

Axel Montenbruck

Schriftenreihe

**Zivilreligion. Eine Rechts-
als Kulturphilosophie**

Band II



veröffentlicht im Open Access der Freien Universität Berlin

ISBN 978-3-946234-50-0

und als limitierter Sonderdruck

Die vier Schriften der Reihe:

Zivilreligion I - Grundlegung

Demokratischer Präambel-Humanismus

**Westliche Zivilreligion und universelle Triade
„Natur, Seele und Vernunft“**

Zivilreligion II – Grundelemente

Zivile Versöhnung

**Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Ge-
ständnis, Gerechtigkeit und Humanität - aus
juristischen Perspektiven**

Zivilreligion III - Normativer Überbau

Weltliche Zivilreligion

Idee und Diskussion, Ethik und Recht

Zivilreligion IV - Ganzheitlicher Überbau

Mittelwelt und Drei-Drittel-Mensch

**Sozialreale Dehumanisierung und Zivilisierung
als synthetischer Pragmatismus**

Axel Montenbruck

Zivile Versöhnung

**Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und
Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität
aus juristischen Perspektiven**

**Schriftenreihe: Zivilreligion. Eine Rechts- als Kul-
turphilosophie. Zivilreligion. II - Grundelemente**

5. erweiterte Auflage, 2016



verlegt im Open Access der Freien Universität Berlin

ISBN 978-3-946234-50-0

und als limitierter Sonderdruck

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

Gewidmet meinen Kolleginnen und Kollegen am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität seit 1981, in Dankbarkeit für die gemeinsame Zeit.

Wir Menschen benötigen offenbar ein Selbst-, ein Gesellschafts- und ein Weltbild. Diese drei Ideensysteme stützen und bestimmen sich auch wechselseitig. Gemeinsam bilden sie zudem ein wolkiges Ganzes. Doch sie lassen uns auch und zumal in existentiellen Fragen an ihnen zweifeln. Dann suchen wir nach einer bestimmten Verankerung, und zwar erneut im Selbst, in der Gesellschaft, in der Welt oder auch im unfassbaren Ganzen, und sei es auch nur in der Art eines Treibankers. Die „Zivilreligion. Eine Rechts- als Kulturphilosophie“ beschreibt dazu den dreifaltigen westlichen Weg. Auch wenn diese Schriftenreihe somit etwas mehr umspannt als die Angebote von Recht und Kultur, so bilden diese deren Kern.

Die Reihe ist einerseits der einen Leitidee der „Zivilreligion“ gewidmet. Band I bietet die „Grundlegung“, Band II die „Grundelemente“, Band III den „normativen Überbau“, und Band IV fügt den dreifaltigen oder auch „ganzheitlichen Überbau“ hinzu. Die Reihe umfasst andererseits vier weitgehend selbständige Schriften, und zwar eine allgemeine westliche Philosophie, eine konkrete Rechtsphilosophie, eine vor allem deutsche Kulturphilosophie und eine ganzheitliche Anthropologie.

Zudem versuche ich mit jeweils drei Teilbüchern die unvermeidliche Vielfalt der Sichtweisen noch einmal zu untergliedern. Für diesen Band lauten deren Titel:

1. Teilbuch

Ziviles Recht: Versöhnung, Mediation und demokratischer Humanismus

2. Teilbuch

Humanes Strafrecht: Wesen, Geständnis und Versöhnung

3. Teilbuch

Gerechtes Recht: Gleichheit, Humanität und Sinn

Inhaltsverzeichnis

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	5
<i>Vorwort zur fünften, vierten und dritten Auflage</i>	11
<i>Vorwort (Auszüge) zur ersten Auflage, Leitgedanken</i>	14
1. Teilbuch	15
<i>Ziviles Recht: Versöhnung, Mediation und demokratischer Humanismus</i>	15
1. Kapitel	16
<i>Einleitung und Ausrichtung</i>	16
I. Hintergrund und Ziele	16
II. Diskursebene des westlichen „Volkes“	20
III. Vielfalt der juristischen Perspektive als Achteck, Methoden	28
2. Kapitel	37
<i>Versöhnung und Mediation</i>	37
I. Versöhnung aus rechtspolitischer Sicht	37
1. Versöhnung: Allgemeiner Wortsinn und typisches Umfeld.....	37
2. Versöhnung: ethisch, religiös und politisch.....	45
3. Versöhnung: psychoanalytisch und rechtsanthropologisch.....	51
4. These: Demokratische Zivilgesellschaft als Freiheits- und als Versöhnungsgesellschaft	62
5. Elemente und Bedeutung der Zivilgesellschaft	68
II. Versöhnung im Recht	77
1. Versöhnung als Verfahren, Vertrag als Gewaltverzicht und Kommunikation	77
2. „Zivile“ Rechtspraxis: Mediation und sonstige Streitbeendende Vereinbarungen	82
3. Drei Phasen der Rechtssuche.....	86
4. Modell der juristischen Mediation: rechtspsychologische Verhandlungsvermittlung	91
5. Konstruktion einer weltlichen Versöhnungsperson.....	94
3. Kapitel	102
<i>Würde und Ego, Konflikte und Recht</i>	102
I. Würde und Identität, evolutionäre Vernunft von Recht und Streitkultur	102
1. Menschenwürde, Neutralität und Beschuldigung.....	102
2. Identität und Ego, Streitökonomische Vernunft der blinden Gefühle	107

3.	Evolutionäre Rechtsbildung, Vernunft nicht tödlicher Wettbewerbskämpfe und das Kindchenschema	117
II.	Sonderfall der humanen Tötung	126
1.	Vermittlung bei Tötungen.....	126
2.	Alltagssicht auf Trauerarbeit	133
III.	Zwischenergebnis: Soziale Vernunft und Recht als Heilung.....	138
1.	Streitvermeidung: Vorbeugung, Vorleistung aus Vernunft.....	138
2.	Heilende Seite der Versöhnung	140
4. Kapitel		143
	<i>Ver-Sühnen von Personen: Spirituelles, Traditionelles und Zivilisatorisches</i>	143
I.	Buß- und Schuldseite der Versöhnung	143
1.	Sühne und Buße als „heilige Gewalt“	143
2.	Christliche Opfer, Schuld- und Sühnemodelle	144
3.	Sühneverträge im Mittelalter	151
4.	Schuld- und Schamgesellschaften, individuelles Gerechtigkeitsgefühl und kollektive Zuschreibung	152
II.	Freie Zivilperson und höchste Über-Ordnung.....	160
1.	Zivilperson in Antike, Mittelalter und Renaissance	160
2.	Über-Ordnung als Gottes-, Vernunft-, Rechts- und Freiheitsordnung	165
III.	Sonstige zivilisatorische Aspekte der Versöhnung	172
1.	Sprache: verräterische Vorsilbe „Ver-“	172
2.	Legitimation durch rituellen Zwang	173
3.	Einige Grundformen der Zivilisation.....	174
IV.	Demokrat, Verfassungsgesellschaft und Sühnepflicht	188
1.	Umriss der demokratischen Rechts-Person.....	188
2.	Außerrechtliche Ethik, Sittengesetz der Verfassung und Drittwirkung.....	190
3.	Westliches Menschenbild, offene Staatsgesellschaft.....	193
V.	Rückblick: Säkulare Elemente der Versöhnung.....	202
1.	Demokratisches Binnenmodell: Versöhnung als zivile Mediation.....	202
2.	Versöhnung als Übergang zum demokratischen Humanismus	203
2. Teilbuch		207
	<i>Humanes Strafrecht: Wesen, Geständnis und Versöhnung</i>	207
5. Kapitel		208
	<i>Strafe – Allgemeine Verortung</i>	208
I.	Idee, soziale Seite der Strafe und mutmaßliche biologische Herkunft	208
1.	Vorverständnis: Arbeitsthesen, Einbettung in Staat und Recht, Humanismus und Anthropologie.....	208
2.	Strafe: Allgemeiner Wortsinn, <i>Kant</i> und andere Annäherungen	215
3.	Rechtssoziologisch: Meiden und Ausschluss, rechtsanthropologische Strafrollen	224
II.	Arten der Strafe	233
1.	Privatstrafe und öffentliche Strafe	233
2.	Einzelne Arten der Strafe und der Strafenden	237

3. Idee der Freiheits- als Bürgerstrafe, Schuldspruch als demokratische Zuschreibung und objektive Zuständigkeit	238
6. Kapitel.....	250
<i>Eine Strafrechtsphilosophie.....</i>	250
I. Straftheoretische Definition der Strafe.....	250
1. Strafe als Übel und Leid, gerechte Reaktion auf eine Aktion.....	250
2. Strafprozess als Übel: Beschuldigtenstellung und anzurechnende Untersuchungshaft	254
3. Strafrechtsphilosophisches: Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit	256
4. Strafrechtsphilosophisches: Kultur der Willensfreiheit, Drei-Welten-Lehre und drei Strafbegründungen	268
II. Deutsche Strafrechtsphilosophie und Verfassungsrecht	272
1. Rationales und humanes Strafen.....	272
2. „Sinn und Zweck des Strafens“, Recht und Staat.....	279
3. Schuldgrundsatz und andere Elemente der deutschen Strafbegründung und Strafbemessung.....	285
4. Europäisches Verhältnismäßigkeitsprinzip und transnationale Vereinigungstheorie.....	293
5. Synoptische Zusammenfassung.....	301
7. Kapitel.....	305
<i>Humane Strafe und Strafwirklichkeit.....</i>	305
I. Deutsche Verfassungsstrafe: ethische „Menschenwürde“ und soziales „Menschenbild“	305
1. Unantastbare Menschenwürde, antastbare Freiheit	305
2. Menschenwürde-Strafrecht und Notwendigkeit einer Freiheitsoption	309
3. Sicherungsverwahrung: Sozialpflichtiges und personales „Menschenbild“	311
4. Deutsche Kernidee und Tradition des Humanismus.....	315
II. Strafwirklichkeit aus der Sicht der Rechtspolitik und der Kriminologie.....	317
1. Weitgehender Verzicht auf Freiheitsstrafe	317
2. Geldstrafe als Buße, Denkzettel und Vorstrafe	318
3. Private Vertrags-, Vereins- und Betriebsstrafen	319
4. Strafverzicht, selektives Strafen, egoistisches Anzeigeverhalten und Vorrang der Geldstrafe	320
5. Staatliche Strafe als Teil der Staatsgewalt, Rückblick	324
8. Kapitel.....	329
<i>Strafe – Versöhnungselemente und Verfassung</i>	329
I. Private Opferrechte, Strafe als Sühneopfer	329
1. Opferschutz außerhalb des Strafrechts	329
2. Freiheitsstrafe und Straftat als Rechts-, Freiheits und Identitätsopfer	333
3. Staatlicher und ziviler Strafanspruch.....	336
II. Geständnis als versöhnendes Strafopfer.....	338
1. Geständnis als Beichte in (semi-) religiöser Verwendung.....	338
2. Geständnis: als Beweismittel, als Selbstverurteilung und als Teil konsensualer Gerechtigkeit.....	344
3. Geständnis und seine mildernden Strafrechtsfolgen.....	354

4. Gründe der Strafmilderung und Elemente eines informellen Sühnevertrages.....	359
III. Geständnis, Vertrags- und Gerechtigkeitsidee	369
1. Formelle Vereinbarung, Schuldausgleich und Rechtsstaatsprinzip aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts	369
2. Freiwilliger Grundrechtsverzicht, gestaltbares Allgemeininteresse und minimalethische Gerechtigkeit	375
3. Integriertes Konsensverfahren und These vom ausgehandelten Sühne-Vertrag.....	383
IV. Thesen und Sonderregelungen: Hoheitliche Effektivität der Strafrechtspflege, privater Täter-Opfer-Ausgleich	387
1. Verfahrenseinstellungen und Kronzeugenregelung.....	387
2. Externer, aber anzurechnender Täter-Opfer-Ausgleich, strafprozessuale Opferrechte	391
3. Thesen: Versöhnen durch Strafrecht, Zweispurigkeit des deutschen Strafrechts, mit und ohne nachträglicher Unrechtseinsicht, dreifaltige Strafbegründung	395
9. Kapitel.....	402
<i>Strafrechtskulturen und Geständnis</i>	402
I. Rechtskulturelles zum strafenden Rechtsstaat	402
1. Deutscher Rechtsstaat, angloamerikanische Vertragsidee und französisches Solidaritätsdenken	402
2. Rechtsstaat und Gesetzesrecht, Gerichtsrecht, Vollstreckungsrecht	407
II. Rechtskulturen und Strafrecht.....	411
1. Rechtspolitisches: Westliche Demokratie und Strafrecht.....	411
2. Kulturvergleich: Humane Nächstenstrafe, Sozialverteidigung und Unschädlichmachung.....	413
3. Geständnis und drei Sub-Rechtskulturen: vermittelnder Konsens, ethisches Werturteil, politischer Gemeinwille.....	417
4. Rückblick und Schluss.....	419
3. Teilbuch	427
<i>Gerechtes Recht: Recht und Gleichheit, Humanität und Sinn.....</i>	427
10. Kapitel.....	428
<i>Gerechtigkeit – Grundverständnis und Umfeld.....</i>	428
I. Rechtsphilosophie und Recht.....	428
1. Grundverständnisse der Gerechtigkeit, stadantike Rechtsphilosophie und Rückbezug zum Höchsten	428
2. Heiliger Geist und höchstes System, konkrete Gerechtigkeit und Menschenrechte	435
3. Schwerstes Unrecht, Rechts- und Freiheitsstaat	443
4. Höchste Rechtsideen (Freiheitsverzicht und Gesellschaftsvertrag, Minimalethik und Toleranz)	448
II. Rechtstheorie und Gerechtigkeit.....	454
1. Soziales Recht, Gerechtigkeit als ein objektiv-natürliches Weltprinzip.....	454
2. Recht und Gerechtigkeit	462
3. Rechtstheorie als öffentlich-rechtliche Entscheidungstheorie	466

III. Einfache Definitionen von Gerechtigkeit.....	469
1. Dialektisches Gerade-Richten: Idee, Erfahrung und Ausgleich, eigene Handlung und fremde Verletzung	469
2. Dreistufige Gleichheit: philosophische Gerechtigkeit, ziviler Präambelwert, eigene Rechtsnorm	472
3. Zivile Kernformeln: die goldene Regel, eine silberne Norm und ein bronzenes Gebot	483
4. Dreifaltige Gerechtigkeit: individuelle, kollektive, fundamentale	493
11. Kapitel Gerechtigkeit – formaler Kern und Versuch einer Ordnung. 502	
I. Mehrschichtige rechtsphilosophische Gerechtigkeit	502
1. Uridee: Wertblinder Ausgleich, Rechte und Pflichten	502
2. Ergänzung der Tausch- durch die Zuteilungsgerechtigkeit	507
3. Ergänzung durch das Schädigungsverbot	513
4. Ergänzung durch die legale oder universale Gerechtigkeit	515
5. Fundamentale Kritik an der Strenge der Gerechtigkeit	521
6. Ergänzung durch Humanität (Gnade, Billigkeit, Barmherzigkeit, Vernunft, Liebe)	524
II. Rückblick und Ordnungsversuch der Gerechtigkeitselemente.....	529
1. Rückblick.....	529
2. Dreifaltige Gliederung der Gerechtigkeit	530
3. Geistiges Dach und rechtliche Realität: Humanismus und Verfassungen.....	533
12. Kapitel Gerechtigkeit – Strafe, Versöhnung und Sinn.....	535
I. Gerechtigkeit in Strafe und Versöhnung.....	535
1. Gerechte Strafe	535
2. Versöhnung und Gerechtigkeit im humanen Strafrecht	539
3. Schädigungsverbot und das Recht zur Not- und Gefahrenabwehr	541
4. Strafidée: „Aktion und unmittelbare Reaktion“ auch durch kommunikative Wiederbelebung der Tat	543
II. Zum Sinn von Gerechtigkeit.....	549
1. Einige Gerechtigkeitsphilosophien	549
2. Gerechtigkeitsphilosophien im Überblick	552
3. Blick auf Staats-Rechtsphilosophien	556
4. Rückblick.....	559
 <i>Namensverzeichnis.....</i>	 <i>564</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>578</i>

Vorwort zur fünften, vierten und dritten Auflage

Neu sind unter anderem einige Ausführungen zur Einwilligung als Grundrechtsverzicht, zum expressiven Charakter der Strafe, zum Verhältnismäßigkeitsprinzip, zur konkreten Gerechtigkeit und zu den natürlichen Elementen der Rechtsbildung. Auch habe ich die These vom zweispurigen deutschen Schuldstrafrecht, mit und ohne nachträglicher Unrechtseinsicht, noch klarer herausgestellt.

Insgesamt ist zudem Literatur nachgetragen. Sie dient vor allem für die ersten beiden Teilbücher dazu, den für das deutsche Rechtsdenken doch etwas ungewöhnlichen Ansatz der „Versöhnung“ wissenschaftlich noch besser einzubetten.

Ohnehin ist die Bedeutung der „Mediation“ im Anwachsen begriffen, vor allem im zivilen Recht, und das Strafrecht kennt schon lange den Täter-Opfer-Ausgleich und begünstigt das Geständnis. Aber im Wesentlichen ist der Text der vierten Auflage von 2013 unverändert geblieben.

Mit den folgenden Stichworten lässt sich schon einmal der grobe Rahmen abstecken.

Die Interpretationen von „Grundelementen der Zivilreligion“¹ stehen im Mittelpunkt der Untersuchung.

Dabei prägen zwar auch und vor allem die vielfältigen „juristischen Perspektiven“ das Herangehen. Aber als Diskussionsebene soll dennoch diejenige der vorrechtlichen Sichtweise des „Präambel-Humanismus“ dienen.

Aus semi-religiöser Sicht sorgt dazu die Idee der Versöhnung für den durchgehenden roten Faden.

Ethiker wiederum könnten insbesondere an der Deutung der Gerechtigkeit interessiert sein.

¹ Zu den Grundlagen der Idee einer gesamtwestlichen „Zivilreligion“ siehe Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015.

Die drei Begriffspaare, die der Titel ebenfalls angibt, regieren den Inhalt der drei Teilbücher und beschreiben die drei Ausrichtungen einer humanistischen Rechtsphilosophie, und zwar als

- eine humanistische „Zivilrechtsphilosophie“,
- eine humanistische „Strafrechtsphilosophie“ und
- eine „Grund- und Menschenrechtsethik“.

Die erweiterte *vierte* Auflage enthält die Untergliederung in Teilbücher, etwas neuere Literatur und einige neue Akzente. Zudem habe ich den Begriff des „Ver-Sühnens“ als Blickfang und Titel gewählt, um die alte Form und den mediativen Ursprung des Wortes „Versöhnen“² gleich zu Beginn herauszustellen.

Die *dritte* Auflage bietet insgesamt erheblich erweiterte Ausführungen, nachdem die zweite Edition nur wenige Ergänzungen enthielt. So ist sie um fast hundert Seiten angewachsen.

So wird zum Rechtsinstitut der „Mediation“, deren Art und deren wachsende Bedeutung auf die Definition der entsprechenden Europäischen Richtlinie verwiesen. Auch war die Idee der „Versöhnungsperson“ zusätzlich und unter anderem mit dem „Menschenbild der EU-Grundrechtecharta“ zu erläutern.

Das deutsche Strafprozessrecht enthält ferner jetzt auch eine Regelung der Rechtsfrieden stiftenden „Vereinbarung“, die üblicherweise zumindest mit einem Teilgeständnis des Angeklagten einhergeht. Zudem ist der deutsche Leitgedanke des Schuldprinzips im Lichte des *Bundesverfassungsgerichts* zu vertiefen. Ebenso war für das Verständnis des Strafens im weiteren Sinne auch die deutsche Sicherungsverwahrung noch einmal zu beleuchten.

Nicht zuletzt aber ist die Gelegenheit der Neuauflage zu nutzen, um die Frage nach der Idee der Gerechtigkeit noch einmal zu vertiefen.

² Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011, Versöhnung.

So ist die „Uridee des Ausgleichens“ noch deutlicher herauszustellen. Zu überlegen ist auch, ob der Gleichheit als dem systemischen Kern der Gerechtigkeit nicht strukturell die Rolle eines weltlichen „heiligen Geistes“ zukommt. Die Idee der Gerechtigkeit könnte insofern die Aufgabe wahrnehmen, Antagonismen zu überbrücken, etwa denjenigen von individueller Freiheit und kollektiver Solidarität. Ansonsten ist zu versuchen, die Mehrschichtigkeit der Idee der Gerechtigkeit noch schärfer herauszustellen.

Bei der Literaturverarbeitung und dem Lektorat der dritten Auflage hat mir vor allem und unermüdlich Frau Dipl. jur. *Diana Champarova* geholfen. In der Endphase der dritten Auflage und vor allem beim Lektorat und Layout der vierten und der fünften Edition haben mich Frau Ass. jur. *Susanne Dembour* und nunmehr auch Rechtsanwalt *Maximilian Montenbruck* tatkräftig unterstützt. Frau *Natalie Korth-Ndiaye* hat zudem wie schon früher und mit großer Fürsorge die Last des Schriftverkehrs übernommen, der mit einer Veröffentlichung im Open Access verbunden ist. Ihnen allen möchte ich von Herzen danken.

Aber auch in dieser Einzelschrift werden noch etliche Mängel unentdeckt geblieben sein. Für diese trage ich allein die Verantwortung. Über entsprechende Hinweise wie auch über sonstigen Anmerkungen oder gar Anregungen würde ich mich freuen.

Axel Montenbruck, Berlin im Dezember 2015

Vorwort (Auszüge) zur ersten Auflage, Leitgedanken

„Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit“ bilden drei Grundpfeiler des Christentums. Diese drei Ideen sind aus der Sicht eines westlichen säkularen Rechtssystems zu beleuchten. Besonders zu beachten ist dabei die Rechtspraxis. Die Juristen bemühen sich alltäglich um die Schaffung von Rechtsfrieden, indem sie auf allen Ebenen Angebote zur Vermittlung und zur Aushandlung von Konsenslösungen zur Verfügung stellen. Diese Mediationen im weiten Sinne, zumeist in der Form von „privaten Vergleichsverträgen“ jeglicher Art, bestimmen das zivilisierte Recht. Das geschriebene Recht regelt nur das „Worst-Case-Szenario“ und dient im Alltag als Drohkulisse. Private Sühneverträge, bei denen dann die Drohkulisse der privaten Vergeltung im Raume stand, kannte schon das Mittelalter. Ferner ist nachzufragen, was denn „Strafe“ in einem Verfassungsstaat meint und welche praktische Bedeutung dem Geständnis des Angeklagten zukommt. Außerdem ist zusammenzufassen, was unter „Gerechtigkeit“ generell zu verstehen ist und was Gerechtigkeit in einem westlichen System der Menschenrechte zu bedeuten hat. Das Ideenpaar der Versöhnung und der Vermittlung dient dabei durchgehend als roter Faden.

Die Schriften zur Zivilreligion ergänzen das etwas umfangreichere Buch, das den Titel „Zivilisation – Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur“ trägt und im Jahre 2009 im Open Access der Freien Universität Berlin veröffentlicht wurde. Jenes hat sich mit der Struktur der Zivilisation, und zwar vor allem, aber nicht ausschließlich der westlichen Zivilisation beschäftigt. Die Schrift zur Zivilisation war also eher formal ausgelegt. Nunmehr sind die inhaltlichen höchsten Leitideen des Westens aufzugreifen und auszudeuten.

Zu danken habe ich wieder denen, die seit Jahren schon die große Last der Literaturverarbeitung und der ständigen Korrekturen tragen, Herrn Dr. *Henning Loeck*, Herrn Dr. *Daniel Schubert*, Frau *Diana Champarova*, sowie und nicht zuletzt, Frau *Natalie Korth-Ndiaye*.

Axel Montenbruck, Berlin im Februar 2010

1. Teilbuch

Ziviles Recht: Versöhnung, Mediation und demokratischer Humanismus

1. Kapitel

Einleitung und Ausrichtung

I. Hintergrund und Ziele

1. Die öffentliche Ringvorlesung des Fachbereichs Geschichts- und Kulturwissenschaft der Freien Universität Berlin, die die Religionswissenschaftler und Ethiker *Bongardt* und *Wüstenberg* im Wintersemester 2008/9 veranstaltet haben, umfasste nicht nur zielgenau das Generalthema „Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit“. Eingefordert haben die Veranstalter dazu vom Verfasser auch die Betrachtung aus „juristischer Perspektive“.³

Die nachfolgende Abhandlung, die dieses überbreite Vortragsthema nunmehr angemessen zu vertiefen sucht, ist weiterhin auf diesen Empfängerhorizont ausgerichtet, der also Geschichte und Kultur mit dem Recht und die zivil-politische Seite der Versöhnungstheologie verbindet. Aus der vor-staatsrechtlichen Sicht richtet sich diese Schrift im selben Sinne vor allem an den (idealen) „Demokraten“.⁴

Die „juristische Perspektive“ einzunehmen, heißt dabei nur scheinbar, eine einseitig rechtlich eingefärbte Vorauswahl für die Sicht auf die Versöhnung, die Strafe und die Gerechtigkeit zu treffen. Für den Juristen umfasst seine Sichtweise vielmehr selbst schon ein Binnenpanorama von derart vielen juristischen Blickwinkeln, dass deren Gesamtheit ein Wort wie das vom „lebendigen Recht einer menschlichen Gemeinschaft“ nur andeuten kann. Zudem antworten das Recht und insbesondere das Strafrecht auf

³ Siehe den Sammelband: Bongardt/Wüstenberg, *Versöhnung*, 2010, und dort etwa: Bongardt, *Endstation*, 2010, 57 ff. sowie den Vortrag des Verfassers zum Generalthema mit dem Zusatz „aus juristischer Perspektive“: Montenbruck, *Versöhnung*, 2010, 99 ff.

⁴ Manches aus der Schrift Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, der „Grundlegung“, wird in Ansätzen noch einmal aufzugreifen sein und dann zumeist in ein anderes Licht gestellt werden können. Auch ein Teil der dortigen Fußnoten dient deshalb nachfolgend noch einmal sowohl zum Beleg als auch zur gelegentlichen Weiterführung dort nur angerissener Ansichten.

soziale und menschliche Urkonflikte. Worte wie Unrecht, Gewalt und Tod beschreiben typische Gegenstände des Rechtsdenkens und des Rechtstreites. Ferner ist jede heutige westliche⁵ Demokratie untrennbar mit der Idee des Rechts „Rule of Law“⁶ oder

⁵ Die Bezeichnung als westlich und nicht als universell ist einerseits der Realität geschuldet. Andererseits soll damit auch der Weg offengehalten werden, später einmal der westlichen Vorherrschaft des „Rechtsindividualismus“ die Vorherrschaft einer östlichen (oder auch afrikanischen) „solidarische Pflichtenlehre“ gegenüber zu stellen. Ein bloßer Vorrang als Leitmodell erlaubt dann auch, nachrangige, aber mutmaßlich notwendige gegenläufige „Sub- oder Gegenkulturen“ aufzuzeigen. Außerdem lassen sich die beiden Grundmodelle, die privaten Rechtsideen und die sozialen Pflichtenlehren, vielleicht auch in der Idee der formalen Gerechtigkeit, etwa in beiden Grundideen der Gerechtigkeit, der „iustitia commutativa“, der Tauschgerechtigkeit, und der „iustitia distributiva“, der Zuteilungsgerechtigkeit wiederfinden etc. Zum Streit um die Universalität der westlich-demokratischen Menschenrechte, etwa aus der Sicht des „Kulturrelativismus“, siehe: Kühne, Da., Kulturrelativismus, 2007 189 ff., 191 (zum Verbund der Menschenrechte mit dem Individualismus); zudem: Bielefeldt, Menschenrechte, 1999, 43 ff., 63 (zu kollektiven Kulturelementen der Menschenrechte, wie Ehe, Familie, Religionsgemeinschaften).

Zum Vergleich der „westlichen und ostasiatischen Rechtskultur“, siehe: Hilgendorf, Verrechtlichung, 2009, 187 ff., 187 ff. Zudem zur „Rechtsvergleichung als einer Kulturwissenschaft: Hotz, Gedanken, 2007, 201 ff., 206 (zu „hybriden Rechtsordnungen mit der Übernahme westlicher Kodifikationen wie der türkischen und der japanischen, letztere mit „autochonen japanischen Elementen, die aus dem chinesisch-konfuzianischen Denken stammen (jori = gesundes Rechtsverständnis; giri = Dankbarkeits- und Loyalitätsgefühl).“) Dabei dürfte das gesunde Rechtsverständnis eng mit dem Gedanken des harmonischen *Ausgleichens* verbunden sein und das giri dem westlichen Gedanken der *Solidarität* entsprechen. Auch bildet im Buddhismus und Hinduismus das *Dharma* einen zentralen Begriff, der neben der Ordnung unter anderem auch die moralisch-ethischen *Tugenden* wie Mitgefühl, Wahrhaftigkeit, Wohlwollen und Gewaltlosigkeit beinhaltet und sie auch vergeistigt.⁵

⁶ Vgl. etwa die *Präambel* der Europäischen Grundrechtecharta. Dazu ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 35 ff (1. Kap. II, "Bekenntnisse in den Präambeln der Verfassungen und Konventionen") Zur Diskussion der Idee des Präambel-Humanismus und zwar sowohl als nationale als auch und vor allem als gesamtwestliche Zivilreligion, siehe Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2013, 44 ff (2. Kap II), 2016 erscheint voraussichtlich eine:neue, erheblich erweiterte Auflage.

auch der Herrschaft des Rechts in der Form der Rechtsstaatlichkeit verbunden.⁷ Die alte Idee der Gerechtigkeit schließlich bildet zumindest den materiellen minimaethischen Verfassungskern des demokratischen Rechts und verbindet damit Recht und Ethik⁸ Als sozialreale Grundlagen dienen vor allem, wenngleich nicht ausschließlich, das deutsche Recht, seine moderate Praxis und einzelne Aspekte seiner Geschichte.

2. Die Ausrichtung der Untersuchung und damit ihre Ziele lassen sich in drei Fragen fassen, und damit auch in drei Teilbücher

⁷ So erläutert das deutsche Bundesverfassungsgericht mit vielen Selbstziten im Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, Abs.-Nr. 53 (Hervorhebungen nicht im Original) „Das *Rechtsstaatsprinzip* ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfGE 20, 323 <331>). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (BVerfGE 95, 96 <130>). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach *materieller Gerechtigkeit* (vgl. BVerfGE 7, 89 <92>; 7, 194 <196>; 45, 187 <246>; 74, 129 <152>; 122, 248 <272>) und schließt den Grundsatz der *Rechtsgleichheit* als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfGE 84, 90 <121>).“ - Siehe auch (zur provozierten Tat): 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, Beschluss vom 18. Dezember 2014, Abs. 32: „Das Rechtsstaatsprinzip, *das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält* (vgl. BVerfGE 7, 89 <92>; 74, 129 <152>; stRspr), fordert nicht nur eine *faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts*. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer *funktionstüchtigen Strafrechtspflege*, ohne die der *Gerechtigkeit* nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272>).

⁸ Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986, 33 ff. („*immer ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit*“); Alexy, Verteidigung, 1993, 85 ff., („Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs“), etwa 98. Siehe aus dem angloamerikanischen Kulturkreis: Hart, Concept, 1961, 181 ff. („*Minimum an Naturrecht*“); aus der Soziologie Wesche, Gegenseitigkeit, 2001, 44. Zudem: Lecheler, Unrecht, 1994, 8, der die Verbindung von der Radbruchschen Formel vom „unrichtigen Recht“ zu Art. 5 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 aufzeigt: „*Das Gesetz darf nur Handlungen verbieten, die der Gesellschaft schädlich sind*“. Zum „unrichtigen Recht“: Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff., 107.

gliedern, die wiederum etwa die drei großen Rechtsbereiche betreffen, das *zivile Recht*, das *Strafrecht* und das allgemeine *öffentliche Recht*.

(1) Was meint im „zivilen“ Alltag des Juristen das ethisch-christliche Wort von der „Versöhnung“?

(2) Was bedeutet dem Menschen im Groben „Strafe“ und inwieweit enthält die deutsche staatliche Strafe Elemente der Versöhnung?

(3) Was versteht die westliche Rechtsphilosophie als Hauptelemente der „Gerechtigkeit“, und inwieweit enthält die Idee der Gerechtigkeit Bestandteile der Versöhnung und zudem auch Elemente der Strafe?

“Versöhnung im Recht“ ist eine Wortpaarung, die dem deutschen Juristen nicht geläufig ist. Aber das Wort Versöhnen lässt sich möglicherweise von „Ver-Sühnen“ ableiten und erhält mit den Sühne-Verträgen dann auch eine rechtsgeschichtlich greifbare Wendung, die aus einer *vorstaatlichen* Zeit stammt.

Außerdem, so scheint es, und das ist auch die Arbeitsthese, könnte das Versöhnen im Recht vor allem fünf Gesichtspunkte umfassen:

den emotional aufgeladenen Konflikt zwischen verletzten Subjekten,

die Vermittlung, den Emotionsabbau und die Re-Zivilisierung durch neutrale Dritte,

den pragmatischen Teilverzicht und den Gewinn von Rechtsfrieden,

die Subjekt-Ideen der Menschenwürde und der freien Person als rechtlichen Kern der Humanität und

die Drohung mit der Alternative, und zwar mit der Unterwerfung unter ein langes und unberechenbares hoheitlich-schicksalhafter Zwangsverfahren einerseits mit einem andauernden Kleinkrieg andererseits.

II. Diskursebene des westlichen „Volkes“

1. Der Aspekt der „Vorstaatlichkeit“ lässt sich dann in denjenigen der „Außerstaatlichkeit“ transformieren. Er führt zur „Diskursebene“ der Demokratie, etwa so, wie er sich im Recht insbesondere in den Präambeln der Verfassungen widerspiegelt.

Einzunehmen ist die Sicht der „würdigen Menschen“ und „freien Personen“, die sich in den nationalen Verfassungen und den transnationalen Menschenrechtserklärungen selbst diesen Status bestätigt haben. Versöhnt werden Menschen oder auch Gruppen von Menschen, die wir als Subjekte, besser als „Selbst-Subjekte“ ansehen.

Trotz der „juristischen Perspektive“ kann es sich bei diesem Thema also nicht um einen rein fach- und rechtswissenschaftlichen Meinungsaustausch handeln. Auf dem Boden der „westlichen“⁹ Demokratien stellt vielmehr das „Volk“ diese Art von Fragen, und zwar nicht nur, aber immer auch an den Juristen. Die Juristen müssen sich in den Demokratien befähigen, den herrschenden Demokraten Antworten zu geben und sich damit einmal auch auf deren Ebene begeben.

Vor allem die Frage nach der Bedeutung von „Versöhnung“ wird der interessierte Demokrat wegen des Zusammenhanges mit Strafe und Gerechtigkeit gerade auch an den Juristen stellen. Aber zuvor wird das „Volk“ sich an diejenigen Fachleute richten, die die Versöhnung als Kernbegriff verstehen, die Theologen, die Psychologen und nicht zuletzt an die den Krieg und Konflikte

⁹ Zur immer noch aussagekräftigen, weil relativierenden älteren Idee „des Westens“ und zur Typologie der Kulturen in Anlehnung an Max Weber, siehe: Noguchi, Kampf, 2005, 62 ff. (die Kulturtypen: (1) die unausdifferenzierte Einheitlichkeit von Religion und Politik (China), (2) das beziehungslose Nebeneinander von Religion und Politik (Indien) und (3) die Welt als Spannungsverhältnis in Religion und Politik (Okzident)). Zur Spannungsidee auch: Gephart, Handeln, 1998, 142 („Danach liegt der Erklärungsmodus der Differenz zwischen okzidentaler und asiatischer Ästhetik in der spezifischen Spannung und Unversöhnlichkeit der Eigengesetzlichkeiten verschiedener Sphären, die gerade in vollständiger Isolation voneinander gedacht werden und deren Telos der ‚Rationalisierung‘, gerade für die ästhetische Sphäre, dann außerordentlich unklar bleibt.“).

erforschenden Politologen. Aber eben auch der Jurist, zum Beispiel als Rechtsanwalt, ist es gewohnt und ist dazu aufgefordert, seinen Mandanten in Fragen der Konfliktlösung zu beraten. Als Richter, als Gesetzgeber und als Vollstrecker von Normen ist er gehalten, Frieden zu stiften, dem Volk die rechten Antworten auf große Streitfragen zu geben und die legislativen Entscheidungen fair und human umzusetzen. Dazu wird er im Zweifel so verfahren, wie er es vor Gericht mit den Sachverständigen gewohnt ist. Zunächst muss er versuchen, deren ihm vielfach fachfremde Angebote zu verstehen und sie dann in seine Bewertungssysteme übertragen. Insofern verfügt der Jurist immerhin allgemein über ein alltagstaugliches Verfahren, dialogisch, kritisch und öffentlich auch mit wissenschaftlichen Sachverständigen umzugehen. Als Richter „im Namen des Volkes“ entscheiden zu können, heißt ferner sogar, sich unter anderem mit der rechtstheoretischen Frage nach dem Adressaten der Verfassung und demjenigen der sonstigen Bundesgesetze auseinander zu setzen.¹⁰ Im Übrigen bleibt es jedoch bei dem methodischen Dilemma einer jeden interdisziplinären Untersuchung, dass jeder Fachwissenschaftler in den übrigen Fachbereichen nur diletieren kann.¹¹ Zum Trilemma erweitert sich die Lage mit der methodischen Einsicht, dass ein bunter Sammelband zwar in der Regel die fachwissenschaftli-

¹⁰ Zum Adressatenproblem im Strafrecht und der Trennung zwischen der formalen (strafrechtlichen) Bestimmungsnorm und der dahinterstehenden (laienbezogenen) Bewertungsnorm: Krahl, Tatbestand, 1999, 92 f.; Montenbruck, In dubio, 1985, 45 ff. Aus strafrechtlicher Sicht zur Bedeutung der Bewertungsnorm: Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 10 Rn. 93; Schönke/Schröder, StGB, 2014, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 49.

