlichen Vernunft* zu rechtfertigen.

Sie könnte dann aber entweder ebenso wie, oder besser wohl unmittelbar als eine Unterform des *gerechten Krieges* anzusehen sein. Wie ein *Kriegsakt* gegen eine *organisierte* Aggression müsste die nachträgliche Strafe wegen der Gewalttat von *einzelnen* Menschen als ethisch erlaubt und zudem geboten erscheinen. Der ausführende Nationalstaat müsste die Strafe dann *dementsprechend* jeweils zusätzlich über die *Menschenrechte* erklären und dazu auch formal *passende* Gesetze vorlegen.

Aus der Sicht eines solchen Naturrechts gedacht würde das nationale Strafrecht dann etwa der *Domestizierung* des wilden, aber nunmehr dennoch angeboren *würdigen* Menschen dienen, und zwar, wie aus der heutigen Sicht anzufügen ist, auch um seiner selbst willen, also auch gerade wegen seiner *Menschenwürde*. Am Ende müsste sogar die *Menschenwürdeidee* selbst die Strafe begründen. 539

Diese Übertragung des alten naturrechtlichen Ansatzes auf die menschenrechtliche Gegenwart erscheint zumindest als *schlüssig*. Aber sie offenbart auch ein ewiges Dilemma. Denn in die natürliche Vernunft oder auch in die Menschenwürde wird zunächst die vergeltende Gerechtigkeit *hineingelegt*, um sie dann wieder herausziehen und ihre Ausübung dem Staat zu übertragen. Die Gerechtigkeit selbst wird im Naturrecht, und zwar anders als bei *Aristoteles*, nicht mehr begründet. Die Nähe des Naturrechts der frühen Neuzeit zum entsprechenden *einfachen* unerforschlichen Gottesrecht erweist sich als offenkundig.

9. Die Zuspitzung zur These vom *gerechten Strafrecht*, das im *Naturrecht* als *Staatsrecht* auftritt, findet also in den Lehren von *Grotius* ihren deutlichen Niederschlag. Dazu verbindet es die *liberale* Idee der Vertragsstrafe mit der *Hoheit* der natürlichen Vernunft, hinter der die absolute Idee der Gerechtigkeit als Notrecht, also auch als ein höchstes *ethisches* Zwangsrecht, steht. Vernünftig erscheint es, diesen Gedanken jedenfalls als *einen* Grundansatz festzuhalten. Hoch vereinfacht entspringt er der Idee der Gleichheit. 540

III. Hoheitliches Recht bei Bodin und Hobbes

1. Auf Bodin (1529/30-1596) gehen die Idealisierung des absoluten hoheitlichen Staates und der Gedanke der Effektivität zurück. Bodin antwortet dabei seinerseits auf den unethischen, aber effektiven Naturalismus des Oberitalieners Machiavelli (1469-1527)⁶⁸, der noch den Stadtstaat im Blick hatte und den Krieg der Stadtfürsten untereinander als „politischen Imperativ“ ansah.⁶⁹ Sein machtpolitischer agierender 541

⁶⁸ Zur Bedeutung der politischen Schriften Machiavellis für den Frühabsolutismus: Stolleis, Michael, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, 1990, 23 ff., insbesondere zur prägenden Metapher von Löwe und Fuchs bei: Machiavelli, Niccolo, *Il Principe* (der Fürst), Merian-Genast, Ernst (Übrs.), Einleitung von Freyer, Hans, 1961, XIX.

⁶⁹ Münkler, Herfried, *Über den Krieg. Stationen der Kriegsgeschichte im Spiegel ihrer Reflexionen*, 2002, 34 ff. („Kriegsführung als politischer Imperativ“ und bereits schon die „Trennung von Innen und Außen“).

Fürst lebt in der ummauerten Handelsstadt. Er tritt als selbst politischer Händler sowie als Kriegs- und Schutzherr auf.

- 542 2. Bodin betrachtet vor allem Frankreich und ist für seine Zeit noch mit der Emanzipation vom Hochmittelalter beschäftigt. Bodin lebt in einem mehrheitlich katholischen Flächenstaat, der auch historisch betrachtet erst im Verein mit der Christianisierung der Franken entstanden ist. Diese alte politische Tradition wirkt in vielfältiger Form fort. So hat Frankreich die tolerante und puritanistische Klostermacht von Cluny hervorgebracht. Zudem hat es stets den schwachen Papst gegen den deutschen Kaiser gestützt. Andererseits konnte das Königtum in seinem Gebiet bereits um 1300 die wohlhabenden, an sich päpstlichen Mönchskrieger der Tempelritter enteignen:

Der König erwies sich als der Übervater, der die Macht der anderen aufstrebenden Fürsten zurückdrängte. Bodin begreift demgemäß den König als den zentralen Entscheider auf Erden. Den König sieht er als über das Gesetz gestellt und als Träger der gesamten, aber neutralen Macht („pouvoir neutre“) an. Dieser neue Überfürst soll als autonom auftreten und sich dadurch nach innen und nach außen als souverän erweisen.

- 543 Verpflichtet ist dieser Fürst aber dennoch: dem göttlichen Recht, dem Naturrecht, den allen Völkern gemeinsamen Gesetzen und somit auch den von ihm geschlossenen Verträgen.⁷⁰ Der Gedanke des weitgehend säkularen ethischen Minimums tritt also auch bei Bodin schon in Erscheinung. Aber dieses ethische Recht ist vom sonstigen hoheitlichen Recht abgetrennt und gilt vor allem nach außen. Der König, der als Verkörperung der souveränen Regierungsgewalt, als neutrale Friedensinstanz und damit zugleich auch als Garant gleicher Freiheit aller Bürger auftritt, verfügt über einen Anspruch gegen die Untertanen auf Gehorsam.⁷¹ Bodin entwickelt somit die Idee der Staatsräson für den

⁷⁰ Bodin, Jean, Sechs Bücher, *Les six livres de la republique*, 1583, Band 1 (Buch I-III) 1981, insbesondere Kap. 1, 98 ff., Kap. 8, 214 ff., zudem Kap. 4, 124. Kap. 8, 214. Er ist nicht an weltliche Gesetze gebunden, wohl aber an das göttliche Gebot, allerdings vor dem Hintergrund der religiösen Toleranz und Gewissensfreiheit, dazu aus kirchengeschichtlicher Sicht: Uhle, Arnd, *Staat-Kirche-Kultur*, 2004, 109, sowie: Randelzhofer, Albrecht, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *HdStR II*, 3. Aufl. 2004, § 17, Rn. 16.

⁷¹ Zu Bodin als Mitbegründer der Idee der Staatsräson und als eine Antwort auf den kalten Machiavellismus mit dem Kernbegriff der Souveränität: Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 1914 (Nachdruck 1976), 443; Meinecke, Friedrich, *Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, 2. Auflage 1925, 70 ff.;

Flächenstaat. Den Herrscher sieht Bodin selbst aber dennoch zwar einerseits an patriarchalisch-fürsorgerische Pflichten gebunden. Der Fürst hat aus seiner Sicht aber andererseits sowohl für die religiöse Toleranz als auch für die Sicherheit der Untertanen zu sorgen.

3. Mit der Religionsfreiheit, die die Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Bekenntnissen meint, eröffnet Bodin im Rückblick den Weg in den späteren laizistischen Staat. Denn seine Sicht erlaubt im ersten Schritt zumindest grundsätzlich die geistige Privatisierung der Religion, etwa in Form von frommen Glaubensgemeinschaften im heutigen US-amerikanischen Sinne. Die Idee der religiösen Toleranz bringt dem Menschen später den staatlich anerkannten Anspruch auf ein religiöses Gewissen und mithin auch seine, allerdings entpolitisierte, Würde als ein Glaubender.⁷² Auch Kants spätere strenge Trennung von der autonomen, weil nur den Menschen selbst bindenden höchstpersönlichen Moral und dem auch zweckhaften Recht der Obrigkeit zeichnet sich dabei ebenfalls schon ab. 544

Der ideale französische Staat bietet also im Sinne von Bodin das schützende Haus für dieselbe innere Freiheit als Toleranz, die schon das fromme Urchristentum gelebt hat. Der spätere aufgeklärte Absolutismus des weitgehend „französischen“ 18. Jahrhunderts und die atheistische französische Revolution erhalten beide mit der Forderung nach Religionsfreiheit ihre frühe säkulare Grundlegung.