¹¹ Zu den nicht nur methodischen Problemen des interdisziplinären Denkens: Hoebel, E. A., Anthropologie, 1983, 39 ff., 42; Gluckman, Systems, 1964, 17. Aus dem Blickwinkel der Wissenschaftstheorie und zudem selbstkritisch auf den eigenen interdisziplinären anthropologischen Ansatz bezogen, ist mit Hoebel festzuhalten: interdisziplinäres Arbeiten läuft Gefahr, die „Grenzen der Naivität“ zu überschreiten. Die Gefahren bestehen im Folgenden: (1) Abgrenzung des eigenen Forschungsbereichs; (2) Zusammenfassung der wertenden Ergebnisse anderer Wissenschaften; (3) Vereinfachung von Daten innerhalb eines fremden Forschungsbereichs; (4) Zusammenfassung von komplexen Tatsachen ohne eigene Analyse; (5) naive Aussagen über Gesichtspunkte der Wirklichkeit, die noch nicht untersucht wurden; (6) Nichtbeherrschung der Sprache und der Methoden der jeweiligen Binnenkulturen der einzelnen Wissenschaften.

chen Teilantworten viel besser aufzuzeigen vermag, dass er dafür aber keine geschlossene Gesamtschau der entsprechenden Fachvertreter anbieten kann. Doch eine solche „Gesamtbewertung“ vorzunehmen, wird von jedem einzelnen „Entscheider“ verlangt. Politik und Recht heißen die beiden Gebiete, in denen nach dem Diskurs in der Öffentlichkeit auch die Dezision (als Gesetz, Urteil oder Verwaltungsakt) zu treffen ist. Diese ist dann ihrerseits für alle Demokraten nachvollziehbar zu begründen.

Die Diskussionsebene beschreiben auch die folgenden Erwägungen: Die großen Religionen geben das Rahmenwerk für ganzheitliche und allerhöchste Antworten. Sie verlangen dafür allerdings den Glauben an einfache, fundamentalistische Dogmen. Solche absolut gesetzten Höchstideen kann offenbar auch der weltliche westliche Staat mit seiner eigenen verrechtlichten Zivilreligion, etwa der der Menschenrechte, zur Verfügung stellen. Für seine soziale Binnenwelt kann er dann erhoffen, sich die politische Beherrschung durch externe Religionen und deren Repräsentanten ersparen zu können. Dann allerdings müsste die Demokratie auch die Idee der Versöhnung zu verweltlichen suchen. Diese Frage wird zu verfolgen sein. Gelingt der Zivilgesellschaft dies, dann verinnerlicht sie allerdings „Grundelemente“ der Religion.¹² Für den Rechtsteil der Versöhnung und für seine Rituale ist dann, so lautet die weitere Arbeitsthese, die nachfolgend zu illustrieren ist, der Jurist als Rechtshüter zuständig. Einerseits tritt er vermutlich etwa als der demütige exekutive Diener und Vermittler auf. Andererseits gibt er sich mutmaßlich als der selbstbewusste irdische Repräsentant und der Erkennende für das jeweils gerechte Recht. In einer Demokratie muss jedenfalls jeder Bürger als Demokrat auch das Recht mitbeherrschen, im Einzelfall kontrollieren und

¹² Siehe aus der Sicht der deutschen Staats- und Verfassungsphilosophie und unter dem Titel: „Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, Dreier, H., Säkularisierung, 2013, unter anderem mit dieser Gedankenfolge: 1 ff.: *„Rückkehr der Religion“*, 25 ff.: *„Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates“*, 33 ff.: *„Ausklammerung der Wahrheitsfrage und „Privatisierung“ der Religion“*, 43 ff.: *„Sakrale Elemente im säkularen Staat?“* unter anderen *„Zur Prägekraft des christlichen Rechts-erbe“*; 79 ff.: *„Menschenwürde als Derivat des Christentums?“* sowie ebenfalls als Frage: 89 ff.: *„Zivilreligion als säkulares Glaubensbekenntnis?“* und 103 ff.: *„Sakralität der Person?“*, und abschließend: 112 ff.: *„Zur Dignität säkularer Ordnung“*.

es grundsätzlich auch als Rechtslaie mit ausüben können. Nötig ist dazu die ständige Reduktion der kaum vermeidbaren Komplexität des Rechts auf verfassungsnahe, allgemeinverständliche Rechts- und Gerechtigkeitsprinzipien. Zu diesen Aspekten ist vor allem in der ersten Hälfte der Untersuchung ein Beitrag zu leisten. Auch ist später noch einmal nachzusetzen. Drei religionsnahe Zentralbegriffe sind ohnehin herauszugreifen: „Versöhnung“, „Strafe“ und „Gerechtigkeit“.

2. Der Adressatenkreis der Demokraten besitzt zudem bekanntlich einen eigenen staatsrechtlichen Charakter. Der Demokrat verfügt über einen eigenen Rechtsanspruch auf eine ihm angemessene, überzeugende Art und Weise der Beantwortung seiner Grundfragen.¹³ Denn dadurch gewinnt der Einzelne die für ihn notwendigen verlässlichen Dispositionsgrundlagen.¹⁴ Dabei geht es dem Demokraten zunächst einmal nicht um besondere Meinungsvielfalt, sondern vor allem um den gegenwärtigen „Konsens“ und zugleich auch um das faire und öffentliche „Verfahren“, in dem der Konsens geschaffen und erhalten wird. *Canaris* etwa sieht in „Konsens und Verfahren“ zu Recht Grundelemente der europäischen Rechtskultur.¹⁵

Dabei spiegelt sich die Art und Weise der Konsensfindung in den Hauptverhandlungen und den schriftlichen Urteilen der Gerichte, die entweder „Im Namen des Volkes“ Recht sprechen oder an denen Mitglieder aus dem Volke als „Jury“ und als Laienrichter unmittelbar an der Rechtsprechung teilnehmen. So schreiben der *Europäische Gerichtshof* der Union und der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* das „Recht auf Begründung“ fest und verlangen auch die Auseinandersetzung mit den wesentli-

¹³ Dazu auch: Ottmann, Platon, 2005, 7. Er erklärt: „Auf politisches Denken gibt es kein Monopolanspruch eines Faches. Man muss es nehmen, wo immer man es findet. Und politisch denken kann jeder, gleichgültig, ob er Wissenschaftler oder Bürger ist“.

¹⁴ BVerfGE 13, 261 ff., 271; 57, 361 ff., 392 f.; 59, 128 ff., 164.

¹⁵ Canaris, Konsens, JuS 1996, 573 ff., 578, zudem im Hinblick auf die Eumeniden des Aischylos, 576: „*Triumph des Verfahrens – Verzicht auf Rache als Grundprinzip*“.

chen Argumenten. Ein Urteil dürfe nicht mit einem Orakelspruch enden.¹⁶

An wen richten sich also die „Versöhnung“, die „Strafe“ und die „Gerechtigkeit“, wenn von einem demokratischen Volk zu sprechen ist? Das Volk besteht aus „Bürgern“ und „Mitmenschen“, und zwar im Sinne des bürgerlichen Rechts der nationalen Grundrechte, der europäischen Menschenrechtskonvention, der neuen Charta der Grundrechte der Europäischen Union von 2009 sowie der universellen Menschenrechtserklärungen. Insofern handelt es sich zunächst um das Denken innerhalb des westlichen politischen Systems.

Derrida spricht insofern zu Recht vom 20. Jahrhundert als dem „Jahrhundert der Vergebung“ und fügt als Untertitel an: „*Verzeihen ohne Macht: unbedingt und jenseits der Souveränität.*“¹⁷ Dort, wo viel Unrecht geschieht, ist viel Raum für Vergebung, will man nicht Vergeltung folgen lassen oder hält man ein erzwungenes Vergessen für inhuman. Organisiertes (staatliches) Unrecht verlangt in den nachfolgenden Demokratien dann nach organisierter ziviler Vergebung. Was für den Staat zutrifft, das gilt in den Demokratien, aber auch erst recht für das Verhältnis zwischen den Souveränen, den Demokraten selbst.

3. An dieser Stelle ist nachzufassen: Die staatsrechtlichen Bürger- und Menschenrechte sind, sobald man sie auf einen einzigen Grundbegriff verdichtet, auf die Freiheit ausgerichtet. Die Freiheit meint dann positiv die Freiheit zum Handeln und deren Schutz durch den Staat, Art. 2 I Grundgesetz (GG). Sobald aber ein Staat besteht, sorgt sich der Staatsmensch auch vor dem Missbrauch der Staatsgewalt durch den Staat. Das bürgerliche Selbstbild lässt sich deshalb für die westliche Welt zunächst negativ und insofern also auch bereits mit dem Strafrecht kennzeichnen. Den Kern der gegenwärtigen staatlichen Gewalt stellen Zwangsmaßnahmen gegen einen Menschen dar. In Friedenszeiten sind es vor allem die Untersuchungshaft und die staatliche

¹⁶ Müller / Christensen, *Methodik II*, 2007, Rn. 710 (mit weiteren Nachweisen); EuGH Sammlung 1991, S. I – 5469 ff (Technische Universität); EGMR in: NJW 1999, 2429.

¹⁷ Derrida, *Jahrhundert, Lettre International*, 2000, 1 ff., 1 ff.

Freiheitsstrafe als Strafgefängenschaft.¹⁸ Dieser Gewaltakt ist insbesondere auf die besondere Fortbewegungsfreiheit gerichtet, die Leben und Gesundheit bereits miterfasst. Schon die englische Habeas Corpus Akte von 1679 sichert diese Art der *negativen Freiheit* ebenso ab wie Art. 2 II, Art. 104 GG und Art. 2 II der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Willkürliche ungerechte Untersuchungshaft und ungerechte Strafen verbreiten die größte Furcht in Friedenszeiten.

Damit bestimmt hoch vereinfacht also umgekehrt und aus objektiver Sicht das Naturrecht als ideales „gerechtes Recht“ der Freien die Grundlagen des gerechten Staates¹⁹ und der freien Bürger in ihren Demokratien.²⁰

4. Aus der Sicht des deutschen Staatsrechts heißt es zudem für die subjektiv-emotionale Seite gelegentlich treffend, die Demokraten verfügten über eine verinnerlichte Wertung im Sinne eines Rechtsgefühls.²¹ Aus der Sicht des Rechts verwendet das „Volk“ damit diejenige Bürgersicht auf das Recht, die zum Beispiel im deutschen Schuldstrafrecht etwa als Unrechtsbewusstsein mit der Formel von der „*Parallelwertung in der Laiensphäre*“ gefordert

¹⁸ Aus der Sicht des deutschen Strafverfahrensrechts, das als *Seismograph* der Verfassung gilt: BGHSt 50, 40 ff., 64; siehe auch: Meyer-Goßner, StPO, 2015, Einl., Rn. 119 f.

¹⁹ Zur „Ko-Evolution von Staat und Recht“: Di Fabio, *Recht*, 1998, 34; zur Abhängigkeit des Staates vom Recht: 37; zu Politik und Recht in „struktureller Koppelung“: 38 ff. Aus der Sicht des Staatsrechts zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen der Menschenrechte: Starck, *Grundlagen*, 2004, 556 ff. (zur spanischen Scholastik, zu Suarez als Vorgänger von Grotius, zu Francisco de Vitoria und Ockham).

²⁰ Zu einer Definition des Staates aus staatsrechtlicher Sicht „in den Zeiten der Europäischen Union“, siehe etwa: Starck, *Staatslehre*, 2005, 711 ff., 712 abgeleitet von Bodin, mit Begriffen wie (1) „*res publica*“, „*gubernatio*“ als Steuerung, (2) „*potestas*“ als Herrschaftsmacht und (3) „*legitima*“ als am Recht ausgerichtet.

²¹ Zum „Rechtsgefühl“ als ethische Kategorie, insbesondere als Wertefahrung und als Grundlage eines Konsenses: Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 2011, 106 ff. (zur „Wertefahrung“ als solcher), 109 ff. (zum Wertempfinden unter anderem als „materiale Wertethik“), sowie 112 ff. zum „Konsens“ (als „Konsens von Gerechtigkeitseinsichten“), 121 ff. (zu den „herrschenden Gerechtigkeitseinstellungen“, als Ethos eines Kulturkreises und zu den Grenzen des kulturellen Spielraums durch die „biologischen Programme“).

wird und die dort vonnöten ist, um einem Täter seine Unrechtstat auch tatsächlich vorwerfen zu können (vgl. § 17 StGB).

Die westlichen „Staaten“ selbst sehen sich als kollektive Einheit. Überdies blicken sie über die Demokratien hinaus. So verstehen sie sich mit allen Staaten in einer weltweiten „Staatengemeinschaft“²², die insbesondere das Völkerrecht zusammenbindet,²³ so dass die Kernidee des westlichen Staates „an sich“ noch einmal weit über diejenige des demokratischen Staates im deutschen Sinne hinausreicht.

Mit den Worten seines *Bundesverfassungsgerichts* versteht sich der deutsche Bundesstaat folgendermaßen, und zugleich verknüpft es mit dieser Sicht eine bedeutende Entscheidung, die die Freiheit der Menschen betrifft:

„Das Grundgesetz geht nämlich von der Eingliederung des von ihm verfassten Staates in die Völkerrechtsordnung der Staatengemeinschaft aus (vgl. Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 23 bis 26 GG und Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Oktober 2004). Es gebietet damit zugleich, insbesondere im Rechtshilfeverkehr, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und Anschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen.

Soll der in gegenseitigem Interesse bestehende zwischenstaatliche Auslieferungsverkehr erhalten und durch die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung unantastbar bleiben, so dürfen die Gerichte nur die Verletzung der unabdingbaren

²² BVerfGE 113, 154 ff., 162 f. In der Präambel, auf die später noch zurück zu kommen sein wird, beschreibt sich das die Verfassung verkündende *Deutsche Staatsvolk* selbst.

²³ Zum „Völkerrecht als Recht der Weltbevölkerung“, siehe: Kunig, *Völkerrecht*, AVR 2004, 327 ff., etwa 335; sowie: Krieger, *Herrschaft*, 2007/2008, 33 ff., 16 f. („Wenn auch universelle Menschenrechte gemeinsame Grundbedürfnisse der Menschen widerspiegeln und globale Bedrohungen durch Umweltverschmutzungen oder Terrorismus gemeinsame Lösungen erfordern, führen unterschiedliche Umweltbedingungen, unterschiedliche historische und soziokulturelle Prozesse zu einer Vielfalt, die sich immer noch in unterschiedlichen Staaten ausdrückt.“).

*Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung als unüberwindbares Hindernis für eine Auslieferung zu Grunde legen.*²⁴

Die „unabdingbaren Grundsätze“ bilden also innerhalb der deutschen Verfassung noch einen eigenen Kernbereich. Das Gebot zur Reduktion der Komplexität, und zwar hin zu einer westlichen „zivilisatorischen“ Ebene, erweist sich damit auch als eine staatsrechtliche Forderung. Der Rückgriff auf die Präambel der Verfassung bezeugt umgekehrt, dass auch von dieser Ebene immer wieder neue Kraft ausgeht.

Der vom *Bundesverfassungsgericht* in seiner Entscheidung in Klammern mit zitierte zweite Absatz des Grundgesetzes lautet:

„Das deutsche Volk bekennt sich darum zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“

Danach existieren nicht nur für den Verfassungsgeber von 1949, sondern auch noch für den lebendigen heutigen Verfassungsstaat:

- (1) die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“,
- (2) die „Welt“ als Einheit,
- (3) die Überidee der „menschlichen Gemeinschaft“ sowie die Aufgaben
- (4) des „Friedens“ und
- (5) der „Gerechtigkeit“.

Vor diesem „zivilisatorischen“ Hintergrund ist also zu versuchen, für den idealen Demokraten die jeweils traditionellen Grundideen zu „Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit in juristischer Perspektive“ zusammen zu tragen. Eigene straf- und rechtsphilosophische Zuspitzungen und auch rechtsanthropologische Akzente

²⁴ BVerfGE 113, 154 ff., 162 f.

werden mit einfließen. Aber auch sie setzen dann zumindest auf die Evidenz aus der Sicht der „Demokraten“. Denn eine „Zivilreligion“ existiert und herrscht wie eine jede klassische Religion nur dann, wenn eine politisch relevante Mehrheit, hier also die Demokraten, an sie glaubt und sich ihr zugleich auch „unterwirft“. Betont man dagegen die Autonomie des Volkes, so unterwirft man sich den eigenen Normen. Jedenfalls stellt Verfassungsgebung einen Akt der kulturellen „Selbstschöpfung“²⁵ dar und deren Pflege beschreibt dann die Lebendigkeit dieses Systems.²⁶

Aus der rationalen Fernsicht der Wissenschaftstheorie betrachtet, handelt es sich dabei dann am Ende um eine *Kulturphilosophie*. Deren methodische Form ist diejenige eines *Pragmatismus*. Inhaltlich aber ist ein solcher Ansatz in der westlichen Welt nicht ohne ein Rechtssystem zu denken, das vernünftige und deshalb würdige und freie Subjekte kennt und schützt.

Damit ist das „zivilreligiöse“ Feld in etwa abgesteckt, auf dem sich die Diskussion der „Grundelemente“ bewegen soll.

III. Vielfalt der juristischen Perspektive als Achteck, Methoden

1. Das Recht „des Juristen“ umfasst zumindest acht Ausrichtungen, die, falls man sie noch näher betrachtet, ebenso viele in sich

²⁵ Zur Verfassung als kulturelle „Selbstschöpfung“ aus staatsphilosophischer Sicht, siehe: Hofmann, H., Entstehung, 2004, 171 ff., 167 ff. („nicht erwartbar gewachsen und nicht revolutionär, nicht in einem bewussten Akt politischer Gestaltung subjektiv willentlich hervorgebracht“). In Anlehnung an Luhmann, Recht, 1993, 470 ff. („Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“) und, u. Hinw. auf: Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, „nicht bloß von Subjekten geschaffen“, § 274 Zusatz, und „obgleich in der Zeit vergangen, nicht als ein Gemachtes“ anzusehen, § 273 a. E. Siehe auch: Montenbruck, Zivilisation, 2010, Rn. 16.

²⁶ Insofern kann auch die Frage offenbleiben, ob die Völker die *Menschenrechte* als Naturrecht „vorfinden“, dazu ablehnend Kunig, in: Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012, , Art. 1, Rn 37, oder, was näherliegt, sie sich, allerdings zumindest analog zu naturrechtliche Normen, „selbst geschaffen“ haben.

noch einmal hoch komplexe Subkulturen hervorbringen würden. Einander in etwa gleichwertig bilden sie dabei ein Achteck. Seinerseits ist ein solches Oktogramm aber auch nur als Annäherung an einen Kreis der beliebig weiter teilbaren und auch mehrdimensional deutbaren Subkulturen zu verstehen.

Zu unterscheiden sind sie anhand der folgenden (zumeist deutschen) Leitbegriffe:

(I) *Gesetzesrecht*: Zum Recht des Juristen gehört das gesamte geltende „Gesetzesrecht“ im weiten Sinne, von Bußgeldkatalog-Verordnungen über die Landes- und Bundesgesetze, die Verfassungen und die Europäischen Verträge hin zu den globalen Menschenrechtserklärungen.

(II) *Rechtswissenschaft*: Das Recht des „gelehrten“ Juristen bestimmt die gesamte Rechtswissenschaft. Zur Rechtswissenschaft zählen auch die Brückenwissenschaften, wie die Rechtsgeschichte, die Rechtsphilosophie, die politiknahe Staatslehre und für das Strafrecht die Kriminologie. Zum Lehrkanon gehört in Deutschland neuerdings ferner die der Psychologie nahe Ausbildung in den Verhandlungsformen.

(III) *Rechtspraxis*: Für den ausgebildeten Juristen ebenso wichtig erweist sich die gesamte lebendige Rechtspraxis. Sie reicht vom Alltag des Rechtsanwalts, des Richters und des Verwaltungsjuristen bis hin zu den konkreten gesetzgleichen Entscheidungen des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* und der Europäischen Gerichte.

(IV) *Rechtssubjekt*: Hinzu tritt die Ebene der einzelnen Menschen und sonstigen Rechtspersonen, die das Recht, unter anderem und neben den Juristen selbst, als Rechtssubjekte anspricht. Dem Rechtsanwalt begegnen sie als seine Mandanten, dem Gericht als Prozessbeteiligte, der Staatsverwaltung als Grundrechtsträger.

(V) *Demokratie*: Als Bürger beherrschen dieselben Menschen zugleich im Wege der repräsentativen Demokratie den deutschen Rechts-Staat, der als eines von vielen Modellen Teil der europäischen und der westlichen Staatenwelt ist. Insofern tritt der Bürger als mittelbarer Gesetzgeber und als Teil der Öffentlichkeit auf.

(VI) *Menschen- und Völkerrechtssysteme*: Die große Idee der Humanität bedient sich ebenso der Form des Rechts wie die Völker untereinander. Die beiden großen weltlichen Ordnungsideen des Westens, die den einzelnen Menschen und die Staaten betreffen, haben also einen Rechtscharakter erhalten.

(VII) *Rechtsidee*: Die Rechtsidee selbst wirkt offenbar als eine höchste im Wortsinne Rechtfertigung oder auch als erstrebenswerte zusätzliche Art der „Legitimation“ (von *lex*, Gesetz). Das Recht verfestigt gesamte Sozialstrukturen, höchste Werte, existenzielle Vereinbarungen sowie auch angemessene Vollstreckungsweisen, ferner auch das Selbstbild des Menschen und dasjenige des Staates. Die Rechtsidee „als solche“ fungiert für die Menschen und auch für die Staaten offenbar als eine weltliche Art der „Rückbindung“ an einen Selbstzweck, etwa als „Recht und Gerechtigkeit“. Das Wort und schon das Etikett „Recht“ meint und assoziiert auch regelmäßig den verteidigungswürdigen Zustand des erreichbar Richtigen, und zwar innerhalb einer konkreten Rechtsordnung. Dieses originär rechtstheoretische Rechtsbild betreut und pflegt der Jurist ebenfalls.

(VIII) *Zivilisation*: Das kulturell-soziale Normsystem des Rechts²⁷ ist schließlich auch als tragender Teil der gesamten westlichen Zivilisation („*civis*“ heißt „Bürger“) zu begreifen. Als abendländische Zivilisation bildet sie zugleich ein Untergebiet derjenigen vagen synthetischen und blind-systemischen²⁸ Gesamtheit, die als Zivilisation im weiten Sinne²⁹ und als Kultur-

²⁷ Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 81.

²⁸ Luhmann, Rechtssoziologie, 1987, 354, spricht von der *Systemtheorie*, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der „selbstreferentiellen (allein auf sich selbst bezogenen und sich dadurch rückkoppelnd verändernden und wachsenden) Systeme“. Er vergleicht sie offen mit Makromolekülen, Zellen, Nerven und Impulsen und erläutert mit ihren Interaktionen die Struktur des menschlichen *kommunikativen Entscheidens*.

²⁹ Zur Zivilisation in diesem weiten Sinne: Décarreaux, Mönche, 1964, 9 („*Eine Zivilisation stellt die in einem begrenzten sozialen Milieu am Ende einer kontinuierlichen Bemühung angesammelte Summe der geistigen, intellektuellen, moralischen und institutionellen Werte dar, die es den Menschen auf verschiedene Stufen der Spezialisierung erlauben, sich so vollständig und harmonisch wie möglich zu entfalten.*“). In den *Institutionen* sind dann auch die verschiedenartigen *Riten* enthalten und auch die personalen *Rollen* mit eingebettet.

Netzwerk die einzelnen Geschichts- und Kulturwissenschaften überspannt.³⁰ Auch die „juristische Perspektive“ beinhaltet also unter vielen anderen eine eigene Sichtachse hin zu denjenigen letzten Fragen, die die Kultur, und wie anzufügen ist, auch die „Natur“ des Menschen zum Gegenstand haben.³¹

2. Dazu passt auch die juristische Lehre von den Methoden der Auslegung des Rechts:³² Grundsätzlich ist zwischen vier bis sechs Sichtweisen im juristischen Kanons der Auslegung zu unterscheiden, der sich im Recht zur vernünftigen Deutung von Rechtsnormen zur Lösung von konkreten Fällen entwickelt hat.

Mit einem anderen Wort handelt es sich bei Zivilisation in diesem strukturellen Sinne um die jeweilige bunte Kultur einer menschlichen Gemeinschaft. Zudem: Montenbruck, Zivilisation, 2010, 58 ff., Rn. 101 ff.

³⁰ Dazu auch: Würtenberger, Zeitgeist, 1991, 98, unter der Gesamtüberschrift „Zeitgeist und Rechtsbewusstsein der Bevölkerung“ (90 ff., insbes. 98 ff.); ausgehend von Herders Antworten auf die „Zeitgeistfrage“: Herder, Briefe, 1793, II, 14, ebenso zur „Kultur“. Aus der Sicht des deutschen Staatsrechts zu „kulturspezifischen Leitideen“: Zippelius, Bedeutung, 1987. Aus dem angloamerikanischen Bereich, siehe etwa: Pillsbury, Justice, 1989, 655 ff.

³¹ Siehe dazu auch, wenngleich ohne den Begriff der Zivilreligion zu verwenden, unter dem Titel, „Notwendigkeit und Umrisse einer Kulturtheorie des Rechts“: Haltern, Notwendigkeit, 2008, 193 ff., 203 ff. (Rechtswissenschaft), 205 ff. (Konstitutivität), 207 („Recht als symbolische Form“), 211 ff. („Das Heilige im Politischen“), 213 ff. („Selbstoffenbarung des Souveräns“), 216 ff. („Metaphysisches Versprechen“; „Die Könige haben die Macht der Inkarnation des Heiligen verloren...“ (aber) „... auch der Volkssouverän besitzt die Macht, eine eigene Welt zur Existenz zu bringen.“).

³² Savigny, System, 1840, Bd. I, 216: Er leitet seinen Kanon ein mit dem Satz: (1) Hauptgrundsatz der Interpretation laute, sie soll „möglichst individuell seyn und gehaltvoll“. (2) Interpretation sei zudem „das System in seinem Fortschreiben, auf Anschauung der Quellen gegründet“. (3) Interpretation sei ferner „Forschung und zwar Anfang und Grundlage der Forschung“. Siehe aus interdisziplinärer Sicht: Rückert, Hermeneutik, 2001, 287 ff., 288, sowie 301 ff. zu den älteren Arten der Deutung, und zwar als interpretatio (1) authentica, (2) legalis, (3) doctrinalis, (4) extensia, (5) restrictia, (6) analogia etc.; zur Originalität des „Gesamtzugriffs“ von Savigny: 323.

Zur Savignys Interpretationsanspruch als „Forschung“ und „Wissenschaft“, siehe auch: Bühler, Rechtsauslegung, 2001, 329 ff., 330 ff. (zum „hermeneutischen Intentionalismus“ in der Zeit der Aufklärung), 336 f. (zur „ratio legis“).

Diese Methoden lassen sich aber etwa auch für die Deutung des Wesens des zivilen Rechts heranziehen, weil sie selbst nur Ausprägungen des allgemeinen „vernünftigen Denkens“ darstellen.

(1) Der *Wortlaut oder Wortsinn* betrifft die kommunikative Seite, die in der Regel nicht einer Fachsprache entstammt, sondern der (Hoch-) Sprache der „zivilen Allgemeinheit“. So verweist das Wort Zivilrecht zunächst einmal auf die Rechte als „Bürger“. Dann aber steht das Wort zivil auch im Gegensatz zu grausamen oder auch zu kriegerischen Verhalten und meint alle Arten von Riten. Der Wortlaut ist, wie hier, meist dehnbar und mehrdeutig, verfügt aber eben auch häufig über einen festen Kern.

(2) Die *Geschichte* einer Norm oder die Tradition

eines Prinzips stellt eine rechtskulturelle Vorverfestigung dar, zu der auch das Umfeld der jeweiligen Zeitgeschichte gehört. So entstammt das Wort zivil von *civis*, der Bürger, und damit aus dem römischen Recht.³³

(3) Das *System* betrifft dagegen das Umfeld einer Norm oder eines einzelnen Prinzips. Das Denken in und mit Systemen sorgt für die Rationalität und die Gleichheit im Sinne einer Binnenlogik, und sucht die Widersprüche mit verwandten Regelungen aufzuheben. So stehen etwa ein ziviles Recht nicht für sich allein. Mit anderen Rechtarten formt es vielmehr ein gesamtes System von Rechten und auch Pflichten, das, wie die Geistesgeschichte zeigt, zudem auch eine lebendige Art von Autonomie entfalten

Ein solches System von Bürgerrechten führt und begründet einerseits eine *zivile Person*, die zudem mit anderen Zivilpersonen unter Gleichen Geschäfte betreibt. Diese Zivilpersonen wiederum begründen andererseits zudem eine zivile (Rechts-) Gemeinschaft, auf die sie sich dann auch beziehen.

³³ Zur Beziehung von „Römischem Recht und Europäischer Kultur“, siehe: Zimmermann, *Recht*, 2008, 29 ff., 48 ff. (als eine Europäische Rechtstradition) und im Schlusssatz (mit einem Zitat von Jhering, *Geist*, 1907, 1 f.: „wie das Christentum ein Kulturelement der gesamten modernen Welt“.

(4) Die *Teleologie* verlangt das Ergebnis und dessen Auswirkungen zu mit bedenken, und zwar vor allem (a) in Bezug auf den wertender „Sinn“ einer Norm, (b) den nützlichen Zweck einer Regelung sowie (c) im Hinblick auf deren praktisch-sozialen Auswirkungen. Grundwerte, die hinter den Bürgerrechten steht, sind etwa die Autonomie und die Demokratie. Der Nutzen ziviler Rechte besteht etwa in Sicherung der Arbeitsteilung. Der zivile Prozess etwa erlaubt, nicht nur Konflikte zu befrieden, sondern etwa auch vernünftige Vergleiche zu schließen.

(5) Hinzuzufügen ist nicht zuletzt aus der europäisch-westlichen Sicht der Vergleich von *Rechtskulturen*.³⁴ Das nationale zivile Recht der westlichen Staaten ist in starken Maßen von ihren verfassungspolitischen Leitgedanken geprägt.

Damit ist ein Fünfeck beschrieben, mit dem fachlich nicht nur ein Begriff in der Jurisprudenz, einzugrenzen wäre. In ähnlicher Weise gehen auch die sonstigen Geisteswissenschaften vor. Jede der fünf Sichtweisen liefert dann eine eigene Ausprägung des erfragten Begriffs.

(6) Am Ende steht gleichwohl noch das weitere Gebot einer *Gesamtwürdigung*, die nicht zuletzt auch eine eigene höchstpersönliche Urteilsfindung, und zwar in der Rolle eines Richters darstellt.³⁵ Damit bleibt es am Ende eigentlich auch von der (subjek-

³⁴ So blickt auch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1977 in seiner berühmten Entscheidung, in der es sich mit dem Sinn und Zweck des Strafens beschäftigt, ebenso wie die deutsche Rechtslehre, auch zur vorherrschenden französischen Grundhaltung der *défense social*, BVerfGE 45, 187 ff., 253 ff.

³⁵ Aus der Sicht der Rechtswissenschaft: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 620 ff.; Zur Gesetzesauslegung im Strafrecht und als Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, siehe: Simon, Gesetzesauslegung, 2005; zum „Kanon“: 23 ff., 577 ff.; zum Methodensynkretismus: 39 ff.

Aus der Sicht und mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts im Absprache-Urteil aus dem Jahre 2013, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 66 (Hervorhebungen nicht im Original): „Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende *objektivierte Wille des Gesetzgebers*, wie er sich aus dem *Wortlaut* der Vorschrift und dem *Sinnzusammenhang* ergibt, in den

tiven) Person, die würdigt, abhängig, was sie etwa unter zivil verstehen möchte. So steht über oder hinter der alten Idee der Bürgerrechte, die ursprünglich auf bestimmte männlichen Stadtbürgers begrenzt war, inzwischen die westliche Aufklärung mit den Ideen der allgemeinen Menschenrechte, des Subjektes und des vernünftigen Denkens.

Übrigens definiert sich der Beurteiler, der nach dem Wesen des Zivilen sucht, sich zugleich auch selbst und damit auch sein „Selbst“, was seine Unbefangenheit offenkundig und zumindest etwas beeinträchtigt dürfte. Das vernünftige Recht sucht diese ihm bekannte Schwächen auszugleichen, und zwar unter anderem durch eine öffentliche Hauptverhandlung, bei der die Beteiligten zu Wort kommen, durch nachfolgenden Instanzenzüge, durch die Forderung nach gesamten Spruchkörpern und durch die

sie hineingestellt ist (vgl. BVerfGE 1, 299 <312>; 11, 126 <130 f.>; 105, 135 <157>; st. Rspr.). Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem *Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen*. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen (vgl. BVerfGE 11, 126 <130>; 105, 135 <157>). *Ausgangspunkt* der Auslegung ist der *Wortlaut* der Vorschrift. Er gibt allerdings nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers. Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit *Sinn und Zweck* des Gesetzes oder anderen Auslegungsgesichtspunkten die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte *Regelungskonzeption* deutlich, der sich der Richter nicht entgegenstellen darf (vgl. BVerfGE 122, 248 <283> - abw. M.). Dessen Aufgabe beschränkt sich darauf, die intendierte Regelungskonzeption bezogen auf den konkreten Fall - auch unter gewandelten Bedingungen - möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen (vgl. BVerfGE 96, 375 <394 f.>) ...Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt daneben den *Gesetzesmaterialien* und der *Systematik* des Gesetzes eine *nicht unerhebliche Indizwirkung* zu. Die Eindeutigkeit der im Wege der Auslegung gewonnenen gesetzgeberischen Grundentscheidung wird *nicht* notwendig dadurch relativiert, dass der Wortlaut der einschlägigen Norm auch *andere Deutungsmöglichkeiten eröffnet*, soweit diese Deutungen offensichtlich eher fernliegen. Anderenfalls wäre es für den Gesetzgeber angesichts der Schwierigkeit, textlich Eindeutigkeit herzustellen, nahezu unmöglich, sein Regelungsanliegen gegenüber der Rechtsprechung über einen *längeren Zeitraum* durchzusetzen (vgl. BVerfGE 122, 248 <284> - abw. M.).“

Rückbindung an Verfassungsprinzipien und Verfassungsgerichten. Erstrebt wird also ein möglichst breiter *Konsens*. Aber angeboten wird immer auch das öffentliche Werben für eine bestimmte subjektive Auffassung, die die Meinung eines Subjektes ist.

Die Vielfalt der Methoden des „vernünftigen“ Urteilens belegt als auch, inwieweit das Recht zum Bereich des allgemeinen Zivilen hinzugehört und auch zudem, inwieweit das Recht das Allgemeine für seine besonderen Zwecke verfeinert und vertieft.

3. Mit diesem Prisma der Begriffe und der Methoden ist versucht, das scheinbar langweilige weißgraue Licht der „juristischen Perspektive“ in wenigstens acht Grundfarben aufzubrechen. In diesem Sinne wird dann nachfolgend auch ein regelmäßiger Farb- und Sichtwechsels zu erwarten sein.

Damit ist das Wort „zivil“ nicht nur eingeführt, es ist auch bereits kurz erläutert. Zum Zivilen im Sinne der Zivilisation im weiten Sinne gehören alle Kulturelemente und im Westen auch deren Wissenschaften, mithin aus der Sicht des Rechts vor allem auch die Philosophie des Rechts, als die Ausprägung der höchsten Vernunftidee. Die strukturelle Nähe zu den herkömmlichen großen Religionen, die ebenfalls als Kernelemente bestimmter Zivilisationen zu verstehen sind, rückt damit auch in den Blick. Zusätzlich zum Modell des Juristischen Achtecks, aus dem das Recht sein Selbst organisiert, ist dann auf der nächsten Ebene, der Rechts- als Kulturphilosophie³⁶ ein dreidimensionales Bild zu verwenden. Jenes setzt sich (subjektiv) aus dem „bürgerlichen Menschen“, (objektiv) aus der Idee der „abwägenden Vernunft“ und (synthetisch) aus der „westlichen Zivilisation“ zusammen. Aber Zivilität im engeren, bürgerlichen Sinne meint schließlich vor allem, dass der autonome Bürgermensch die Menschenrechte dieser Kultur als die Seinen verinnerlicht hat und dass er an deren Verallgemeinerung in seinem Volke aktiv mitwirkt. Danach tritt der Demokrat dann als souveränes Selbst-Subjekt, als sein eigener Herr auf. Auch muss er an seine Subjektivität glauben. Denn nur dann ist seine politische Macht nicht von einer höheren Macht abgeleitet.

³⁶ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015 129 ff., Kap. 2 III (zu Radbruchs These von der Rechtsphilosophie als einer Form der Kulturphilosophie).

Die ganzheitliche Sicht auf die Bürgerkultur verabsolutiert dabei, etwa auch aus der Sicht des Rechts, in der Regel diejenigen sozialen Phänomene, die mit den Vorstellungen von einer lebendigen Rechtskultur und dem entsprechenden Zeitgeist zu umschreiben sind. Wer verschiedene Rechtsordnungen miteinander vergleicht, wird erkennen, in welchem Maße sie sich kulturell eigenständig entwickelt haben, aber auch in welchem Maße sie Veränderungen unterworfen sind.

Überkulturell gemeinsam sind allen Menschen diejenigen Strukturen, die ihnen das „Menschsein“ als Teil „der Natur“ vorgibt. Irgendeine Binnenkultur zu haben, gehört offenbar zum Menschsein hinzu. Zumindest beachten die meisten Lebensgemeinschaften die biologischen Grundrollen, ausgenommen etwa die mönchischen. Mutmaßlich alle Gemeinschaften kennen zudem den Streit zwischen Nächsten und auch mit dem Nachbarn. Diese sozialen Konflikte suchen sie dann rituell, also „zivilisiert“ im weiteren Sinne zu lösen.

An dieser Stelle verwandelt sich die „Rechtsphilosophie“, die sich als Form der „Kulturphilosophie“ begreift, zu einem Teil einer „Menschen- und Weltphilosophie“. Als solche sucht sie mitzuhelfen, ein gemeinsames Dach über die vier Säulen der allgemeinen Kulturphilosophie, des demokratischen Humanismus, der wissenschaftlichen Anthropologie und der meta-humanen Naturwissenschaften zu setzen. Das frühmoderne Doppelwort vom „Natur-Recht“ kennzeichnet ein derartiges universalistisches Denken.

4. Mit der Beschreibungen der demokratischen „Diskursebene“, mit der Auffächerung der „juristischen Perspektiven“ und mit den Sätzen zur Rechts- als bürgerlichen Kulturphilosophie hat nebenher das Wort von der vor allem westlichen „Zivilreligion“ drei rechtliche Ausrichtungen erhalten.

Ihr erstes Grundelement ist mit einem Wortpaar überschrieben, der eher religiösen Idee der „Versöhnung“ und dem eher rechtlich-zivilen Verfahren der „Mediation“.