4. Das infolgedessen fürsorgerische Strafrecht kann innerhalb des Staatsmodells nur eine Nebenrolle einnehmen und vor allem Charakter eines präventiven Sicherheits- oder eines Polizeirechts nach innen erhalten. In Frankreich und Italien wird das Strafrecht auch derzeit vielfach noch als „Sozialverteidigung“ gedeutet⁷³. Derart begründet ist 545

Randelzhofer, Albrecht, Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), HdStR II, 3. Aufl. 2004, § 17, Rn. 17 (zur Entwicklung der negativen Freiheit von fremder Herrschaft zur zusätzliche Freiheit als der Souveränität durch positive Herrschaftsrechte); Stolleis, Michael, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990, 23 ff.

⁷² Zur außerordentlichen Bedeutung der Religionsfreiheit, und zwar umgekehrt unter der Vorstellung von der „Menschenwürde als ideengeschichtliche Grundlegung der Idee der Religionsfreiheit“: Uhle, Arnd, Staat-Kirch-Kultur, 2004, 88 ff.

⁷³ Grundlegend: Ancel, Marc, Die neue Sozialverteidigung (La Défense sociale nouvelle, deutsch), Melzer, Michael (Übrs.) nach der 2. Aufl. 1966; 1970; siehe dazu insbes.: Schünemann, Bernd, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 ff., 153; siehe dazu: Kaufmann, Hilde, Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, in: Welzel, Hans/Conrad, Hermann/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Hilde

das Strafrecht weiterhin mit dem Kriegsrecht verwandt, und zwar im Sinne eines Bürgerkriegsrechts. Auch die heutigen deutschen generalpräventiven Thesen, dass das Strafen dem „Rechtsfrieden“ diene, weisen zumindest mittelbar in diese Richtung.⁷⁴ Die präventiven Maßregeln der zweiten Spur gemäß §§ 63 ff StGB, allen voran die Sicherungsverwahrung, greifen ebenfalls auf diesen schuldfreien polizeilichen Grundansatz zurück.

- 546 In einem puristischen, also absolutistischen, polizeilichen System findet zudem die Gewaltenteilung nach innen und analog zur Inquisition der katholischen Kirche nicht mehr statt. Das Wort Polizei beschreibt dann die allmächtige Exekutive, die für die Verwaltung und Sicherheit sorgt, die aber nicht willkürlich handelt, sondern sich effektiv für die Zwecke der neuen Großpolis, des Territorialstaats, einsetzt. Bodin hat dazu passend später auf der ökonomischen Ebene die Idee des hoheitlich-effektiven Merkantilismus entwickelt.

Bodins eigene Deutung liefert aber wegen der Idee der Toleranz noch nicht die schlüssige Begründung für den absolutistischen Staat. Dazu musste sich die Idee des Staates vielmehr unmittelbar aus der Natur heraus ergeben. Der (Sonnen-) König, also ein pharaonischer Mensch,

(Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 418 ff.; Schulz, Hansjürgen, Alternativen zum Schuldstrafrecht, Juristische Arbeitsblätter 1982, 518 ff.; zur Annäherung der romanischen Straffidee der Sozialverteidigung an das deutsche Schuldstrafrecht: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 66; Jescheck, Hans-Heinrich, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense Sociale, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/Herzberg, Rolf Dietrich/Geilen, Gerd/Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, 1985, 425 ff. Vgl. andererseits allerdings auch: Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, 28, 310 f.; sowie: Naucke, Wolfgang, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 3, Rn. 38 ff. Umfassender: Mir Puig, Santiago, Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in: Schünemann, Bernd/de Figueiredo Dias, Jorge (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposion für Claus Roxin, 1995, 35 ff., 38 ff.

⁷⁴ So etwa, und insofern folgerichtig aus der strafrechtswissenschaftlichen Sicht, und zwar utilitaristisch, Kargl, Walter, Friedenssicherung durch Strafrecht. Teleologische Strafrechtfertigung am Beispiel der Tötungsdelikte, ARSP 1996, 485 ff.: „Friedenssicherung durch Strafrecht“. Klassischer schon Freund, Georg, Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem; in Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtssystem - Strafausschluss - Strafverzicht - Strafklageverzicht, 1996, 43 ff., 55., der von „Rechtsfrieden“ spricht und damit den Übergang zum üblichen Begriff der Strafe zur „Bewahrung der Rechtsordnung“ anzeigt. Oder: Sternberg-Lieben, Detlev, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohler, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, 65 ff., 65: Aus dem Inbegriff allen staatlich gesetzten Rechts, den Bürgern ein friedliches, gesichertes Zusammenleben zu ermöglichen, erfahre auch das Strafrecht seine Legitimation. „Sein oberstes Ziel ist die Gewährleistung des Rechtsfriedens...“.

musste sich zum Inbegriff des Staates erheben. Später hatte sich der aufgeklärte Staat noch zu einer Art von objektivem System zu wandeln und die Staatsvernunft zu seinem eigenen Staatsleitbild zu erklären. Der Staat musste sich also gleichsam selbst verehren, um zum wirklich „absoluten Staat“ zu werden. Dass und in welcher Form ein solcher Vorgang möglich erscheint, belegt die durchaus analoge Idee der angeborenen Menschenwürde und die heutige westliche Heiligung der personalen Menschenrechte, die auch die Demokratie begründen. Die Idee der Volksherrschaft brauchte nur die frühstaatliche Herrscheridee der Majestät des Souveräns aufzugreifen und auf die neuen humanen Herrscher zu übertragen. Umgekehrt konnten die revolutionären Demokraten um 1800 nur dann als neue höchste Herrscher auftreten, wenn sie ihre absolute Würde und Rechte als angeboren begründeten. § 1 BGB, der zivile Rechte mit der Geburt entstehen lässt, ist noch heute ein Beleg dafür. Er bezeugt zugleich die heimliche Übermacht des Naturrechtsdenkens.

Die „gute policey“, die gute landesherrliche Politik meint und damit das effektive öffentliche Recht begründet, ist aber mit Bodin auf den Weg gebracht. Das deutsche verfassungsrechtliche Strafrecht kennt im Übrigen ebenfalls den Effektivitätsgedanken als Eigenwert an, und zwar als „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“. Ohne sie, so erklärt das Bundesverfassungsgericht, könne Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden.⁷⁵

5. Staatstheoretisch bedeutend, wenngleich mit weniger Wirkungen 547
auf seine eigene Zeit, erweist sich die zeitlich nachfolgende Deutung des *absoluten* Staates durch *Hobbes* (1588-1679).⁷⁶ Geprägt waren

⁷⁵ Zur „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, ohne die die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden könnte, als eigenständiges Verfassungsprinzip: BVerfGE 33, 367, 283; 44, 353, 374; 46, 214, 222; 74, 257, 262; Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. Beck'sche Kurzkommentare, Band, 47. Aufl. 2004, Einl., 18.

⁷⁶ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Fetscher, Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, etwa Kap. 13, 96, oder auch Kap. 14, 101: Motiv und Zweck, um deretwillen Rechtsverzicht und Rechtsübertragung eingeführt worden sind, nichts anderes als die Sicherheit der Person hinsichtlich ihres Lebens und der Mittel, das Leben so zu erhalten, dass man seiner nicht überdrüssig wird. Siehe auch: Strauss, Leo, *Naturrecht und Geschichte*, 1989, 189; Hüning, Dieter, *Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke*, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.), *Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, 2001; Albrecht, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *HdStR II*, 3. Aufl. 2004, § 17, 122. Ähnlich: Schmitt, Carl, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, 1938, Nachdruck 1982, 71 f.: „Der Staat macht ja gerade dem Bürgerkrieg ein Ende. Was dem Bürgerkrieg kein Ende macht, ist

seine Vorstellungen vermutlich vor allem durch die Revolutions- und Bürgerkriege in England.