2. Kapitel

Versöhnung und Mediation

I. Versöhnung aus rechtspolitischer Sicht

1. Versöhnung: Allgemeiner Wortsinn und typisches Umfeld

1. Was bedeutet Versöhnung, so lautet die erste Frage.

Am Anfang einer Versöhnung steht der Konflikt oder der Streit, der aber offenbar in den Personen der Streitenden auch bereits das Potential der Heilung oder Auflösung in sich birgt.

Als *entwicklungspsychologischer* Kernfall der Versöhnung erscheint dabei die Trennung der herangewachsenen Kinder von den Eltern, die später zu einer familiären Versöhnung und zu neuen Lebensrollen führt. Die Versöhnung ist dann zum Beispiel mit der eigenen Elternrolle der erwachsenen Kinder verbunden und der neuen Rolle von Großeltern. Als klassisch drängt sich die biblische Versöhnung von „Vater und verlorenem Sohn“ ins Bewusstsein.³⁷ Nach Versöhnung verlangt ebenso der Streit zwischen Gleichen, etwa zwischen Geschwistern, zwischen Liebenden, guten Freunden und engen Nachbarn. Insofern gab es vor dem Konflikt vielleicht sogar im biblischen Sinne eine Art paradiesischer „Gemeinschaft“, etwa der allseitigen Nächstenliebe, die dann an den Realitäten des Lebens der Erwachsenen zerbrochen ist. Diesen idealen Zustand gilt es dann, soweit wie tatsächlich möglich, wiederherzustellen. In der Regel bildet schon der zeitweilige Gewaltverzicht den wesentlichen ersten Schritt.

Wie bei jedem großen Wort ist im Übrigen damit zu rechnen, dass es sich bei näherem Hinsehen um einen schwer fassbaren und schillernden Begriff handelt. „Versöhnung“ assoziiert jedenfalls immer auch die *politisch-rechtliche* Auflösung eines Konfliktes (Streites), der zwischen zwei Akteuren (beziehungsweise Personen) ausgebrochen ist.

³⁷ Bibel, Lukas 15., 11-32.

Versöhnung schafft hoch vereinfacht Frieden unter den streitbaren Nächsten, und zwar auch durch *empathischen* Ausgleich. Es ist eine Art von wechselseitiger „Gnade“, die beide Seiten in den Status und auch in das Machtgefühl eines absoluten Herrn versetzt.

Um aber überhaupt mit dem Gegner mitfühlen zu können, muss jede Seite ihre Souveränität, also die Fähigkeit zur emotionalen Vernunft, zurückgewinnen. Dazu bedarf es einer positiven Grundart von „Selbstzufriedenheit“. ³⁸ Diese beinhaltet ein „Selbst“, in dem eine Art von innerem „Über-Ich“ das Regiment wieder übernimmt. Auf dem Wege zum Ausgleich muss deshalb den beiden heftig streitenden „Nachbarn“, die der Konflikt emotional „nahe“ gebracht hat, zumindest die „blinde“ Angst vor unerträglichen und peinlichen Verlusten genommen werden. Ihnen muss nach innen und nach außen die Chancen eröffnet werden, vor sich und vor allen Nächsten, einschließlich des Gegners, das Gesicht nicht zu verlieren. Dann können sie einen Ausgleich ihrer Interessen selbst und versöhnlich aushandeln.

³⁸ Selbstzufriedenheit ist offenbar auch einer Art von Selbstzweck. Sie löst psychologisch betrachtet ein Glücksgefühl aus. Anders gewendet nötigt sie uns damit auch, diesen inneren Ausgleich zu gewinnen. Aus der psychoanalytischen Sicht zur Suche nach „Selbstzufriedenheit“, siehe: Winker, Gewalt, 2002, 33 ff., 34 („... indirekte Gewalt, deren sich die Schwäche bedient, und die wir als Erpressung bezeichnen“). Er bezieht sich dabei auf die kulturelle und nicht auf die individuelle Ebene, wenn er nachsetzt: „Diese entfaltet unter dem Deckmantel einer positiven kulturellen Errungenschaft, nämlich dem Über-Ich, ihre Wirkung. In der Verkleidung einer moralischen oder ethischen Forderung veranlasst sie Mitmenschen zu Handlungen, die dessen Erkenntnis und freier Entscheidung widersprechen, die ihn zwingen Dinge zu tun, die er eigentlich seinen Idealen und Überzeugungen gegenüber nicht vertreten kann“. Mit derselben Sprachweise schreibt er für die zivilisatorische Sicht, 35 („Um ein Gemeinwesen zu etablieren verzichtet der Einzelne in gewissem Umfang auf seine narzisstischen Bestrebungen, also auf die gewalttätige Durchsetzung ...“) und später: „Der Verzicht des Einzelnen auf Gewaltanwendung zur Durchsetzung seiner narzisstischen Wünsche und Forderungen führt zum Gewaltmonopol des Staates“. Allerdings ist auch zu fragen, inwieweit nicht auch umgekehrt die weit ältere politische Idee des Gewaltmonopols im Verein mit der Idee der Freiheit, hier des (egoistischen gleich narzisstischen) Akteurs, diese psychoanalytischen Deutungen, mit beeinflusst hat.

2. Zudem ist zu fragen, in welchem kulturellen Umfeld von „Versöhnung“ gesprochen wird. Denn die Zusammenhänge, in denen dieses Wort verwendet wird, die Konnotationen, prägen und erläutern die Ideenwelt der Versöhnung ebenfalls.

Um die typischen Verwendungsweisen oder auch Konnotationen zu ermitteln, lässt sich inzwischen das Medium des freien Internets nutzen und Wikipedia anklicken. Mit einigen Hervorhebungen und leichten Korrekturen versehen, bietet dieser Zugriff für die Idee der Versöhnung Folgendes:³⁹

Zum Wortsinn heißt es dort: „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 nicht mit Sohn, obwohl die Vorstellung einer Aussöhnung von Vater und Sohn naheliegt“.

Zur Vertiefung wird angefügt:

„(I) 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 Auferstehens 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.

In der katholischen Theologie ist die individuelle Versöhnung eng verknüpft mit der aus Beichte und Buße folgenden Absolution.

(2) Judentum:

³⁹ Wikipedia, „Versöhnung“ (<http://de.wikipedia.org/wiki/Versöhnung>), Stand:19. Februar 2015 (Absätze und Layout vom Verf.).

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.

(II) 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;

(III) 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‘.

Die Ermittlung der Wahrheit bezüglich des realen Geschehens wird sowohl bei der sog. Vergangenheitsbewältigung als auch bei der Konfliktbewältigung für erforderlich gehalten. Mitunter werden auch Denkmale zum Zwecke der Versöhnung errichtet, zum Beispiel das Vietnam Veteran Memorial.“

3. Das Schwergewicht der Verwendung des Begriffs Versöhnung liegt negativ gelesen also nicht beim Recht und nicht beim Staat, sondern (positiv) im Bereich der Religionen, der religionsnahen Psychologie, der ganzheitlichen und der pragmatischen Philosophie, der holistischen Philosophie und der Friedenspolitik. Allerdings gehört immerhin die Paarung von „Schuld und Sühne“ zum deutschen Strafrecht. Sie reicht über die Verankerung des Schuldprinzips in der Menschenwürde sogar zum deutschen Ver-

fassungsrecht.⁴⁰ Die gesühnte Schuld sollte dann, so ist zu vermuten, auch eine Versöhnung bewirken. Offen bleibt jedoch, mit wem und auf welche Art die Versöhnung dann stattfindet. In Betracht kommt aus außerstaatlicher Sicht die Versöhnung des Täters

- mit seinem moralischen Selbst,
- mit der Opferseite und deren verletzter Würde,
- mit der Zivilgesellschaft und deren humanistischem Selbstverständnis sowie
- mit der Höchstidee der Gerechtigkeit.

Aus rechtsstaatlicher Sicht handelt es sich zwar wohl auch um die Heilung des Bruchs des Rechts durch das Recht, also um eine Art der „Selbsteilung“. Im Sinne von *Hegel* geht es um die Wiederherstellung des Rechts.⁴¹

Vor allem aber dürfte die Versöhnung des „Mitdemokraten mit dem gesamten Verfassungsstaat“ stattfinden, der aus deutscher Sicht nicht nur die „Allgemeinheit“ seiner Bürger miterfasst, sondern auch die „Grund- und Werteordnung“ mit einbindet.⁴²

⁴⁰ Zu „Schuld und Sühne“, siehe die berühmte Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 364: „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“.

⁴¹ Hegel, *Grundlinien* (Hoffmeister), 1995, § 99 ff.

⁴² Dazu, und zwar seinerzeit für die Wiedervereinigung der beiden Teile Deutschlands: Scholz, *Grundgesetz*, 1998, 11 ff.: „Eine Verfassung [...] formuliert und formiert [...] die maßgebende Werteordnung für das Gemeinwesen und sie übernimmt über den Kontext von konstitutioneller Grundordnung und Werteordnung zugleich die

Das Wort von der Versöhnung selbst hat keinen nachhaltigen Eingang in die deutsche Rechtskultur gefunden. Aber dieser Umstand kann auch genutzt werden. Die Idee der Versöhnung bietet einen Brückenschlag zur Meta-Ebene des Zivilen. So liegt es nahe, diese alte Idee samt ihren Konnotationen im außerstaatlichen Bereich der „mitmenschlichen“ Streitbeilegung zu verwenden.

4. Mit dem Blick auf den Konflikt beschreibt die Versöhnung offenbar eine „zivile“ Lösung eines Kampfes, der von angeblich existentiellen Widersprüchen ausgelöst ist und der zwischen zwei lebendigen menschlichen „Akteuren“, „Personen“, „Subjekten“, „Ich-Welten“ oder aus systemischer Sicht durch zwei interagierende „Subsysteme“⁴³ stattfindet. Der Streit hat zudem typischerweise bereits zu Verletzungen bei zumindest einer der beiden Parteien geführt, aber auch die andere Seite sieht sich in ihrer Persönlichkeit etc. zumindest als bedroht.

Die Person, das Subjekt oder deren Ich-Identitäten setzen sich außerhalb des Rechts und wissenschaftlich betrachtet zusammen aus

- geistigen,
- sozialen,
- emotionalen sowie
- biologischen Grundpositionen.

Was diese Vielfalt der Facetten zusammen führt und vereinheitlicht, ist aus subjektiver Sicht „der Mensch“ sowie objektiv oder auch intersubjektiv gelesen „die Praxis“. Diese zeigt sich vor al-

maßgebende Integrationsfunktion für das Staatsvolk als Ganzes. Sie erfüllt in dieser integrativen Funktion also auch und namentlich die Grundlagen von staatlicher und wertemäßiger Identität, bürgerlicher Identifikation und konstituiert sich selbst damit als prinzipiell identitätsstiftende, wie zu dieser Identitätsstiftung auch verpflichteter Institution.“ Auch insofern, siehe: Uhle, Verfassungsstaat, 2004, 16 ff. mit Erl. 17.

⁴³ Zur „Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme“ zu einer Ordnung „fern vom Gleichgewicht“: Ladeur, Staat, 2006, 24.

lem im (halb-) konkreten Fall. Der Konflikt und die Versöhnung betreffen vereinfacht den „gesamten Menschen“.

Das Recht beschäftigt sich hoch vereinfacht mit dem Vernünftigen, demokratisch gewendet ist es auf den „common sense“⁴⁴) ausgerichtet. Aber die Versöhnung bezieht auch die Emotionen der Parteien mit ein. Insofern ist der Begriff der Identität – zusätzlich- von erheblicher Bedeutung.

Zwei Aspekte sind dabei wichtig:

Die Versöhnung beschreibt eine Methode, also einen Weg, dessen Ziel -aus systemischer Sicht- darin besteht, dass

- innerhalb einer gemeinsamen lockeren „zivilen“ (oder sozialen) Großwelt dem Hauptsystem
- die streitenden Parteien, Subjekte, Personen oder Subsubsysteme ihre individuellen „Identitäten“ zu „harmonisieren“, aber ihre jeweiligen „Ich-Welten“ auch zu erhalten suchen.

Außerdem „müssen“ die Parteien (mit einem paradox klingenden Satz) freiwillig Versöhnung „wollen“, und zwar ebenfalls aus geistigen, sozialen, emotionalen und biologischen Gründen. Nur dann können sie sich selbst nach Verletzungen ihres Selbstbewusstseins fortan wieder voll umfänglich als Akteure, Subjekte oder Personen begreifen. Verletzte Menschen, die sich versöhnen, müssen also versuchen, sich etwa mittels eines Versöhnungsverfahrens nach und nach von der inneren „Fremdbestimmung“ durch hochgradige Emotionen zu befreien und auf diese Weise die „freie“ oder autonome Selbstbeherrschung über das Ihre, also auch über ihre Handlungen und Ziele, wieder zu erlangen.

5. Wichtig ist aus der Sicht des Juristen deshalb, dass offenbar sein Recht für den Kernfall der Versöhnung nur eine dienende

⁴⁴ Aus der Sicht der Sprachphilosophie von Searle, Geist. 2004, 21: Beim common sense verstanden als dem gesunden Menschenverstand gehe es "im Großen und Ganzen um weitverbreitete und normalerweise unbestrittene Überzeugungen".

Aufgabe wahrnehmen kann und dass das Versöhnen vor allem gefragt ist, wenn das staatliche Recht und offenbar auch der Staat nicht zur Verfügung steht oder aber das vorhandene staatliche Recht (lies: ein wirksames Zwing-, ein vernünftiges Überzeugungs- und ein effektives Regelungssystem) in bestimmten existentiellen Krisenfällen versagt.

Aus der Fernsicht der – außerstaatlichen – Versöhnungsidee bedeutet dies dann umgekehrt, dass offenbar das verfassungsstaatliche Recht, wenn es denn im jeweiligen Staate existiert, auch der zivilen Überidee der Versöhnung „dient“. Staatspolitisch bedeutsam erweist sich die Verwendung der Versöhnungsidee in der politischen Friedens- und Konfliktlösung zudem in solchen Staatswesen, die sich nach einem Bürgerkrieg im Umbruch zur Demokratie für alle Bevölkerungsteile befinden, aber noch kein vertrauenswürdiges Rechtssystem vorfinden. Das staatliche Recht erweist sich schließlich auch danach als ausgeblendet.

6. Auch steht hinter der Versöhnung die geistige Macht der vor allem politischen „Vernunft“. Neben seiner religiösen Bedeutung tritt die Idee des Versöhnens auch in der religionsnahen Philosophie *Hegels* zu Tage und dort ebenfalls in einer dialektischen Philosophie der Widersprüche und der Positionsauflösung, und zwar in einem unfassbaren Ganzen, das seinerseits dann auch die ideale „Staatsphilosophie“ darstellt.

Anzufügen ist, dass die Idee der praktischen Rechtsvernunft in etwa mit *Kant* als *Gemeinsinn (als sensus communis)* zu deuten⁴⁵, im Sinne des „gesunden Menschenverstandes“ zu verstehen oder

⁴⁵ Kant, Urteilskraft, AA 1790, V, 293–295[19]) „Unter dem sensus communis muss man die Idee eines gemeinschaftlichen Sinnes, d.i. eines Beurteilungsvermögens verstehen, welches in seiner Reflexion auf die Vorstellungsart jedes anderen in Gedanken (a priori) Rücksicht nimmt, um gleichsam an die gesamte Menschenvernunft sein Urteil zu halten und dadurch der Illusion zu entgehen, die aus subjectiven Privatbedingungen, welche leicht für objectiv gehalten werden könnten, auf das Urtheil nachtheiligen Einfluß haben würde. [...] Man könnte den Geschmack durch sensus communis aestheticus, den gemeinen Verstand durch sensus communis logicus bezeichnen.“

auch als common sense⁴⁶ also eine gemeinschaftliche Vernunft zu begreifen ist, die eng an die allgemeine sozialreale (Bürger-) Sprache gebunden ist und der vermutlich das antike Grundmodell der überschaubaren republikanischen Stadtkommune zugrunde liegt.⁴⁷ Dieser Gemeinsinn legt den Boden für die Idee der praktischen Versöhnung.

Aus dem Bereich der Philosophie ist auch auf *Fichte* zu verweisen, der das „Sich Vertragen“ als eine Kernforderung des Staatsbürgervertrages ansieht.⁴⁸ Damit ist auch schon auf den verzichtsethischen Aspekt übergeleitet:

2. Versöhnung: ethisch, religiös und politisch

1. Generell bildet die Tradition der *Verzichtsethik*⁴⁹ ein wesentliches Element der Versöhnung. Bei *Aristoteles* ist es etwa die „Güte“, die dem Gerechten überlegen ist⁵⁰. Dabei kommt Güte von Geben und meint also das „do“ (ich gebe) ohne das „ut des“ (damit du gibst), welches das Gerechte im Sinne der wechselsei-

⁴⁶ Zum "gesunden Menschenverstand" als „common sense“ siehe Hügli/Lübcke, Philosophielexikon, 2003, Art. „common sense“.

⁴⁷ Zu den Anfängen der europäischen Rechtskultur als politische Kultur im antiken Griechenland, siehe: Neschke-Hentschke, Recht, 2007 33 ff. („Das Recht als das Ideal der praktischen Vernunft“), siehe auch: 42 („Das Recht als Vernunftideal“), 39 ff. („Das Ideal der Gewaltfreiheit als Rechtszustand“), 41 ff. (das Rechtsideal „Recht als Gerechtigkeit“).

⁴⁸ Fichte, Grundlagen, 1796, 192 f. Dazu auch Hammacher, Verhalten, 2011, 173.

⁴⁹ Dazu den Überblick aus Rechts- und Sozialphilosophischer Sicht des Jesuiten Brieskorn, Verzicht, 1988, unter anderem 155 ff, 158 ff (mit Bezug auf Aristoteles „Nicht der aus der spontan aufkommenden Großzügigkeit rührende Verzicht wird gelobt, sondern der Erwerb einer beständigen Verzichtshaltung“).

⁵⁰ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch V., 5. 14., 1137 b 8 - 11 („Das Gerechte und das Gütige ist also identisch: beides sind wirkliche Werte, nur steht das Gütige im Range höher“). Siehe dazu Brieskorn, Verzicht, 1988, 158 ff (mit Bezug auf Aristoteles „Nicht der aus der spontan aufkommenden Großzügigkeit rührende Verzicht wird gelobt, sondern der Erwerb einer beständigen Verzichtshaltung...“).

tigen Gerechtigkeit kennzeichnet. Bei *Kant* ist es die Tugend- als Pflichtenlehre:

„Allein ich soll mit einem Theil meiner Wohlfahrt ein Opfer an Andere ohne Hoffnung der Wiedervergeltung machen, weil es Pflicht ist, und nun ist unmöglich bestimmte Grenzen anzugeben, wie weit das gehen könne“.⁵¹

Damit ist die Versöhnung auch, aber nicht nur, als Mitglied einer ethischen Ideenfamilie zu sehen, zu der auch die Begriffe des Verzichts, der Güte und der Tugendlehre gehören.

Es bleibt aber bei *Kant* ein vager absoluter Kern des *Unverzichtbaren*⁵² sichtbar. Bei *Aristoteles* ist es der Grundzusammenhang mit der *Gerechtigkeit*. Nach *Hegel*: *„Unveräußerlich sind die Güter..., welche meine eigenste Person und das allgemeine Wesen meines Selbstbewusstseins ausmachen wie meine allgemeinen Willensfreiheit, Sittlichkeit, Religion“*⁵³.

Vereinfacht kann man auf der Metaebene auf das Recht, die Personalität, die Souveränität, die Autonomie, die Vernunft oder die Würde oder eben die Freiheit, „verzichten zu können“, jedenfalls „als solche“, nicht verzichten. Der zivile wie der religiöse „Gläubige“ kann sich vielem freiwillig unterwerfen, zivil etwa der Rechtsidee oder den Menschenrechten, religiös den göttlichen Geboten oder dem göttlichen Schicksal. Aber auf seinen Status als „Glaubender“ kann jener -offenbar- nicht verzichten, jedenfalls nicht ohne sich einen neuen Glauben und damit eine andere Persönlichkeit etc. zu verschaffen.

⁵¹ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA , VI, 393.

⁵² So lautet der Titel der Schrift von Brieskorn auch „Verzicht und Unverzichtbarkeit im Recht, siehe zum *Unverzichtbaren* Brieskorn, *Verzicht*, 1988, 190 ff („Die Herkunft der Rede von den „unverzichtbaren“ Menschenrechten“), 205 (diese sei „eng an jene über die Unverzichtbarkeit der Freiheit gebunden“ zudem „Wer auf alle Rechts verzichtet hat auch keinen Pflichten mehr“, der Rechtstatus ist also unverzichtbar.

⁵³ Hegel, *Grundlinien* (Hoffmeister), 1995, § 66, weiter Texte zum *Unverzichtbaren*: Brieskorn, *Verzicht*, 1988, 219 ff.

Zweifelhaft ist vor allem, ob man im Konkreten auf sein Recht auf Leben verzichten kann, etwa um den Preis eines demokratischen Gesetzes, das die *Todesstrafe* für bestimmte Delikte vorsieht. Zweifelhaft ist auch, ob eine eigenverantwortliche Person zumindest „faktisch vollständig“ auf die Ausübung der Fortbewegungsfreiheit verzichten kann, etwa um den gesetzlichen „Preis“ für den Mord zu zahlen, und zwar als absolut *lebenslange Freiheitsstrafe*, und ohne die Aussicht auf irgendeine Art von Gnade. Besteht also nicht doch eine Art von Anspruch auf oder eine logische Notwendigkeit zur Gnade als Kehrseite der Idee der Freiheit des Freien?

2. Aus der Literatur zur „Versöhnung“ zudem zunächst die –hoch verdichteten– Deutungen von zwei Autoren anzuführen, die sich aus drei zugleich auch praxisbezogenen Blickwinkeln mit der Versöhnung beschäftigt haben. *Wüstenberg* ist ein Theologe und Religionswissenschaftler, der mit einer großen Schrift die Versöhnung zugleich staatspolitisch betrachtet. *Schaefgen* ist ein ehemaliger Berliner Generalstaatsanwalt, der die deutsche Vergangenheitsbewältigung rechtspolitisch in den Blick nimmt, die er jahrelang strafrechtlich betreut hat.

So ist mit *Wüstenberg* festzustellen: *„Christentum, Hinduismus, Islam und Judentum stimmen in fünf elementaren Punkten überein: Versöhnung bedeutet für die genannten Religionen im politischen Versöhnungsprozess*

(1) *Anerkenntnis von Unrechtstaten,*

(2) *Bekennnis der Schuld,*

(3) *Zeigen von Reue,*

(4) *Suche nach Vergebung*⁵⁴ *und*

(5) *Wiedergutmachung*“.⁵⁵

⁵⁴ Aus der katholischen Sicht: Bongardt, *Endstation*, 2010, 57 ff., 66 f., zur Strafe und zugleich mit Bezug zur Vergebung; Bibel, Paulus, Römer 3, 25 b.

Die beiden weiteren Elemente, die das Generalthema vorgibt, spiegeln sich also in und verbinden sich auch bei ihm mit der Versöhnung. „Strafen und Gerechtigkeit“ bilden nicht nur Kernelemente des Rechts, sondern beinhalten auch die zivilisatorische Aufgabe des Gedankens der Versöhnung. Allerdings ist noch der säkulare Ansatz hinzuzufügen, auch die westliche weltliche Idee des demokratischen Humanismus verkörpert diese Elemente.

Ferner ordnet *Wüstenberg* seine Annäherung an die politische Dimension der Versöhnung noch einmal auf seine Weise. Er vermischt dabei notgedrungen Fallgruppen und Denkweisen. Seine Reihung lautet: a) Die Idee der Versöhnung werde politisch verwendet, b) theoretisch als Versöhnungslehre begriffen und c) als Bereiche von politischer und „eschatologischer *relatio*“ gedeutet. Als Fallgruppen nennt er „Südafrika-Apartheid“ und „Schuld nach dem Ende der SED-Herrschaft“.

Dann setzt er aus christlicher Sicht mit einem wichtigen Wort nach: „*Versöhnung im Horizont von Zeit und Raum – das ‚Letzte‘ als Prozess*“.⁵⁶ Versöhnung erweist sich für ihn also zumindest als ein christlicher Höchstbegriff. Aber zu vermuten ist, dass diese Idee, wie er selbst dargelegt, einen ähnlichen Rang auch in allen anderen Regionen einnimmt. Sobald man zudem „Opfergaben“ als Bestandteil einer jeden Religion begreift und die weltliche Idee der Selbstbeherrschung als asketischen Verzicht zugunsten der eigenen Moral versteht, drängt es sich auf, den Gedanken der Versöhnung auch aus zivilisatorisch-anthropologischer Sicht⁵⁷ zu verallgemeinern.

⁵⁵ Wüstenberg, *Dimension*, 2003, 107 ff., 108. Hoppe, *Erinnerung*, 2010, 29 ff., 44: „Die menschliche Sprache erlaubt immer nur Annäherungen an das Abgründige dessen, was mit Worten wie ‚Schuld‘, ‚Reue‘, ‚Vergebung‘ und ‚Aussöhnung‘ gemeint ist“.

⁵⁶ Aus evangelisch-theologischer Sicht grundlegend: Wüstenberg, *Dimension*, 2003, unter anderem 89 ff. (interpersonale Versöhnung: a) politisch, b) als Versöhnungslehre, c) als Bereiche von politischer und „eschatologischer *relatio*“) sowie 111 (Südafrika-Apartheid); 240 ff. („Schuld nach dem Ende der SED-Herrschaft“); siehe zudem: 498 ff. (aus christlicher Sicht: „*Versöhnung im Horizont von Zeit und Raum – das ‚Letzte‘ als Prozess*“).

⁵⁷ Whitehouse, *Cognition*, 2008, 35 ff., 36 („Figure 1 lists a number of traits that might be associated with the category ‚religion‘. These

Die Versöhnung erscheint danach und auch im Deutungszusammenhang von *Wüstenberg* als eine universelle Idee. Umgekehrt und aus der Sicht einer idealistischen Kulturphilosophie ließe sich dann ferner fragen, ob denn die Religionen nicht ihrerseits - auch- diese Idee in eine sozialreale Kulturform umsetzen, sodass die Religionen zumindest insoweit der Höchstidee der Versöhnung ebenso „dienen“ wie das westliche Recht.

3. Der Rechtspraktiker und frühere Berliner Generalstaatsanwalt *Schaeffgen* betrachtet vor allem den deutschen Weg der Vergangenheitsbewältigung. Jenen beschreibt er zu Recht mit den folgenden Stichworten:

- *strafrechtliche Ahndung,*
- *Rehabilitierung der Opfer, insbes. Justizopfer durch Aufhebung von Unrechtsurteilen,*
- *Haftentscheidung.*

Aber *Schaeffgen* fügt auch an, hinzu gehöre der Aspekt der

- *Einsetzung einer Wahrheitskommission.*⁵⁸

Mit *Werle* ist diese Sicht zu ergänzen. Er ist ein Strafrechtswissenschaftler, der auch den Umbruch in Südafrika aus eigener Erfahrung mit einbeziehen kann. Zudem betrachtet er die Aufgabe der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung aus zeitgeschichtlicher Sicht. Er erklärt: „*Der Gerichtssaal ist nicht der*

traits are probably found, in some shape or form, in all human societies or at least are very widespread and historically recurrent. The CSR – cognitive science of religion – has attempted to account for this recurrence in terms of the shaping and constraining: effects of universal cognitive mechanisms.” Seine Liste enthält: „Afterlife, Beings with special powers, Signs and portents, Creationism, Spirit possession, Rituals, Ritual exegesis, Deference, Moral obligation, Punishment and reward, Revelation, Cross-culturally recurrent religious repertoire “). Dazu und zum „homo religiosus“: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 548 ff. (Kap. 13 II).

⁵⁸ Schaeffgen, *Vergangenheitsbewältigung*, 1998, 49 ff., 49. Vgl. auch: Werle, *Wahrheit*, 1996, 8.

richtige Ort zur Aufarbeitung von 40 Jahren deutscher Nachkriegsgeschichte“.⁵⁹ Dem mag man zustimmen. Denn die zivile Aufgabe, deutsche Geschichte zu verarbeiten, liegt in den Händen des deutschen Präambel-Volkes. Geeignete Mittel und Wege stellen etwa Archive, öffentliche Gedenktage und die Angebote von Zeitzeugen dar.

Aber anzufügen ist, dass die Einsetzung des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag zeigt, dass Gerichtsverfahren gegen individuelle Führungspersonen dabei helfen, kollektives Unrecht, das sogenannte „Systemunrecht“ zu bewältigen. Das systemische Unrecht erhält auf diese Weise einerseits „Gesichter“. Andererseits aber wird für die Zukunft im demokratischen Sinne verdeutlicht, dass bei schweren Menschenrechtsverletzungen die Führungseliten persönlich für ihre Führung und deren Beweggründe einzustehen haben. Politische Führer sind zunächst einmal eigenverantwortliche Menschen wie alle übrigen Bürger auch.

4. Zwei Ansätze sind zunächst einmal zu trennen, die kollektive Verantwortung, etwa eines Volkes, beziehungsweise seines politischen Systems und seiner Gefolgsleute und die individuelle Verantwortung der einzelnen Täter für einen Konflikt. Daneben aber existiert die vermittelnde dritte Fallgruppe der Versöhnungsakte, bei denen beide Seiten für den Konflikt Verantwortung tragen und übernehmen. Ferner ist für die Versöhnung die Frage der Verantwortung für Akte der Vergangenheit auch nur begrenzt bedeutsam, wie beim Grundkonflikt zwischen heranwachsenden Kindern und ihren Eltern oder zwischen Paaren, Freunden oder Nachbarn, der in der Regel zumindest auch den natürlich-egoistischen Ursprung „des Wettbewerbes“ zwischen den Nächsten um die gemeinsamen Ressourcen besitzt. Die Versöhnung zielt auf eine Veränderung, die zwar gern an einen meist nur fiktiven paradiesisch-idealen Urzustand anknüpft, aber dann doch in der jeweiligen Gegenwart beginnt und die Zukunft in den Blick nimmt. Vorbeugend werden die Familien und sonstigen Nächsten dann wiederum rechtsähnliche Grundregeln des Zusammenlebens entwickeln. Sie werden alltägliche und festliche Riten pflegen, die das Gefühl der Zusammengehörigkeit verstär-

⁵⁹ Werle, Wahrheit, 1996, 61.

ken und auch solche, die der gemeinsamen Verarbeitung von *Tabubröchen* dienen.

3. Versöhnung: psychoanalytisch und rechtsanthropologisch

1. Das Wort vom Tabubruch leitet dann zugleich zur Psychologie über, die ihrerseits und wie jede große Wissenschaft viele Unter-
aspekte zu bieten hat. Tabus bezeichnen dabei vereinfacht die
psychische Seite der „Unantastbarkeit“ und damit auch die „An-
erkennung“ von bestimmten Werten oder auch allgemein die
Verinnerlichung von *Verhaltensverboten*.⁶⁰

Die vorstehenden eher alltagspsychologischen Erwägungen, die
am Ende auf Evidenz setzen, finden unter anderem in der *Psy-
choanalyse* ihre fachwissenschaftliche Unterstützung und zudem
weitere einzelne Gesichtspunkte. Die Psychoanalyse wird insbe-
sondere von Praktikern betrieben, die methodisch vielfach induk-
tiv vorgehen. So ist hier analog dazu ein einzelner Sammelband
zu betrachten, der das Versöhnen und dessen Umfeld beleuchtet.
Karger und andere bieten mit einem solchen einige interessante
Schlaglichter, mit denen psychoanalytische Praktiker die Feinhei-
ten der Versöhnung und deren Umfeld herausarbeiten. Ihnen al-
len ist dabei weitgehend zu folgen:

Das Hauptthema bildet die Frage nach dem Weiterleben mit ei-
nem Trauma, also die Reaktion auf ein solches. Angeboten wer-
den die Schlagworte: „*vergessen, vergelten, vergeben, versöh-*

⁶⁰ Siehe dazu aus verfassungs- und zugleich strafrechtlicher Sicht:
Hörnle, *Verhalten*, 2005, 174. „Tabus sind eine *Unterkategorie all-
gemeiner sozialethischer Verhaltensvorschriften*. Von diesen unter-
scheiden sie sich durch den Anerkennungsgrad, da sie per definitio-
nem nahezu allgemein nicht hinterfragt werden.“ Mit der Verbin-
dung von Sozialem und Ethik wird dann deutlich, dass es sich ent-
weder tatsächlich zumindest schon um eine starke kulturelle Veran-
kerung eines „Tabus“ oder normativ um einen Teil des *kollektiven
Unterbewusstseins* handeln soll, den der Einzelne wiederum kraft
seiner Sozialisierung verinnerlicht hat oder aber haben sollte. Zu den
ethischen Kernnormen aber zählen nicht (nur) die Randfragen, wie
das bloß „anstößige Verhalten“ auf das sich Hörnle konzentriert,
sondern auch etwa das *Tötungstabu*, das positiv gewendet ein *Le-
bensschutz-Tabu* darstellt.

nen“. Das Wort vom Trauma bedeutet dabei grob in die Zivilsprache übertragen eine seelische Verletzung oder auch allgemeiner einen seelischen Schaden.

Im Einzelnen bieten die Autoren zunächst die folgenden beiden Reaktionsreihen, die schon zuvor anzusprechen waren und hier nun eine fachwissenschaftliche Wahrnehmung und Ausarbeitung erfahren. Es sind

- „Verzeihung – Reconciliation - Versöhnung“ (*Andre Karger*)
und
- „Schuldankennung – Verzeihung - Versöhnen“ (*Mathias Hirsch*).

Allerdings lassen sich diese Begriffe dann mit *Karger* etwas sortieren: Die Vergebung gehöre, wie immer anzufügen ist, vorzugsweise in einen „*religiös-metaphysischen Kontext*“, das Verzeihen beschreibe einen „*interpersonell-weltlichen Zusammenhang*“, das englische „*Reconciliation*“ betreffe einen „*politisch-gesellschaftlichen Prozess*“. Das ebenfalls religiös-metaphysische „*Versöhnen*“ begreift er als eine, wie anzufügen ist, an *Hegels* Sichtweise erinnernde „*Phantasmatik*“, die sich „als den Anderen vernichtende Aufhebung alles Gegensätzlichen zeigt“. Auch räumt er gleich mit ein, dass für die Psychotherapie eine „opferzentrierte Sicht“ vorherrsche, bei der dann meist von „*Heilung, Integration und Überwindung des Traumas*“⁶¹ gesprochen werde, womit er drei wichtige weitere Konnotationen der Idee der Versöhnung auflistet.

2. *Karger* verbindet vier verschiedene Facetten zu einem Netzwerk der Bezüge, und zwar im Sinne eines Vierecks „der Dimensionen der Versöhnung“, und erklärt zugleich, diese würden den „Rand der Bedingungen der Versöhnung, aber auch ihr mögliches Phantasma thematisieren“,⁶² Die Ausrichtung dieser Bedingungen der Versöhnung sei aufzufächern in

(1) *innerpsychisch*,

⁶¹ Karger, *Verzeihung*, 2011, 12 ff., 13.

⁶² Karger, *Verzeihung*, 2011, 12 ff., 13. 15

(2) *sozial*,

(3) *interpsychische* und

(4) *metaphysisch*

Also zumindest diese vier Arten von Motiven führen zu interdisziplinären Binde-Strich-Psychologien. Die Psychologie wendet sich der Soziologie zu, die auch die Interaktionen zwischen Individuen miterfasst. Sie öffnet sich gegenüber der philosophischen Metaphysik und der Theologie. Deren Sichtweisen bestimmen also den Prozess der Versöhnung mit und gehören auch zum Umfeld des Seelischen des Menschen. In der Tat spielt die Idee der Seele in der europäischen Geistesgeschichte eine große Rolle und ist auch in der Idee der Menschenwürde wieder zu finden.⁶³

Dabei ist zu ergänzen, dass das Innerpsychische dann auch die *biologische* Grundausstattung des Menschen miterfasst und das Soziale auch die *Rechtspraxis*.

Karger betont zwei, aus psychoanalytischer Sicht und auch generell, wesentliche Elemente:

Zum einen gelte es, *negative Emotionen* zu überwinden, wie etwa die Angst vor der Retraumatisierung, das Festhalten am Ärger, um sich mächtig zu fühlen oder am Ende selbstzerstörerisch mit dem ständigen Vorhalten der Opferrolle die Kontrolle über den Schädiger ausüben zu können, die Feindschaft als wichtige, aber ambivalente Beziehung oder die Vermeidung von Scham.

Aus psychoanalytischer Sicht liege außerdem eine wichtige Voraussetzung und, wie anzufügen ist, ein weiterer Grund für die hohen Hürden der Versöhnung: „*in der Anerkennung von etwas Gutem im Schädiger und der Anerkennung von etwas Schlechtem im Geschädigten*“. Damit werde eine „gegenseitige Identifizierung“ möglich. Der Geschädigte müsse eine Spaltung von guten und schlechten Anteilen vornehmen, was wiederum unter ande-

⁶³ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 206 ff. („5. Kapitel: Seelen- und Vernunftlehren: antike vorchristliche Zivilreligion und ihre Transformation“).

rem auch viel mit seiner allgemeinen Beziehungsfähigkeit zu tun habe.⁶⁴ Hinter der Aufspaltung in gute und schlechte Anteile einer fremden und der eigenen Persönlichkeit verbirgt sich aus menschenrechtlicher Sicht die einfache Forderung, nur zwischen den guten und schlechten Taten eines an sich stets würdigen Mitmenschen zu unterscheiden und ihn nicht in (kindlich-regressiver) Weise als nur böse oder nur gute Person zu etikettieren. Vereinfacht muss das Opfer auch wahrnehmen, selbst Täters sein zu können, sich also in die Lage des Täters versetzen. Vorausgesetzt wird also die menschliche Grundfähigkeit zur wechselseitigen Empathie, die es dann konkret auszufüllen gilt.

Karger stellt überdies zu Recht zwei höchst unterschiedliche Fälle voran:

(rein individuell ansetzend) „das Weiterleben nach einem ehelichen Betrug“ und

(auf der Gruppen-Ebene) das Shoa-Problem der „Begegnung mit einem Mörder“, der eben auch Teil eines gesamten staatlich-nationalen Mordsystems war.