Hobbes begründet den Staat bekanntlich vor allem über die Notlage des Bürgerkrieges. *Der Kampf aller gegen alle im Naturzustand der natürlichen Freiheit, also im status naturalis, nötigt zur Bildung des hoheitlichen Staates* und bringt dem Menschen die begrenzte bürgerliche Freiheit in der Form des *status civilis*. Sein Leviathan stellt dabei eine Art von „Oberwolf“ dar.⁷⁷

Die Idee der aggressiven *Tiernatur* von Menschen, auf die schon *Cicero* und *Thomas von Aquin* zurückgreifen, bleibt offenbar bestehen.⁷⁸ Nur wird die tierische Macht dem Einzelnen genommen und bei einem sterblichen Gott und in dessen Übermacht gebündelt.⁷⁹

- 548 6. *Hobbes* ersetzt damit die übernatürliche Metaphysik der gerechten beziehungsweise der fürstlichen Vernunft durch die natürliche *Physik* der Natur. Über sie entwickelt er ein scheinbar kirchenfernes neues, aber dennoch analoges heidnisches Überwesen. Mit ihm bedient er die nützliche englische Ablösung vom Katholizismus und seinem Klosterwesen ebenso wie den neuen revolutionären Staatspietismus. Sein Kernbild wirkt durchaus heidnisch. Die *wilde Wolfsnatur* des freien Menschen vermag nur der Staat, und auch nur analog zum *Seeungeheuer* des *Leviathan*, zu zähmen.⁸⁰ Das *realistische* Bild vom *Leviathan* erzwingt gleichsam einen irdischen Überherrn als Reiter im Range eines heiligen Georg.

kein Staat. Das eine schließt das andere aus“. Von „Oberwolf“ spricht Wesel, Uwe, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 3. Aufl. 2006, Rn. 249.

⁷⁷ Zur „natürlichen und bürgerlichen Freiheit“ bei *Hobbes*: Schapp, Jan, *Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 108 f. („Die natürliche Freiheit ist die Freiheit eines jeden, seine eigene Macht nach seinem Willen zur Erhaltung seiner eigenen Natur d.h. seines eigenen Lebens einzusehen und folglich alles zu tun, was er nach seinem eigenen Urteil und eigener Vernunft als das zu diesem Zweck geeignete Mittel aussieht.“); *Hobbes, Thomas, Leviathan*, Fetscher, Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, Die zivile Freiheit ist dann diejenige die das Gesetz dem Bürger lässt (*Leviathan*, 21. Kap., 164 ff.). Damit liege der Bürger an „künstlichen Ketten“ (*Leviathan*, 21. Kap., 164). Zu natürlicher Freiheit in Anlehnung an *Hobbes* auch: Schapp, Jan, *Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 152 ff., 184 („Legitimation über die Erhaltung des Lebens“).

⁷⁸ Zur fortbestehenden Bedeutung des *Hobbes'schen* Wolfes für die Zivilisationstheorie siehe zum Beispiel: Beckenbach, Niels, Editorial, in: Beckenbach, Niels (Hrsg.), *Wege zur Bürgergesellschaft, Gewalt und Zivilisation in Deutschland Mitte des 20. Jahrhunderts*, 2005, 11 ff.

⁷⁹ Ein Vergleich von *Hobbes*, und seiner Friedensgeschichte und mit der christlichen Heilsgeschichte: Schapp, Jan, *Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 99 ff.

⁸⁰ Als gottfeindliche Macht, Schlange oder Drache: *Bibel*, *Jesaja* 27, 1.

Aus religiöser Sicht betrachtet bedient sich *Hobbes* der Begründung des Staates mit der Furcht vor *apokalyptischen Zuständen*. Rational erscheint seine Sicht mit der Begründung über die Not bereits als ein zugleich *mechanistischer Ansatz*⁸¹. Sie erscheint insgesamt als Vorläufer *biologisch-darwinistischer* Vorstellungen. Die sich damals entwickelnden Aussichten einer *Seemacht* England, das mit den Normannen und den Angeln auch die alte heidnische Kultur der Wikinger nachhaltig in sich trug, scheint das Wort vom Meereswesen Leviathan ebenfalls zu assoziieren. Auch *Hume* (1711-1776) verwendet eine Generation später und für seinen ebenfalls empirischen Grundansatz noch dieses einfache, letztlich negative politische Doppelargument von *Krieg und Unordnung* für die Rechtfertigung des Staates.⁸² 549

7. Das Strafen bildet *Hobbes* zufolge ein *Zwangsritual*, das Furcht erzeugen soll und somit general- und individualpräventiv einzusetzen ist. Der passende Begriff lautet *terror poena*⁸³. Zudem ergibt sich die Strafe aber auch bei ihm über den ursprünglichen status naturalis und somit ebenfalls aus der Gerechtigkeitsidee⁸⁴. *Hobbes* verwendet insofern vor allem die Drohung mit dem *Unheil der Ungerechtigkeit*, die ohne die staatliche Strafe bestehen würde. Bildet der Staat den sterblichen Gott, so entspricht dann folgerichtig auch die konkrete Strafe der 550

⁸¹ Dazu auch: Schmitt, Carl, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 6. Aufl. 1993, 63 f., der Staat als die große Maschine, die „machina machinarum“; aber mit Blick auf Bodin, auch: ein technisch-neutraler Staat kann sowohl tolerant als auch intolerant sein, er bleibe in beiden Fällen neutral; Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 1. Aufl. 2004, 98

⁸² Zur alten Forderung nach Recht, um Ordnung zu schaffen, siehe: Hume, David, Treatise on Human Nature, Buch 3, 1740, Neudruck 1961, Buch 3, Teil II, Abschn. 6, Nr. 3 „Es liegt aber auf der Hand, daß dies eine unendliche Verwirrung in der menschlichen Gesellschaft hervorrufen und daß die Begehrlichkeit und Parteilichkeit der Menschen schnell Unordnung in die Welt bringen würde, wenn die Menschen nicht durch unbeugsame Gesetze in Schranken gehalten würden“; dazu auch: Schäfer, Helmut M., Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989, 64.

⁸³ Zu dem Begriff des „terror poena“, der wie derjenige, der Gewalt als potestas im Sinne einer sozial anerkannte Funktion besaß, und zwar aus dem Toleranz- und Gewaltkonzept des heiligen Augustinus und seiner Rezeption im Mittelalter und in der frühen Neuzeit: Schreiner, Klaus, „Duldsamkeit“ (tolerantia) oder „Schrecken“ (Terror). Reaktionsformen auf Abweichungen von der religiösen Norm, untersucht und dargestellt am Beispiel des augustinschen Toleranz- und Gewaltkonzeptes und dessen Rezeption im Mittelalter und der frühen Neuzeit, in: Simon, Dieter (Hrsg.), Religiöse Devianz, Untersuchungen zu sozialen, rechtlichen und theologischen Reaktionen auf religiöse Abweichungen im westlichen und östlichen Mittelalter, 1990, 159 ff., 159.

⁸⁴ Dazu: Schapp, Jan, Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts, 1994, 225 ff. hebt für seine Sicht von Moral (als Pflichtenlehre zur Achtung vor dem Recht) die Anmerkung von Hobbes, Thomas, Hobbes' Leviathan, Fetscher Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, Einleitung, 5 (dazu: Schapp, Jan, Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts, 1994, 94 f.) hervor, dass eine Reihe „natürlicher Strafen“ die Folge von Verletzungen natürlicher Gesetze sei, als Ausdruck „höherer Gerechtigkeit“.

Drohung mit der irdischen Hölle und ihrem reinigenden Fegefeuer schon auf Erden. Ziviler *Ungehorsam* ist nach *Hobbes* nur im Ausnahmefall der Todesgefahr oder schwerer Verletzungen sowie im Falle der Selbstverteidigung erlaubt. *Der Verurteilte brauche dem Recht nicht mehr zu gehorchen, was er im Übrigen mit seiner Verurteilung zum Tode auch ausdrückt würde*⁸⁵.