Kargers eigenes Angebot lautet, über alternative Versöhnungskonzepte wie das der „Wiederannäherung“ nachzudenken, das *Hillel Klein* für das persönliche Umgehen mit der Shoa erwägt.⁶⁵ Nicht das Vergeben und Vergessen stehe im Mittelpunkt, dies sei sogar unmöglich, weil beides eine Akzeptanz der Shoa bedeuten würde, sondern die „Selbstsuche“, die auf eine Selbstvergebung ausgerichtet sei. Denn die Identifizierung mit den toten Eltern, den „Liebesrepräsentanzen“, führe zur Überlebensschuld und dem „Problem der trans-generationalen Weitergabe von Traumata“. So ergebe sich dann die „Aporie: Vergeben wird zum Sichvergeben als Wiedergutmachung als Erinnerung an die Toten“. Aus der narzisstischen (grob im Sinne von selbstbezogenen) und kindheitsbezogenen Sicht der Psychoanalyse erscheint diese Sicht vielleicht auch als konsequent.

⁶⁴ Karger, Verzeihung, 2011, 12 ff., 17.

⁶⁵ Karger, Einleitung, 2011, 5 ff., 5, sowie: Karger, Verzeihung, 2011, 12 ff., 13, 21; Klein, Schuld. Psyche, 1992, 46 (12), 1177 ff., 1183 f.

Aber das Täterverhalten als das eines Mitmenschen (eines Mit-Subjektes) zu akzeptieren, wäre eigentlich der übliche, wenn auch hohe *Preis* einer Versöhnung. Mit der Shoa werden jedenfalls die Grenzen der Versöhnung deutlich und zugleich der Ausweg oder der Zwischenschritt aufgezeigt, dann wenigstens die „Versöhnung mit sich selbst“ zu versuchen, hier zugleich einem kollektiven Selbst, das die einzelnen Mitglieder der jüdischen Gemeinschaften jeweils in ihrer Kindheit verinnerlicht haben. Die Psychoanalyse mit ihrem Ansatz, vor allem das *Selbst* und die frühe *Kindheit* zu betrachten, ist dazu einerseits in besonderem Maße geeignet, andererseits muss ein kollektives Trauma auch kollektiv aufgearbeitet werden, falls es denn das Ziel sein sollte, zu einer Versöhnung mit den Tätern zu kommen.

Zudem wird mit der Erinnerung an die Toten, so *Karger* einsichtig weiter, die Grenze zum *Religiösen* berührt.⁶⁶ Der Umgang mit Tötungen stellt mutmaßlich immer eine besonders wichtige Form eines Traumas, sozial gedeutet eines Konfliktes, rechtlich eines Streites dar.

Dieser psychoanalytische Ansatz offenbart jedenfalls mehrere Elemente, die versuchsweise auch noch einmal *allgemeinpsychologisch* zu betrachten sind. Schwere Traumata, auch solche, die durch das inhumane Verhalten anderer Menschen ausgelöst werden, verlangen stets auch und vermutlich stets zunächst einmal nach einer neuen „Selbstsuche“. Denn die eigene Identität oder mit einem anderen Wort, die Seele, hat schweren Schaden erlitten. Der traumatisierte Mensch muss sich selbst soziobiologisch ausgedrückt vor allem erst einmal „re-organisieren“. Von außen und sozial betrachtet muss das passive Opfer auf diese Weise selbst wieder aktiv werden können und vereinfacht von der Opferrolle insofern (wieder) in eine Täterrolle eintreten, als es selbst wieder aktiv sein kann. Demokratisch gelesen muss das Opfer versuchen, wieder in die Rolle eines autonomen und souveränen Selbst-Subjektes zu wechseln.

Allerdings zeigen sich auch die praktischen Grenzen dieser idealen Forderung, und es geht dann faktisch vor allem darum, mit dem Trauma wie mit einer körperlichen Versehrtheit zu leben.

⁶⁶ Karger, Verzeihung, 2011, 12 ff., 17, 22.

Die klassische Versöhnung ist zudem offenbar ausgeschlossen, wenn die Opfer das Verständnis der Akte grausamer Tätern für unmöglich und sich selbst nur für gut halten. Diese selbstgerechte Verweigerung ist einerseits verständlich, denn das Opfer oder seine Angehörigen müssten sich andernfalls entweder jedenfalls für grundsätzlich fähig erachten, zumindest in Extremlagen ein ähnliches böses Verhalten wie die Täter an den Tag zu legen oder die Taten jedenfalls für „menschlich“, wenn auch äußerst böse, einstufen. Dennoch widerspricht diese Verweigerung in seltsamer Weise gerade der Idee der allgemeinen Menschenwürde, denn eine solche Verweigerung stempelte den Täter dauerhaft zum Un-Menschen.

Mit Blick auf die Shoa ist zudem darauf hinzuweisen, dass für diesen gewiss singulären Genozid die Ermittlung der konkreten Wahrheiten nach dem Zweiten Weltkrieg weder hinreichend dialogisch, etwa in Form öffentlicher Wahrheitskommissionen betrieben worden ist, noch eine wirklich breite strafrechtsrechtliche Aufarbeitung stattgefunden hat. Insofern mag aus der säkularen Sicht sogar eine Drucklage bestehen, stattdessen den transzendentalen Aspekt der Schicksalhaftigkeit zu verstärken. Versöhnung mit bestimmten Menschen jedenfalls ist vor allem ein dialogisch auszugestaltender längerer „Prozess“. Das gilt vermutlich auch auf der kollektiven Ebene der nationalen oder der ethischen Lebensgemeinschaften, die immer auch von und mit ihrer Geschichte leben (müssen).

Was *Karger* einsichtig vor allem für den einzelnen Menschen ausführt, dürfte also aus *sozialpsychologischer* Sicht in analoger Weise auch für festere Gruppen und insofern auch für die sozialen und die metaphysischen Dimensionen von Menschen gelten. Je stärker deren Binnenethik darauf ausgerichtet ist, sich von anderen getrennt zu halten oder feste Feindbilder zu pflegen etc., desto eher dürften diese Gruppen Mühe aufwenden müssen, sich mit anderen zu versöhnen. Sie müssen dazu im Versöhnungsprozess nach und nach einen (kollektiven) Identitäts-, Struktur- oder auch Kulturwandel auf sich nehmen.

3. Einsichtig erscheint dann auch eine weitere These in dem von *Karger* herausgegebenen Sammelband, die der „*Racheimpulse als Ausdruck regulativer Psychodynamik*“, ein Wort, das dann

mit dem Zusatz ergänzt wird „*und Racheverzicht als kulturelle Forderung*“⁶⁷ (Bernd Klose). Auf diese Weise wird also dem individuellen Impuls zur Vergeltung zunächst einmal ein sozialer Gegenimpuls entgegengesetzt. Bei Gruppenarbeit, an der Täter und Opfer teilnehmen, gehe es dann, was bei *Klein* jedenfalls für die Ausnahmesituation der Auschwitzmörder noch völlig unmöglich erscheint, um die „*wechselseitige Identifikation*“ und zwar „*inklusive der des Erlebens und des Durcharbeitens der dazugehörigen schwierigen Affekte*“. Um, wie anzufügen ist, aus der Opferrolle herauszukommen und wieder in die Rolle eines Selbstsubjektes hineinzugelangen, geht es mit dem ersten wichtigen Schritt um das „*Zulassen und Erleben von Rachefantasien- und -impulsen*“.

Damit wechselt das Opfer, so ist anzumerken, offenbar in seiner Imagination in die Rolle eines selbst zu einer Tat bereiten Subjektes über. Aus dem passiven Opfer wird immerhin schon wieder ein virtueller *Täter*.

Hierzu passt ein weiterer Beitrag in diesem Sammelband. *David Becker*⁶⁸ behandelt Probleme der Täter- und Opferrollen. Bei einer differenzierenden Betrachtung von Tätern und Opfern gehe es zunächst einmal überhaupt darum, die Anerkennung der Opfer als Opfer und der Täter als Täter zu erreichen.

Anzumerken ist, dass der Lösung dieses großen Problems der Rollenzuschreibung gerade auch die rechtlichen Verfahren dienen, die verschiedenen *zivilrechtlichen* Verfahren, etwa des Schmerzensgeldes und der Unterlassung ebenso wie das *strafrechtliche* Erkenntnisverfahren. Die Opferrolle von Nächsten und Dritten bestätigt zu erhalten, bedeutet dabei auch schon, als ein, wenngleich passives, Subjekt betrachtet zu werden. Die Täterrolle selbst wird allerdings in zivilisierter Weise am Ende eines (rechtlichen) Verfahrens stehen. Zuvor handelt es sich um die Rollen des „Beklagten“ oder des „Beschuldigten“, die sich beide in der Regel auf einen konkreten Tatverdacht und plausible Annahmen gründen. Jedoch kann ein frühes zivilrechtliches Anerkenntnis oder ein strafrechtliches Geständnis, das typischerweise

⁶⁷ Klose, *Racheimpulse*, 2011, 53 ff., 53 ff; Karger, *Einleitung*, 2011, 5 ff., 8.

⁶⁸ Becker, *Täter*, 2011, 67 ff..

mit der Übernahme der Täterrolle verbunden ist, das Verfahren insoweit verkürzen oder es sogar über einen außergerichtlichen Vergleich zu vermeiden helfen. Die zivilrechtliche Klage mit Dritten bereits auch nur vorzubereiten oder die strafrechtliche Beschuldigung gegen den Täter oder gegen Unbekannte zu erheben, beinhaltet üblicherweise, dass das Opfer seine Opferrolle nicht nur passiv einnimmt, sondern auch schon aktiv ausfüllt und damit auf dem Wege ist, seine Subjektstellung auch „innerlich“ wieder zu erlangen. Das Opfer sucht aktiv nach Gerechtigkeit, vereinfacht im wörtlichen Sinne des Richtens, als vom Geraden-Richten von etwas Krümmem.⁶⁹ Innerlich muss es sich dazu zunächst motivieren. Dazu ist wieder in den Sammelband zu blicken:

Nach der Einführung der Worte von der „Phantasmatik“ und den hilfreichen „Rachephantasien“ nicht mehr so ganz unerwartet erscheint die These von der *„Rache – als Wunsch und Unterstellung“*⁷⁰. Dem ist anzufügen, dass Wünsche bekanntlich nicht immer ausgelebt werden und der inneren Verarbeitung dienen. Auch ist es unklar, wer denn tatsächlich als potentieller Rächer in Betracht kommt. Mutmaßlich sind es eher männliche schutzbereite Nächste, die versagt haben. Hinzu kommen die ebenfalls schutzbereiten angeblich mitfühlenden selbstgerechten Dritten, die ähnliches im (eher gemeindlichen zu verstehenden) Gemeinwesen vermeiden wollen und zur Lynchjustiz gegenüber Externen neigen. Die anderen tatsächlich mitfühlenden Personen begnügen sich dann mit Rachephantasien. Sie treten bei Akten der blinden Lynchjustiz vor allem als schweigende Mehrheit auf.

Zu verweisen ist zudem auf zwei weitere Facetten. Aus der Sicht des Geschädigten gehe es bei den Opfern von Folter auch um einen *„Prozess der Aussöhnung des Geschädigten mit der Gesellschaft zur Wiederherstellung des Vertrauens in die Welt“*, wofür es einer entsprechenden Erinnerungskultur bedürfe.⁷¹ Diese führt, wie anzumerken ist, zum einen dazu, dass die Geschädigten, vor allem aber die Verstorbenen, die zu „Objekten“ von Willkür geworden sind, beispielhaft für die Überlebenden und ihre Nächs-

⁶⁹ Platon, Protagoras (Eigler), 1990, 83 ff., 325 d f. Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch II 9, 1109b.

⁷⁰ Kühner, Rache, 2011, 67 ff. , 67 ff.

⁷¹ Karger, Einleitung, 2011, 5 ff., 10.

ten die Subjektrolle wieder zugeschrieben erhalten. Zum anderen entsteht auf diese Weise eine sozialrelevante große Traditionsgruppe von Opfern, zu der zu gehören anderen Opfern einen gewissen Gruppenschutz und nach Bedarf auch das Angebot einer Gruppenidentität bietet.

Die Gefahren der Versöhnung schildert *Rudolf Heinz*, wenn er anhand eines Falles des familiären Missbrauchs auf den Abwehrcharakter der Versöhnung aufmerksam macht, der die Todes- und Gewalterfahrung des Traumas nur überdeckt und jene dabei noch verstärkt.⁷² Offenkundig muss der Versöhnungsprozess vor allem zunächst das Opfer mitnehmen und dessen Menschenwürde beachten. Auch muss akzeptiert werden, dass die Versöhnung von Täter und Opfer trotz aller sozialen und rechtlichen Unterstützung ein freiwilliger Akt bleibt. Das Opfer muss auch die Versöhnung mit sich verweigern dürfen. Allerdings ist dann daneben die Versöhnung des Täters mit der Gesellschaft möglich, deren Normen er gebrochen hat.

4. Aus der allgemeiner und damit „ziviler“ ansetzenden *rechtsanthropologischen* Sicht vereinfacht wird also im Rahmen eines Prozesses aus der Objektstellung und Beuterolle, die der Täter dem Opfer zugeschrieben hat, die Position des Ko-Subjekts und eine Partnerrolle. Das Opfer muss nach und nach (wieder) in eine Ko-Subjektrolle einrücken (können), für die ihm der Täter dann allerdings auch den gebührenden Platz frei räumen muss. An die Stelle von Abschottung und Autarkie treten Kommunikation und Kooperation und damit auch wechselseitige Abhängigkeiten, die wiederum Vertrauen schaffen. Entscheidend ist die (Wieder-) Erlangung einer Ko-Subjektstellung auf der Opferseite und der entsprechende Teilverzicht auf die Übermacht auf der Täterseite. In vorstaatlicher Zeit war es die „Anerkennung“ des Anderen als eines Freien und Gleichen, die vielfach mit einem rituellen öffentlichen Akt einherging.

Wer dem Menschen aus der Sicht der Grund- und Menschenrechte eine Subjektstellung zuspricht oder ihm „Autonomie“ zuerkennt, zeigt aus der *rechtsanthropologischen* Sicht exakt diese Ambivalenz auf. Alle Subjekte sind grundsätzlich fähig, ihre

⁷² Karger, Einleitung, 2011, 5 ff., 9 f; Heinz, Fallstricke, 2011, 161 ff., 161 ff.

Umwelt als Objekt zu betrachten. Denn in der Subjekt-Objekt-Trennung besteht zumindest ein großer Teil ihres Wesens als Subjekt. Der Autonome darf zudem grundsätzlich etwa als Eigentümer willkürlich über das Eigene und dann über bloße Sachen zu herrschen. Andererseits gilt inzwischen das Wechselseitigkeitsprinzip oder besser noch das (*kantsche*) Verallgemeinerungsgebot. Die Subjektstellung gilt danach für alle Mitdemokraten oder universell für alle Menschen. Aus dem Subjekt wird damit eine bloßes Ko-Subjekt, das diese Rollen mit vielen anderen teilen und damit auch auf die absolute eigene Freiheit verzichten muss. Damit ist einerseits die Sklaverei, also die Versachlichung des Menschen auf der Ebene der kulturellen Grundnormen abgeschafft. Aber rechtstatsächlich kennen wir etwa die organisierte Zwangsprostitution und den Menschenhandel ebenso wie das Phänomen von Gewalt und Missbrauch in allen halbgeschlossenen Lebensgemeinschaften wie der Familie, den Heimen, den Internaten, den Gefängnissen, den Kasernen und bestimmten Sektenformen. Ihre Teil-Autonomie eröffnet die Möglichkeit zur Unterwerfung von Mitgliedern. Wir benennen und bekämpfen diese sozial-realen Erscheinungen mit dem nationalen Strafrecht, dem staatlichen Polizeirecht und mit internationalen Konventionen, aber auch mit außerstaatlich organisiertem Täter-Opfer-Ausgleich.

Aus anthropologischer Sicht sind einzelne Menschen zudem zu einem solchen Wechsel der Grundhaltung gegenüber anderen Menschen scheinbar ohne besonders große Mühe befähigt. Gerade auf der politischen und der beruflichen Ebene schließen Menschen *Koalitionen* und Bündnisse und geben sie dann auch wieder auf. In allen engeren Beziehungen aber ist der Preis für Trennungen und damit auch das Entgelt für die Freiheit von diesen Bindungen in der Form von kleineren oder größeren psychischen Verletzung zu zahlen und in der *Veränderung* des Selbst (der Identität, der Seele), aber auch des Wir-Bildes und allgemein am Menschenbild zu entrichten. Auch findet vielfach eine Einschränkung der Fähigkeit zur Empathie (mit anderen) statt. Vereinfacht erfolgt offenbar, wie auch bei rein körperlichen Verletzungen, eine Art von *Rückzug* in einen inneren Schonraum mit dem Ziel der Heilung, genauer der Vernarbung. Was für den einzelnen gilt, dürfte auch auf Gemeinschaften zu übertragen sein, und zwar vor allem bei Demokratien, deren Gemeinschaften auf die einzelnen Menschen und ihr Wesen besonderen Wert legen,

auch gegenüber den Nachbarn und den eigenen Minderheiten gelten.

5. Beim rechtsanthropologischen Blick auf die Erkenntnisse der Psychologie ist wie stets die Grundausrichtung dieser Fachwissenschaft mit zu bedenken. Sie dient im Kern der Heilung einzelner traumatisierter Menschen. Das Täter-Opfer-Schema passt vereinfacht auch eher zum Strafrecht und weniger zum Zivilrecht.

Umgekehrt bedenkt das humane Strafrecht zwar inzwischen auch die Opferrolle. Aber das Recht geht dennoch davon aus, dass der Geschädigte üblicherweise keinen Pflegschaftsfall darstellt, sondern dass er seine eigenen Angelegenheiten noch selbst, also autonom in die Hand nehmen kann, wenngleich auch arbeitsteilig mit fachkundiger anwaltlicher Hilfe. Vereinfacht steht dem Passivmodell des Kranken das Aktivmodell des Gesunden gegenüber. Beide Modelle sind zwar axiomatische „Fiktionen“ und müssen miteinander auf der kulturellen und der individuellen Ebene verbunden werden. Denn das Menschenbild vom „würdigen Mensch“ umfasst Kranke wie Gesunde und eben auch die westliche Leitkultur des demokratischen Präambel-Humanismus. Aber es bleibt, jedenfalls für die erste interdisziplinäre Annäherung von psychologischen und juristisch-zivilisatorischen Aspekten am besten bei einem vorsichtigen Dualismus von vor allem normativen Geistes- und den überwiegend empirischen Naturwissenschaften, bei der die Psychologie zwar eine Zwischenstellung einnimmt, aber wegen ihrer klinischen Seite eher den Naturwissenschaften zuzuordnen ist.

Aus der Sicht des Zivilrechts geht es also zunächst einmal um eine Art von „Minus“, um eine schon eingetretene Schädigung im Sinne eines „Fast-Trauma“. Jenes aber vermag der Geschädigte noch als Rechtssubjekt zumindest mit fremder Hilfe selbst zu beherrschen. Aus sozialer Sicht betrachtet scheidet ein solcher Geschädigte vor allem nicht über längere Zeit aus dem sozialen Gefüge aus. Außerdem ist von einem „Aliud“, einer Andersartigkeit gegenüber schweren traumatischen Verletzungen auszugehen. Bei Ehebruch oder nachbarschaftlicher Ehrverletzung verbleiben demjenigen, der sich als Opfer fühlt, vielfach also beide Seiten, nicht nur der Kern der Autonomie. Vielmehr ist diese Person eben deshalb in der Regel auch sofort fähig, in der Täterrolle zu reagieren.

Auf dieser leichteren Ebene muss der Reagierende zum einen nicht nur von schwerer Gegengewalt phantasieren. Er vermag, wie dann auch sein Kontrahent, sofort einen realen Kleinkrieg mit leichteren und vor allem mit symbolischen Gegenattacken zu führen. Ferner kann es beiden Seiten vermutlich auch eher gelingen, eigene Truppen aus den persönlichen Netzwerken um sich zu sammeln und zu versuchen, die eigenen Gegenaktionen mit kollektivem „Meiden“ zu ergänzen. Zum anderen müssen beide Seiten auf dieser Ebene des einfachen Nahekonfliktes dann auch umgekehrt bei ihren Aktionen oder auch dem Verzicht darauf, auf die *sozialen* Erwartungen ihres eigenen Netzwerkes reagieren, weil sie sich beim Enttäuschen dieser *Erwartungen*⁷³ andernfalls vor ihnen schämen müssten. Dabei müssen sie das Gefühl bedienen, nicht mit Nachsicht das „Gesicht“ innerhalb ihrer Peergruppe und den sonstigen Nächsten verlieren zu können. Je schwächer das Selbstbewusstsein ausgeprägt ist und je enger die eigene Gruppe sich gegenüber anderen abschließt, desto stärker dürfte sich auch der Impuls aufbauen, sofort mit blinder „Vergeltung“ zu reagieren und sich dann auch in einem Kleinkrieg der ständigen Wiedervergeltung zu verfangen.

Damit ist versucht, die Idee der Versöhnung und eine Reihe von Konnotationen mithilfe einiger Fachautoren etwas feiner auszuarbeiten. Religiöse, politische und psychologische Aspekte erscheinen dabei als wechselseitig vernetzt.

4. These: Demokratische Zivilgesellschaft als Freiheits- und als Versöhnungsgesellschaft

1. Dieses grobe Vor-Verständnis von der Idee der Versöhnung bereitet den Boden dafür, im nächsten Schritt schon einmal die folgende rechts- und kulturphilosophische Reihe von Arbeitsthe-

⁷³ Vgl. für das Strafrecht Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2015, , Vor § 1, Rn. 26 f. (Hervorhebung im Original: „Strafe lässt sich ...iSd Lehre von der positiven Generalprävention als Mittel einer *symbolischen Konflikterledigung* verstehen...“. Die faktische Geltung der Normen als „Orientierungsmuster“ sei durch den Täter in Frage gestellt, die tadelnde Reaktion gegen den Normwiderspruch bekräftige die Geltung. Und die Strafe sei „symbolischer Ausgleich des Normgeltungsschadens“)

sen aufzustellen, die dann im Einzelnen noch weiter zu verfolgen sind.

- Der formale Prozess, der zum Ergebnis einer Versöhnung führt, besteht in irgendeiner Art der Dialektik. Vereinfacht beginnt er mit einer „Position“, die eine selbstständige Person⁷⁴ vertritt. Ihr setzt eine andere eigenständige Person eine „Gegenposition“ entgegen. Die intellektuelle Seite der Versöhnung besteht dann im Konsens beider Akteure über eine „Synthese“.
- Diese Grundidee beinhaltet erkennbar im Kern die Idee der Handlungsfreiheit von Personen, kurz von Freien oder auch (Selbst-) Subjekten. Die Idee des Freien setzt vereinfacht am Ende den Dualismus, also die moderne „Spaltung“ voraus, vor allem von Subjekt und Objekt, von Mensch und Welt.
- Hinzu tritt die emotionale Seite und entwicklungspsychologisch gelesen das Modell der Ablösung der Kinder von den Eltern. Biologisch gefasst ist damit der Egoismus, etwa der der Gene und deren individueller Ausprägung in Lebewesen, gemeint, der dann auch in den Vorteil der „Kooperation“ einmünden kann.
- Diese sozio-biologische „Eigenständigkeit“, und sei sie auch faktisch nur auf eine Teilautonomie nach dem Modell der os-

⁷⁴ Zur „Person“ aus der Sicht der Rechtsethik siehe etwa Joerden, *Menschenleben*, 2003, 37 („Die Person ist das Zuschreibungsobjekt, dem Rechte zugeschrieben und Pflichten auferlegt werden können“), 39 ff (Zur Herkunft aus der Rollen und der Maskenmetapher sowie zu „Funktion und Grenzen des Personenbegriffs“), 39 („... Begriff der Person ist Kennzeichen seiner äußeren Identität“), Hervorhebung im Original. Siehe zudem etwa: Locke, *Second Treatise*, 1690, Chapter XXVII, “On Identity and Diversity”: “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.” Dazu: Brandt, *Identity*, 2006, 45 ff., 58 („bundle of perceptions“). Dabei ist offenbar unklar, ob Locke damit darüber hinaus auch noch die Idee einer gesonderten Menschenwürde verbindet, die durchaus das logische wesenhafte Mehr gegenüber der Summe von personalen Rollen angesehene werden könnte. Siehe zu Locke auch: Lotter, *Rechtsprechung*, ARSP, 2006.503 ff, 513 ff.

motisch-stoffwechselnden Zelle begrenzt, gehört zu und beruht auf dem Modell des Wettbewerbes. Insofern beruht die rationale Seite der Versöhnung auch auf der Marktidee. Für den Menschen führen die Interessenwidersprüche einerseits zu friedlichen Verträgen, im Fall des Verzichts darauf aber auch zu fortwährendem Streit, dem Aufbau von Schutzgemeinschaften, Existenzkämpfen und tyrannischen Hierarchien.

- Die Idee der Versöhnung setzt ihrerseits also den „Streit“ von „wehrhaften Akteuren“ voraus. Kollektiv organisierter Streit heißt dann Krieg. Je größer nun aus biologischer Sicht die (genetische) Freiheit der Lebewesen ist, desto wesentlicher ist für sie der Vorgang der Versöhnung. Auch subhumane Primaten kennen Versöhnungsakte. Der Mensch pendelt, wie die Geschichte zeigt, zwischen Freiheiten im Frieden und Hierarchien im Krieg. Das Ethik, Sitte und Recht dienen ihm dann zur eigenen Zivilisierung.⁷⁵
- Grundsätzlich gilt vermutlich das einfache mechanistische Modell, das lautet: Soweit die Umwelt, die biologische wie die soziale, den Menschen nicht zur internen Kooperation zwingt, kann und muss der Mensch seine „normative Selbst-Zivilisation“ kulturell entwickeln. Je größer er seine, vor allem städtischen und schriftgestützten Binnenwelten ausbaut, desto stärker können sich in kollektiven Friedenszeiten die privaten Rechtsfreiheiten ausprägen.
- Allerdings steckt hinter der Idee der Spaltung von Subjekt und Objekt und der Verselbständigung von Freien immer auch noch die (prämoderne und animistische) Vorstellung von der Trennung von an sich „Verwandtem“. Jugendliche trennen sich nach und nach von und versöhnen sich dann als Erwachsenen mit ihren Eltern. Geschwister gehen ihren eigenen Weg, aber sie helfen sich dann nach dem bekannten Modell der Familienclans, zugespitzt im Sinne des Nepotismus.

2. Auch Folgendes ist noch gleich anzufügen: Die Demokratien verwenden den Begriff der Versöhnung oder Reconciliation sel-

⁷⁵ Vgl. auch. Zippelius, Wesen, 2012, 2 b („Garantiertes Recht als Zivilisationsprodukt“).

ten. Im Kern aber handelt es sich bei der Idee der Versöhnung nur um eine Unterart der „Solidarität“ (oder Brüderlichkeit). „Freiheit“ und „Solidarität“ bilden dabei in diesem einfachen Demokratie-Modell die zwei großen (dialogischen) Gegensätze. Die Spannung, die stets zwischen Freiheit und Solidarität besteht, wird nach diesem Modell dann durch die dritte Idee der vor allem ausgleichenden Gerechtigkeit, kurz der „Gleichheit“, auf ein erträgliches Maß abgebaut. Insofern „vermittelt“ die Idee Gleichheit, jedenfalls dann, wenn sie im schlichten Sinne des Ausgleichens verstanden wird und wenn zudem Freiheit und Solidarität als Pole gedeutet werden. Sie hilft insofern zu versöhnen.

Mit dieser Trinität vermeidet die Demokratie die Alternative des internen Bürgerkrieges. Analog dazu vermeidet die Weltgesellschaft in globalen Zeiten über das Friedens-Völkerrecht, etwa der Vereinten Nationen, das zunächst einmal freie Staaten anerkennt, den Weltkrieg etc. Die Idee des Friedens gehört also immer auch mit zur Idee der Versöhnung.

3. Rechtspolitisch und demokratisch betrachtet bildet die Versöhnung eine Art von außerstaatlichem Vorgang, der in der Zivilgesellschaft stattfindet. Versöhnung zu suchen, stellt schon auf den ersten Blick vor allem die Aufgabe

- der mündigen Bürger und Mitmenschen dar sowie
- der charismatischen Schlichter und
- der karitativen Nichtregierungsorganisationen.

Der westliche Rechtsstaat bietet dazu bei Bedarf immerhin den Rechtsrahmen für private Vereinbarungen, und zwar

- den Verfassungs- und Gesetzesrahmen,
- den Weg zur gerichtlichen Einklagung
- und die Mittel der hoheitlich-exekutiven Vollstreckung.

4. Mit diesen ersten Annäherungen ist zugleich auch schon die Idee der „Zivilgesellschaft“ mit umschrieben, die offenbar die

Versöhnung betreibt. Sie tritt insofern dann als „Versöhnungsgesellschaft“ in Erscheinung.

Mit dem Wort von der Versöhnungsgesellschaft ist ferner dasselbe westlich zivilisierte „Volk“ gemeint, das in der Demokratie die Herrschaft ausübt. Es ist auch das Volk, das sich im Alten Testament als jüdisches Volk mit seinem Gott auseinandersetzt und ihm Opfer bringt. Dahinter verbirgt sich das Modell der „solidarischen Familie“. Denn das biblische, einem Stamm ähnliche „Volk“ beruht erkennbar auf der ökonomischen Grundstruktur der ländlichen Sippe. Ein solcher Clan weist wiederum auf das Grundmodell der überschaubaren Kleingruppe zurück und besteht vereinfacht aus der biologischen Familie und einigen sonstigen Nächsten. Einander als aktive Partner nahe zu sein, bestimmt diese Lebensgemeinschaften ebenso wie das Leben mit Kindern und Alten.

Das demokratische Ideenbündel von „Solidarität“, „Sicherheit“ und „Vertrauen“ bestimmt die westliche ideale Großgesellschaft. Die „Negation“ dieser Werte muss diese Gemeinschaft deshalb fürchten, die geistige Verneinung ebenso wie die Untergrabung durch reale Gegenakte. Denn beides würde zugleich zu ihrem Zerfall führen. Die Gewalt, die gleichwohl nötig bleibt, wird sie kollektivieren und an höchste Ideen, wie an die Gerechtigkeit und den Frieden zurückbinden (re-ligere).⁷⁶

5. Grundsätzlich aber versucht die Idee der Versöhnung, soweit möglich ohne die inzwischen staatliche Gewalt auszukommen. Sie arbeitet stattdessen mit dem Ideenpaar des Verzichts als Form des Opfers und der Unterwerfung unter ein gemeinsames Höchstes. Das gemeinsame Höchste ist mit dem Ziel eines harmonischen „Heils“ verbunden, wie etwa auf diesem Wege eine friedliche, gerechte und humane Gesellschaft zu erlangen. Dazu bedarf es aber vor allem der regelmäßigen Kommunikation.

Schon das bloße Grüßen gehört dazu. Es besteht aus der erhobenen offenen oder der gegebenen „Hand“, in der unterwerfenden Verbeugung voreinander, in Anreden wie „Herr“ und Worten wie

⁷⁶ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 486 ff. (Kap. 11 IV).

„Servus“ (Ihr Diener). Sie alle bilden ebenso alltägliche und vorbeugende Versöhnungsgesten wie das Freundlichkeit ausdrückende, der Mimik zugehörige „Lächeln“. Der Umgang mit den Bekannten wie mit völlig fremden Menschen, die wir täglich treffen, ist also weit mehr durch Versöhnungsgesten bestimmt, als uns bewusst ist. Zwar sind sie geboten, weil das Gegenteil des plötzlichen Wechsels zu Feindschaft dem Menschen auch eigen ist. Aber diese Art der Zivilisierung pflegen wir ständig. Sie findet durch gemeinsame Rituale des gegenseitigen Verzichts und der symbolischen Unterwerfung statt.

6. Zur Versöhnung gehört also auch schon die präventive Form der „vorbeugenden“ Konfliktvermeidung durch symbolische „Ver- als Vorbeugung“ und nicht nur die bekannte restaurative Form der Heilung von schweren Verletzungen vor allem durch Reue und Wiedergutmachung. Jeder politische „Konsens“, der in kontroversen Fragen erreicht wird und dazu zählen auch alle Formen der angeblich notwendigen präventiven Gewaltanwendung, stellt insofern einen Ausdruck der Versöhnung dar. Der Konsens ist wiederum eng verwandt mit dem „common sense“, der den Gedanken der „Kommunikation“ bereits in sich trägt.⁷⁷ Konsens wiederum schafft zugleich den inneren „Frieden“. Das ewige Verfahren, das zur Findung, Erhaltung und Anpassung des Grundkonsenses erforderlich ist, formt über die vielen Akte der Kommunikation zugleich eine lebendige „Konsensgemeinschaft“.

Alle sozialen Normen beruhen deshalb, sobald sie gemeinsam entwickelt, fortgeschrieben oder auch nur wenigstens nachträglich als Ordnung der Gemeinschaft tatsächlich akzeptiert und als der Preis in Kauf genommen wurden, auf den Idealen des gegenseitigen Verzichts und der Unterwerfung unter ein Höchstes. Die

⁷⁷ Siehe: Rappaport, Ritual, 1999, 326: „The terms ‚communicate‘ and ‚community‘ are obviously cognates. ‚Communicate‘ is derived from latin *communicare* ‚to make common‘. A human community is an association of persons standing upon a common ground. Those who hold Ultimate sacred Postulates in common constitute communities as fundamental in nature as those defined by descent from common ancestors, for they accept common foundations for their testimony, their pledges, their institutions and much of their general understanding of the world“.

konkludente oder ausdrückliche Akzeptanz ist dabei selbst schon ein Akt, der auf die Idee der Versöhnung zurückzuführen ist.

Zur These eingedampft erweist sich die demokratische Zivilgesellschaft -zumindest auch- als der „spannungsreiche Verbund einer Freiheits- mit einer Versöhnungsgesellschaft“.

5. Elemente und Bedeutung der Zivilgesellschaft

1. Einige demokratische Kernbegriffe könnten dabei helfen, die Idee der „Zivilgesellschaft“ aus der juristischen Perspektive einer westlichen Rechtszivilisation zu bebildern.

Öffentlichkeit: Für den auf den Rechtsstaat ausgerichteten praktischen Juristen ergibt sich die „Zivilgesellschaft“ aus dem Begriff der „Öffentlichkeit“, die etwa auch für die Gerichtsverhandlung zu gewährleisten ist, Art. 6 I EMRK. Der Versammlungsplatz unter freiem Himmel bildet den alten Ursprung für diesen fiktiven Ort. Die Versammlungsfreiheit ohne Waffen gehört ebenfalls zu den Grund- und Menschenrechten, Art. 11 EMRK. Die Offenheit der Versammlung geht erkennbar mit der Freiheit und Gleichheit aller Teilnehmer einher. Den Gedanken der vielen „Nächsten“ in einem Sonderraum gehört ebenso zur Öffentlichkeit, wie sie auch die Vorstellung von der halbfreien Bündelung einer Vielfalt von menschlichen Grundrollen und privaten Interessen nahelegt.⁷⁸

⁷⁸ Zur Koppelung von Politik, öffentlicher Meinung und dem individuellen Bewusstsein aus der Sicht des Verfassungsrechts, siehe: Di Fabio, *Recht*, 1998, 45 f.; zur Öffentlichkeit als Sichtbarmachung, 47 ff.: Die „Offenheit und Vielfalt“ verbindet etwa auch die beiden Begriffe Individuum und Subjekt, aus der Sicht einer postmodernen Form der liberalen Systemtheorie. Ladeur, *Staat*, 2006, 2006, 7, begreift das *Individuum* zunächst aus der Sicht der *Subjektivität*, und zwar in Europa zunächst aus der Sicht der „Souveränität des Monarchen gegenüber der Kontinuität der Tradition“ im Sinne des *Mittelalters*. Er versteht dann den Kern der *Subjektivität* über die *Offenheit der Vernunft*. So spricht er vom praktischen Modus *viviendi*, der die „Vielfalt unterschiedlicher Rationalitäten“ nach einer ihrerseits „von der Evolution unabhängigen ‚Kollisionsregel‘ aufeinander abstimmt“. Damit setzt er den Schritt von der Definition des Subjekts über die *wechselseitige* Anerkennung (also an sich über den Gedan-

Volk: Hinter dieser „Öffentlichkeit“ verbirgt sich die einfache staatsbürgerliche Vorstellung vom Versammlungsplatz des antiken Stadtforums. Diese republikanische Sicht stellt dabei einen politischen Ausdruck für das soziale Wort von der „Allgemeinheit“, und zwar von politischen Menschen dar und entspricht heute in etwa im Kern auch dem staatsrechtlichen Begriff des demokratischen Volks.

Menschliche Gemeinschaft: Verallgemeinert bildet das Volk eine Unterart einer „menschlichen Gemeinschaft“, und zwar als diejenige Menschheit, die die Menschenrechte beanspruchen kann. Eine solche Gemeinschaft erwächst wie jede Art von Symbiose einerseits aus zahllosen zwischenmenschlichen Kontakten, „momentanen oder dauernden, bewussten oder unbewussten“⁷⁹. Insofern bildet sich horizontal betrachtet ein Netzwerk von handelnden und leidenden Personen.⁸⁰ Andererseits besitzt eine Gemeinschaft auch eine Art von mehr oder weniger ausgeprägtem kollektivem oder auch Gemeinschaftsgeist, der sich in einem Gemeinwohl in Friedenszeiten offenbart und in Notzeiten im Herdendrang mit blinder Konformität zeigt. Insofern stellen die Personen auch vertikal gedeutet abhängige Mitglieder einer bestimmten Organisation dar.

Demokratie: Als vage „Zivilgesellschaft“ kann das Volk national wie international offenbar auch „privat“, also ohne den Staat handeln. Der nationale US-amerikanische Liberalismus legt zum

ken der Intersubjektivität) hinaus zur Eigenständigkeit einer von vielen Rationalitäten, die in einer praktischen Konkordanz miteinander leben (müssen).

⁷⁹ Simmel, *Soziologie*, 1992, 32 f.; wörtlich auch bei Gebauer/Wulf, *Spiel*, 1998, 280 f., die sich insbesondere mit dem „homo mimeticus“, dem nachahmenden und (theater-)spielenden, in „Riten“ lebenden Menschen beschäftigen.