- 551 Aus diesem naturrechtlichen Grundansatz konnte der deutsche *Idealismus* deshalb später leicht die höchstpersönliche Moral des *Selbstzwanges* herausfiltern, sie *verinnerlichen*. Es galt insofern, den kleinen *inneren Leviathan* zu beherrschen. Die persönliche Schuldstrafe führte in ihrer idealen Form der Selbstbestrafung zu den gleichsam höllischen *Gewissensbissen*. Schwere ungesühnte Straftaten mussten am Ende die eigene Identität des Täters als moralisches Wesen zerstören.
- 552 Die Theorie des *psychischen Zwangs* durch das *Gesetz*, die *Feuerbach* zu Beginn des 19. Jahrhunderts im deutschen *Bayern* aufgestellt hat, spiegelt in diesen Ansatz ebenfalls wider. Sie lehnt sich an die zivilisierende Seite des naturrechtlichen *terror poena* an.⁸⁶ Dessen Urgrund bleibt aber auch aus der Sicht von *Hobbes* die übergeordnete Idee, *Frieden* zu erstreben und ihn durch die Drohung mit dem Unheil des Naturzustandes zu erzwingen.⁸⁷

⁸⁵ Hobbes, Thomas, *Hobbes' Leviathan*, Reprinted from the Edition of 1651, 1962, Chapter XIII, § 9, dazu: Gert, Bernard, „Obey the Law“ as a Moral Rule, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C., *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 11 (2003), 3 ff.

⁸⁶ Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revisionen der Fortschritte des Criminalrechts*, *Ergänzungsblätter zur Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung*, 1. Jahrgang, Band 1, 1801, Sp. 255 ff., 257, 258; Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1. Teil, 1799, 43 ff. Siehe auch: Hippel, Robert von, *Deutsches Strafrecht*, Band I, *Allgemeine Grundlagen*, 1925-1930, 248 f.; Naucke, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, 12 ff.; Schreiber, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, 1976, 103 f.; Regge, Jürgen, *Die Kriminalstrafe in den deutschen Rechten des 17. und 19. Jahrhunderts*. *Deutscher Generalbericht für die Tagung der Société Jean Bodin in Barcelona 1987 zum Thema „La Peine“*, in: *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bd. LVII, 1989, *Generalbericht* (C. 7), 227 ff., 236; sowie: Bohnert, Joachim, *Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, 1982, 11 ff.

⁸⁷ Ausführlich dazu: Kremkus, Andreas, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, 1999 (zugl. Diss., Frankfurt (Main), 1998), 59 ff., u.a. 62 ff., mit Bezug auf Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Fetscher, Irving (Hrsg.), 5. Aufl. 1992, 27. Kap.; siehe auch: Kodalle, Klaus Michael, *Thomas Hobbes – Logik der Herrschaft und Vernunft des Friedens*, 1972, 65. Vergeltung gilt im übrigen als unvernünftig, zwecklos und nutzlos, Kremkus, Andreas, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, 1999 (zugl. Diss., Frankfurt (Main), 1998), 82, unter Hinweis auf Hobbes, Thomas, *Dialog*

8. Hobbes' Drohung mit der Notlage und Bodins Lehre vom König, 553
 der über dem Recht steht, und auch sein staatlicher Merkantilismus
 lassen sich auch zusammenführen.⁸⁸ Im Hintergrund wirkt zudem
 Machiavellis Machtdenken fort. Hoch vereinfacht vermögen diese drei
 Lehren gemeinsam den reinen Absolutismus zu begründen. Über dem
 Recht steht danach die rational begründbare Politik des effektiven und
 wehrhaften Wirtschaftsstaates⁸⁹. Er zielt auf die Kolonisierung nach
 innen und nach außen und ist mit dieser Aufgabe in den Zeiten der
 großen Wirren und Umbrüche auch zufrieden. Auf dieser Ebene und
 mit dieser Zwecksetzung schuf sich überhaupt erst der monarchische
 Staat und rechtfertigte sein Gewaltmonopol. Absoluten Gehorsam er-
 zwingen vor allem der Krieg und das Chaos. Die Mahnung mit den
 Wirren des Krieges begründet grundsätzlich die *hoheitliche* Ausrich-
 tung der Führung einer Gesellschaft. In diesem Denken ordnet die zi-
 vile und irdische *Strafe* gegenüber Freien, Bürgern und Edlen sowie
 gegenüber dem gesamten neuen „Fußvolk“ lediglich die *Wirren*
 (guerre, war) des *Kleinkrieges*. Mit dieser Aufgabe rechtfertigt der
 Staat dann wiederum sein *Gewaltmonopol* nach innen.

Ferner muss der Staat sich selbst schützen. Positiv gefasst bilden heute 554
 die Gewährleistung der Menschenrechte und der Schutz universeller
 Rechtswerte genuine Teile der „Staatsraison“. Mit der *Demokratie*
 gehört zum Staatschutz der Schutz aller Demokraten. Mit der Idee des
Rechtstaates zählt schließlich auch der Rechtsstaatsschutz zum Staat-
 schutz.

Den Urgrund derartiger Gedanken bilden die Ideen der *Not* und der
Notwendigkeit und ihre effektive Bekämpfung. Der heutige Begriff
 der „Solidarität“ umfasst jedenfalls den Grundansatz von *Bodin*.

zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht, Willms, Ber-
 nard (Hrsg.), 1992, 162.

⁸⁸ Umfassend aus historischer Sicht: Hattenhauer, Hans, Europäische Rechtsgeschichte, 4.
 Aufl. 2004, Rn. 1217 – Rn. 1391. Er beginnt seine Einführung unmittelbar mit dem Satz
 von Descartes „cogito ergo sum“, Rn. 1217; zum englischen Weg des common law als
 Gerichtsrecht und zum Parlamentarismus: Rn. 1343 ff.

⁸⁹ Zur „Verselbständigung des Politischen im Staat“ durch Bodin und Hobbes: Di Fabio,
 Udo, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998, 16 ff.
 Bei ihnen stehen die Absolutheit der Macht und die natürliche Vernunft im Vordergrund.

IV. Zivilrecht bei Locke

- 555 1. An die Stelle der alten drei geschlossenen Binnenmeere, des Mittelmeers, des Schwarzen Meers und der Ostsee, die gerade noch die Hanse getragen hat, treten im 16. und 17. Jahrhundert der Atlantik und der Pazifik als neue *europäische Binnenmeere*. Die neuen Staaten sind wie in der Antike durch den *Fernhandel* und den Kampf um *Kolonien* bestimmt. Bürgerliche Handelshäuser und Handelsbanken regieren mit. Diese neue Welt dürfte die Staatslehre von *Locke* geprägt haben.

Locke (1632-1704) begründet in diesem Sinne und wirkungsmächtiger als *Hobbes* in seiner Zeit die *englische* Ausrichtung des politischen *Liberalismus*. *Locke`s* Staatslehre erläutert somit vor allem die Sicht der aufstrebenden *Regierungs- und Handelsstadt London* und deren politisches Umfeld. Diese aufblühende Stadt erweist sich schon damals als das Zentrum des englischen Staatsgebietes.

- 556 2. Den neuen protestantischen Menschen sieht *Locke* als: „mit einem Rechtsanspruch auf vollkommene Freiheit und uneingeschränkten Genuss aller Rechte und Privilegien des natürlichen Gesetzes, in Gleichheit mit jedem anderen Menschen oder jeder Anzahl von Menschen auf dieser Welt geboren“⁹⁰.

Dieser Rechtsanspruch, der bereits die allgemeinen *Menschenrechte* wiedergibt, wendet sich auf den zweiten Blick jedoch offenbar an einen Adressatenkreis von ähnlich souveränen staatlichen Rechtspersonen. Jedenfalls verlangt er zur Verwirklichung dieser Idee einen mächtigen Beschützer der menschlichen Rechte und Privilegien.

Den hohen Nutzen, den der Staat mit seinem Frieden bietet, bildet vor allem die Freiheit als äußere Freiheit des *Handels*. Sie erst gestattet den Genuss und schafft Privilegien. Der liberale Staat sichert danach also *nicht* vorrangig die innere Freiheit des persönlichen *Weltbildes* und bietet auch *nicht* in erster Linie die endgültige Befreiung von der *Not* des allgemeinen Kriegszustandes.

⁹⁰ Übersetzt und betont aus Sicht der Religionsfreiheit von: Uhle, Arnd, Staat-Kirche-Kultur, 2004, 111; Locke, John, The Second Treatise of Government, in: Two Treatises of Government, Laslett, Peter (Hrsg.), 1988, § 87, siehe auch: § 4.