⁸⁰ Zum Netzwerkbegriff aus einer rechtssoziologischen Sicht des Zivilrechts: Teubner, *Netzwerk*, 2004, 35 ff. („Netz als Vertragsverbund“), 57 ff.; er spricht auch von „vormodernen Beziehungsnetzen“ und deren „neuen ökonomischen Aktualitäten“, 43 ff. In der Sache handelt es sich aus der heutigen Sicht nur um eine scheinbare „Entrechtlichung“. Denn Verträge regeln zwar den Streit in Notfall, sie sind aber auf dem Konsensprinzip gegründet und besitzen schon immer eine „faktische Seite“ des Vertrags. Als Kategorie des Organisationsrechts: Möllers, *Netzwerke*, 2005, 285 ff. (zur Dezentralität).

Beispiel auf die Privatheit der Solidarität, etwa als Bürgerpflicht der Wohlhabenden zur Caritas (charity), wert.⁸¹ Aber in der Demokratie tritt die Zivilgesellschaft ohnehin als Herrscherin in Erscheinung (Volksherrschaft), und zwar in einer eigenen national-kulturellen Ausprägung. Einerseits ist die Zivilgesellschaft Teil des „Nationalstaates“, der aus Staatsgebiet, Staatsgewalt und Staatsvolk besteht.⁸² Andererseits existiert ein „exekutiver Staat“, der Leviathan im engeren Sinne. Dieses machtvolle Gebilde regiert und zügelt die Zivilgesellschaft, das „Präambel-Volk“. Es nutzt den exekutiven Staat nunmehr als seinen „ersten Diener“ und kontrolliert ihn im Wege der Gewaltenteilung.

Zivilgesellschaft im *bürgerlichen* Sinne assoziiert ihrerseits mit dem Zusatz „zivil“ herkömmlicher Weise sowohl eine Abgrenzung der Gleichen und Nächsten von der Idee einer tyrannischen Herrschaft, als auch die Abgrenzung von der unzivilisierten Gesellschaft, der Wilden oder der barbarischen Menschen. Doch ohne diese Gegenmodelle würde sich diese Gesellschaftsform als sinnlos erweisen. Insofern sind die Negationen stets mitzudenken. In der sozialen Realität findet ferner eine Vermengung statt. So verlangt vermutlich jede Gemeinschaft nach irgendeiner Art von geistiger Kollektivität und politischer Organisation. Umge-

⁸¹ Dazu: Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 32 (2) (2009), mit dem Generalthema: „Is America Different From Other Major Democracies?“, Barnett, Separation, 2009, 451 ff., 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 ... “). Rechtsvergleichend: Sheldon, Constituting, 2008, 1129 ff., 1133 (zu Tocqueville), zur Bedeutung der puritanischen Kirchen, als dem Herzteil der „private charity“, 1135. Rechtsvergleichend: Kuzmics/Axtmann, Authority, 2007, 59. Montenbruck, Western Anthropology, 2010, 14, Rn. 26.

⁸² Zippelius, Staatslehre, 2010, § 9 f.; Doehring, Staatslehre, 2004, § 2; aus der Sicht des Völkerrechts in Abgrenzung zum vor allem nationalen Staatsrecht etwa: Stein/Buttlar, Völkerrecht, 2012, Rn. 248 ff.; zudem zur Adaption dieses Staatsgedankens für die Definition als Völkerrechtssubjekt im Sinne von Art. 1 der Konvention von Montevideo über die Rechte und Pflichten der Staaten vom 16.12.1933: „The state as a person of international law possesses the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) a government and d) capacity to enter into relations with other States“.

kehrt wird jede derartige Einheit von einer bunten Binnenkultur von Subsystemen bestimmt. Selbst große totalitäre Staatswesen suchen auf die Personalität des erwachsenen Einzelnen und dessen höchstprivate Gruppe der Nächsten und Gleichen einzuwirken. Sie ringen um die Anerkennung, fordern die Anbetung des Kollektivgeistes und bekräftigen die jeweilige Solidaritäts- und Gemeinwohl-idee mit rituellen Massenaufmärschen und öffentlichen National- und Gedenktagen.

Kommunikation: Im Kern aber lebt jede Art von Zivilgesellschaft durch die Kommunikation, die die reale Interaktion miteinschließt. Vereinfacht schafft der arbeitsteilige Austausch überhaupt erst die Gemeinschaft in ihrem Inneren. Hinzu tritt nach dem einfachen Herdenmodell das Gewicht der großen Zahl ergänzt um eine blinde Konformität einer Gruppe bei der Abwehr von äußeren Feinden. Nach innen handelt es sich in der Regel, aber nicht notwendigerweise, um marktmäßiges Rollenverhalten, das heißt um einverständlichen Austausch von Waren und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.⁸³ Aber jeder angeblich freie Markt beinhaltet eine, wenigstens kollektive Marktorganisation. Das Einverständnis in den Austausch kann in diesem Modell der Freien im konkreten Fall oder auch generell ebenso „frei“ oder interessengeleitet verweigert werden. Erfüllt der davon Betroffene seine Wünsche und Bedürfnisse ohne Einverständnis oder auch ohne Markt, so heißt sein Handeln Gewalt oder Androhung von Gewalt. Der Widerstand gegen solche Art

⁸³ Zur Struktur der „Allgemeinheit“, und zwar eher als Netzwerk für die Kommunikation von Meinungen und gerade nicht als eine Institution oder ein System oder eine Organisation, wenngleich aus seiner kommunikationstheoretischen Sicht ohnehin naheliegend: Habermas, Faktizität, 1992, 435 f., Schneider, W. L., Grundlagen, 2002, Bd. 2, 234. Zum Bild des Netzwerks als mögliches „Grundmodell einer neuen Ordnung“ (w.w.w.): Boysen, Netzwerk, 2006, 39 ff., 39 („Im Zeichen von Globalisierung und postnationaler Konstellation stellt das Bild des Netzwerks Gewissheiten des öffentlichen Rechts in Frage.“). Dass die „Anziehungskraft in der Vieldeutigkeit liegt“, hat dann vermutlich auch seinen Grund in einer vor-staatlichen und unter-staatlichen Sicht der alten „personalen Überschaubarkeit“ von Handelsbeziehungen. Die „offene Staatlichkeit“ (Boysen, Netzwerk, 2006, 39 ff., 41), die auf die „Governance“-Metapher setzt, greift zumindest auch auf das Informelle zurück. Dazu auch: Möllers, Netzwerke, 2005, 285 ff. (zur Dezentralität), sowie: Vesting, Netzwerk, 2004, 247 ff.

von Nötigung oder Erpressung führt zum Streit und Kampf sowie zumeist zum vorsorglichen Aufbau von privaten Schutzorganisationen. Auf der nächsthöheren Ebene der bürgerlichen Konfliktlösung regiert deshalb die zivile Idee der Kommunikation dann auch die Art des Streites als Rechtsstreit mit professionellen Streithelfern, und zwar vor allem innerhalb eines Nationalstaates mit einem eigenen Gewaltmonopol.

Gemeinde: Das Wort der Gesellschaft ist von der Idee irgendeines „Zusammen-Seins“ geprägt, wie es auch die lateinische Vorsilbe „con“ wiedergibt, die etwa auch das Wort vom Kollektiv (wörtlich etwa zusammengesammelt) bestimmt. Auch die politische „Kommune“, die als Gemeinde, als Kernzelle der Lebensgemeinschaft von Nächsten und Gleichen zu begreifen ist, verwendet dieses Grundwort für das Gemeinsame, wenngleich vor allem innerhalb von Umfriedungen. Konnotationen zur Gemeinde sind die „Community“, die Kommunikation, der Konsens und auch der „common sense“. Gemeinden im weiteren Sinne sind vielfach verfestigte Netzwerke, die von ihrer Überschaubarkeit leben, auf persönlichen Beziehungen beruhen und dadurch ein republikanisches Grundvertrauen vermitteln. Als politische Ausrichtung bestimmt die Gemeinde die Idee des vor allem angloamerikanischen Kommunitarismus, der die „Solidarität“ auch in diesem Bereich verankert.⁸⁴

Netzwerk: Mit dem Gedanken von der Zivilgesellschaft ist auch die politisch-ökonomische Vorstellung der freien Netzwerke von Akteuren verbunden. Die Idee einer möglichst weitgehenden Rückkehr zum gleichsam natürlichen, aus deutscher Sicht gemeindebezogenen Kommunalismus, angloamerikanisch als

⁸⁴ Dazu aus der Sicht des angloamerikanischen Kommunitarismus: Mensch, Violence, 2008, 285 ff., 287 („The communitarian response ... relies on the creation of social solidarity. It holds that the ultimate bulwark against factionalisms rending the consolation is a certain social cohesion or consensus one that translates into a sense of respect of the law and with this into a respect for the constitution itself.“). In den USA tritt der Kommunitarismus auch als soziale Bewegung und fordert als Ordnungsprinzip die Stärkung lokaler Gemeinschaftsbildung ein. Dazu: Lange, Suche, 2000, 255 ff. Zudem aus der Sicht der Staatslehre: Brugger, Kommunitarismus, 1998, 337 ff.

Kommunitarismus⁸⁵, der zentralstaatsfernen Nachbarschaften einerseits und andererseits auch die Vorstellung von weltweiten höchstpersönlichen und stets privaten Beziehungsgeflechten.⁸⁶ Selbst dem postmodernen westlichen Staat wird gelegentlich die Eigenschaft eines „Netzwerkstaats“ zugeschrieben.⁸⁷ Doch schon die einfache antike Idee der Republik legt nahe, dass die auf dem Forum agierenden politischen Menschen bunte Beziehungsgeflechte knüpfen und kurz gefasst Koalitionen bilden. So verbinden sich Akteure etwa auf dem Markt wirtschaftlich, während andere oder auch dieselben im Tempel ein religiöses Gemeindeleben pflegen.

Wechselseitigkeit: Selbst die Grundidee der Gerechtigkeit beruht auf dem Austausch und heißt als Wechselseitigkeit schon bei Aristoteles „iustitia commutativa“. In diesem Sinne kann die Gerechtigkeit pragmatisch für einen ganz konkreten Streitfall also gemeinsam von den Parteien ausgehandelt werden. Schlägt die private Verhandlung fehl, kann der Staat Verhandlungshilfe leis-

⁸⁵ Dazu im Überblick: Reese-Schäfer, *Rezeption*, 1996, 3 ff.; Tönnies, S., *Kommunitarismus*, 1996, 13 ff., sowie auch: Ooyen, *Sicherheit*, 2007, 125 f., der daraus auch auf ein Denken mit dem Begriff „Inklusion/Exklusion“ bzw. „Freund-Feind“-Denken, schon gegenüber Ortsfremden schließt.

⁸⁶ Zum (angeblich neuesten) postmodernen Staat der „neuen Ökonomie der Netzwerke“ und (ihrem Ursprung) der „Dienstleistungsgesellschaft“: Ladeur, *Staat*, 2006, 210 ff. Auch insofern dürfte es sich um auch schon klassische *stadtbürgerliche* Grundstrukturen gehandelt haben, die auch etwa der Absolutismus selbst im *hoheitlich-kolonialen* Merkantilismus zu beachten hatte. Die großen kontinentalen Handelshäuser der Fugger und Welser, und deren europäischen und kolonialen Netzwerke stehen dafür ebenso als Modell wie die englische Ostindische Handelsgesellschaft.

⁸⁷ Zum „Netzwerkstaat“, siehe: Castell, *Materials*, 2000, 5 ff., 14 („The state in the information age is a network state, a state made out of a complex web of power-sharing, and negotiated decision-making between international, multinational, national, regional, local and non-governmental political institutions.“). Dazu auch: Chang, *Weltgesellschaft*, 2005, 163. Die Gegenfrage lautet nur, sofern Gesellschaft Kommunikation meint, und auch die Androhung und Ausnutzung von Gewalt mit einbezieht, was unterscheidet dann noch das Netzwerkdenken von der Kommunikation? Die Komplexität und die Autonomie mag sich gesteigert haben. Aber das Grundmuster lautet: Kooperation und Gewalt bestimmen menschliche Beziehungen und sie heißt man „Politik“.

ten. Notfalls wird die Gerechtigkeit aber zwangsweise in der Form des demokratisch legitimierten Rechts zugeteilt (*iustitia distributiva*).⁸⁸

Nächstenkultur: Mit der Idee von der Zivilgesellschaft ist schließlich der Gedanke einer weitgehend staatsunabhängigen „Nächstenkultur“ verbunden, die von hoch aktiven und zur Autonomie, der Selbstgesetzgebung fähigen „Zivilpersonen“ getragen wird. Wechselseitig billigen zivile Menschen sich die Rolle von Personen zu. Emotional vermögen sich Menschen offenbar grundsätzlich auch in völlig fremde Menschen empathisch einzufühlen, und zwar konkret insbesondere dann, wenn sie selbst nicht von Angst getrieben sind und, wie bei Kleinkindern, das „menschliche Gesicht“ der Fremden erkennen.

Die Nächstenkultur, die gemeint ist, führt zwar auch zum bekannten Gedanken der „Solidarität“, der ebenfalls verwendet werden könnte. Aber er ist gegenwärtig zu stark mit dem Gedanken der Hilfe in Notfällen verbunden. Hingegen erweist sich die humane Fähigkeit zur Empathie als weit umfassender. Sie begründet auch die emotionale Seite der „wechselseitigen Achtung“ im Nahfeld. Insofern handelt es sich um die seelische Unterlegung nicht nur der politischen Idee der Solidarität. Die Empathie führt auf ihre Weise zudem zur „Gleichheit“ der Nächsten. Sie befördert ferner über die faktische Wechselseitigkeit auch die eigene Freiheit, und zwar in der Form der von den Anderen zuerkannten Achtung, auch selbst ein fühlender „Mit-Mensch“ zu sein. Die weitbekannte Trinität von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ selbst beschäftigt sich dagegen nicht mehr mit Emotionen und dem politischen Nahraum. Sie ist bereits auf der politisch-ethischen Ebene der allgemeinen Grund- und Menschenrechte angesiedelt und deshalb gesondert herauszustellen:

Freiheit, Gleichheit, Solidarität: Die republikanischen Ideen von selbstherrlicher Freiheit, von grundsätzlicher Gleichheit und mitmenschlicher Solidarität ebnet den Konfliktparteien nicht nur den Weg zum gegenseitigen Nachgeben. Sie erzwingen zugleich, und zwar zur Erhaltung oder auch zur Schaffung von kollektivem Frieden, das aktive und das passive Mitwirken der Betroffenen

⁸⁸ Dazu zunächst: Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V., 5. – 7. Kap. (1130 b/1131 a).

am allseitigen schmerzhaft-bittersüßen Verzicht. Versöhnung bekräftigt zum Ausgleich die Rollen jedes verzichtenden Menschen als kleinen Herrn, der souverän auch mitfühlende, unverdiente Gnadenerweise und asketische Selbstopfer zu erbringen vermag. Vor diesem Hintergrund bildet eine demokratische Zivilgesellschaft aus sich heraus schon eine Art der Friedensgesellschaft, die um ihrer selbst willen Versöhnung einfordert.

Zivilperson: Der Präambel-Demokrat, der mit vielen anderen Zivilpersonen eine solche Zivilgesellschaft bildet, wird im Hinblick auf undemokratische Zivilisationen eine Gegenfrage stellen. Sei denn Versöhnung überhaupt denkbar ohne eine Art von wechselseitiger Anerkennung von einzelnen Menschen oder auch ohne aktive streitbare Personen, die einander irgendetwas zu geben vermögen und sei es auch nur den Gewaltverzicht? Sich zu versöhnen, so scheint es zumindest auf den ersten Blick, setzt in der Tat voraus, dass solche Personen vorhanden sind oder aufgebaut werden, die einerseits als freie streitbare Akteure auftreten und die sich andererseits als solidarische Nächste begegnen (können).

2. Diese Art von Zivilgesellschaft hat zumindest vier Aufgaben, und ihre Komplexität ist am Ende mit einer Dreifaltigkeitsformel zu umschreiben:

- (1) Sie bietet eine demokratische vor- und überrechtliche Grundlage, die gleichwohl eng mit dem Recht und seiner Praxis verbunden ist, indem sie sich und ihre Bedeutung recht selbstbewusst in den *Präambeln* vieler Verfassungen und internationaler Konventionen zeigt und diese damit stützt und rechtfertigt. Aber ohne das Recht existiert auch keine Zivilgesellschaft, jedenfalls keine im westlichen Sinne. Gesellschaft und Recht sind also untrennbar miteinander verwoben, so wie es schon das alte Wort vom Bürgerrecht (*civis*) belegt, wie es das heutige Doppelwort von den nationalen Grund- und den allgemeinen Menschenrechten fortschreibt und wie es die Idee der Menschenrechte sogar in einer Art von Anthropologie ausdrückt.
- (2) Die Idee der Zivilgesellschaft hilft, die hoheitliche Macht des Staates einzugrenzen, indem dem vorrangig *hoheitlichen* demokratischen Rechtsstaat ein vor- und außerrechtliches Zivilmodell gegenübergestellt wird.

- (3) Die Idee der Zivilgesellschaft hilft auf der pragmatisch-politischen Ebene bei der eigenen ständigen Re- und *Selbstorganisation* der westlichen Staaten.
- (4) Ebenso ist auf die im Kern *bürgerliche* Idee der individualistischen Zivilgesellschaft zu setzen, wenn undemokratische Staaten oder durch Bürgerkriege oder besser durch ländliche Stammeskonflikte zerbrochene Staaten (failed states) sich zu einem demokratischen Staatswesen im westlichen Sinne entwickeln wollen oder, von außen betrachtet, es wollen sollten. Das Gegenmodell besteht in der Vorherrschaft eines familienähnlichen Kollektivs und seinem Gemeinwohl. Dabei geht es nur um die Vorherrschaft einer Idee, andere Neben- und Gegenströmungen kennt jede Gesellschaft.
- (5) Das westliche Credo lautet deshalb zurecht und eben in dieser Reihung: „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ mit dem Vorrang der Freiheit des Einzelnen. Dieses idealistische Credo wendet sich gegen die soziale Realität, die auch die drei konfliktträchtigen Negationen kennt, die mit Gewalt, mit List oder durch Treubruch betrieben werden und denen die Demokratie notfalls mit dem Recht und der Rechtspflege zu begegnen sucht, aber nur, wenn denn die frei, gleich und solidarisch gedachten Menschen sich nicht selbst zu einigen, also zu versöhnen vermögen. Vereinfacht ist also die Leitidee der Freiheit mit der Hypothek oder dem Preis der Gleichheit und der Solidarität belastet, und es ist im konkreten Streitfalle zwischen allen drei Prinzipien abzuwägen, und zwar vorzugsweise von den betroffenen Freien selbst.

In diesen Assoziationen zur Idee der Zivilgesellschaft und mit den Anmerkungen zu ihrer Funktion ist die Kultur umrissen, in der Versöhnung betrieben wird.

II. Versöhnung im Recht

1. Versöhnung als Verfahren, Vertrag als Gewaltverzicht und Kommunikation

1. Welche rechtsnahen Elemente sind der Versöhnung zuzuschreiben? Als Antwort darauf sollen einige Feststellungen genügen, die zunächst einmal auf Evidenz setzen.

Die Versöhnung, beinhaltet als Teil der staatsbürgerlichen Zivilisation auch für den praktischen Juristen ein vertrautes Element. Denn dem Wunschergebnis der Versöhnung geht offenbar stets ein aktives „Verfahren“ voraus.

Außerdem scheint am Ende des Verfahrens die Versöhnung als Auflösung eines Streites durch eine Art des „Vertrages“ stattzufinden. Zu jenem assoziiert der Jurist die mittelalterliche Rechtsgeschichte mit ihren Sühneverträgen.⁸⁹ Das Wort „Sühne“ selbst verwendet gelegentlich auch noch das heutige deutsche Straf- und auch das Verfassungsrecht.

Für das Verfahren selbst ergibt sich dann in der Regel ein auch im Recht üblicher Ablauf. Die Versöhnung besteht in einem zivilen Prozess, der zwischen zwei oder mehr autonomen Personen stattfindet.

2. Das Versöhnungsverfahren besteht rechtsnah aus vier Phasen:

(1) dem Ausgangsstreit,

⁸⁹ Lomfeld, Gründe, 2015, Aus dem Abstrakt der Verlagsankündigung, Hervorhebungen nicht im Original: „Erst Verträge ermöglichen moderne Gesellschaften, denn jeder Vertrag ist ein Sozialvertrag. Nicht Willen, Vertrauen oder sonst ein einzelnes Prinzip erklären den Vertrag. Seine Bindungskraft beruht auf einem Versprechen von Gründen. *Hinter jedem vertraglichen Konflikt tobt versteckt ein 'politischer' Kampf um die Abwägung pluraler Interessen und Gründe.* Vertragsrecht formuliert eine Grammatik der argumentativen Einlösung der versprochenen Gründe. Freiheit, Sicherheit, Nutzen und Gleichheit bilden 'ethische' Pole des rechtlichen Diskurses. *Vertragsrecht ist Gesellschaftstheorie.*“

(2) der Verhandlung,

(3) dem Versöhnungsvertrag und

(4) der Vertragserfüllung.

3. Regiert wird die Versöhnung dabei von der Überidee des idealen Vertrages, der sich als „Vereinigung“ und „Friedensbund“ darstellt.

Schon der allgemeine Vertrag dient -auch- dazu, einen Konflikt soweit möglich zu vermeiden.

Im Sinne von *Lomfeld* kann man davon sprechen, dass jeder Vertrag auch eine Art von Sozialvertrag darstellt⁹⁰, so dass also das Wort vom Gesellschaftsvertrag keine Transformation des zivilen Vertragsgedankens auf die Staatsebene darstellt, sondern dass dem Vertrag auch immer schon ein *zivilisierender* Charakter zugrunde liegt. Auch der private Vertrag lässt die unterschiedlichen Interessen, die das Potential zu wechselseitigem Raub und Erpressung in sich bergen, also zu „nehmen, ohne zu geben“, in einen Interessenausgleich übergehen. Unausgesprochene Grundlage eines Vertrages ist auch der wechselseitige *Verzicht auf Gewalt* und verwerflich-sittenwidrige Nötigungsakte auf Kosten des Partners.

Dabei bleibt es im Vordergrund beim alten Ansatz des Zivilrechts, der vor allem in den Ideen vom *freien Willen und Vertrauen* und in den beiden Gedanken der *moralischen Selbstverpflichtung* und der *nützlichen Kooperation* besteht. Aber der freie

⁹⁰ Zum Sühnebegriff generell und in der deutschen Strafrechtsprechung, sowie im Ansatz ideologiekritisch: Grommes, Sühnebegriff, 2006, und zwar zur unbestimmten sprachwissenschaftlichen Herkunft, im Sinne von „Vertrag, Beilegung und Versöhnung“, 25 ff.; als „Transferbegriff“ im Sinne des Sühnebedürfnisses der Allgemeinheit, 186 ff., (zugleich zum Beispiel BayObLG StV 1985, 155 f.). Selbst bei Jugendstraftaten, die auf die Schwere der Schuld abstellen, § 17 JGG, als Strafzweck bei schweren Kapitalverbrechen „namentlich aus dem Sühnegedanken und dem Erfordernis gerechten Schuldausgleichs“, BGH NStZ 1996, 232 ff; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 2016ccmmm ausführlicher Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 2016, § 17, zur Praxis Rn 32, zur Kritik Rn 33.

Wille wird angetrieben von den mächtigen „soziobiologischen“ „Beweggründen“, die der Gedanke der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ (Art. 2 GG) mitumfasst. Und das Vertrauen ergibt sich -auch- aus einem politischen Umfeld, zu dem auch die wechselseitige Drohung mit staatlicher Übermacht und das allgemeine Interesse am kampffreien Vertragssystem gehören. Verträge und die latente Drohung mit sozialer Übermacht gibt es schließlich als Teil eines jeden (Tausch-) Handels, der nicht nur in und zwischen den modernen Gesellschaften existiert. Bereits vorstaatlichen Gesellschaften hilft er dabei, sich zu formen. Erste Vorleistungen, Unterpfänder -und auch Heiraten- sorgen zudem für den Aufbau von Vertrauen und belegen zugleich den Umgang mit der bedrohlichen Alternative des offenen Konfliktes.

Vereinfacht wird man zwar trennen können zwischen dem freiwilligen Vertrag auf dem Markt im Sinne des *Liberalismus* (des Art. 2 GG) und den sozialen Zwangs- und Nutzengemeinschaften im Sinne der Gesellschaftslehre (im Sinne des Art. 20 GG), in denen Einzelne nur als Mitglied und bestenfalls als Teilhaber agieren.

Aber auch beim Abschluss eines Vertrages ist ein rechtlich autonom gedachter Akteur *empirisch* betrachtet in seinem Freiraum beschränkt. Üblicher Weise kann er nur zwischen verschiedenen Anbietern *wählen* oder muss asketisch auf die Befriedung seiner Bedürfnisse durch den Handel *verzichten*.

Er kann zwar auch autark leben, wird dann aber die Vorzüge der Arbeitsteilung mit einer Art von *Sozialvertrag* innerhalb einer Kleingruppe der Nächsten und Gleichen nutzen (müssen). Zudem sollte er sich dann in den westlichen Gesellschaften bewusst sein, dass er mit seiner *Bildung* etwas erhalten hat, für das er bei seinem Rückzug aus der Großgesellschaft keine andere Gegenleistung erbringt, als ihr das Wesen eines alternativen Lebensmodells zu zeigen.

Auch beinhaltet die Existenz des *Marktes* selbst für den Liberalen schon ein „Gemeinwohl“ im utilitaristischen Sinne.⁹¹ Wenn

⁹¹ Ausführlicher zur (eher) angloamerikanischen „Reinkultur des Liberalismus“ und dem liberalen Utilitarismus der Vielen (nicht aller), und zwar in Gegenüberstellung mit der (eher deutschen) Leitidee der

das Marktleben, von innen oder außen, gestört wird, bedarf es ferner einer politischen Marktaufsicht der Gleichen und Nächsten, die die Marktordnung mittels eines Gewaltmonopols gewährleistet. Deshalb liegt es nahe, auch den einfachen Vertrag mit der Leitidee der *Autonomie* vor diesem sozialen Hintergrund zu sehen

Mit einem Vertrag wird also hintergründig der Ausbruch eines *sozialen Konflikts* schon im Vorwege vermieden. Man bekräftigt mit Handschlag oder Unterschrift, sich wirklich „einig“ zu sein. Besser ist es aber dennoch, entweder sofort „Zug um Zug“ zu erfüllen oder zum privaten Unterpfang Sicherheiten oder zumindest den sozialen Ruf einzusetzen. Trotzdem werden für die Reichweite dieses Vertrages aus Fremden „Gleiche und Nächste“. Wechselseitige Selbstbindung führt zu einer Art von „Bund“ oder „Gesellschaft“.

Dabei ist aus historischer Sicht zu vermuten, dass ursprünglich die Handels- und Tauschverträge schon deshalb zwei soziale Elemente enthalten haben, weil sie zum einen in vorstaatlicher Zeit zwischen Lebensgemeinschaften im Sinne von gesamten Familienverbänden abgeschlossen wurden, die zum anderen auch selbst mit kriegerischer Gewalt drohen konnten. Die klare Trennung zwischen (zunächst weitgehend) autarker Produktion, dem freien Handel und der organisierten (zuletzt staatlichen) Gewalt stellt dann schon eine Form der hoch professionalisierten Arbeitsteilung dar, die sich dann auch in sozialen Rollenbildern verfestigt und danach in gesamten Kastensystemen (Bauer, Bürger, Adel) ausformt. Für den echten Vertrag bedarf es der wechselseitigen Anerkennung von Freiheits- und Verfügungsrechten.

Als besonders konfliktträchtig erweist es sich, wenn bei *dauerhafteren Kleingruppen* von „Nächsten und Gleichen“ keine Wahlmöglichkeit besteht und sich zudem *kein* jedenfalls (halb-)freier formaler *Sozialvertrag* zwischen ihnen entwickelt. Insbesondere zwischen engen *Nachbarn* oder *Arbeitskollegen* bildet sich entweder faktisch ein Solidarpakt (unter Nächsten) und die vorvertragliche wechselseitige Achtung (unter Gleichen) oder

Menschenwürde (Art 1 I GG, Art 1 Grundrechtecharta), der allerdings die Freiheitsidee, mit umfasst, siehe online Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2015, passim.

aber es baut sich wegen der Nähe und der Gleichheit ein kritischer Binnendruck auf, der sich im Verzicht auf Kommunikation, in der Diskriminierung (im Sinne des Art. 3 GG, dem demütigenden „Mobbing“) und in Gewalt entlädt und der sich wegen der Nähe und der Gleichheit der sozialen Rollen zu verfestigen droht.

Nähe und Gleichheit beginnen zudem zwar mit der räumlichen Nähe und der Gleichheit in sozialen Rollen, aber jede informationstechnische Steigerung der Kommunikation erschafft nicht nur zusätzliche künstliche Marktplätze, sondern auch virtuelle Nähe und Gleichheit.

Ebenso stehen sich nicht nur einzelne Menschen als „Nächste und Gleiche“ gegenüber, sondern ebenso gesamte Personenverbände, von den Familien bis hin zu Staatsvölkern. Auch sie schließen Verträge vor dem Hintergrund der Alternative von kriegerscher Gewalt oder zu deren Beendigung. Was sie alle verbindet und überwölbt, sind auf der weltlichen Ebene die Selbst-Ideen von der eigenen *Souveränität* und *Autonomie* und die faktische Sorge darum, beides und damit auch die *eigene sozialreale Existenz* geachtet zu wissen.

Schließlich ist auch noch an die *zivile Struktur* der *Kommunikation* zu denken. Jeder Vertrag beinhaltet eine, vielfach mit Ritualen bekräftigte oder auch in einer Urkunde verfestigte *Kommunikation*. Mit der pragmatischen Sprachphilosophie lässt sich der Vertrag in zwei Sprachakte zerlegen, die auch die Achtung vor dem jeweils anderen ausdrücken, sodass dem Vertrag im Sinne von *Darwalls* „2. Person-Perspektive“ dann auch „Morality; Respect; and Accountability“ zugrunde liegen.

Damit lässt sich der Vertrag auch von der Kommunikationsseite her lesen. Schon jeder Begrüßung und erst recht jedem „Wortwechsel“ liegen die Grundstrukturen des *Vertrages* zugrunde. Sie beinhalten den wechselseitigen Austausch von Informationen,

⁹² Darwall, *Second-Person Standpoint*, 2006, 3. Dazu auch hier schon Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff. Siehe zudem Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, 104 ff. (2. Kap. II „Kulturelles: Eigenverantwortung und Selbstorganisation, Selbst und Identität, Fiktion der Freiheit, Binnenräume, *Personen und Sprache*“).

den zeitweiligen Gewaltverzicht sowie die räumliche Nähe und Gleichheit in der sozialen Rolle als aktiv Sprechende. Jeder Mensch „hört“ nicht nur und ist insofern auch gehorsam, sondern äußert sich auch selbst. Er erweist sich also in *natürlicher* Weise und ständig als „Freier, Nächster und Gleicher“, zumindest gegenüber denjenigen Personen, mit denen er jeweils aktiv kommuniziert.

Diese „zivile“ Sicht auf den Vertrag sucht also das liberale und intersubjektive Modell der Vereinbarung von Rechten und Pflichten zwischen den Freien mit der sozialen Idee des Vertrags zur Vermeidung von Konflikten, oder zu deren Zähmung, zu verbinden. Auf diese Weise ist der alte naturrechtliche Gedanke des „Sozialvertrages“ zu nutzen und umzuwidmen. Auch jeder private Vertrag ist aus der Sicht der westlichen Zivilgesellschaften zusätzlich vor dem ihm gebührenden soziologischen Hintergrund zu verstehen. Hinzu tritt mit dem Element der Kommunikation die dritte Idee, dass jeder *einzelne Mensch* in seiner Sprachperson über Grundelemente des Vertrages verfügt. Er erweist sich insofern und insoweit als er mit anderen kommuniziert auch als ein „Freier, Nächster und Gleicher“. Aber er verfügt auch über die Grundfähigkeit, anderen, die als Nächste und Gleiche die Kommunikation, etwa als Gruß, erwarten dürfen, die Darbietung dieser Sprechakte zu verweigern und sie damit zu demütigen und zu diskriminieren.

2. „Zivile“ Rechtspraxis: Mediation und sonstige Streitbeendende Vereinbarungen

1. Damit ist zudem zu fragen, wie „zivil“ sich denn eigentlich die Rechtspraxis verhält und was das Gesetz dazu anbietet.

Zwar arbeitet das Recht, jedenfalls das deutsche, nicht mit dem Begriff der Versöhnung. Vermutlich widerspricht insbesondere das empathische Element, das die Versöhnung prägt, vor allem der idealistischen Vorstellung, mit staatlichem Recht auf klarem, rationalem Wege vernünftige Gerechtigkeit schaffen zu können. Dennoch ist zu prüfen, ob das Rechtssystem der modernen Staaten nicht der Sache nach wesentliche Elemente der Versöhnung verwendet, zum Beispiel beim Vergleich, im Mediationsverfahren oder auch bei der Schlichtung.

Aus der Sicht des Rechts in einem demokratischen Staat sind vereinfacht zunächst die beiden Grundsysteme des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu unterscheiden. Anders betrachtet ist das Recht der privaten und „liberal-egalitär“ gedachten Zivilgesellschaft von demjenigen des „hoheitlichen“ Staates zu trennen.

„Zivil“ meint zumindest in einem funktionierenden Staat also vor allem negativ den staatsfernen Umgang der Bürger und Mitmenschen unter- und miteinander.

Das „staatliche Recht“ ist dagegen von den Aufgaben des Staates geprägt. Zu ihm gehören dann bei näherem Hinsehen auch Teile des Zivilrechts, jedenfalls insofern, als es mit seinen Rechtstypen einen Rechtsrahmen und mit bestimmten Generalklauseln die rechtsethischen Freiheitsgrenzen vorgibt (etwa im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), §§ 138, 242). Zum staatlichen Recht zählt zudem vor allem das gesamte Verfahrensrecht mit seinem Gerichts- und seinem Vollstreckungsteil, etwa als Zivilprozessordnung (ZPO) und als Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Denn die Verwaltung des Rechtsstaates und seines Gewaltmonopols bildet einen Kern des demokratischen Staates.

Umgekehrt entwickelt die Zivilgesellschaft jenseits des Staates selbst berufsnahe oder handelsrechtliche private Schiedsgerichte. Sie sucht nach dem „charismatischen“ Friedensrichter in ihrer Nachbarschaft. Akkreditierte Schiedsleute, die Rechtslaien, also Gleiche aus dem Volke (Peers) sind, bieten ihre Dienste in der Nachbarschaft als „Friedenschlichter“ an.

Doch auch der praktische Jurist, der als Anwalt tätig ist, kennt und pflegt im Kleinen ständig die Praxis eines zivilen Ausgleichs, etwa auch in der Form, die das an Streitparteien ausgerichtete US-amerikanische Recht unter dem passenden Begriff der alternativen Streitauflösung zusammenfasst („Alternativ Dispute Resolution“, ADR). Gemeint ist aus deutscher Sicht die juristische Vermittlung und Begleitung von privaten Verhandlungen. Diese Art der Streitbeilegung stellt, wenn nicht schon eine Unterart der Versöhnung, dann doch etwas Ähnliches dar, also eine juristische Analogie zur Versöhnung im engen Sinne.

Aber diese Art der Versöhnung „im weiten Sinne“ oder im „juristischen Sinne“ ist nicht auf die außergerichtliche und insofern zivile Tätigkeit des Anwalts beschränkt. Ebenso sucht zum Beispiel jedes deutsche Gericht soweit möglich nach einer vorzeitigen den Konflikt beendenden Vereinbarung, insbesondere in der Form von Güteverhandlungen oder des gerichtlichen Vergleichs, § 278 ZPO, § 127a BGB. Selbst bei der Vollstreckung rechtskräftiger Entscheidungen sind noch Absprachen möglich, um Härtefälle zu vermeiden, § 765a I, II ZPO.

2. Auf der europäischen Ebene ist 2008 für die Mediation in Zivil- und Handelssachen⁹³ eine Richtlinie in Kraft getreten, die von den nationalen Staaten derzeit umgesetzt wird. Dieses gesamteuropäische Rahmenwerk kennzeichnet die Art und die Bedeutung dieses Rechtsinstitutes. Es umschreibt den Begriff der rechtlichen Mediation und zeigt zudem die Verbindungsbrücke auf, die zwischen der Mediation und den staatlichen Gerichten besteht oder noch einzurichten ist.

„Artikel 3 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) ‚Mediation‘ ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein. Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist. Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache;

b) ‚Mediator‘ eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzu-

⁹³ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. der EU vom 24.05.2008, DE, L 136/3 ff.).

führen, unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrem Beruf in dem betreffenden Mitgliedstaat und der Art und Weise, in der sie für die Durchführung der Mediation benannt oder mit dieser beauftragt wurde.“

Die Bedeutung der Mediation soll und wird in Europa noch wachsen. Insofern ist auf den nachfolgenden Art. 4 zu verweisen.⁹⁴

Auch können die Parteien von den Gerichten aller Staaten der Europäischen Union (EU) aufgefordert werden, entweder ein solches Streitbeilegungsverfahren durchzuführen oder sich wenigstens über dieses Verfahren zu informieren.⁹⁵

Vermittelt werden jedoch alle diese Arten von Vereinbarungen in der Regel und am besten über den Anwalt. Dessen alltägliche Praxis besteht deshalb auch weit überwiegend nicht darin, den Rechtsstreit bis zur letzten Instanz zu betreiben, sondern darin, den Interessenkonflikt vorzeitig, auf welcher Verfahrensstufe auch immer aufzulösen und zu beenden.

⁹⁴ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. der EU vom 24.05.2008, DE, L 136/3 ff.), „Artikel 4 Sicherstellung der Qualität der Mediation

(1) Die Mitgliedstaaten fördern mit allen ihnen geeignet erscheinenden Mitteln die Entwicklung und Einhaltung von freiwilligen Verhaltenskodizes durch Mediatoren und Organisationen, die Mediationsdienste erbringen, sowie andere wirksame Verfahren zur Qualitätskontrolle für die Erbringung von Mediationsdiensten.