Dementsprechend verfügt der Bürger sogar *weiterhin* über einen wichtigen und zudem humanen Naturzustand⁹¹. Denn aus ihm erst kann er seine Ansprüche ableiten. Ebenso besitzt er eine *persönliche Identität*. *Locke* erklärt, *der natürliche Grund für „Recht und Gerechtigkeit“ bezüglich „Belohnungen oder Strafe, Glück und Unglück“ ginge aus seiner persönlichen Identität hervor*⁹². Damit hat *Locke* zumindest den wichtigen Schritt zur *Rechtsperson* gesetzt und er geht von einer eigenen *Identität* des Menschen aus. 557

Ob *Locke* mit seiner Sicht die Idee der *unantastbaren* Menschenwürde als *Geistseele* mit erfasst, wie sie *Pufendorf* umschreibt, erscheint zumindest als offen. Sein liberales Hauptgewicht legt er jedenfalls auf die praktischen *Rechtsrollen*.⁹³ Auch aus dieser englischen Quelle kann dann später die bürgerliche Idee der *gesamten* zivilen *Rechts- als* *Freiheitsperson* des 19. Jahrhunderts erwachsen.

3. Für das Strafrecht betont *Locke* folgerichtig, dass der *ungerechte* 558 Gebrauch von Gewalt den Menschen in den *Kriegszustand* mit anderen versetzt.⁹⁴ *Locke* weiter: *Mit dem willentlichen Verstoß gegen die Bedingungen des Zusammenlebens, und zwar in Übereinstimmung sowohl mit der Forderung nach Selbsterhaltung als auch dem bonum*

⁹¹ Nach *Locke* untersteht der Mensch im Naturzustand ausschließlich dem Naturgesetz und der göttlichen Gerichtsbarkeit und im Zivilzustand zusätzlich der staatlichen Gesetzgebung und Justiz: dazu Brandt, Reinhard, „Personal Identity“ bei *Locke*, in: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan. C. (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, 45 ff., 56

⁹² „In this personal Identity is founded all the Right and Justice of Reward or Punishment, Happiness and Misery being that for which every one is concerned for himself no mattering what becomes of any Substance, not joined to, or affected with that consciousness“, *Locke*, John, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), Nidditch, Peter H. (Hrsg.), 1975, 341 ff., Essay II, 27, 18; dazu: Brandt, Reinhard, „Personal Identity“ bei *Locke*, in: Byrd, B. Sharon/Joerden, Jan. C. (Hrsg.), *Philosophia Practica Universalis*, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2006, 45 ff., 55. Brandt bezweifelt, dass es sich bei der Personal Identity bereits um eine eindeutige „Bewusstseinsleistung“ handle(58). Gemeint sei eine personalen Identität als „bundle of perceptions“, also „verinnerlichte Rollen“, die dann offenbar später in die verrechtlichte Personalität im Sinne der Rechtsperson übergehen.

⁹³ Zur „personal identity“ bei *John Locke* („Every Man being conscious to himself, That he thinks...“): *Locke*, John, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690); Nidditch, Peter H. (Hrsg.), 1975, 104, Essay II, 1.1.

⁹⁴ Siehe dazu ausführlicher: Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei *John Locke*, in: Peters, Martin/Schröder, Peter (Hrsg.). *Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. bis zum 20. Jahrhundert*, 2001 Albrecht, Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *HdStR* II, 3. Aufl. 2004, § 17, 85 ff., 107; Ashcraft, Richard, *Locke's State of Nature: Historical Fact or Moral Fiction?*, in: *American Political Science Review* 62 (1968), 902 ff., 904.; *Locke*, John, *The Second Treatise of Government*, in: *Two Treatises of Government*, Laslett, Peter, 1988, §§ 19, 181, 183.

commune, schließe sich der Gewalttäter selbst aus der Gemeinschaft der Menschen aus. Mit seinem Verstoß gegen das natürliche Gesetz gebe er zu erkennen, dass er nach anderen Regeln als denen der Vernunft leben wolle.

Damit nimmt *Locke* auf zudem *puritanischer* Grundlage einen streng liberalistischen Standpunkt ein. Die Freiheit eröffnet nicht nur subjektive oder individuelle oder eigene Rechte. Sie erlaubt auch, über den Rechtsstatus als solchen zu verfügen. Sein Ansatz verbindet die Vorstellung, dass der Mensch über sein Naturrecht, wenngleich als Unvernünftiger, aber so doch auch noch frei verfügen kann, mit der Idee des *Kriegszustandes* im Sinne eines auf bürgerliche Verteidigung ausgerichteten *Feindstrafrechts*⁹⁵.

Locke zudem stellt auf die Idee der *Gerechtigkeit* ab: Verhalte sich der *Souverän* unfair oder lade er ungerechte Belastungen auf, sei ziviler Ungehorsam erlaubt. Danach unterliegt der *Souverän* dem Grundgebot der Fairness. Er ist also in diesem Sinne kein absoluter, sondern eine gerechter und aufgeklärter Herrscher. Mit der Unterwerfung unter die „Rule of Law“ bindet sich der *Souverän* letztlich an eine bestimmte *Sozialethik*⁹⁶.

559 Nach *Locke*, und auch nach *Hobbes*, ergibt sich der *Gehorsam* aus dem *Konsens* und *Versprechen* zu gehorchen. Beide ergäben sie sich

⁹⁵ Siehe auch im Gegensatz zum humanen Bürgerstrafrecht: Jakobs, Günther, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person- Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in: Schönemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 793 ff., aufgegriffen zugleich mit Carl Schmitts Lehre vom Not- und Ausnahmezustand, von Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 1. Aufl. 2004, 126 ff., 315 ff. (der Täter sei der „Feind des Rechtsgutes“). Zur gegenwärtigen Vorstellung vom Schutz des an sich unmündigen Bürgers vor Feinden als Kritik am sich abzeichnenden „sozialen Interventionsstrafrecht“: Albrecht, Peter-Alexis, Das Strafrecht auf dem Wege vom liberalen zum sozialen Interventionsstrafrecht, KritV 1988, 182 ff., 202. Kritisch zur zutreffenden Folgerung der Feinde als „Unpersonen“ im deutschen Nationalsozialismus: Eser, Albin, Schlussbetrachtungen, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 437 ff., 445.

Zudem zur Gegenwart unter dem aussagekräftigen Titel Schneider, Hendrik von, „Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der „Bekämpfung“ der organisierten Kriminalität, ZStW 113 (2001), 499 ff. Auch das Naturrecht des 16. Jahrhunderts hatte mit den „Freien“ nicht nur einzelne Krieger oder „Räuber“, sondern deren organisierte Macht innerhalb von Familien oder auch Schutzverbänden im Blick.

⁹⁶ Dazu: Gert, Bernard, „Obey the Law“ as a Moral Rule, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C., Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 11 (2003), 3 ff.

aber ebenso erkennbar aus der *Not*, den *Sozialvertrag* zu gründen und aufrechterhalten zu müssen. Konsens und Versprechen entstehen nach *Hobbes* aus der drohenden Alternative des Chaos des Naturzustandes, sowie mit *Locke* zudem aus der Gefahr, ohne den Staat der Vorteile kooperativen fairen Handelns verlustig zu gehen.

Der Straftäter tritt danach mit seiner Tat zwar aus der Gemeinschaft der Vernünftigen aus. Aber ein freier, wenngleich unvernünftiger *Mensch* scheint er gleichwohl zu bleiben. Denn, so fürchtet *Locke* zudem, die Ausgeschlossenen könnten sich auch mit anderen verbünden,⁹⁷ weshalb sie nur im Notfalle ausgeschlossen werden sollten. Zum *Tier* jedenfalls degeneriert der Outlaw offenbar nicht. *Locke*'s Sozialvertrag enthält also schon deutlich *zivilrechtliche* Züge. Damit lässt seine Sicht auch die Frage zumindest offen, ob der Gewalttäter nicht *grundrechtsähnlich* wenigstens ein *potentieller* künftiger Rechtsgenosse verbleibt, wie es in vorstaatlicher Zeit auch der Händler und der freie Krieger für sich beanspruchen konnten.

Hatte *Grotius* noch das Völkerrecht dem natürlichen Strafrecht angepasst, so begreift *Locke* das staatliche Strafrecht über den Bürgerkrieg und den Gesellschaftsvertrag. *Locke*'s Rechtsmensch degeneriert als Straftäter auch nicht zum wilden Tier, sondern er *kündigt* gleichsam den Gesellschaftsvertrag, weil für ihn andere Regeln gelten. Dafür muss er mit den Folgen der Unnatürlichkeit und der Unvernunft, nämlich der *Rechtlosigkeit* bezüglich dieser Gesellschaft leben. Jedenfalls an diesem Prüfstein zeigen sich dann doch die Grenzen des Rechts. Der Wille des Menschen steht demnach über seinem Rechtsanspruch. Der Selbstausschluss gehört nach *Locke* sogar zum ständigen Alltag der Strafrechtspflege seiner Zeit. Die Würde des Menschen, suchte man sie etwa aus der Sicht von *Pufendorf*, bestünde dann vor allem im Element der *Entscheidungsfreiheit*. 560

⁹⁷ Zum zuspitzenden Freund-Feind-Denken im Jahre 1932, aus einer wertneutralen mechanischen Sicht: Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*, 3. Aufl. der Ausgabe von 1963, 1991, 31 ff., einerseits zum „inneren Feind“ (46), andererseits zur Trennung von Feinden im äußeren Bereich und Verbrechen inneren Bereich, Vorwort (11). Zum Ausblenden des Bürgers bei Carl Schmitt: Schmitt, Mathias, *Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts*. Entwurf und Entfaltung, 1965, 15 ff.; zugleich Dialog mit Leo Strauss: Meier, Heinrich, Carl Schmitt, Leo Strauss und „Der Begriff des Politischen“. Zu einem Dialog unter Abwesenden, 1998, 27. Aber auch Aponte, Alejandro, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 1. Aufl. 2004, 150 ff.: „Strafrecht als die Fortsetzung des Krieges mit anderen Mitteln“

- 561 5. Das Strafrecht gründet *Locke* offenbar auf das *Kriegsrecht* des *Freien*. Mit dieser Deutung nimmt er deshalb die *mittlere* Position zwischen den Grundansichten von *Grotius* und *Hobbes* ein. Bei ihm bestimmt und belegt das Strafrecht zudem die Art und die Reichweite der heutigen *Grundrechte*, und zwar soweit sie eingeschränkte *Freiheitsrechte* darstellen.

Auch den heutigen Begriff des *Rechtsstreits* zeigt diese Sicht an. Die vorstaatlichen Kriege erscheinen, sobald sie als *Reaktionen* auftreten, in diesem Sinne als *streitige Verfahren mit Strafcharakter*.⁹⁸

- 562 Die gegenwärtigen politischen Institutionen lassen sich zum Beispiel gut in diese Rollenbündel einpassen. Aus der heutigen *neoliberalen* und aus der *systemtheoretischen* Sicht sind Institutionen generell als aktive „Regelsysteme“ zu begreifen, die identifizierte *Kooperationsprobleme* lösen oder mildern,⁹⁹ um sich selbst zu erhalten oder wenigstens anzupassen.

Locke's Liberalismus begründet jedenfalls einen wichtigen Teil der westlichen Idee der *verrechtlichten Freiheiten* und des Rechtsstreites in *Rechtsrollen*. Sein Ansatz betont die Idee der „Freiheit“.

- 563 6. Aber die Grundidee bleibt diejenige des *Freien*, der sich sogar selbst aus der Gemeinschaft *ausschließen* kann. Ob dies aber geschieht, bestimmt die Gemeinschaft der Vernünftigen, und zwar nach ihrer Auslegung des Gemeinwohls. Dann wechselt de facto der freiwillige *Ausstieg* in die kollektive *Verbannung* über.

⁹⁸ Siehe: Trotha, Trutz von, Kriege der Niederlagen, in: Hitzler, Ronald/Reichert, Jo (Hrsg.) Irritierte Ordnung, Die gesellschaftliche Verarbeitung von Terror, 2003, 71 ff., zum „Spittler-Theorem“, der Vielzahl der Arten, Streit beizulegen und insbesondere zum Problem der in Betracht kommenden oder fehlenden Alternativen: 72; zum folgenden „Aufstieg des kleinen Krieges“: 78 ff.; Spittler, Gerd, Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1980, 4 ff. Er fügt an, die „Gewaltmonopolisten“ könnten, weil sie „von der Drohung der gewaltsamen Selbsthilfe“ entlastet seien, sich deshalb „mit ihren Rechtsstaaten“ oft „rüde gegenüber ihren Mitmenschen“ verhalten. Es entsteht also das noch anzusprechende Problem der Mitmenschlichkeit im Rechtsstaat.

⁹⁹ Zur Definition der Institutionen als „Regelsysteme“, die identifizierte Kooperationsprobleme lösen oder mildern, z.B. Keck, Otto, Der Beitrag rationaler Theorieansätze zur Analyse von Sicherheitsinstitutionen, in: Haftendorn, Helga/Keck, Otto (Hrsg.), Kooperation jenseits von Hegemonie und Bedrohung, Sicherheitsinstitutionen in den internationalen Beziehungen, 1997, 235 ff., 254.

Ansätze von Haftung des freien Täters für seine freien Taten¹⁰⁰ einerseits und hoheitliche Verantwortungszuschreibung andererseits vermischen sich. Das Recht der Freien kennt bereits in der germanischen Zeit die Aberkennung als *Verbannung* mit der Folge der Friedlosigkeit¹⁰¹. Sie meint die Durchtrennung aller rechtlichen Bindungen zum Ausgestoßenen. Sein Haus wurde verwüstet, seine Frau galt als Witwe, seine Kinder als Waisen. Niemand durfte ihn beherbergen. Jeder durfte ihn ohne weiteres töten. Friedlosigkeit war insbesondere die Antwort der Volksgerichte der Frühzeit auf das Nichterscheinen vor ihnen oder die Missachtung ihrer Sprüche¹⁰². Sie war insofern eine öffentliche Strafe. Allerdings erinnert *Weigend* zu Recht daran, dass der friedlos Gestellte sich durch Bußzahlungen vielfach „aus dem Walde“ habe zurückkaufen können.¹⁰³ Insoweit regiert, je nach dem

¹⁰⁰ Vielleicht sogar in germanischer Zeit zugespitzt zur Formel „Die Tat tötet den Mann“. Kritisch, unter anderem wegen der dürftigen Quellenlage, und gegen eine der Strafhaftung äquivalente Erfolgshaftung: Mikat, Paul, Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen, in: Welzel, Hans/Conrad, Hermann/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Hilde (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 9 ff. Siehe auch: Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, 1993, unter dem Stichwort „Schuldhaftung versus Erfolgshaftung“, 7 ff., insbes. 10, u. Hinw. darauf, dass die Erfolgshaftung eng mit der „Sippen- oder Stammeshaftung“ verbunden ist und dass sie deshalb nicht stets eine „Strafhaftung“ sei. Insofern handele es sich im Zivilrecht um die Gefährdungshaftung, ursprünglich vielfach die Störung einer sakralen Ordnung. Siehe zudem: Brunner, Heinrich, Über die absichtslose Missetat im altheutschen Strafrecht, Sitzungsbericht der Berliner Akademie, 1890, 487 ff., 488 ff.; Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1: Normen und Strafgesetze, 1872; Band 4: Die Fahrlässigkeit, 1919, 12 ff., 13.

¹⁰¹ Weigend, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren; Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff., 191; zu Recht kritisch zum Begriff des staatlichen Strafanpruchs, der generell von „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht, deshalb auch Scheffler, Uwe, Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materielle rechtliche und strafprozessuale Rechtsfolgen, 1991, 141., u. Hinw. auf die rechtsethnologischen Untersuchungen zu Fehde und Blutrache in primitiven Gesellschaften bei Heiderich, Barnim, Genese und Funktion der Rache. Gleichzeitig ein Beitrag zum Problem der Universalrechtsinstitute (Diss. Köln), 1972, insbes. 22 ff.; zur Rolle der Sippe bei der Fehdeführung: Wiebrock, Irene, Die Sippe bei den Germanen der Frühzeit bis zum Ausgang der Völkerwanderung, 1979, 79 ff.; sowie: Beyerle, Franz, Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang. Sühne, Rache und Preisgabe ihrer Beziehung zum Strafprozeß der Volksrechte, 1915, u.a. 205 ff.