(2) Die Mitgliedstaaten fördern die Aus- und Fortbildung von Mediatoren, um sicherzustellen, dass die Mediation für die Parteien wirksam, unparteiisch und sachkundig durchgeführt wird.“

⁹⁵ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. der EU vom 24.05.2008, DE, L 136/3 ff.), so lautet Artikel 5 Abs. 1:

„(1) Ein Gericht, das mit einer Klage befasst wird, kann gegebenenfalls und unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles die Parteien auffordern, die Mediation zur Streitbeilegung in Anspruch zu nehmen. Das Gericht kann die Parteien auch auffordern, an einer Informationsveranstaltung über die Nutzung der Mediation teilzunehmen, wenn solche Veranstaltungen durchgeführt werden und leicht zugänglich sind.“

3. Aus der Sicht der Praxis erscheint deshalb dasjenige streitige Recht, das die Öffentlichkeit erregt und welches auch den Kerngegenstand der Rechtsausbildung an den deutschen Universitäten darstellt, nur als ein „Worst-Case-Szenario“. Mit seinem Schrecken können der Anwalt, der Richter und die Vollstreckungsorgane drohen, um unter diesem Damoklesschwert Frieden schaffende Vereinbarungen und freiwillige Leistungen zu erreichen.

3. Drei Phasen der Rechtssuche

1. Im Einzelnen lassen sich für eine „zivilisierte“ Rechtssuche drei Phasen (I) - (III) trennen, die zugleich auf jeder Stufe aufeinander einwirken (IV).

Phase I: kernzivile und außerrechtliche Ebene: Außergerichtliche Rechtspraxis der Zivilgesellschaft (formalisiert etwa als „Alternative Dispute Resolution“) steht am Anfang der Rechtspraxis des Anwaltes. Sie erweist sich auf den zweiten Blick und in der Realität als ambivalent. Denn Freiwilligkeit und Nötigung beherrschen die verschiedenen zivilen Versöhnungsformen gleichermaßen.

Einerseits bestehen sie im Aushandeln eines Vertrages, etwa als Vergleich, und zwar in den folgenden Arten:

- Verhandlung (engl.: negotiation) zwischen den Parteien und deren Anwälten selbst,
- dem formellen Vermittlungsverfahren (engl.: mediation),
- der Schlichtung (engl.: arbitration) und
- der Anrufung des (vereinbarten) Schiedsgerichts (engl.: arbitration court).

Insofern regiert der freie Wille.

Andererseits wird aber die außergerichtliche Rechtspraxis von Drohungen mit oder Warnungen vor Staatseingriffen begleitet, und zwar

- mit dem staatlichen Recht als legislativer Staatsgewalt,
- mit dem langen staatlichen Gerichtsweg als judikativer Staatsgewalt,
- mit der staatlichen Vollstreckung als exekutiver Staatsgewalt, sowie
- im weiten Sinne auch mit dem informellen zivilen oder auch „basis-demokratischen“ Druck, in der örtlichen oder medialen Öffentlichkeit sein Gesicht zu verlieren.

Deshalb wird auch der versöhnende Vertrag in der Regel also nur „halbfreiwillig“ abgeschlossen.⁹⁶

Die Versöhnung im engen Sinne eines Vergleichsvertrages besteht aus der Sicht der Parteien dabei schlicht in einem wechselseitigen Nachgeben. Zur derartigen privaten „Rechtsversöhnung“ gehört also in der Regel auch der beiderseitige Rechtsverzicht. Zum Ausgleich für den Rechtsverzicht schafft der Vergleichsvertrag aber den gemeinsamen Vorteil des sofortigen privaten Rechtsfriedens; er vermeidet also den „Rechtskrieg“.

Phase II: Zwischenstufe des einverständlich abgebrochenen Rechtsprozesses: Gelingt die rein zivile Versöhnung nicht, so geht der weiterhin unversöhnliche Streit in einen gerichtlichen Rechtsstreit über. Aber auch insofern steht zunächst eine halbstaatliche Zwischenstufe zur Verfügung, die mit dem Wort von der versöhnenden Staatsgewalt zusammengefasst werden könnte. So sind die Zivilgerichte gehalten, Vergleiche soweit möglich zu befördern. Sie unterbreiten auch selbst schlichtende Vergleichsvorschläge. Die Zivilvollstreckung ist dann noch einmal durch

⁹⁶ Zur naturrechtlichen, allerdings positiv gewendeten Grundidee der *Nötigung zum Frieden*, und zwar durch die „Natur“ in seiner Untersuchung „Von der Garantie des ewigen Friedens“: Kant, *Garantie*, 1984, 27 ff., 35: „Auf die Art garantiert die Natur, durch den Mechanismus in den menschlichen Neigungen selbst, den ewigen Frieden; freilich mit einer Sicherheit, die nicht hinreichend ist, die Zukunft desselben (theoretisch) zu *weissagen*, aber doch in praktischer Absicht zulängt, und es zur Pflicht macht, zu diesem (nicht bloß chimärischen) Zwecke hinzuarbeiten“.

Pfändungsschutz, Insolvenzrecht etc. eingeschränkt und geordnet. Auch die Straf-, die Verwaltungs-, die Finanz-, die Arbeits- und die Sozialgerichte kennen und fördern alle ähnliche Vereinbarungen, Absprachen, die das Verfahren beenden. Bei der Vollstreckung können Aufschübe und Ratenzahlung vereinbart werden.

Phase III: Vollstreitiger Rechtsprozess durch alle Instanzen: Erst innerhalb des „letzten Drittels“ des Rechts spielt der demokratische Rechtsstaat sein volles Gewaltmonopol aus. Als strenger Rechtsstaat tritt er nur bei unversöhnlichen Rechtsstreitigkeiten auf. Nunmehr ist das (einem hocharbeitsteiligen Gesamtstaat angemessene, komplizierte) materielle Recht voll umzusetzen. Es sind alle Gerichtsinstanzen zu durchlaufen. Danach lässt das strenge Recht das rechtskräftige Urteil in das weitere Verfahren der gewaltsamen Vollstreckung einmünden. Zu den Gewaltakten gehören auch zwischenzeitliche Sicherungsmaßnahmen, die entweder, wie bei der Untersuchungshaft, den Prozess schützen oder aber pfandähnlich der Sicherung der Ansprüche des Klägers dienen.

Das Streitige Gerichtsverfahren findet dabei dann vor den Augen der Öffentlichkeit statt. Die zumeist auch noch öffentliche und gerichtliche Ausübung dieses an sich selteneren „strengen Rechts“ besitzt, wie alle öffentlichen Gewaltakte und Bedrohungsschemata, die emotionalen Grundelemente öffentlicher Sensationen. Deshalb bestimmen die gerichtlichen Rechtssprüche auch das allgemeine Rechtsbewusstsein. Auch rechtlich betrachtet ist dieser pädagogische Effekt durchaus gewollt. Denn diese Art der hoheitlichen und gleichsam „richterköniglichen“ Streitbeendigung bekräftigt die Rechtstreue der demokratischen Allgemeinheit in ihrem Rechtsstaat und damit auch die Verfassungstreue des Staatsvolkes.

Staat als (Mit-) Betroffener. Auch der Staat selbst kann zum Mitbetroffenen werden, und zwar insbesondere dann, wenn seine Identität mitbetroffen ist (*Staatsidee, Grundwerte*), wenn die Allgemeinheit nach Schutz vor schweren Rechtsverletzungen verlangt (*Staatsvolk*) oder wenn sein Gewaltmonopol bedroht ist (*Staatsgewalt*). Dazu gehören die schwersten einzelnen Grundwerteverletzungen wie die Tötungsdelikte (an Demokraten und würdigen Mitmenschen), hartnäckige Wiederholungstaten, die das Vertrauen in das System der Kooperation gefährden (Eigen-

tums- und Vermögensdelikte) oder auch die Bedrohung des Gewaltmonopols durch terroristische Gruppen. Bei Tötungen tritt auch die Frage auf, wer denn die Opferseite vertreten sollte, wenn man nicht die mittelalterlichen Familienverbände und Clanstrukturen mit deren Gewaltmonopol wiederbeleben will. Der demokratische Staat muss also weitgehend deren Rolle übernehmen. Er kann sich dabei analog darauf stützen, dass das Opfer in der Regel ein Staats- und Mitbürger gewesen ist, dessen Würde in der Form des Andenkens zu schützen ist.

Auch mit dem Staat werden dann eigentlich diese drei Stufen durchlaufen. Gnade und Amnestien bei Herrscherwechseln waren die alten Mittel des absoluten Staates. Doch hat der demokratische Staat sein Selbstbild an die Idee von Recht und Gerechtigkeit gebunden. Ein Gesetz, das dem Staat den völlig freien „Handel mit Gerechtigkeit“ erlauben würde, verstieße gegen das westliche Credo der „Gerechtigkeit“, wie immer man sie im Einzelnen auch ausdeuten mag. Methodisch kann man dieses Versöhnungsverfahren auch in die Idee der Gerechtigkeit „integrieren“.⁹⁷

Aber die nationalen Kulturen kennen immer auch die Idee des Rechtsfriedens, der auch bei schwersten Delikten den Täter-Opfer-Ausgleich vorsieht, und zwar in der Regel im Strafrecht um den Preis von (ethischer) Reue, (empirischem aufklärendem) Geständnis und (sozial-präventiver) Unterwerfung unter die Rechtsordnung. Umgekehrt gilt aber auch, dass der Staat bei jeder Rechtsverletzung mit betroffen ist.

⁹⁷ Siehe das auf das deutsche Strafrecht und dessen Verfassungsprinzipien bezogene Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1-132), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.:](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.) Abs.-Nr. 65[⊗](Hervorhebungen nicht im Original) „Das Verständigungsgesetz statuiert nach dem in seinem Wortlaut und Normgefüge zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers (a) kein neues, „konsensuales“ *Verfahrensmodell*. Vielmehr *integriert* es die von ihm zugelassene Verständigung mit dem Ziel in das geltende Strafprozessrechtssystem, weiterhin ein der Erforschung der materiellen Wahrheit und der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe verpflichtetes Strafverfahren sicherzustellen.“ Deshalb sei es auch nicht verfassungswidrig (dazu auch Abs.-Nr. 53 ff.).

Insofern kann er aber, aus seiner Sicht betrachtet, auf die Durchsetzung seiner Interessen von Gesetz wegen verzichten und den Parteien zunächst den Vorrang einräumen wie etwa in Fällen, die er dann mit seinem zivilen Vertragsrecht ordnet. Aber aus der vorrechtlichen Sicht der Bürger und Demokraten hat der Staat ohnehin nur nachrangig zu agieren und sein Rechtssystem samt seinem Gewaltmonopol nur für die Fälle zur Verfügung zu stellen, in denen die private Streitschlichtung versagt. Ausgenommen sind davon, hoch vereinfacht, vor allem die Tötungsdelikte.

2. Ferner bilden diese drei Stufen der Zivilität und damit auch des faktischen Rechts eine Einheit.

Zwar stehen das strenge Recht und dessen staatliche Vollstreckung in der Rechtspraxis erst am Ende der gesamten Streitkultur. Aber dennoch wirkt sich das Rechtssystem durchgehend vor allem über die Drohung mit oder Warnung vor dem „Worst-Case-Szenario“ aus. Es droht mit und warnt wie jede Ordnung vor dem Geflecht seiner hoch komplexen Strukturen. Zu ihnen gehören der lange Gerichtsweg ebenso wie die gewaltsame Vollstreckung, zu der wiederum auch zwischenzeitliche Sicherungsmaßnahmen zählen, wie vorläufig vollstreckbare Titel und Verwaltungsakte oder etwa die Untersuchungshaft. Hinzu tritt die andauernde Abhängigkeit von der Subkultur der Rechtsverwalter.

Umgekehrt sind sich auch die juristischen Letztentscheider und Endvollstrecker bewusst, dass die Parteien auf vielen Stufen vorher das Verfahren mit einer einvernehmlichen Lösung hätten abbrechen können. Deshalb wirken ihre Entscheidungen auch eher symbolhaft, denn als Ausdruck einer solch strengen Gesetzmäßigkeit, die jeden streitigen Einzelfall erfasst. Rückwärts gelesen erscheint die Strenge des Gesetzes, also die rituellen Pflichten, das Kostenrisiko und die Dauer des Verfahrens gleichsam als Strafe oder Preis dafür, sich vorher nicht entweder gütlich geeinigt oder wenigstens irgendeine Art privates Unterpfand in der Hand zu haben.

3. Die faktische und zugleich „zivilisierende“ Hauptaufgabe der Rechtsanwälte besteht deshalb darin, diesen grauen Rechtsraum von Drohung mit der Staatsgewalt und Verhandlungsfreiheit der Rechtspersonen auszufüllen und in ihm Frieden und auch ihre Waffendienste anzubieten. Das Wissen um solche Art der Unterstützung des Verhandels zwischen den Streitparteien gehört

zum Beispiel zu den praxisnahen Schlüsselqualifikationen der deutschen Juristenausbildung (§ 5a DRiG).

4. Modell der juristischen Mediation: rechtspsychologische Verhandlungsvermittlung

1. Für die deutsche juristische Praxis lässt sich das Verständnis der Idee der Versöhnung vermutlich am besten mit der alten Idee und der neuen Praxis der „Mediation“ im Rechtssinne beschreiben. Sie wird von Mediatoren betrieben und endet zumeist in einem rechtsförmigen Vertrag, der aber nicht zwingend von den Mediatoren selbst ausgefertigt wird. Die ihm vor geschaltete Mediation erfordert deshalb auch nicht notwendiger Weise eine juristische Ausbildung. Sie wird aber vielfach von Juristen mit einer mediatorischen Zusatzausbildung angeboten. Mediation verlangt, den Blickwinkel der Rechts-Psychologie einzunehmen. Denn sie sucht Emotionen im zivilen Vorfeld abzubauen und dadurch Konflikte soweit möglich schon außerhalb des Gerichtsrechts aufzulösen.

Die Vermittlung durch einen einfühlsamen und charismatischen Menschen erweist sich für einzelne existentielle und schon deshalb zumeist emotionale Konflikte ebenso geeignet wie zur Auflösung von Dauerkonflikten, bei deren steigendem Fortgang beide Dauerpartner sich verbeißen und nur an Handlungsfähigkeit verlieren können. Die „Win-Win-Idee“ von gemeinsamen Interessen bildet bei Dauerbeziehungen das ökonomische Lockmittel der Mediation.

Am Ende einer Mediation steht idealer Weise ein von beiden Seiten selbst ausgehandelter privater Rechtsvertrag, der dann zumeist einklagbar und notfalls auch mithilfe der Staatsgewalt vollstreckbar wäre. Deshalb bedient sich der ideale Mediator auch entweder eines Vertragsjuristen und zur Absicherung des Vertrages zudem eines staatsnahen Notars, oder er handelt bereits im Auftrage der staatlichen Justiz, was seinem Ergebnis eine Art von Rechtswürde verleiht.

Mediationen dienen der Konfliktregelung im Familienrecht, etwa bei Ehescheidungen, im Arbeitsrecht, zum Beispiel bei Dauerstreit zwischen wichtigen Mitarbeitern und bei Arbeitskämpfen unterhalb der Ebene von formellen Schlichtungen. Auch im

Wirtschaftsrecht bieten sich Mediationen an, vor allem zwischen Dauerpartnern. Im öffentlichen Bau- und Umweltrecht treten sie als vorsorgliche Bürgerbeteiligungen und in der Form der frühzeitigen Beteiligung von bedrohten Grundstücksnachbarn auf. Im Schuldbereich dienen Mediationen als informeller Ritus zur Bereinigung von Binnenkonflikten. Selbst das staatliche Strafrecht kennt die Mediation als Vermittlungsverfahren für den erstrebten Täter-Opfer-Ausgleich.⁹⁸

2. Wie diese Hauptanwendungsgebiete zeigen, ist die rechtspsychologische Grundart der Mediation vonnöten, um hoch emotionale Konflikte zu bereinigen. Die Verletzungen, die sich in diesen Bereichen aufgestaut haben, betreffen nicht nur objektive Werte, wie das Vermögen, sondern bereits die seelisch-geistige Identität von Personen.⁹⁹ Umgekehrt gelesen haben sich die Personen, die am Konflikt beteiligt sind, mit einer bestimmten Rechtsposition identifiziert. Sie würden aus ihrer Sicht zumindest das „Gesicht“ verlieren, wenn sie dahinter zurückgingen. Sie fordern deshalb zunächst Demut oder zumindest den Respekt der Gleichheit, bevor sie zu einem versöhnlichen Vergleich bereit sind.

⁹⁸ Zum Überblick: Haft/Schlieffen, Handbuch, 2009, 56 f. Zugleich ein Sammelwerk, das die Verbindung von *einfacher* Menschenführung als Psychologie und den vielfältigen „objektiven“ Rechtskonflikten aus der Sicht einer *hochkomplexen* Großgesellschaft belegt.

⁹⁹ Aus psychoanalytischer Sicht (1) zur persönlichen und (2) zur (auch staatlichen) „Großgruppenidentität“: Volkan, Versagen, 1999, 48; aufgegriffen auch von Hilgers, Ringen, 2002, 213 ff., 219 (Zum Individuum gehöre die „... *persönliche Kernidentität, die dem Individuum ein Gefühl von einem dauernden inneren Gleichsein gibt*“. Der zweite Anzug (Kleid) der Individuen bildet die „Zweite Lage“ als „die eigene Großgruppenidentität“. Sie „ist ein lose sitzender, weiter Überzug, der es dem einzelnen ermöglicht, unter *demselben Großgruppenzelt ein fortwährendes Gefühl des Gleichseins mit anderen zu teilen*“.) (Hervorhebungen nicht im Original). Folgern ließe sich, dass der Ruf Freiheit, Gleichheit und Solidarität, mit dem Wort der Gleichheit vermutlich dieselbe Art von *Identitätssuche* meint und vor allem den gerechten Ausgleich zwischen Freiheit und Solidarität. Diese Gleichheit findet dann auf der Ebene der Legislativen, der allgemeinen und alle Menschen gleich betreffenden Gesetze statt, und setzt sich in den sonstigen rationalen Entscheidungen der nachfolgenden Entscheidern, wie den Richtern und den Verwaltern, fort.

Das ideale Ziel der Mediation bildet irgendeine Art von solcher Vereinbarung, die die Parteien selbst (er-)finden. Dieser Weg dient damit nicht nur beiden Interessen, sondern heilt selbst schon die verletzten Gefühle der Parteien. Denn ein erfolgreiches Versöhnungsverfahren lenkt und leitet die Parteien schon durch das eigene Verhandeln wieder auf die Standardebenen der stolzen Selbstsicht als „souveräne und autonome Person“ zurück. Vereinfacht erweist sich die Mediation im Recht als angewandte Seelenkunde, aber ihr Ergebnis bildet der handfeste rechtswirksame Vertrag.

3. Allerdings wird der Jurist auch die Ideale oder Mythen der Mediation, zu denen unter anderem die Gedanken gehören, dass der Mediator völlig neutral auftritt und dass die Parteien die Sache eigentlich höchst selbst aushandeln, in die weniger dogmatische Praxis der Mediation einbetten.

Deshalb ist ein Blick auf die soziale Realität zu werfen. Den Mediator interessieren zumindest auch seine eigene Machtposition und sein eigenes Einkommen. Richtigerweise muss er zudem sogar parteiisch in dem Sinne auftreten, dass er beide Seiten verstehen kann. Insofern agiert er aus seiner Sicht unmittelbar innerhalb eines „Interessendreiecks“. Ferner handelt er in der Regel mittelbar im Interesse der mitbetroffenen Dritten, deren allgemeinen Frieden dieser Streit bedroht. Deshalb kann der Vermittler vielfach auch mit dem sozialen Druck arbeiten, den die Interessen der Dritten, vor allem der Freunde und Nachbarn ausstrahlen. Auch kann er einen kurzen und vor allem einen privaten Prozess anbieten.

4. Faktisch verfügt jeder professionelle Mediator zudem über das informelle Druckmittel der Autorität, weil er über die Erfahrung über den üblichen Ablauf verfügt und auch über das Wissen, um die in derartigen Sachen üblichen Lösungen. Schon deshalb nähert sich jeder beruflich tätige Mediator der Rolle einer Schiedsperson oder eines Friedensrichters an.

Dennoch unterscheidet sich der Mediator vom Richter. Der Mediator setzt, zumindest in seiner deutschen Ausprägung, vor allem psychologisch an. Mit einem Bild von *Schlieffen* besteht sei-

ne Rolle darin, einer Mutter zu gleichen, die zunächst einmal die zwei streitenden Kinder tröstet, auf dass sie anschließend wieder vernünftig miteinander spielen können.¹⁰⁰ Vereinfacht liegt bei den Streitparteien offenbar zeitweilig hoch emotionale Regression in Trotzhaltungen vor. Aus dieser Rückzugshaltung, die mit der Einmauerung in feste Positionen verbunden ist, sucht der Mediator beide Seiten herauszuführen. Dazu muss er die Selbstachtung und mit ihr auch das Fremdbewusstsein der Parteien aufzubauen trachten. Auf diese Weise kann er die Opfer, als welche sich vielfach beide Seiten fühlen, dann nach und nach wieder in die Verhandlungsposition „souveräner Akteure“ hineinführen.

5. Konstruktion einer weltlichen Versöhnungsperson

1. Die psychologischen Elemente dieser Art der Mediation lassen sich möglicherweise auf der grund- und menschenrechtlichen Ebene wiederfinden, die zum Bild einer „Versöhnungsperson“ führen könnte.

Die Beilegung eines Streites setzt grundsätzlich voraus, dass beide Seiten überhaupt als selbständige „Personen“ auftreten können und wollen. Denn als dann sogenannte „Parteien“ oder „Beteiligte“ nehmen sie aktiv und in eigenen Sonderrollen am jeweiligen Verfahren teil. Diese Person wird in der Präambel der EU-Grundrechtecharta als Demokrat näher bestimmt, wenn es dort, wenngleich zunächst aus der Sicht der Völker, heißt:

„In dem Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sittlichen Erbes gründet sich die Union auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität. Sie beruht auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Sie stellt den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.“

¹⁰⁰ Zu dieser Art der Charakterisierung siehe aus der Sicht der Rechtsphilosophie: Kaufmann, Recht, 1991, 8, mit seinem Hinweis auf die „weiblichen Züge der Gnade“, 8 (das weiter gedacht dann dem „väterlichen“ Rechtsstaat gegenüberstehen dürfte).

National gewendet und mit den Worten des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* zu „Schuld und Sühne“ setzt das Schuldprinzip

„... die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann“.

Und das Gericht fügt ebenfalls an:

„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.“¹⁰¹

Ein sittliches Wesen zu sein, meint, fähig zu sein, sich autonom an die Grundregeln der Verfassungsethik zu halten, also die demokratischen Grundsätze von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“¹⁰² achten zu können. Dabei betont die Paarung von Gleichheit als Fairness und Solidarität als Humanität die Eigenschaften einer Person, die nach Streit (und Krieg) zur Versöhnung fähig ist. Man kann ebenso auch von einer Person sprechen, die fähig ist, „Frieden“ zu schließen. So heißt es in Art. 1 II GG, wenn gleich wiederum für das gesamte Volk:

„Das deutsche Volk bekennt sich darum zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“

Wie die Völker untereinander vermögen dann auch die Demokraten miteinander umzugehen.

2. Mit „Un-Personen“, wie früher mit Sklaven¹⁰³, kann man dagegen nicht verhandeln. Wenigstens müsste man sie unmittelbar

¹⁰¹ Siehe: Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 364; vgl. auch: BVerfGE 45, 187 ff., 227.

¹⁰² Montenbruck, *Western Anthropology*, 2010, 34 ff., Rn. 75 ff.

¹⁰³ Zum Sklaven als altem Gegenmodell und zum komplexen deutschen Recht im Hochmittelalter, siehe: Hattenhauer, *Rechtsgeschichte*,

zuvor als „Personen“ anerkannt und damit ihren Status in den einer Partei, also eines Teilhabers an einer möglichen Verhandlung, versetzt haben. Alle Erklärungen der Menschenrechte erheben vermutlich auch deshalb alle Menschen von Geburt an in einen gleichen Stand der Freien, der Gleichen und der Nächsten. Hinter der Idee des würdigen Menschen stehen überdies die vorchristlichen Seelenlehren von *Platon* und *Aristoteles*, die etwa *Thomas von Aquin* mit dem Christentum vereint hat.¹⁰⁴ Die mittelalterliche Seelenvorstellung führt zu derjenigen Seelenidee, die dann im Naturrecht mit *Pufendorf* die Menschenwürde¹⁰⁵ begründet.

Inzwischen hat sich die ganzheitliche Idee von der Seele allerdings vermutlich auf Druck der langen Zeit vorherrschenden Rationalismus aus dem allgemeinen Sprachgebrauch verabschiedet. Sie hat sich einerseits zur Psyche reduziert und ist als solche vor allem Teil der Psychologie geworden, und hat andererseits eine zweite Heimat in der Sonderwelt der Theologie gefunden. Ihr altes und wichtiges Teilelement, die „Vernunftseele“, die sich im Wort vom „Gerechtigkeitsgefühl“ und im „Empfinden von Ungerechtigkeit“ zeigt oder das im anglo-amerikanischen „common sense“ steckt, hat sie dabei weitgehend eingebüßt. Auch das Mitleid des guten Samariters besitzt einen ethischen Kern. Die Grundlage für gutes Verhalten bildet das *Mitgefühl*, welches das Hineinversetzen in den Anderen zumindest dann erleichtert, wenn man sich von Angesicht zu Angesicht sieht und somit als *Nächste* erlebt.

2004, Rn. 1462. Er verweist auf die Gegenmodelle der Sklaverei und Kriegsgefangenschaft und den Protest dagegen von Eike von Repgow (gest. 1233), der bereits in seinem *Sachsenspiegel*, Landrecht III, 42, unter anderem erläutert: „*Als man zum erstem Male Recht setzte, da gab es noch keinen Dienstmann und waren alle Menschen freie Leute...Ich kann es auch mit meinem Verstande nicht für Wahrheit halten, dass jemand das Eigentum eines anderen Menschen sein soll*“.

¹⁰⁴ Siehe dazu: Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, 206 ff. (5. Kap. I, II).

¹⁰⁵ Pufendorf, *jure naturae*, 1998, Buch II, Kap. 1, § 5. Zu Pufendorf, siehe: Wesel, *Geschichte*, 2014, Rn. 249. Montenbruck, *Naturrecht*, 2010, 147 ff., 144 ff., Rn. 515 ff.

Deshalb ist nunmehr umgekehrt zu verfahren und die Idee der *Menschenwürde* zu verwenden, um wenigstens die traditionsreiche zivilisatorische Bedeutung des Begriffs der Seele aufzuzeigen. Zu Zeiten der spätmittelalterlichen Sühne-Verfahren war die Idee der Person jedenfalls auch von der Idee einer ganzheitlichen Seele mitbestimmt. Das Wort von der „Versöhnungsperson“ leitet sich also zusammen mit der Idee der privaten Mediation aus dieser großen Tradition ab, die wiederum über die Präambel der Europäischen Grundrechtecharta als Teil des europäischen spirituellen Erbes eine nachhaltige Aktualisierung erfährt. Insofern findet vielleicht sogar mit Blick auf den Demokraten als den Adressaten eine grunddemokratische „Re-Zivilisierung“ der Sprache statt. Das Institut der Mediation trägt jedenfalls seinen Teil dazu bei.

3. Dabei ist die Idee des Zivilen im Kern nicht so sehr von der Idee der Menschenwürde bestimmt, als vielmehr vom Begriff der *Person*¹⁰⁶ geprägt, der man Rechte als Freiheiten zuschreiben und auch nehmen kann. Wer die Idee der Menschenwürde über alles und damit (fast) absolut setzt, der gibt damit genauer betrachtet dem Personenbegriff einen *Menschenwürde-Rahmen*. So verfährt das deutsche Grundgesetz und vermutlich mit Abstrichen auch die neue Europäische Grundrechtecharta, die zwar in der Präambel auch erklärt, die Person in den Mittelpunkt stellen zu wollen, die aber beide mit ihren jeweils ersten Artikeln die Unantastbarkeit der Menschenwürde bekunden. So kann niemand mehr seine Person als Pfand geben und sich als Sklaven anbieten. Die *Zentralität der Person* ist dementsprechend in der (römischen) Civil – Law- Kultur¹⁰⁷ zu finden. Auch ihre Nachfolger, die Ethik des Common Law und auch das deutsche Zivilrecht sind vor allem auf die Person ausgerichtet.

4. Die bunt aneinander gereihten Facetten der Idee der Person sind in etwa die folgenden:

¹⁰⁶ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 41 ff (1. Kap. IV „Rechtsphilosophisches Fundament: Verantwortung, freie Rechtsperson und souveränes Individuum“)

¹⁰⁷ Glenn, Traditions, 2007125 ff („A Civil Law Tradition: Centrality of the Person“), siehe auch 224 ff („A common Law Tradition, The Ethic of Adjudication“, als die Ethik der außergerichtlichen Streitbeilegung)

Vorstaatlich heißen diese Personen „Freie“. *Rechtssoziologisch* gewendet sind es diejenigen, die als „Akteure“ auftreten können und dürfen. Aus der Sicht der rechtssoziologischen Systemtheorie¹⁰⁸ entsprechen diese „Personen“ dann jeweils eigenen kleinen halboffenen „Subsystemen“, die ähnlich wie lebendige Zellen in einem Zellverbund in einer bunten Wechselbeziehung zueinander bestehen.¹⁰⁹ Aber auch gesamte „Personenverbände“ von Unternehmen und Gewerkschaften bis hin zum Gesamtstaat selbst, etwa im Sinne des Völkerrechts, verfügen über diese personale Rolle des möglichen Vertragspartners und damit über den Status eines „Vertrags-Rechts-Subjektes“.

Historisch betrachtet hat der einzelne Mensch die eigene rechtliche Personalität, anders etwa als seine *christliche Personenrolle* als Glaubender¹¹⁰, erst spät und über die Französische Revolution mit der Entwicklung des Rechtsstaates und der Demokratie erlangt. Zuvor trat er in der Regel nur als unselbstständiger Teil

¹⁰⁸ Zur Einführung in die „allgemeinen Systemtheorie“, die es ihm zu folge als solche aber eigentlich nicht gäbe, siehe dennoch: Luhmann, Einführung, 2002, 41 ff., 42 f.

¹⁰⁹ Aus dem Blickwinkel der Soziologie zum Individualismus und zur Einbeziehung jedenfalls der „Person“ des Menschen in die Systembetrachtungen, siehe: Schelsky, Soziologen, 1980, 77 ff., 95 ff.

¹¹⁰ Zur Entwicklung des Personenbegriffs zunächst in der *christlichen* Theologie und danach erst in der Philosophie aus katholischer Sicht: Lobkowicz, Person, 1995, 39 ff., 39 ff.; sowie auch: Sutor, Theorien, 2004, 205 ff., 216 f.: Der Begriff gehöre durchgehend zur christlichen Sozialethik als die „individuelle geistige ‚Substanz‘ des Menschen“. Lobkowicz setzt zur Begründung seine eigene Sicht des „normativen Personalismus“ nach und erklärt: Wegen der Individualität, die Eigenart und Einzigartigkeit impliziere, dürfe der Mensch aber „nicht auf ein eigenschaftsloses Selbst reduziert werden, in dem alle Personen gleich“ seien, mit dem „Recht auf Verschiedenheit“. Die gegenwärtige Fortschreibung, nunmehr analog zur *säkularen* Menschenwürde, erscheint auch auf diese Weise geöffnet.

Die Brücke zwischen christlicher Theologie und Recht, die Sutor ausdrücklich zum Thema erhebt, bildet die „Philosophie der sozialen Gerechtigkeit“, dazu insbesondere: 219 ff.: Bedürfnisgerechtigkeit, Chancengerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit, Eigentumsgerechtigkeit, Zukunfts- und Generationengerechtigkeit, in Anlehnung an: Rawls, Theorie, 1993. Zum „normativen Individualismus“ aus Sicht der *Philosophie*: Kersting, Theorien, 2000, 401.

oder als Repräsentant einer schützenden Lebensgemeinschaft, wie dem Clan, auf.¹¹¹

Schon um den Erwerb dieser personalen Bürgerrollen können Vorverhandlungen geführt werden, etwa auch mit einem aufgeklärten absoluten Staat. Dabei drängt sich das biologische Modell der zu Erwachsenen werdenden Kinder auf. Und schon mit dem Einstieg in den Prozess um diese Rolle ist dann auch die ideale Ebene eines fairen, humanen und insofern prozessual gesehen „gerechten Verfahrens“ in Sicht, Art. 6 EMRK erreicht.

Solche „*Rechts-Personen*“ werden zwar inzwischen vor allem über das Recht definiert (vgl. § 1 BGB von 1900, „mit der Geburt“ und Art. 1 I GG von 1949 als Teil der verrechtlichten Menschenwürde). Aber entkleidet der Jurist versuchsweise einmal diese Rechtspersonen fiktiv von der Rechtsform, in der er sie sehen wird, dann könnte sich der folgende kleine Panoramablick auf die „Person an sich“ ergeben, die, sobald man die religiöse Seite ausblendet, auch als eine gesonderte „säkulare Versöhnungsperson“ angesehen werden könnte.

Hinzu treten noch die folgenden Einzelaspekte:

Aus *ethischer* Sicht stellt eine solche „säkulare Versöhnungsperson“ der autonome Mensch dar, aber auch das freie Unternehmen und der souveräne Staat, die sich analog zum Menschen für ihr Verhalten als „selbstverantwortlich“ begreifen.

Interpersonal verstehen sich die weltlichen Versöhnungspersonen als die Inhaber wechselseitig anerkannter Interessen und „absoluter“ Werte und als Träger entsprechender Achtungspflichten.

¹¹¹ Zur *Sozialisierung* des Rechts als „*fortschreitende Abkehr vom Statusrecht*“: Rehbinder, *Status*, 1968, 141 ff., 155 ff., 157 (zum Individualismus), 159 ff. (zum *status* als Begriff des öffentlichen Rechts), sowie 160 ff. (zur „Rolle als Strukturelement einer modernen Rechtstheorie“) und 163 ff. („Rolle“ als „normatives Subsystem“ und „Bündel von Verhaltenserwartungen“). Diese „Rollen-Konstruktion“ entspricht also in etwa dem Begriff der Person, die vor allem *intersubjektiv* von „den Anderen“ bestimmt wird. Sie unterscheidet sich damit von der Würde des Menschen, die den Menschen insofern *absolut* setzt und deshalb unter anderem auch von seiner Autonomie und der Moralfähigkeit ausgeht.

Sozial betrachtet stellen die Personen sich unter anderem als die konstitutiven Rollenträger der jeweiligen Volkskultur und der Idee der Solidarität dar.

Emotional eingefärbt verstehen sie ihre personale Identität unter anderem über Würde und Stolz; ebenso ist ihnen aber auch das Mitgefühl als Empathie eigen.

Politisch gewendet besteht die Personalität im Ansehen, dem Respekt, dem „Gesicht“, dem Kredit oder auch allgemein im geschenkten Vertrauen einerseits und in der Handlungsmacht andererseits.

Zivilisationsgeschichtlich ergibt sich die Personenidee vor allem aus der antiken Bürgerrolle. Sie geht mit dem stadtpolitischen pragmatischen Vernunftdenken der griechisch-römischen Antike einher, das die Geistesströmung der humanistischen Renaissance zum gegenwärtigen postmodernen Menschenbild beisteuert.¹¹²

Religiös betrachtet spiegelt Menschenwürde die Idee der „Seele“ wider. Die Idee der Person verweltlicht die religiöse Rolle des Gläubigen seinem Gott gegenüber.¹¹³

¹¹² Zur „religiösen Valenz der Menschenwürde-Konzeption“, siehe umfassend: Auer, Valenz, 2006, 19 ff., 20 (zu mutmaßlichen vorchristlichen Einflüssen und zum „allgemein-religiösen Ursprung des Menschenwürdegedankens“); 21 f. (zu evtl. ägyptischen Wurzeln, über Ma’at als Göttin der Gerechtigkeit und Ethik); 22 f. (imago dei im Alten Testament), 25 (zur Inkarnation, im Neuen Testament, „und der Logos im Fleisch geworden“, Bibel, Johannes 1, 14); 26 f. (zum frühkirchlichen Platonismus als hellenistisch-christlicher Syntheseprozess); 23 f. (vom italienischen Renaissancechristentum zur weltlichen Würde); 23 ff. (zur Menschenwürde als Rechtsbegriff); 37 („Menschenwürde“ als „sakrales Tabu“, also als unantastbar).

¹¹³ Aquin, Summa theologica, 1273/1953, Buch II. 2., qu 57–79, 57, 58; vgl. etwa auch: Fechner, Rechtsphilosophie, 1962, 11. Zudem für das Hochmittelalter: Imbach, Perspektiven, 2007 49 ff., 49 mit seiner These: „Ein der Erfahrung nahe stehendes Konzept des Gesetzes hat Thomas von Aquin zu einer metaphysischen Weltansicht ausgeweitet, die den Menschen in ein geordnetes Ganzes einfügt und den Rahmen des menschlichen Zusammenlebens bildet“, und zwar bezogen auf den Kernsatz von Aquin, Summa theologica, 1273/1953, I – II, 90, 4: „Das Gesetz ist eine Anordnung des Verstandes (*ordination*

Systemisch ausgedrückt erweist sich die Person als ein anderes Wort für lebendiges, aktives und passives „Subsystem“.

Zivil-Religiös: Alles in allem eröffnet sich eine fast überirdische kulturelle Leitidee der „minimalethischen Gerechtigkeit“ und des Friedens, dem sich alle zivilisierten Personen zu unterwerfen haben. Sie bekennen sich zu den Grundwerten der „humanistischen Aufklärung“, und zwar verstanden als das Modell für eine „humane Binnenwelt“. Verwaltet wird die Kernidentität dieses Systems für die grund- und menschenrechtlichen Leitfälle von den semireligiösen Gralshütern der Verfassungsgerichte.

5. In diesem Sinne ist also davon zu sprechen, dass Menschen, einzeln oder auch als Kollektive, zum einen als Rechtspersonen auftreten, die Verträge abschließen und die Rechte der anderen achten. Zum anderen liegen der Idee der Person soziale Elemente wie Anerkennung und Achtung sowie emotionale Eigenschaften wie Stolz und Empathie zugrunde. Sie vermengen sich zur (synthetischen) Konstruktion einer „humanen Versöhnungsperson“. Dieses Menschenmodell verfügt über die „Identität“ eines streitbaren, sozial anerkannten, souveränen, aber auch egoistisch stolzen Akteurs, der nach einem Streit zumindest auch zur Versöhnung im Sinne von Frieden und Ausgleich fähig ist. Dabei gehen „Versöhnung, Vernunft und Humanismus“ als jeweilige Konnotationen ineinander über.

rationis), im Hinblick auf das Gemeinwohl (*bonum commune*) erlassen und öffentlich bekannt gegeben von dem, dem die Sorge für das Gemeinwohl obliegt.“ Siehe auch: Imbach, Perspektiven, 2007 49 ff., 53 (... „dass dieses Gefüge von Thomas als vernünftig, d.h. als philosophisch einsehbar und also von den Glaubenssätzen der christlichen Religion unabhängig verstanden wird“ führt dann zu Imbachs zweiter These, nämlich (etwa um 1300) mit Dante Aligheri zur „klaren Trennung von Kirche und Staat“).