¹⁰² Hippel, Robert von, Deutsches Strafrecht, Band I, Allgemeine Grundlagen, 1925-1930, 1971, 53, 105; Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1947, 3. Aufl. 1965, Nachdr. 1983, 30; Mitteis, Heinrich/Lieberich, Heinz, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., 1992, 41 f.; Brunner, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, 2. Aufl. 1906 (bearbeitet von C. v. Schwerin, 1928), 232 ff.

¹⁰³ Kroeschell, Karl, Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Hans Tiemitz zu seinem 80. Geburtstag, 1986, 3 ff., 11 ff.; Weigend, Thomas, Deliktsoffer und Strafverfahren; Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff., 32, Erl. 35, u. Hinw. auf Binding, Karl, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht, 1909, 31; Conrad, Hermann, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I. Frühzeit und Mittelalter, 1954, 2. Aufl. 1962, 51; Kaufmann, Ekkehard, Zur Lehre von der Friedlosigkeit im Germanischen Recht, in: Kleinheyer, Gerd/Mikat, Paul (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hermann Conrad zum 70. Geburtstag, 1979, 329 ff.

Hauptzweck, die privatrechtliche Sicht vor oder neben der hoheitlichen Ausrichtung mit. Allerdings agieren dann auch eher gesamte *Sippenverbände*. Auch insofern verbindet sich das reichs- und staatslose Strafrecht der Freien mit einer Art kleinem Völkerrecht.

- 564 *Seelmann* etwa legitimiert die Strafe im Grundansatz ähnlich, wenn gleich er auch auf das Modell des Verlustes der *Anerkennung* aus der Sicht *Hegels* abstellt.¹⁰⁴ Das Recht gilt danach, wie im Grundsatz bei jedem Modell, das auf den *Konsens* abstellt, als eine *Anerkennungsbeziehung*. Das Delikt führt aus dieser – *verobjektivierenden*, und *idealisierenden* Sicht – zu dessen Störung, und die Sanktion dient der Restauration der verletzten Rechts- und Freiheitsbeziehung.
- 565 Nach dem deutschen Schuldstrafrecht und den allgemeinen Menschenrechten gilt aber mehr. Selbst der Mehrfachmörder gilt noch, und unantastbar, als ein *würdiger Mensch*¹⁰⁵, also im Sinne des christlichen Kernsatzes von *Pufendorf*. Der Abgeurteilte verbleibt deshalb *innerhalb* der Gemeinschaft der Würdigen. Er erhält die Chance zur Schuldverarbeitung, muss jedoch weite Bereiche seiner Freiheit aufgeben, büßt also den Kern seiner zivilen Personalität ein, und zwar notfalls auch über eine Sicherungsverwahrung.

Wie auch immer, das *personale*, vor allem freiheitliche, aber auch solidarische *Demokratieprinzip* und die *objektive* Idee des *ethischen Rechtsstaates* gehören zusammen. Ihr *tertium comparationis* bildet die natürliche Vernunft, also eine Art von weltlichem „heiligen Geist“.

¹⁰⁴ Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 9, Rn. 49, in Anlehnung an Fichte, Johann Gottlieb, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Immanuel Herrmann (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre III, 1971, § 20: Sei der Verweigerer nicht „friedlos“ zu stellen, sondern über die Konstruktion eines „Abbüßungsvertrages“ zu erfassen. Insofern bleibt offenbar, wenn man den Kontext mitliest, (zurecht) der „Würde“-Kern des Menschen erhalten (dazu: Seelmann, Kurt, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 12, Rn. 1 ff.). Wohl noch zugespitzter als Aberkennung: Seelmann, Kurt, Hegels Straftheorie in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, JuS 1979, 687 ff., 688, derart zugespitzt auch bei: Koriath, Heinz, Zum Streit um die positive Generalprävention – Eine Skizze, in: Radtke, Henning/Müller, Egon/Britz, Guido/Koriath, Heinz/Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Heike Jung, 2004, 49 ff., 63, der selbst dahinter nur eine Chiffre für das Rachegefühl erblickt (64). Ähnlich: Pawlik, Michael, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004, 86, 88 ff.

¹⁰⁵ BVerfGE 115, 118, 152, sowie: BVerfGE 39, 1, 42; 72, 105, 115; 109, 279, 311. Zu Eingriffen in die Freiheit, siehe auch: BVerfGE 87, 209, 228; 96, 375, 399. Umfassend zur Menschenwürde: Albrecht, Peter-Alexis, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Laudatio für Burkhard Hirsch, 2006, 295, 297.

Jener erstrebt vor allem einen vernünftigen, vielleicht auch einen gesamtsystemischen „Ausgleich“.

V. Europäische Trinität, europäischer Menschenwürde-Monismus

1. Im *Einzelnen* lassen schließlich sich also drei Ausrichtungen des Naturrechts unterscheiden und in Bezug auf die Trinität von Freiheit, Gleichheit und Solidarität wie folgt reduzieren: 566

(1) So steht der Name von *Grotius* für ein insbesondere *gerechtes* und auch *strafrechtlich* ausgerichtetes Staatsverständnis. Ihn ihm regiert das Recht nach dem Modell des natürlichen Notwehrrechtes. Jenes beruht, ein wenig verkürzt auf der „Gleichheit und Gegenseitigkeit“.

(2) *Bodin* und *Hobbes* setzen auf die Not allein und deren *hoheitliche* Abwehr. Dabei befürwortet *Bodin* zudem den hoheitlichen *Merkantilismus* und verlangt auch religiöse Toleranz. Diese beiden Sichtweisen setzen auf den idealen König und den Zwang der Not. Sobald der Staat sich von der Religion löst, muss er dann aber auch die *Charitas* als „*Solidarität*“ übernehmen, oder aber sie starken privaten „Nicht-regierungsorganisationen“ überlassen.

(3) *Locke`s* Staat dient dem *nützlichen Handel* und sieht den natürlichen Menschen, den er in den Blick nimmt, als möglichen Partner. Er wählt den zivilrechtlichen Ansatz des alten römischen Streitrechts. Sein Ansatz begründet die verfasste *Freiheit*.

2. Diese Dreifaltigkeit lässt sich auch noch einmal anders fassen und mit drei Sanktionsarten verbinden: 567

Die – ethische – Gerechtigkeit: sie beruht auf dem Gedanken der Gleichheit und ist mit der Rechtsfolge von Tat-Schuld-Ausgleich zu verbinden, „um das Unrecht auszugleichen“ und dadurch den Rechtsfrieden wiederherzustellen.

Die – soziale – Notwendigkeit: sie lässt sich die auf die Idee der Solidarität zurückführen, und ist mit den Rechtselementen der Prävention, der sozialen Verteidigung, der sozialen Zurechnung und des Behandlungsvollzuges verknüpft.

Der – zivile – Vertrag: er entspringt der Freiheitsidee und geht mit der Folge von Haftung für „das Eigene“, einschließlich der eigenen Taten, einher, er löst die entsprechenden Garantien aus. Ferner spiegelt er sich in den Gedanken der Wiedergutmachung und dem Angebot von freiwilligen Resozialisierungsmaßnahmen, sowie auch in der fortbestehenden Rechtstellung des Strafgefangenen wider.

- 568 Jedes nationale Strafrecht umfasst alle drei Gesichtspunkte. Aber jede nationale Demokratie wird diese *drei Grundelemente* jeweils auf ihrer Weise, und nicht nur für das Strafrecht, mit einander *harmonisieren*. Hier greift der europapolitische Gedanke der Subsidiarität, und zwar auf der menschenrechtlichen Ebene.¹⁰⁶ Die Rechtssysteme von Deutschland, Frankreich und England stellen für Europa passender Weise jeweils drei nationale Grundmodelle zur Verfügung, Sie favorisieren dabei jeweils *eines* dieser drei Elemente. Die anderen beiden wirken dann vereinfacht als ein Zangenpaar von Korrektursystemen.¹⁰⁷ Von diesem groben nationalen Dreiklang dreier großer europäischer Rechtssysteme, der auch eine rechtskulturelle Konkurrenz beinhaltet, profitiert das gesamte übernationale Europa. Denn es erlaubt, nicht zuletzt, auch viele Arten von nationalen Varianten.
- 569 Die europäischen Präambeln belegen jedenfalls, dass diese Dreifaltigkeit als solche zumindest ein wesentliches Element des naturrechtlichen „Erbes“ der europäischen Völker bildet. Diese normative Trinität stellt dann drei der Säulen dar, auf denen das mächtige Dach der *westlichen Zivilisation* ruht, die auch auf den drei begrifflichen Tragpfeilern der „Demokratie“, der „Rechtsstaatlichkeit“ sowie die das „geistig-kulturelle Erbe“, das unter anderem auch die Tradition einer auch (selbstkritischen und offenen) „wissenschaftlichen Vernunft“ umfasst. Gefährdet ist diese Zivilisation durch jede unerträgliche und nicht mehr kontrollier- und ausgleichbare Wertverletzung als „Negation“ dieser sechs Elemente.

¹⁰⁶ Siehe dazu: Calliess, Christian, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?, JZ 2009, 113 ff., 119 ff. unter anderem zu Art. 53 Grundrechtscharta als Mindestschutzklausel.

¹⁰⁷ Montenbruck, Axel, Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, 2009, Rn. 1098.

3. Offen ist die Frage nach der Einordnung der Menschenwürde im Sinne des weltlichen Seelenmodells¹⁰⁸ von Pufendorf. Die heutige verrechtlichte Menschenwürde der Präambeln (dignity of man) hat in der langen Umbruchphase der westlichen Staaten vom Absolutismus bis hin zur vollen Demokratie und den Menschenrechten sicherlich auch noch die *absolutistische* Idee der Majestät des Herrschers mit in sich aufgenommen. Denn an dessen Stelle ist das Volk der Demokraten getreten. 570

Ebenso ergeben sich nicht nur die einzelnen Menschenrechte, etwa der Europäischen Grundrechtcharta, deren Gewährleistung der einzelne Mensch vom Staat verlangen kann, aus der Idee der Menschenwürde. Vielmehr bestimmen sie umgekehrt auch die allein kaum fassbare Idee von der Menschenwürde. Ihrem semireligiösen Absolutheitsanspruch gemäß bildet die „Seelen-Würde“ des Menschen, um im Bilde zu bleiben, den heiligen Altar, den dieser Tempel der Demokratie und der Menschenrechte umschließt. Insofern bietet die Idee von der Menschenwürde dann einen semireligiösen „monistischen“ Ansatz. Die Idee der Menschenwürde bietet den *allerhöchsten* Begriff.

Aber ebenso kann auch die Dreifaltigkeit von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ helfen, die vage Idee der Menschenwürde auszufüllen. Inhaltlich darf der Mensch herkömmlicherweise deshalb als würdig gelten, weil er als „homo sapiens“ mit der Grundfähigkeit zur „Vernunft“ ausgestattet und politisch zur „Autonomie“, also zur Selbstgesetzgebung, fähig ist oder zu sein scheint. Der Mensch kann sich aber, wie das Strafrecht belegt, auch gegen die Vorgaben seiner Vernunft entscheiden. Das westliche *Credos*¹⁰⁹ besteht deshalb zunächst einmal in der *Willensfreiheit*, aus der dann auch die rechtspolitische *Entscheidungsfreiheit* und auch die rechtliche *Eigenverantwortung* folgt. Damit bildet auf den ersten Blick vielleicht sogar die Idee von der Freiheit des Menschen die eigentliche Grundlage der westlichen Zivilisation. Aber Freiheit allein ist auf etwas bezogen und damit unvollkommen. „Freiheit wovon?“ lautet die Frage, die sich sofort stellt. „Freiheit vom absolutistischen Zwang der totalen Solidarität“ möchte man politisch und historisch antworten. Danach ist sofort aber die Frage nach der „Freiheit wozu?“ zu stellen und zu beantworten. 571

¹⁰⁸ Zur Vertiefung der Ableitung der Menschenwürde aus der alten Idee der Seele (Platon, Aristoteles, Thomas von Aquin), siehe: Montenbruck, Axel, Zivilreligion I, Grundlegung: Westlicher „demokratischer Präambel-Humanismus“ und universelle Trias „Natur, Seele und Vernunft“, 2. Aufl. 2010, Rn. 96 ff.

¹⁰⁹ Vgl.: Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, Rn. 55.

Die politische und historische Antwort darauf lautet, die Freiheit zur Ausbildung einer Demokratie der Gleichen (peers) und, wie anzufügen ist, auch der solidarischen Personen. Denn ohne steuerliche Tribute, ohne den Wehrdienst und ohne private „Charity“ ist auch im angloamerikanischen Sinne kein demokratischer Staat aufrechtzuerhalten. Am Ende findet also zwischen den Idee der Freiheit und der Solidarität ein „Ausgleich“ statt. Dessen Art und Umfang aber bestimmt der einzelne Freie, wengleich aber ebenfalls nur als Teil des Volkes der Freien und Gleichen.

- 572 Dieser freie Mensch verhält sich persönlich dann als „vernünftig“, wenn er für sich „selbst“ und in der Regel in jedem konkreten Fall „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ zu harmonisieren sucht. In der Gemeinschaft mit anderen freien, gleichen und solidarischen Menschen gilt er vor allem dann im Sinne einer demokratischen Sozialethik als vernünftig, wenn er seine soziale Binnenwelt mithilfe der entsprechenden drei Kategorien von „Gerechtigkeit, Notwendigkeit und Vertrag“ ordnet und von seinesgleichen verwalten lässt.

Wie auch immer gelesen, zur Idee der Freiheit treten also die Ideen von Gleichheit und Solidarität hinzu. Jede der westlichen Staatskulturen prägt innerhalb dessen noch einmal ihre Rechts- und Staatskulturen aus. Locke und Hobbes bilden die großen Ahnherren des *angloamerikanischen Systems*. Die Ideen von Bodin und Rousseau bestimmen das *französische System*. Grotius und Pufendorf könnten wir, sofern man sich beim Rückblick nicht auf den wirkungsmächtigeren deutschen Idealismus beschränkt und etwa bei Kant, Hegel und Fichte stehen bleibt, als die *Europäischen Vor-Väter der deutschen Rechts- und Staatskultur* verehren.

- 573 4. Jede nationale europäische Demokratie wird also, wie es auch die Präambeln der europäischen Konventionen belegen, für ihre Kultur alle *drei Grundelemente* aufgreifen. Jede Demokratie wird auch alle drei Sichtweisen einnehmen müssen,

- diejenige der überstaatliche Minimaethik,
- diejenige der praktisch-solidarischer Staatspolitik und
- diejenige der privaten Freiheitsrechte.

Jede, auch außereuropäische – demokratische – Gesellschaft wird 574 nicht nur ebenfalls die Elemente dieser weltlichen *Trinität* (und manches mehr) spiegeln. Jede Demokratie wird auch, und jeweils auf ihrer Weise ständig neu und zudem bei jedem parteipolitischen Machtwechsel, diese Grundsätzen im einzelnen neu gewichten, und zwar nicht nur für das Strafrecht. Die unvermeidlichen Brüche und die systemischen Antinomien, wie etwa der Wettkampf zwischen der kollektiver staatlicher Effektivität und individueller bürgerlicher Freiheit, werden jede Staatskultur soweit möglich und nötig, *harmonisieren*, und ansonsten schlicht aushalten.¹¹⁰ Hinsichtlich der kulturellen Unterschiede zwischen den einzelnen Nationalstaaten wirken sich dann die europapolitischen föderalen Grundgedanken der „Subsidiarität“ als politische Form der kulturellen Individualität aus.¹¹¹

¹¹⁰ Montenbruck, Axel, *Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur*, 2009, Rn. 1098.

¹¹¹ Siehe dazu: Calliess, Christian, *Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?*, JZ 2009, 113 ff., 119 ff. unter anderem zu Art. 53 Grundrechtscharta als Mindestschutzklausel.