3. Kapitel

Würde und Ego, Konflikte und Recht

I. Würde und Identität, evolutionäre Vernunft von Recht und Streitkultur

1. Menschenwürde, Neutralität und Beschuldigung

1. Die Menschenwürde bildet den Rahmen oder auch die Grundlage der „humanen“, das heißt vor allem der menschenrechtlichen Ausprägung seiner ansonsten vor allem nationalen Rechtspersönlichkeit. Die überstaatliche Universalität dieser unantastbaren Würde entspringt der *Seelenidee*. Die vage Idee der Seele, die eng mit dem Begriff der Identität verwandt ist, hat das mittelalterliche europäische Christentum betont. Sie hat auch schon die Antike diskutiert und sie ist jedem Animismus eigen.

Schwierigkeiten hat der demokratische Rechtsstaat einerseits vor allem mit der *Psychologie*, und zwar deshalb, weil er auf den zur *Vernunft* fähigen, also rationalen Mensch setzt und auch setzen muss, weil er nur daraus den Anspruch auf den *Subjektstatus* des Menschen und damit auch den auf demokratische Selbstbeherrschung ableiten kann. Hingegen beschäftigt sich die Psychologie vereinfacht mit dem Unter- oder Unbewussten, also dem Irrationalen.

Andererseits ist das pragmatische Recht schon weiter. So beschäftigt es sich zwar nicht mit dem Irrationalen selbst, aber doch vor allem mit dem rationalen Beweggrund des „Egoismus des freien Menschen“ und bindet ihn an die Gedanken der Gleichheit und der Solidarität. Zudem bedenkt der Rechtsstaat die Gefahren der blindwütigen Selbstjustiz und setzt ihnen das staatliche Gewaltmonopol und sein Rechtswesen entgegen. Dieses Monopol teilt er dann, um seinen egoistischen Missbrauch zu vermeiden, auch noch in die halbselbstständigen Gewalten, die Exekutive, die Legislative und die Judikative auf, die er zudem vorsorglich an eine Verfassung bindet. Zudem lässt er mit der Öffentlichkeit auch das Wahl-Volk an der Rechtspflege teilhaben.

Ferner sieht das Recht ein Verfahrensrecht vor, das etwa auf die Befangenheit der Menschen in eigenen Sachen Rücksicht nimmt. Vor allem setzt es auf die *Neutralität* der Richter und auf professionelle Rechtsbeistände. Es bietet eine *dialogische* und öffentliche Hauptverhandlung. Das Urteil wird in schweren Fällen zudem noch durch ein *Richterkollektiv* gefällt, welches sich erneut intern beraten muss. Nicht zuletzt werden noch weitere *Instanzen* eröffnet. All diese Vorkehrungen belegen die *Subjektivität* des einzelnen Menschen. Sie bezeugen nicht seine Vernünftigkeit, sondern nur seine grundsätzliche Fähigkeit zur Vernunft, und zwar vor allem als großes Kollektiv aller am Verfahren beteiligten Rechtspersonen.

Aber im Zivilleben unterhalb und außerhalb des Rechtssystems handeln die *Betroffenen selbst*, und sie agieren eben in der Regel in eigenen Sachen nicht wie „neutrale“ Dritte, auch wenn sie zumindest die mutmaßlichen Wertungen ihrer Nächsten und Nachbarn klugerweise hätten mitberücksichtigen müssen. Menschen verfolgen zwar vielfach aktiv und sich selbst beherrschend ihre eigenen „Beweggründe“, wenn sie sich an die *allgemeinen Verhaltensregeln* halten. Aber sie werden von denselben Beweggründen eben auch passiv und unbewusst getrieben. Mehr noch, jeder Mensch *identifiziert* sich mit seinen Handlungen einschließlich seiner Sprechakte, weil es die eigenen sind und weil ihn die anderen Menschen auch über seine Taten und Worte identifizieren. Jedes In-Frage-Stellen berührt damit die eigene Identität. Kritische Wertungen tangieren das *Selbstbewusstsein*, und zwar als eigenes und als sozialer Reflex auf die Außenwirkung.

2. Der Schutz dieser *Identität* ist auch mitgemeint, wenn es heißt: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“. Dabei bildet die Idee der *Würde* den Grund für die *Subjektstellung* des Menschen. Auf der Ebene des Rechts wird der Mensch zum autonomen Rechtssubjekt, das vor allem im Sinne des Zivilrechts über „eigene“ absolute Rechte verfügt und im Rahmen der Demokratie mit anderen Subjekten zum Volk verbunden den Staat mitbeherrscht.

Aus der Subjektstellung ergibt sich dann die *Personenidee*, die im Alltag Ähnliches meint, aber pragmatischer ansetzt und vor allem auf Freiheiten und die Idee des Freien ausgerichtet ist. Sie bezieht zum einen die soziale Seite mit ein, in dem sie dem Inhaber als halbfreiem Akteur eine bedeutende Rolle zuschreibt. Sie beruht zum anderen und vor allem darauf, dass sich die Subjekte

jenseits einer Gemeinschaft im Sinne eines gegenseitigen Geschäfts *wechselseitig anerkennen*. Aber die Anerkennung kann auch versagt und ebenso kann die soziale Rolle einer Person, können ihre Freiheiten auch kollektiv eingeschränkt oder theoretisch sogar ausgehöhlt werden wie bei der kollektiv-demokratisch verhängten lebenslangen Freiheitsstrafe oder der Todesstrafe. Insofern bietet erst und bildet dann die Idee der Würde den festen Kern der Persönlichkeit und auf der Ebene des Rechts dann den der Rechtspersönlichkeit.

Schwere „Rechtsverletzungen“ beinhalten deshalb und insoweit immer auch Verletzungen der „Rechtspersönlichkeit“ des Menschen (oder auch des demokratischen Rechtsstaates). Im Kern wird dabei stets *auch* die *Würde* der Rechtsperson angetastet. Die betroffenen Menschen fühlen sich „*missachtet*“. Ihnen wird die *Anerkennung* versagt.

Vor allem *vorsätzliche* Rechtsverletzungen werden zu Recht *zugleich* als Formen der „Beleidigung“ empfunden. Denn eine Rechtsverletzung stellt eine Missachtung der Subjektivität des Menschen dar, das „Seine“ ist betroffen. Zum „Seinen“ eines Rechtsinhabers gehört im weiteren Sinne dann auch das „Eigene“ und vor allem dessen „Besitz“, also die Verfügungsmacht des Eigentümers über einen Gegenstand. Auch wenn im Kernfall des Eigentums der Besitzer die tatsächliche Sachherrschaft an einer Sache unrechtmäßig, etwa durch Diebstahl oder Raub, erworben hat, zählt die Sache grundsätzlich zum Herrschaftsbereich einer Person. Deshalb muss nach dem deutschen Zivilrecht selbst der Eigentümer einer Sache auch gegen den unrechtmäßigen Besitzer, sollte dieser sich gegen die Rückgabe sperren, klagen. Dessen rechtliche „Tabuzone“ gilt es, analog zur höchstpersönlichen eines jeden Menschen, zu schützen.

3. Aus der Situation des Konfliktes ergibt sich dann Folgendes. Das angebliche oder auch tatsächliche *Opfer* zieht sich nicht als solches zurück. Es wandelt sich vielmehr mit seiner *privaten* oder auch *öffentlichen Beschuldigung*, der andere habe „seine Rechte“ verletzt, selbst zum (Re-)Akteur. Mit seiner Beschuldigung bedroht das Opfer einer mutmaßlichen Rechtsverletzung das persönliche Ansehen des vielleicht auch nur vermeintlichen Täters und mit der daraus folgenden Forderung nach Schadensersatz auch dessen Freiheitsrechte. Aus dem Täter wird ein Opfer. Mit der Not, sich entweder dagegen wehren oder dies erdulden

zu müssen, ist also die persönliche Handlungsfreiheit des Beschuldigten schon im Vorwege belastet. Unrechtmäßige Beschuldigungen, solche die nicht der Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen, gelten deshalb auch als strafwürdige Ehrverletzungen, §§ 185 ff., 193 StGB.

Das scheinbar so asymmetrische „Täter-Opfer-Verhältnis“ kennt also bereits mit der bloßen öffentlichen Beschuldigung den „ersten Gegenschlag“, Damit befindet sich diese Beziehung schon auf dem Wege zu einem gerechten Ausgleich. Vor diesem dreifaltigen Hintergrund, dem Rahmen einer funktionierenden Öffentlichkeit, der Idee von privaten Rechten und der faktischen Fähigkeit, private Sanktionen notfalls über Opferanwälte durchsetzen zu können, hat ein an sich übermächtiger Täter also noch ein persönliches Interesse daran, in ein Mediationsverfahren einzuwilligen.

Auch hat sich die Idee der Rechtsperson zu einer Rolle verselbstständigt. Nicht nur einzelne Menschen, sondern gesamte Unternehmensverbände und Gewerkschaften, aber auch öffentliche Anstalten und auch der Bundesstaat treten als Rechtspersonen auf. Selbst einzelne Behörden und gesamte Gesetzgebungsorgane gelten in Deutschland folgerichtig als beleidigungsfähig, § 194 III, IV StGB. In der Regel können solche Kollektive rechtlich als sogenannte „juristische Personen“ auftreten und eingeschränkt sogar Grundrechte in Anspruch nehmen, Art. 19 III GG. Kollektive Rechtspersonen besitzen in den Demokratien dann Eigenschaften, die auf den ersten Blick nur einzelnen Bürgern als würdigen Menschen zugeschrieben werden. Aber wie die Beleidigungsfähigkeit von Kollektiven anzeigt, verfügen diese auch über menschenähnliche Identitäten. Mit einem religiösen Begriff könnte man von einer eigenen, hoch verletzlichen und auf Achtung bedachten „Geistseele“ sprechen.

Die „Staaten“ begreifen sich ebenfalls, gegenüber ihren Bürgern ebenso wie gegenüber anderen Staaten im Völkerrecht, als kollektive Rechtspersonen.¹¹⁴ In den Präambeln von Verfassungen,

¹¹⁴ Zum „liberalen Staat“ qua Definition des nationalen Staates als *Person*: Ladeur, Staat, 2006, 90 ff. Anders gewendet greift der Gedanke der staatlichen Liberalität die mittelalterliche Idee des „Freien“ auf. Der spätere absolute Staat bündelt dann Recht der Freien (oder auch

wie den deutschen und transnationalen Konventionen oder der Europäischen Menschenrechtskonvention, betonen die Völker ferner ihr kollektives Volksbewusstsein. Symbolisch dokumentieren sie ihr kollektives Nationalbewusstsein mit Flaggen, Wappen, Hymnen und Nationalfeiertagen.

Notfalls führen die Staaten auch reale Kriege, um angebliche oder tatsächliche Rechtspositionen, mit denen sie ihre „kollektive Personalität“ verbinden. Auch nach innen meinen Staaten, deren Verwaltungen und die Rechtspflegeorgane, ihr „Gesicht“, also ihre Glaubwürdigkeit verlieren zu können. Die Versöhnungsverhandlung mit ihren Bürgern erlaubt es ihnen dann, dieses wahren zu können.

4. Daraus folgt im nächsten Schritt, dass die natürlichen und mit ihnen alle Formen von juristischen Personen miteinander „frei“ verhandeln und dass sie als Prozessparteien oder allgemeine aktive „Beteiligte“ an einem Verfahren tätig sein können. Der Staat selbst tritt zum Beispiel mit seiner Untergliederung auch im Verwaltungsprozess als eine Art von „Partei“ auf. Soweit jeweils die personale Freiheit reicht, so ist der exekutive Staat weitgehend an demokratischen Normen gebunden, können die Parteien sich vergleichen. Die Streitenden werden dann typischerweise aus ihrer Sicht jeweils auf Teile ihrer Rechtspositionen verzichten und auf diese Weise zu einem friedlichen „Ausgleich“ zwischen ihnen gelangen.

Zur Personenidee zählen aber auch Würde und Ansehen. Generell gilt zudem, dass ein vertraglich ausgehandelter Vergleich die „Personalität“ beider Seiten bestätigt und stärkt. Beide Seiten erscheinen nunmehr in ihrem Selbst und auch in ihrem sozialen Ansehen als „rational und vernünftig“. Der Vergleich hebt dabei die zunächst streitenden Personen und alle ihre Vortaten auf eine neue Ebene. Funktional erlaubt er es auch etwa dem Delinquenten, sein Gesicht in der Öffentlichkeit zu wahren und seine Glaubwürdigkeit wiederherzustellen. Insofern dient der Vergleich auch der Versöhnung von Rechtspersonen, und zwar unter

des Landadels, der Barone etc.). Das fiktive Staats- und Sprachvolk erobert dann diese vorstaatlichen Freienrechte, indem es sich den fertigen Staat unterwirft, ihn aber als mächtigen Hausverwalter bestehen lässt.

anderem dadurch, dass die Verletzungen der Rechtspersönlichkeit von Rechtspersonen „heilen“.

2. Identität und Ego, streitökonomische Vernunft der blinden Gefühle

1. Die Idee des Versöhnens als rechtspsychologische Mediation legt nahe, auch das anthropologische Faktum des *Streitens* zu betrachten. Zudem ist nach der mutmaßlichen biologischen Bedeutung der *Emotionalität des Streitens* zu fragen.

Weshalb Streit entsteht und zu welchen Folgen er führen kann, beschreibt bereits *Hobbes* in immer noch überzeugender Weise. Dabei geht er zudem von der Idee der Gleichheit der menschlichen Bedürfnisse aus:¹¹⁵

„Nature hath made man so equal in their faculties of body and mind... And therefore if any two man desire the same thing, which nevertheless they cannot both enjoy, they become enemies and the result being that men endeavour to destroy or subdue one another.“

Den bisherigen vorrangig normativen Erwägungen ist also nunmehr ein zweiter eher empirisch ausgerichteter Gedankenstrang zur Seite zu stellen. Warum, so ist zu fragen, erweisen Konflikte sich selbst zwischen konkurrierenden kollektiven Personen, wie zwischen Staaten, als hoch emotional aufgeladen? Zu vermuten ist, dass und zu überlegen ist, inwieweit die personale „Identität“, ihr Einsatz und ihre Beschädigung von erheblicher Bedeutung sind. Mit dem Wort vom Konflikt ist dabei ein Teilbereich der Rechtssoziologie¹¹⁶ eröffnet, mit den Emotionen derjenige der Rechtspsychologie und über sie der der Evolutionsbiologie. Tritt

¹¹⁵ Hobbes, *Leviathan*, 1962, 94 f. Siehe auch: Mensch, *Violence*, 2008, 285 ff., 288 („Hobbes traces the origin of violence among men to their natural Equality). Zudem etwa: Rawls, *Theorie*, 1993, 511; Verbunden mit der Idee der Gnade: Nussbaum, *Equity*, 1999, 157 f.

¹¹⁶ Dazu etwa: Wesche, *Gegenseitigkeit*, 2001, 43 („Konfliktnormen sind hinreichend anerkannte sowie sanktionierte Bewertungen ggf. typisierte Sachverhalte zum Zwecke des Abgleichs konfligierender normativer Erwartungen.“).

die Vernunft hinzu, dann ist die Rechtsphilosophie gefragt. Alle vier Sichtweisen steuern etwas zum Verständnis bei. Aus der Sicht der Fachwissenschaften könnte man sie der „Rechtsanthropologie“ zuordnen.

2. Menschliche, aber dennoch scheinbar „blinde Gefühle“ regieren in diesen Streitlagen. Die zunächst verwirrende Frage nach der „streitökonomischen Vernunft der blinden Gefühle“ drängt sich zumindest dann auf, wenn man das Rechtsgefühl für den akuten Einzelfall einerseits als plötzliche Aufwallung erlebt, aber andererseits als im Kern vernünftig, weil „gerecht“ begreift.

So gehört auch das Rechts- oder Gerechtigkeitsgefühl in diesen Bereich der „blinden Emotionen“, die zur „wütenden“ Drohung mit sofortiger Selbstjustiz¹¹⁷, zur öffentlichen Bloßstellung oder wenigstens zu einer Strafanzeige führen. Deshalb muss der Rechtsstaat offenbar regieren, um den Druck der überschäumenden Emotionen abzuleiten. Er muss gleichsam als „Ersatz“ für die Versöhnung ein rechtsförmiges Verfahren gesetzlich vorhalten, es notfalls auch einleiten und in schweren Streitfällen öffentlich und vor einem neutralen Gericht¹¹⁸ verhandeln. Den Einstieg

¹¹⁷ Vgl.: Streng, Sanktionen, 2012, Rn. 24 f.; Hauptmann, Psychologie, 1993, 56; Schott, Strafraumen, 2004, 106; Jung, Strafe, JZ 2004, 1155 ff., 1175; Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff. Müller-Dietz, Mord, 1997, 95 schreibt: eine funktionierende Strafjustiz erreiche, auch unter dem Aspekt einer angemessenen Ahndung von Straftaten, „ein erhebliches Maß an kollektiver wie auch individueller Verdrängung und Sublimierung der primitiven Triebe, die sich sonst in Form privater Rache am Täter durchsetzen würden“. Dabei deutet er aber auch auf die Kehrseite des positiven Aspekts der Generalprävention.

¹¹⁸ Zu Idee und Gebot der Neutralität des Gerichts, unter anderem zum Gedanken des „Dritten“ und der „sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit“ sowie der Ableitung aus dem „Rechtsstaatsprinzip“ siehe aus der Sicht des deutschen Bundesverfassungsgericht das Absprache-Urteil, zugleich mit zahlreichen Selbstzitat: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 62 (Hervorhebungen nicht im Original): „Das Grundgesetz gewährleistet den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens, vor einem unabhängigen und unparteilichen Richter zu stehen, der die Gewähr für *Neutralität und Distanz* gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und dem Verfahrensgegenstand bietet (vgl. BVerfGE 4, 412 <416>; 21, 139 <145 f.>; 23, 321 <325>; 82, 286 <298>; 89, 28

in die zivilisierte staatliche Strafverfolgung bietet die häufig von einem kräftigen Un-Gerechtigkeitsimpuls getragene Strafanzeige.

Aus der Sicht eines Rechtsinhabers erscheinen dabei jedenfalls das eigene Recht und seine Durchsetzung sogar in der Regel mit Emotionen aufgeladen zu sein. Dieser Umstand beruht darauf, dass die Menschen und auch Menschengemeinschaften ihre Identität oder ihr Selbstverständnis an die Rechtspersönlichkeit knüpfen. Sie definieren sich über „das Eigene“, insbesondere über ihr Eigentum oder allgemein über ihre Handlungsfreiheit.¹¹⁹ Bestimmte eingeräumte Rechte nicht ausüben zu können oder unrechtmäßige Einschränkungen hinnehmen zu müssen, heißt vermutlich auch deshalb sogar Rechts- „Verletzung“, als wäre der Körper eines Menschen schmerzhaft beeinträchtigt. So bedient sich das angloamerikanische Recht auch des „harm principles“¹²⁰ und spricht vom Schadensersatzrecht als dem „tort law“.

<36>). Neben der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit des Richters (Art. 97 Abs.1 und 2 GG) ist es wesentliches Kennzeichen der Rechtsprechung im Sinne des Grundgesetzes, dass die richterliche Tätigkeit von einem „*nicht beteiligten Dritten*“ ausgeübt wird (vgl. BVerfGE 3, 377 <381>; 4, 331 <346>; 21, 139 <145>; 27, 312 <322>; 48, 300 <316>; 87, 68 <85>; 103, 111 <140>). Diese Vorstellung von neutraler Amtsführung ist mit den Begriffen „Richter“ und „Gericht“ untrennbar verknüpft (vgl. BVerfGE 4, 331 <346>; 60, 175 <214>; 103, 111 <140>). Die richterliche Tätigkeit erfordert daher *unbedingte Neutralität* gegenüber den Verfahrensbeteiligten (BVerfGE 21, 139 <146>; 103, 111 <140>). ... Dieses Verlangen nach Unvoreingenommenheit und Neutralität des Richters ist zugleich ein Gebot der *Rechtsstaatlichkeit* (vgl. BVerfGE 3, 377 <381>; 37, 57 <65>).“

¹¹⁹ Siehe auch: Rheinstein, Einführung, 1987, 30: mit erstaunlicher Regelmäßigkeit befänden sich Kategorien, wie dingliches und obligatorisches Recht, Vertrag, Eigentum und Haftung in den unterschiedlichsten Rechtssystemen, sodass sie vielleicht dem Recht selbst immanent seien und sich aus ihnen eine „Morphologie des Rechts“ entwickeln ließe. Zustimmend und zugleich auch zur Europäisierung und dem *ius commune* bis zum Anfang des 18. Jahrhundert in Europa: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 6 f. Zur europäischen Bedeutung des *jus commune* als Grundlage für die europäische Rechtseinheit: Zimmermann, *ius commune*, JZ 1992, 8 ff.

¹²⁰ Als Argument für einen pragmatischen, weil nur negativen Utilitarismus, der auf die bloße Schadensvermeidung abstellt, schon Mill, Liberty, 1988, 9: „*That the only purpose for which power can be*

In der Wirtschaft und zwischen Staaten, also bei mächtigen „juristischen Personen“ wird vielfach sogar der umgekehrte Weg gewählt. Insbesondere potente Personen vertreten gern auch schwächere oder angemäÙte Rechtspositionen, indem sie das Gesamtgewicht ihrer personalen „Identität“ daran binden. Die Bestreitung eines Rechts, welches der Betroffene derart mit seinem „Selbst“, seinem „Ego“, seinem „Ich“ verknüpft hat, bedeutet in dieser Logik den Angriff auf seine gesamte Person. Bei sogenannten höchstpersönlichen Rechten wie Leben, Leib, Ehre erscheint die Verletzung offenkundig. Aber schon bei der Freiheit erweitert sich dieser Nahraum zu einer Art von Tabuzone, sei es als Fortbewegungs- oder als allgemeine Handlungsfreiheit, als besondere Versammlungs-, Meinungs- und Religionsfreiheit oder gar als „informationelle Selbstbestimmung“, also dem Recht, Herr über die persönlichen Informationen zu sein. Das Eindringen in diese Privatsphäre bringt den Betroffenen aus seiner Sicht in eine Notlage. Diese zum Teil bekanntlich nur vorgebliche Notlage bewirkt scheinbar unausweichlich eine „Notwendigkeit“, wörtlich muss die Not also gewendet werden, und zwar zur „kriegerischen Selbstverteidigung“. Je übermächtiger ein Akteur ist, desto leichter fällt ihm die Gegenaggression und desto eher wird er eine solche Notlage fingieren.

In jedem Fall, gleich ob wirkliche, fingierte oder auch nur subjektiv empfundene Rechtsverletzungen vorliegen, neigt der betroffene Mensch dazu, seine gesamte Identität mit in die Waagschale zu werfen, um sein „Selbst“ zu verteidigen. So wird und kann er zumindest mit einem Rechtsstreit bis hin zur letzten Instanz drohen. Auch die informelle Form des öffentlichen oder sonstigen sozialen Gruppen-Mobbings¹²¹ gehören zum Arsenal

rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others.“ Mill fügt dann an: „His own good, either physical or moral, is not sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because only part of the conduct of anyone, for which he is amenable to the society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign “. Siehe auch: Montenbruck, *Western Anthropology*, 2010, 14, Rn. 24.

¹²¹ Zum Cyber-Bullying, siehe im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Schutz des Rechts am eigenen Bild, siehe Leffler, *Schutz*,

dieser Art der Selbstverteidigung. Dabei bleibt zugleich das Phänomen auf der Täterseite zu bedenken, dass frühere Gewaltopfer sich auch ohne konkreten Bezug gegenüber anderen, meist schwächeren Menschen „rächen“, um darin ihr Selbstbewusstsein zu finden. Sie „neutralisieren“ auf diese Weise auch grausame Aggressionen.¹²²

3. Die Lage des drohenden Gesichtsverlustes wird zwar gerade von übermächtigen Personen gern bewusst herbeigeführt, um ein Entgegenkommen zu erzielen, aber auf den zweiten Blick handeln sie dann auch, um ihre Übermacht selbst aufrecht zu erhalten. Mächtige Akteure, einzelne Clanführer in Bürgerkriegen ebenso wie marktbeherrschende Unternehmen in einer globalen Wirtschaftswelt oder auch die absolutistischen Herren erweisen sich insofern als Sklaven ihrer Machtrollen und mithin auch ihrer darauf ausgerichteten Identität. Die meisten der mächtigen Spieler wissen zwar um das nur halbfreie Spiel mit dem Gesichtsverlust, aber sie können sich dieser Lage nicht entziehen.

Innerhalb eines ausgereiften politischen Systems von „Machtspielen“ kann sogar der nachlässige oder gutmütige Verzicht darauf, bestimmte Positionen mit der eigenen Persönlichkeit zu verknüpfen, Missverständnisse und Kriegsgefahren heraufbeschwören. Deshalb muss jeder mächtige Akteur bereit sein, öffentlich sein ganzes Gewicht für eine Rechtsposition in die Waagschale zu werfen, weil ein Zögern als Desinteresse oder Toleranz ausgelegt werden kann. Diese Art des politischen Denkens entspricht aus rechtlicher Sicht in etwa dem „archaischen“ Naturrecht, das vom Bild des Freien in einer vorstaatlichen Gesellschaft ausgeht. Die demokratischen Friedensgesellschaften verstellen für die Demokraten, die in ihnen leben, vermutlich den Blick auf die „archaische“ Grundnatur des Menschen. Hoch vereinfacht wird der Krieg, sei es ein privater oder der eines Stammes, westlich zivilisiert. Damit eröffnet sich zugleich der Raum für die Kooperation der Bürger. Das heißt aber, dass die vorstaatlichen Grund-

2012, 107 ff. („Begriff, Erscheinungsformen, Kategorisierung“, u.a. 107: Ausgangspunkt „Mobbing“, und 122 („offenen Androhung von Gewalt- Cyberthreats“).

¹²² Zur Verbindung von Dehumanisierung und Neutralisierungstechniken siehe aus der Sicht des Verfassers: „Montenbruck, *Western Anthropology*, 2010“, Rn. 133 ff.

eigenschaften, die kriegerischen, die ökonomischen und auch die machtpolitischen, weiterhin das Menschsein bestimmen. Sie werden lediglich zivilisiert. Aber die Verfassungen und die Strafgesetze belegen, mit welchen existenziellen Bedrohungen die westlichen Bürger weiterhin zu rechnen haben, vereinfacht mit der kollektiven Tyrannei einer Machtelite und den privaten Gewaltdelikten der Nächsten und Nachbarn.

4. Der Status einer bürgerlichen Rechtsperson ist am besten über das Eigentum zu verstehen. Insofern begreift sich der Inhaber dieses Rechtes als ein „absoluter Herr“. Bis auf die Sozialpflichtigkeit und die Grenze der Sittenwidrigkeit besitzt der Eigentümer über die Sache, die mit seiner (subjektiven) Herrschaft im Übrigen zugleich verobjektiviert wird, ein „Machtmonopol“. An dieser Stelle ist anzusetzen: Es ist zu versuchen, einen Vergleich zu den Nationalstaaten und deren absolutem Status zu ziehen. So könnte man, meint etwa *Bolle*¹²³ in einer rechtsethischen Abhandlung, auf der Ebene der „souveränen“¹²⁴ Staaten auch den Ausbruch von Kriegen wie folgt erklären. Argentinien etwa habe den Falklandkrieg in der Annahme begonnen, Großbritannien werde auf diese fernen Inseln im Streitfalle verzichten. Insofern hätte England zuvor nicht überzeugend genug mit dem Einsatz der Streitkräfte gedroht und nicht rechtzeitig den Nationalstolz mobilisiert. Auch dem Einfall des Iraks nach Kuwait, so ist anzufügen, hat möglicherweise eine falsche Kommunikation oder das Missverständnis zugrunde gelegen, die Schutzmacht USA würde mutmaßlich auf einen Gegenangriff verzichten. Wer seine nationale Identität nicht fest mit seinen Interessen verbindet, muss damit rechnen, dass andere dann auf einen Verzicht vertrauen, wenn es sich objektiv betrachtet nicht um existentielle Interessen handelt.

¹²³ Bolle, *Emotionen*, 1995, 155 ff. m.w.N. Überdies: Weiler, *Love*, 1991, 197 ff.

¹²⁴ Zur Entstehung und Entwicklung des Begriffs der Souveränität in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806: Quaritsch, *Souveränität*, 1986, zu Bodin, 39 ff., zur deutschen „Landeshoheit“ im 18. Jahrhundert, 79 ff.; zum gegenwärtigen Verständnis von „Staatsgewalt und Souveränität“: Randelzhofer, *Staatsgewalt*, HdStR II 2004, § 17, Rn. 16.

Bolle fügt einsichtig an, auch ökonomische Monopolisten würden ständig ihre Übermacht dadurch signalisieren, dass sie erklären, notfalls „mit allen Mitteln und höchstem Aufwand“ ihre Machtstellung behaupten zu wollen. Dazu sind sie dann etwa bereit, ein überlanges kriegsähnliches Rechtsverfahren mit hohen Kosten durchzuhalten, obwohl sie in der konkreten Sache selbst mit einem friedlichen Vergleich weit besser dastünden. So habe auch England nachträglich den Preis des überteuerten Krieges um ferne Inseln unter anderem mit Soldatenleben bezahlen müssen. Dasselbe gilt auch für die USA im Hinblick auf den Irakkrieg.

Hinzu tritt ein weiterer Umstand. Ohne zumindest gelegentlich seine Kriegsmacht zu zeigen, würde man mit dem Gegenschlag auch nicht mehr überzeugend drohen können. Deshalb müssen und werden die angeblichen Verteidigungskriege nicht immer wirklich gerecht sein. Insofern verwischen sich die Grundstrukturen auf der Ebene der Staaten und der Kriege zwischen ihnen. Aber die Drohung, das eigene Recht mit aller Macht deshalb zu verteidigen, weil man seine gesamte Identität als kollektive Rechtsperson damit verknüpft, erweist sich zumindest als wichtiger emotionaler Aspekt. Der verletzte Nationalstolz vermag dann das Volk zu mobilisieren und zu hohen Opfern anzuhalten. Dabei zeigt das Wort vom „Verfassungspatriotismus“¹²⁵, an welche Art der (vernünftigen) politischen Identität die westlichen Verfassungsstaaten ihr kollektives Selbstbewusstsein zu binden und damit dann auch die „nationale“ Seite des Volksstolzes aufzuladen vermögen.

Jeder Staat, der seine Existenz nach innen auf das Gewaltmonopol gründet, geht ferner ähnlich vor. So will und muss der Inhaber dieses Monopols über das Eigene diese Übermacht nach innen, und damit im Falle der Demokratie ihr gutes Recht als Rechtsordnung gelegentlich mit aller Kraft und ohne Rücksicht

¹²⁵ Aus der Sicht der Politologie: Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, 1990, 26, 30; aus der Sicht der Philosophie: Habermas, *Grundlagen*, 2009, 106 ff.; aus der Sicht des Staatsrechts: Böckenförde, *Entstehung*, 1992, 92 ff., 112; aufgegriffen von der Bundesjustizministerin: Leutheusser-Schnarrenberger, *Leitkultur*, 2008. Zusammenfassend auch: Kronenberg, *Verfassungspatriotismus*, 2009. Zudem: Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, 490 ff (11. Kap V).

auf die konkreten Kosten auf diese Weise verteidigen. So stehen die Kosten der Strafverfolgung in weiten Bereichen der leichten und mittleren Kriminalität in keinem Verhältnis zum konkreten Schaden. Bei den meisten Vermögensdelikten wäre es vermutlich weit kostengünstiger, dem Opfer den Schaden aus den Solidarkassen zu begleichen. Aber dann würde der Staat seine Identität als demokratischer Rechtsstaat verlieren. Nach dem Ansatz des Gesichtsverlustes muss der Staat überdies ohnehin gelegentlich seine Gewaltmittel auch tatsächlich und nicht nur als Drohung einsetzen. Auf diese Weise bedient er sich dann öffentlichen und symbolischen Akten, die der Wiederherstellung des hoheitlichen Rechts dienen. In den „Demokratien“, in denen der Staat als erster Diener des Volkes auftritt, muss er analog dazu das „Rechtsempfinden der Demokraten“ bedienen. Dem einzelnen Menschen, der sich als Herr über sein Recht und als Rechtsperson versteht, geht es im Kern ebenso. Das Rechtssubjekt Mensch tritt historisch betrachtet als sein eigener „Familienvater“, sein eigener Clan Chef oder auch als sein eigener Unternehmer auf. Auf das Seine hat er ein Monopol, und mit seinem Recht verbindet ein „Rechtssubjekt“ große Teile seiner personalen Identität und seines Selbstbewusstseins.

Beides, Stolz und Gerechtigkeits-Gefühle werden nach diesem Ansatz als Drohpotential in den Interaktionen zwischen Freien und Herren so eingesetzt, dass Streit in vielen Fällen von vorn herein vermieden wird. Unkontrollierte und vor allem als übermäßig empfundene Reaktionen lösen sonst eine Gewaltspirale aus. An deren Ende steht unter selbstständigen Clans die Blutrache, die im Übrigen wechselseitige Kriegerkulturen und Tötungsriten ausprägt und auch am Leben erhält. Schon mit dem Naturrecht galt es als edle Aufgabe der neuen Staaten, diese „wilde, natürliche“ Kultur zu zähmen. Dazu müssen sie aber das Wilde mit etwas Ähnlichem, aber hoheitlich Kontrolliertem zivilisieren, um damit zugleich auch die starken Familienverbände und die sonstigen Schutzgemeinschaften entscheiden zu schwächen. Mit der Drohung, notfalls das übermächtige staatliche Gewaltmonopol einzusetzen, ist dann auch jedes (wesentliche) staatliche Gesetz versehen und das Strafrecht noch einmal im Besonderen.

Gelegentlich ist dann aber doch der für sich betrachtet unverhältnismäßig hohe Preis des existenziellen Konfliktes, des Krieges oder des unerbittlichen Rechtstreites, zu entrichten. Dass dann aber die Streitparteien, die typischerweise mit einer Rechts-

position ihre Identität als „Rechtsperson“ verbunden haben, im Falle des Ausbruchs des Konflikts nicht vom Streit lassen können, liegt in der Binnenlogik dieses emotionalen Ansatzes. Sie sind dann bereit, ihre gesamte Existenz aufs Spiel zu setzen. Fehlt es an einer staatlichen Übermacht, die mit einem realen Gewaltmonopol ausgestattet ist, das sich zudem am besten noch auf einer geistigen Macht wie der Verfassung gründet, dann kann nur noch ein Vermittler helfen. Er tritt am besten mit der Autorität eines Ersten unter Gleichen (den Peers), *primus inter pares*, auf. Der Mediator weiß dann möglichst auch die politische „Vernunft“ und das Ansehen, das dieser unter allen Dritten genießt, die zudem selbst den Frieden wollen, auf seiner Seite. Dieses Systems der Vermittlung kann sich dann auch die Zivilgesellschaft bedienen und damit den Einfluss des Staates zurückdrängen. Auch kann der demokratische Staat selbst darauf verweisen und auf diese Weise die Freiheit seiner Bürger stärken.

5. Die genetisch mitgebrachten menschlichen Gefühle, die der Mensch vermutlich doch nicht völlig abgelegt und etwa durch die reine Vernunft ersetzt hat, könnten sogar aus evolutionsbiologischer Sicht denselben wichtigen Zweck erfüllen. Die scheinbar „blinde Selbstbindung“, die mit den menschlichen Gefühlen von Wut, Zorn und Frustrationsdruck, verbunden ist, wirkt häufig „als Frieden stiftende Drohung“ mit einer Art blinder Strafsanktion. Aber gelegentlich muss der Streit offenbar doch auch ausgefochten werden, am besten auf eine rituelle, lies eine zivilisierte Art. Die Drohung mit dem ultimativen Krieg mit allen Mitteln bildete schon im Naturrecht die Grundlage für die Begründungen des Gewaltmonopols des Staates und ist also nicht neu. Neu ist nur der evolutionsbiologische Gedanke, dass auch die menschlichen Vergeltungsgefühle, die mit verletztem Stolz aufbrechen, im Kern einer *höheren* Friedensvernunft dienen können. Dann allerdings müssen diese mächtigen Emotionen, die jede Seite mit ihrer Existenz verbindet, kanalisiert und abgebaut werden. Dazu werden sie in aller Regel über die Zeitschiene gestreckt. Reflexe werden auf diese Weise durch ein vernünftiges Nach-Denken kultiviert, ein eigenes der Parteien, eines ihres Umfeldes oder durch dasjenige einer neutralen Über-Rechtsperson.

Für die Austragung eines solchen Streits eignet sich am besten ein rituelles, turnierartiges Versöhnungsverfahren mit berufsmäßigen Streitern.

Als ein solch „mächtiger“ Akteur „gilt“ in der westlichen Welt, wenngleich im Kleinen, also jeder Mensch kraft seiner Natur als Mensch und deshalb schon mit seiner Geburt.

Das klingt nach einer reinen konstitutionellen Fiktion. Die Erklärung der Menschenrechte hat zwar gewiss auch, aber nicht nur diesen kulturellen Charakter. Denn jeder Mensch, der sich bewusst zu bewegen vermag, verfügt auch tatsächlich über einen Handlungsfreiraum, also Handlungsfreiheit, auch der Sklave. Jeder Mensch vermag seinen Nachbarn zu verletzen oder zu töten, wenngleich zumeist um den hohen Preis einer entsprechenden Reaktion. Diese faktische kleine Freiheit auch des Sklaven gehört zu seinem hoch empfindlichen, weil für ihn überlebensnotwendigen „Selbst“ und begründet es auch. Selbst ein Gefangener ist ein zumindest potentieller Akteur. Und seine Bewacher begegnen seinem Potential sichtbar mit Mauern und einem Gewaltregime. Zumindest intern unter Seinesgleichen ist jeder Mensch ferner ein faktischer „Akteur“. Daran ist auf der rechtstatsächlichen Seite anzuknüpfen. Jede Aktion eines Akteurs beinhaltet vereinfacht ein Vorgehen und birgt schon deshalb in einer Gruppe von Nächsten und Nachbarn die Gefahr in sich, den Nahraum anderer zu verletzen. Das normative Recht verstärkt, erweitert und sichert diese faktische Freiheit nur. Streit ist also nicht einmal von Recht abhängig, sondern mit *Hobbes* etwas Natürliches, das sogar der realen Gleichheit der Menschen entspringt.

6. Das Zusammenwirken von persönlicher Psychologie und dem eigenen Recht erfährt der Jurist in seiner alltäglichen Praxis. Insofern könnten solche Gefühle, die mit dem allgemein anerkannten „eigenen Recht“ verbunden sind, sogar „genetische Vernunft“ im Sinne eines biologisch begründbaren „common sense“ beinhalten.¹²⁶

Das Streitauflösungsmodell der „Mediation“ widmet sich vor allem denjenigen hochschlagenden Gefühlen, die auf blinden Kampf hinzielen. Es besteht vereinfacht also darin, die verfestigten Rechtspositionen, die bereits mit der eigenen Existenz oder Identität verknüpft sind, aufzuweichen und zugleich die Kraft zur Verhandlung zu stärken, indem mit gemeinsamen Vorteilen der

¹²⁶ Siehe auch: Ridley, *Biologie*, 1999, 189 ff.

Gewaltfreiheit und irgendeiner Vereinbarung gelockt wird. Dazu wird der Kampf über ein Verfahren nicht vermieden, sondern rituell in einem selbst ausgehandelten „fairen Verfahren“ selbst durchgeführt.

Mit einem mittelalterlichen Bild haben die Parteien sich auf einem befestigten Hügel oder einer ganzen Stadtburg (Polis) eingemauert und sind bereit, ihre Schutztruppen zum Kampf auf der offenen Ebene auszuschicken, um den Streit durch Söldner mit Waffen und notfalls blutig bis zum Ende auszufechten. Zivilisiert gewendet droht ein jahrlanger harter Rechtsstreit, den professionelle Kriegeranwälte führen und an dessen Ende eine gewaltsame, staatliche gestützte Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils steht.

Dabei kann und wird sich der Mediator der rituellen Symbolik des Hahnenkampfes im Verhandlungs-Verfahren bedienen und helfen, die Emotionen langsam abzubauen. Insofern gewinnt das Verfahren als solches schon eine eigenständige, friedensstiftende Bedeutung. An ihm als Partei öffentlich mit rituellem Pomp teilzunehmen, kann dann sogar zusätzliches Gewicht auf dem sozialen „Markt“ der Konkurrenten mit sich bringen. Der persönliche Gnadenerweis der einen Seite kann, solange er angemessen zelebriert und vom Mediator vermittelt und anerkennend geschätzt wird, dann auch schon das eigene Ego stärken.

Rückblickend ist damit vor allem versucht, die Verbindung zwischen zwei grundverschiedenen Kategorien aufzuzeigen und jedenfalls aus anthropologischer Sicht die „Vernunft der Gefühle“ zu belegen. Versöhnung verlangt dann im ersten Schritt, mit diesem an sich sinnvollen Gefühl des verletzten Stolzes des jeweils anderen Akteurs angemessen umzugehen und einander wieder „Achtung“ zu erweisen.

3. Evolutionäre Rechtsbildung, Vernunft nicht tödlicher Wettbewerbskämpfe und das Kindchenschema

1. Die „Grundnormen“ der Evolution sind bereits mit ihrem Begriff verbunden und lassen sich mit den Begriffen der soziobiologisch ansetzenden Systemtheorie kurz folgendermaßen umreißen: Evolution beinhaltet die ständige Selbstveränderung mit der

Ausrichtung auf erhöhte Komplexität und Vielfalt des gesamten Natursystems.

Dialektisch gedeutet agiert die Natur dabei im Spannungsfeld zwischen dem statischen Bedürfnis nach totaler „*Selbsterhaltung*“ und der ständigen *Selbstvernichtung* des Alten, und zwar mit der Ausrichtung entweder auf eine immer wieder neue und insofern dynamische *Synthese* oder auf den *Zerfall* in physikalische Grundstoffe.

Ob die Natur oder auch die Evolution eine eigene „Vernunft“ besitzt, bleibt dabei offen, denn dazu müsste sie sich über sich selbst metaphysisch erheben, was sie aber mit dem Naturwesen Mensch vielleicht sogar vermag und betreibt.

„Existenz, Mutation und Selektion“ von Systemen bilden jedenfalls vereinfacht den Dreisprung. Dabei ist davon auszugehen, dass *jedes Subsystem der Natur* von diesen drei Prinzipien zumindest mitbeherrscht wird. Mit einem religiösen Begriff gedeutet besteht dann also eine Art von Ebenbildlichkeit auch des Naturwesens Mensch mit dem Prinzip der Evolution.

Genetische Vorprogramme bilden *genetische Normen zum Selbsterhalt*, die sich durch das genetische Lernen aus Erfahrungen über Mutationen und Selektion entwickeln und dann in ein neues „Selbst“, das grundsätzlich zu erhalten ist, einmünden.

Mit *analogen* moralischen Kategorien beschrieben beinhalten Mutationen genetische „*Freiheiten*“ und Selektion meint eine reaktive „*Entscheidung*“ über eine eventuelle „Assimilation und Integration“. Letztere erfolgt dabei nach dem Grundsatz von „Gut oder Böse“ oder „nützlich“ und „gefährlich“, für wen und welches Subsystem auch immer. Rechtlich gewendet verfügt die Natur über eine genetische Art von *Existenz-, von Freiheits- und Gleichheitsrechten*¹²⁷, von *Entscheidungs- und Selbstentfaltung-rechten*.¹²⁸

¹²⁷ Zur Trennung von beiden Rechtsarten, und der Bedeutung der Gleichheitsrechte als Ausdruck von „egalitärer Staatsbürgerschaft“, die die Evolutionsbiologie als eine Art von „Schwarmvernunft“ ein-

Der evolutionäre Grundsatz lautet: Das Prinzip von *organisierenden Verhaltensnormen*, von denen aber auch im Sinne der Fortentwicklung über Versuch und Irrtum *abgewichen* werden können muss, steckt bereits in der Idee der Evolution und ihrem Grundansatz von der Selbstorganisation.

Der frei und autonom gedachte Mensch ist als Subjekt zu verstehen und damit von der dann objektiv gedachten Natur zu trennen. Er betrachtet sie somit von außen. In ihr findet er (als Gattung-, als Gesellschafts- oder als autonomes Einzelwesen) mit der *Evolution* eine ganzheitliche *Strategie der Selbstentfaltung* vor. Diese Strategie kann er für sich als „vernünftig“ betrachten und sie als ein Angebot übernehmen. Da er ohnehin offenbar mit dem Recht als solchem und insbesondere mit den allgemeinen Menschenrechten und den nationalen Grundrechten *analog* zu diesem Naturmodell verfährt, findet er für deren Vernunft eine weitere *natürliche Rechtfertigung*.

Notwendig ist es, sich auf eine bestimmte Art von (*Sub-*) *System* festzulegen. Denn was für menschliche Gesellschaften (lies Völker) gerade noch als ein ritueller Kampf und Wettbewerb von Zivilisationen erscheinen mag, bedeutet für viele einzelne Mitglieder (lies Menschen) den Tod durch einen Krieg.

ordnen würde (sowie als Diskriminierungsverbot), siehe etwa Sodan, Grundgesetz, 2015, Vorb: Art. 1, Rn 7.

128

Siehe zum gemeinsamen Trennenden von „Entfaltung“ und „Entwicklung“ im Rahmen des Freiheitsrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 GG: Kunig, in: Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012, , Art. 2, Rn 11 („Entfaltung lässt den gestaltenden, bewusst handelnden Menschen assoziieren; Entwicklung bezieht sich eher auf ein hingenommenes, ohne eigenes Interesse erfolgendes Geschehen, auf einwirkende Vorgänge“). Sieht man nun das Interesse im Ziel des „survival of the fittest“, dann fehlt aus der idealistischen Sicht nur, aber immerhin auch noch, das Bewusstsein und das Überdenken des eigenen Handelns. Aber faktisch „entwickeln“ die Menschen ihr „Selbst“ zumindest ebenso sehr passiv und kraft der Einwirkung ihrer sozialen und natürlichen Umwelt auf sie. Deshalb handelt es sich bei der freien Selbstentfaltung um den noch selbst bestimmbar Rest an Freiheit und um dasjenige, was im angloamerikanischen Kulturkreis die Suche nach dem Glück (pursuit of happiness) heißt.

Dazu ist grob dem Modell des *egoistischen* Gens und der Verwandten- (Kin-) Selektion folgen.¹²⁹ Allerdings trennt es nicht ganz scharf zwischen dem Einzelnen als dem aktiven Genträger und der Kleinfamilie. Es agieren aber die einzelnen Menschen; die alte *kollektivistische* Idee von der Arterhaltung erscheint jedenfalls als überholt.

2. Aus beidem, der *allgemeinen* Idee der Evolution und der *egoistischen* Genselektion, ergibt sich ebenfalls der Zwang, eine genetische Art von *Streitkultur* als *Synthese* anzubieten. Das Angebot der moderaten Streitkultur beinhaltet danach eine evolutionär grundsätzlich erfolgreiche Strategie und umfasst eine bestimmte Verhaltensvernunft, die allerdings immer auch versuchen muss, für Veränderungen kraft *Wettbewerbs* offen zu sein.

Dazu zählt die scheinbar gnadenartige Tötungshemmung, die sich etwa bei Wettbewerbs-Kämpfen um das *Paarungsrecht* (als Schaukampf) oder um die Achtung von *Territorien* (Vertreibungskampf) zeigt.

Dabei erkennt der Verlierer eines Wettbewerbskampfes dem Sieger „Rechte auf Zeit“ zu. Mit zusätzlichen Demutsgesten wendet er zur Flucht und hält *Abstand*. Der Sieger *verzichtet* seinerseits, also im Sinne eines Gebens und Nehmens (tit for tat), auf die Verfolgung und das *Töten* des Konkurrenten, obwohl dieser ihn demnächst wieder herausfordern kann. Der Kampf findet somit rituell statt. So vermeiden selbst Raubtiere tödliche Angriffe und zielen auf Vertreibung. Der *genetische* Grund dafür ist erst auf den zweiten Blick erkennbar. Eine enthemmte Mörder-Mutation würde Nachkommen erzeugen, die sich spätestens dann, wenn sie in einer Population die Mehrheit erlangt hätten, gegenseitig vernichten würde.

Weiterhin aus dieser soziobiologischen Sicht betrachtet spricht vieles dafür, dass der genetische Impuls zur Auslösung einer solchen Tötungshemmung auch noch in der Psyche des Menschen angelegt ist. Denn rituelles Verhalten ist bereits genetisch im

¹²⁹ Zum „Selfish Gen“, siehe: Hamilton, evolution, 1964, 1 ff., 1 ff. und aus sozialpsychologischer Sicht: Archer, Sozialpsychologie, 1996; Trivers, Evolution, 1971, 35 ff., 35 ff.

primitiven Bereich des *Ur-Gehirns* verankert¹³⁰, den wir Menschen aus evolutionärer Geschichte zumindest mit den also ebenfalls über dieses Verhaltensprogramm verfügenden *Reptilien* teilen.

3. Nur sind höhere Tiere, insbesondere die Säugetiere und vor allem der Mensch, in relativ hohem Maße von genetischen Programmen *befreit*. Der Mensch kann stattdessen vor allem bunte Arten von sozialen (nationalen) Normen entwickeln.¹³¹ Er kann sich innerhalb oder außerhalb der Gesellschaft an seine *eigenen* Regeln oder solche seiner *privaten* Netzwerke halten oder von diesen, mit guten Gründen oder ohne solche, abweichen.¹³²

Er ist also fähig zum Guten. Aus moralischen Gründen muss sein Verhalten dann im Sinne der Menschenrechte „gut“ sein für die „Menschheit in jedem Menschen“ (*Kant*). Aus utilitaristischer Sicht geht es um das größtmögliche Wohl möglichst vieler einer bestimmten (nationalen) Gesellschaft von Menschen. Aus egoistischer Sicht bestimmt das eigene Wohl das Gute oder das Wohl der eigenen Nächsten.

¹³⁰ Ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, Kap, 12 IV („Biophilosophie 2: Zivilisierungsprogramme im „Ur“-Gehirn“ schon beiden den Reptilien, „Nächstenliebe im Zwischenhirn...“ der Säugetiere, die sich auch schon als Individuen erkennen).

¹³¹ Tomasello, *Cooperate*, 2009, Einleitung IX: Tomasello vergleicht die frühen Fähigkeiten von Affen und Menschenkindern: *“The second feature of human culture that marks it as clearly unique is the creation of social institutions ...”* Anzufügen ist, zum Ersatz dafür, dass die Menschen anders als alle anderen Primaten eben nicht genetisch an bestimmte kleinere Gruppen und an feste soziale Rollenbilder gebunden sind. Siehe auch noch einmal Einleitung XVI: *“to an unprecedented degree, homo sapiens are adapted for acting and thinking cooperatively in cultural groups” “... no other primates collectively create and enforce group norm of conformity”*.

¹³² Zum soziobiologischen Ansatz bezogen auf die Strafe siehe Fabricius, *Kriminalwissenschaften I*, 2011, 22, zu „komplexen Systemen“ siehe zudem S. 23 f., zum Sprachgebrauch des „Programmes“ und dem Bezug zu „neuronalen Netzwerken“ siehe S. 24 f. Allerdings geht *Fabricius* ohnehin von einem deterministischen (empiristischen) Grundansatz aus, S. 32 ff., der für ihn jedoch für philosophische Deutungen der Erfahrungen offen zu sein scheint (S. 34).

Wir Menschen sind schon dann von genetischen Programmen, und zwar je nach Sichtweise mehr oder weniger, *befreit*, wenn und weil wir sie wie andere Beweggründe mehr oder weniger „beherrschen“ oder durch die Macht anderer Beweggründe aushebeln können. Naturalisten dürften mit diesem Ansatz ohnehin keine Mühe haben.

Aber selbst wer den Menschen als völlig rational begreift und ihn dabei zudem wie die *utilitaristischen Ökonomen* deutet und also das humane Verhalten gern mit den Modellen der *politischen Spieltheorie* angeht, der sollte sich zunächst bewusst sein, dass er sich mit dem Utilitarismus ohnehin auf das amoralische Grundprinzip der Genetik, das „survival of the fittest“ einlässt und deshalb zu *analogen* Ergebnissen kommen muss.

Danach gilt dann erneut, und zwar auf rein rationale Art, das Prinzip der „Vernunft der Gefühle“. Denn diese Strategien, hier die *Tötungshemmung beim Wettkampfkampf* von „Gleichen und Nächsten“, haben sich bei unseren tierischen Vorfahren als evolutionär recht erfolgreich erwiesen. So können wir dieses Verhalten, falls wir nicht ohnehin noch gewisse Neigungen und Impulse dieser Art in uns spüren, doch auch ganz *frei* für „vernünftig“ erachten. Wir können diese Vernunftgebote dann (persönlich oder auch als Gemeinschaft) in Recht umsetzen und deren Vorgaben auch tatsächlich „in der Regel“ befolgen.¹³³

4. Zu vermuten ist allerdings, dass auch der Mensch noch einen Rest dieser alten genetischen Vorgaben als *moralische Neigungen* in sich trägt. Allerdings reicht diese mutmaßlich *genetische* Grundanlage allein offenbar nicht aus. Hinzu treten ein *soziales* und ein *persönliches* Element. So *lernen* zumindest alle Säugetiere bereits als *Kinder*, wie, wann und wo sie am besten ihr Glück im Sinne von Vorteilen suchen und Gefahren meiden. Dazu füh-

¹³³ Siehe zur Deutung des Rechts die Evolutionsbiologin Gruter, *Rechtsverhalten*, 1993, 2 Sie sieht zunächst das Recht als eigenes System und meint: „*Im Laufe der Zeit hat das Recht ein „Eigenleben“ entwickelt und wächst wie ein lebendiger Organismus...*“. Sie fügt dann an, (das Recht sei ein lebendiger Organismus), „*der auf ideologische und religiöse Glaubenssysteme und rationale Überlegungen reagiert, die aus verschiedenen Gehirnteilen stammen*“; aufgegriffen auch von Fabricius, *Kriminalwissenschaften II/III*, 2011, 99.

len sie, genetisch vorgeben, „Lust und Leid“ und mit der „Erwartung von beiden, *steuern* sie ihr Verhalten persönlich und situativ. Dabei können sie auch, aus welchen Gründen auch immer, auf bestimmten Lustgewinn verzichten und sogar Angst und Leid inkaufnehmen.

Anzunehmen ist dabei auch, dass Menschen, bevor sie denn überhaupt frei für sich verantwortlich sein können, wie die subhumanen Säugetiere bestimmte Verhaltensweisen als *Kinderspielerisch* erlernen. Außerdem werden sie als Erwachsene in Kämpfen auf gefährliche Bisse verzichten¹³⁴, weil sie bereits aus Erfahrung um die Gewaltspirale wissen und vermutlich damit rechnen, dass sie beim Gegner gefährlichere Bisse provozieren und sich mit ihm gleichsam in einen Überlebenskampf begeben würden.

5. Damit werden eine zweite und eine dritte Schiene deutlich, auf der die Natur zunächst auf der kindlichen Lernebene und mithilfe von individuellen Erfahrungen ihre *allgemeinen Vernunftregeln* durchsetzt und zugleich auch den Weg für individuell *abweichendes* Verhalten erlaubt. Aber die Grundanlage für das kindliche Lernen und für den Erwerb von persönlichen Erfahrungen ist von genetischer Art. Es handelt sich um die „Vernunft des Lernens aus persönlicher Erfahrung“, die zugleich zu einer „persönlichen Verinnerlichung“ und zu „automatisierten“ Verhaltensweisen führt. Hierbei geht es also nicht um ein bestimmtes Verhalten, sondern um die „Vernunft des Reagierens“ auf und die „Assimilierung an die Umwelt“.

Auch gegen diese Naturregeln kann sich der freigedachte Mensch entweder trotzig stellen oder sich souverän und moralisch zu ihnen bekennen. Aus rationaler und ökonomistischer Sicht wird er diese so erfolgreiche evolutionäre Vernunft „als

¹³⁴ Siehe auch den Verhaltens- und Wolfsforscher Erik Zimen: *Der Wolf. Verhalten, Ökologie und Mythos*, 1993, 76 ("Was (sein Lehrmeister der Verhaltensforscher) Lorenz sah, war kein wirklich ernsthafter Kampf.", sondern ein "Schaukampf". „Die Angst der Tiere scheint hier eine ganz besonders wichtige Rolle zu spielen. Sie verhindert in der Regel, dass fest zugebissen wird, denn darauf reagiert der Gegner ebenfalls mit festem Beißen.“ <https://de.wikipedia.org/wiki/Beißhemmung> (12.11.15).

Regel“ anerkennen (müssen) und seine privaten und kollektiven Normen danach ausrichten.

6. Hinzu gesellt sich vermutlich, und spekulativer ein weiter Aspekt, der mit der Metapher und der Frucht vor dem „Gesichtsverlust“ zusammenhängt. So kennen die Säugetiere noch das sogenannte „Kindchenschema“, das als eine fast blinde-genetischer Impuls auch den Menschen eigen ist. Dieser löst dann, wenn er nicht überdeterminiert wird, auch bei ihm die liebevolle Rücksicht gegenüber Menschenkindern aus, aber auch gegenüber jungen Hund, kleine Katzen und auch Seehunden.

Zu vermuten ist nun, dass auch zwischen Erwachsenen noch beim Anblick des *Gesichts* eines erwachsenen Gegenübers eine Art von Kindchenschema ausgelöst wird. Denn im Vergleich mit anderen subhumanen Primaten erweist sich der Mensch als recht spielerisch und gleichsam verkindlicht. Zumindest kennen wir das Gefühl der Empathie, auch gegenüber Fremden, wenn wir sie von Angesicht zu Angesicht sehen und erleben. Jemanden zu achten, assoziiert auch das Sehen und meint zugleich, ihm keinen Gesichtsverlust zuzufügen.

7. Typische *Unterwerfungsgesten* sind bei Welpen das Werfen auf den Rücken, um eine Art von Wehrlosigkeit, Bewegungsunfähigkeit, Starre oder eine Form des Todstellens anzudeuten. Vereinfacht bilden sie einen „Freiheitsverzicht“, um anschließend weitspielen zu können. Dasselbe gilt auch für eine kurze Flucht. Sie erkennt das Vorrecht des Überlegenen an.

Auch religiöse Menschen, die sich häufig zugleich als Kinder und Geschöpfe eines Gottes begreifen, knien vor ihren Göttern. Selbst das einfache *Verneigen des Kopfes* bei der Begrüßung, die Anreden wie „*Meine Herren*“ oder Anschreiben wie „Sehr geehrter Herr“ bilden nach außen eine Demutsgeste.

Allerdings beinhalten diese Gesten vielfach zugleich ein verdecktes *Imponiergehabe*. Die sich Unterwerfenden zeigen sich dann auch als Herren ihrer selbst, weil sie eigentlich auch anderes handeln könnten. Auch wollen sie etwas; vereinfacht erstreben sie die Fortsetzung der Kooperation. Sie erweisen als ersten Schritt dazu dem überlegenen Anderen den Respekt, um selbst Respekt und dann auch Rücksicht zu erlangen. Selbst bei religiö-

sen Gebeten und Gaben hoffen sie auch auf gnädige Gegenleistungen.

Mit derselben Mischung von Biologie und Utilitarismus ist fortzufahren: Dieses Verhalten ist zwischen den (schon räumlichen) Nächsten und (wegen der Bedürfnisse) Gleichen bereits deshalb erforderlich, weil jede *Annäherung* schon im Wortsinne eine Form der *Aggression* darstellt. Sie löst bei dem Anderen die Frage aus, wie er sich verhalten soll. Klassischer Weise stehen ihm drei Wege zur Verfügung: entweder die Flucht, das Todstellen oder Gegenaggression, und zwar als gewaltsame Vertreibung oder mit eigenen Unterwerfungs- oder Demutsgesten gekoppelt zum Zwecke der weiteren Kommunikation und Kooperation.

Diese Arten von Rücksichtnahme werden dann zwar *nicht in erster Linie der Generhaltung* des Menschen dienen. Denn der Mensch ist auch zum gnadenlosen Kampf und Bürgerkriegen gegen Nachbarn und ehemalige Freundesgruppen fähig. Aber auch diese Arten der „genetischen Vernunft“ können ihm dabei helfen, mit emotionalen Elementen, wie etwa der Sympathie, und nicht nur rational seine *jeweilige Lebens- als Kooperationsgemeinschaft* zu fördern und zu erhalten.

8. Herauszugreifen ist schließlich noch einmal der Gedanke der „Selektion“.

Der einzelne freie und vernünftige Mensch „entscheidet“ sich dann nach dem Modell des Gesellschaftsvertrages dazu, dass er den Streit nicht kriegerisch führt, sondern ihn in seine Gesellschaft integriert. Diese Streitkultur bildet dann einen Teil von deren Identität. Danach aber kann er den Streit ebenso auch *privat* mit der Hilfe eines privaten Vermittlers beilegen.

Aus der Sicht der Gesellschaft wird wiederum jedes derart flexible „höhere System“ prozessuale „*Ausgleichskulturen*“ für den streitbaren Selbsterhaltungs- und Fortentwicklungswettbewerb zwischen alle Größen und Arten seiner eigenen Subsysteme vorsehen. Die Gesellschaft wird die Streitkultur hoheitlich organisieren. Eine *demokratische Gesellschaft* wird die hoheitliche Streitlösung als ein meist bedrohliches Notfallangebot vorhalten.

Dass der Mensch aber ausschließlich frei und rational entscheidet und seine Gesellschaften nur per Vertrag begründet, liegt fern. Deshalb ist davon auszugehen, dass er auch ein Naturwesen ist, die Grundsätze der *Evolution verinnerlicht* hat und ihre so erfolgreiche „*Naturvernunft*“, sich selbst mithilfe von Evolutionsprinzipien zu organisieren, auch seine Gesellschaften und deren systemisches Wesen mitprägt. Dazu gehört immer auch, dass sich jedes Subsystem an der „Selektion“, die es betrifft, mit beteiligt und also zu einer Art von Entscheidungen fähig ist, und zwar für oder gegen die *Integration*.

Das emotionale familiäre Eltern-Kind-Modell steuert im Übrigen nach innen die *Gnadenstrategie* bei, während nach außen bei dem Familien- oder auch Clan-Modell in der Regel schon die *Drohung* mit Vergeltung und damit die Angst vor dieser wirkt.

Der Streit vor Gericht schließlich spiegelt zumindest die evolutionär so erfolgreiche „Vernunft von Schaukämpfen“. Die hoheitliche Vollstreckung erzwingt zwar die Unterwerfung mit Gewalt, aber auch sie belässt dem Betroffenen in aller Regel das Leben.

II. Sonderfall der humanen Tötung

1. Vermittlung bei Tötungen

1. Diese noch immer scheinbar spielerisch zu deutende Streitlage wandelt sich in eine andere Qualität, wenn die Existenz einer Person tatsächlich vernichtet, wenn also ein Mensch durch einen anderen Menschen getötet worden ist und der Getötete tatsächlich zur emotionalen Identität seiner engsten Angehörigen und seiner sonstigen Lebenspartner gehörte.

Dasselbe gilt aus der Sicht von „Völkern“, gemeint sind alle Arten von Ethnien, also kollektive Lebensgemeinschaften mit eigenen Identitäten, entsprechend für den „Völkermord“, der dann entweder einen Nachbarschaftskrieg darstellt oder als Folge eines inneren Bruderkrieges stattgefunden hat. Aber es bleibt dennoch jedenfalls bei dem Grundmodell der scheinbar so blinden Gefühle, die aber auch den Versuch aufdrängen, über die Versöhnung, als Mischung von „Gefühl und Recht“, Frieden zu schaffen.

Diese anthropologische Gemengelage befähigt Menschen, allein oder in Kollektiven, zu einem existentiellen, häufig blinden und vergeblichen Kampf um die Wiedererlangung der alten Identität, und zwar vielfach auf dem Wege der Suche nach einer Art der Verurteilung und Bestrafung der Gegenseite.

*Nussbaum*¹³⁵, die sich mit der Paarung von Gleichheit und Gnade (Equity and Mercy) beschäftigt, greift für das menschliche Umgehen mit dieser Krise zunächst auf die alten Worte für die Gerechtigkeit zurück:

„The primitive sense of the just remarkably constant from several ancient cultures to modern institutions...starts from the notion that a human life...is a vulnerable thing, a thing that can be invaded, wounded, violated by another's act in many ways. For this penetration, the only remedy that seems appropriate is a counter invasion, equally deliberate, equally grave. And to right the balance truly, the retribution must be exactly, strictly proportional to the original encroachment. It differs from the original act only in the sequence of time and in the fact that it is response rather than original act – a fact frequently obscured if there is a long sequence of acts and counteracts.“

2. Die Extremfälle der irreversiblen Tötung eines Menschen und ganzer Gruppen von Menschen sind näher zu betrachten. Denn es handelt sich auf den zweiten Blick nicht nur um die Verlust- und Rachegefühle der Überlebenden. Auf der geistigen Ebene ist die Bedeutung der Persönlichkeit der Toten zu beachten. Mitzubedenken sind zugleich auch die Idee und das Gewicht der Persönlichkeit der noch Lebenden, aber ebenfalls einmal vom Tod bedrohten Personen. Statt von der weltlichen Persönlichkeit, die die innere, die soziale und die rechtliche Seite des Menschen umfasst, wird die Religion insoweit von der Seele und die Psychologie von der Identität sprechen.

Zur Bewältigung der Gefühle in den Fällen von Tötungen ist mutmaßlich in zumindest zwei Phasen vorzugehen. Zunächst sind die höchstpersönliche Mitmenschlichkeit und dann erst das Recht der Gesellschaft gefragt. Der Tod schafft zwangsläufig

¹³⁵ Nussbaum, Equity, 1999, 157 f.

Frustrationen. Er baut Wut auf und löst existenzielle Verzweiflung (Frustrationen) bei denjenigen aus, die zu den emotional Nächsten gehören und auch bei dem Teil der Öffentlichkeit, der als Zuschauer und Zuhörer zu Mitleid (Empathie) fähig ist. Der Tod verlangt deshalb herkömmlicher Weise zunächst einmal nach Trauerarbeit¹³⁶ und nach zu respektierenden Trauerritualen¹³⁷.

3. Das feierliche Verfahren, das vermutlich auf einer „zyklischen“ Zeitvorstellung beruht, hilft dann, den Tod als das für jeden Lebenden mit seinen empathischen Gefühlen eigentlich doch nicht wirklich Nacherlebbare der Nicht-(mehr)-Existenz zu begreifen.

¹³⁶ Zur Trauerarbeit, siehe: Freud, Trauer, 1917, 102 ff. Dazu etwa: Volkan, Vertreibung, 2002, 183 ff., 186 („... 1. die erste Trauer und die 2. die Trauerarbeit. Die erste Trauer beinhaltet Reaktionen wie Leugnung, Schock, Hader, Schmerz und Zorn, die schließlich zum Entstehen des emotionalen ‚Wissens‘ führen, dass der Verschiedene für immer gegangen ist. Unter normalen Umständen dauert er erste Trauerprozess etwa drei bis vier Monate.“). Aus der Sicht des Strafrechts bedarf es danach also zumindest dieser Zeit, bevor eine öffentliche Verhandlung stattfinden kann, und zwar auch aus der Sicht der Überlebenden. Volkan erklärt die Trauerarbeit wie folgt: „Bevor er“ (also der erste Teil): „abgeschlossen ist, vollzieht sich ein langsamer Prozess, in dem der Trauernde seine emotionale Investition in die mentale Repräsentation des verlorenen Objekts noch mal durchlebt, überprüft und transformiert“. Es sei eine „innere Begegnung – einschließlich ihrer Auswirkungen – zwischen den Bildern des verlorenen Objekts mit dem dazugehörigen Selbstbild des Trauernden“. Aus der sozial-kulturellen Sicht findet die Ritualisierung für das „traumatisierte“ *kollektive Über-Ich* der Gemeinschaft statt, etwa der überschaubaren Kommune, und zwar über die Tat eines bestimmten Täters. Das Opfer wird dabei vor allem aus der Tätersicht beschrieben. Die Trauerarbeit findet also insofern als „Zwangstrauer“ für die Täterseite statt. Deshalb soll der Angeklagte sich vorzugsweise auch zu seiner Tat bekennen und seine Schuld übernehmen.

¹³⁷ Aus der Sicht der Altertumswissenschaften zur „Welt der Rituale“, siehe aus soziokultureller Sicht im Überblick: Weinfurter, Welt, 2005, 1 ff., 3 f., zur Steuerung von Emotionen auch: Ambos, Emotionen, 2005, 9 ff. (mit Beispielen die Trauer betreffend). Zur Bedeutung der Totenklage in Ägypten: Kucharek, Tränen, 2005, 15 ff., 15 (zum Tod als öffentliche Angelegenheit).

Ein Mittelweg besteht darin, die Persönlichkeit des Toten wenigstens zu einem „Erinnerungsphänomen“ umzuwandeln oder die Erinnerung zur „Seele“ zu verdichten. Diesen körperfreien überirdischen „Seelen-Geist“ gilt es dann zu „verfremden“, etwa in eine gesamte Seelenwelt der Ahnen zu „bannen“. Die Welt des Symbolischen, wörtlich die des (künstlich) Zusammengefügt zu beschreiten, meint generell, dass der Mensch den „Geist“ jeglicher Art zu „Sinnbildern“, also Ideen, bannt¹³⁸. Bilder, Zeichen und Worte, die Menschen schaffen und verstehen, „verkörpern“ etwas Geistiges. Auch einfache Informationen erhalten erst über ihre „Träger“ ihre Verfestigung.¹³⁹ Das Diesseitige, das Symbol, etwa der Totempfahl oder das Gedenkkreuz, verkörpert dann etwas Geistiges oder im nächsten Schritt auch etwas Jenseitiges. Allerdings reicht das Symbolische allein nicht aus. Diesen Eigenwert erhält es erst durch seine regelmäßige verbale oder rituelle Verwendung. Auf diese Weise wird der Tod eines Nächsten dann seinerseits verfremdet und in eine andere Welt, die des Jenseitigen, überführt.

Das Wort vom Transzendentalen deutet mit seinem Teil „trans“, wie im „Transport“ des Fährmanns, das Überführen selbst schon an, so dass die Hauptaufgabe dieser Sonderwelt vielleicht sogar

¹³⁸ Zum narrativ-religiösen Hintergrund des Mythos aus religionswissenschaftlicher Sicht: Gulde, Tod, 2007, 31 ff., 36 ff., ausgehend vom Satz: „*Der Mythos ist der verbale Ausdruck eines Symbols, auch als eine Art der Bannung oder Eindämmung von bedrohlichen Mächten mit dem Wunsch der Versöhnung*“; 38 ff.: „Mythos als Erzählung“, die eine geheiligte Grundordnung bildet. Der nächste Schritt bildet dann Umwandlung in die Schrift, die zumindest auch diese Aufgaben übernehmen muss, wie der vor allem mündliche Mythos, der in den Großkulturen der Schriftunkundigen regiert und der im Übrigen auch die Mündlichkeit einer jeden Kleingruppe beherrscht. Selbst das pragmatische Ausrichten der (anglo-amerikanischen) Gerichte an Richterrecht in der Form von berühmten Leitentscheidungen umweht noch ein mythischer Grundsatz. Denn rational wäre erst der Weg über die klare Abstraktion und die Deduktion von ihr und somit der Weg über eine systematische (Rechts-)Wissenschaft. Aber auch der deutsche Rückgriff auf die gleichsam absolut geltenden Grundentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hat noch diesen mythisch-bannenden Hintergrund. Als „Kinder des Rechts“ darf und muss man sich gleichsam vertrauensvoll blind auf sie verlassen.

¹³⁹ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 501 ff. (Kap. 12 II „Information, Selbst und Geistidee“).

im befreienden Weg-Führen besteht. Das Jenseits dient zumindest auch der Verfremdung der nunmehr körper- und damit zunächst einmal auch ruhelosen Erinnerungsbilder oder des Geistes von Personen.

4. Der Täter einer vorsätzlichen Tötung scheint sich gleichsam zum Herrn über das Leben seines Opfers zu erheben. Er stuft sein Opfer vom „Subjekt“ zum bloßen „Objekt“ herab und lässt es unwiederbringlich als eine tote Sache zurück. Für eine weltliche Versöhnung fehlt zumindest in einer individualistischen Gesellschaft, anders als bei kollektivistischen Clanstrukturen, die eine Streitpartei. Die Toten, also nach dem westlichen Verständnis die eigentlichen Opfer, können selbst nicht mitverhandeln, auch wenn die Erinnerung an sie die Verhandlungsstimmung mitbeherrscht. Die Überlebenden vermögen auch nicht ohne weiteres, als Stellvertreter aufzutreten. Es gibt den zu Vertretenden selbst nicht mehr. So müssen sie den Verstorbenen posthum zu einer Person des „Nachlebens“¹⁴⁰ vergeistigen.

5. Für die Trauerarbeit sind also zunächst die Rollen der Theologen und Psychologen gefragt sowie bei Staaten- oder auch Bürgerkriegen und bei Vernichtungen von Minderheiten, diejenige von charismatischen Politikern. Aber bei allen Tötungen gilt auch, dass alle Dritten, und das ist die Mehrheit, zwar mit den Angehörigen fühlen, aber nebenher auch weiterleben wollen. Selbst nach Bürgerkriegen wachsen neue Generationen nach. Sobald sie nicht mehr in die Gruppenpflicht genommen werden, ist mit der Gemeinsamkeit bei ihrer Erziehung der Ausweg eröffnet.

An dieser Stelle greift offenbar neben der Vorstellung von gerichtähnlichen Straftribunalen der Gedanke, ausgearbeitete Versöhnungserklärungen auf der demokratischen Ebene von Menschenrechtserklärungen und den Präambeln von Verfassungen gemeinsam zu verkünden. Auch Verfassungen besitzen insofern und deshalb den Grundcharakter von Versöhnungsverträgen, weil sie zumeist aus oder nach einem Krieg entstanden sind und dem Ziel der Friedensschaffung dienen.

¹⁴⁰ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivreligion I, 2015, 548 ff (Kap 13 II, zu den anthropologischen Grundelementen des „homo religiosus“).

6. Aus der Sicht des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates ergibt sich ferner Folgendes: Die westlichen Menschen leben nicht mehr in starken, kleinen Sozialverbänden, wie den alten Clans, die sich als die eigentlichen Akteure begreifen. Alle Menschen gelten ihnen auch als selbstständige „Personen“ und freie Menschen. Die getöteten Menschen sind deshalb inzwischen die eigentlichen Betroffenen. Aber sie können nicht mehr selbst mitverhandeln, auch wenn die Erinnerung an sie immer mit am Verhandlungstisch sitzt. Auch müssen die überlebenden Angehörigen vor allem sich selbst und auch ihr eigenes Netzwerk der Nächsten neu sortieren. Sie verfolgen eigene Ziele und müssen vor allem ihre kleine oder große Gesellschaft der Nächsten neu organisieren. In den Versöhnungsverfahren bei Tötungen definieren die Angehörigen vor allem ihre Rolle neu. Sie müssen in diesem Verfahren eine Lage zu schaffen suchen, die auf beiden Seiten das „Ego“ stärkt und zudem auch beiden einen ökonomischen Vorteil, zumindest denjenigen des Ausgleiches von Schäden und die Aussicht auf künftigen friedlichen Austausch, bringt. Die Versöhnung hat derart betrachtet also zunächst die Interessen der Überlebenden und deren neue Identitätsstiftung und dann erst die „Nachsorge“ für die Toten zum Gegenstand.

War es in früheren Zeiten der Tod der Häuptlinge, der Könige und Pharaonen, der neue Zeitrechnungen auslöste, so ist die Pyramide der Hierarchie in der heutigen Demokratie bekanntlich umgedreht, weil jeder Mensch als ein souveränes Wesen gilt. Dennoch löst im Übrigen typischerweise immer noch zumindest der Tod von Eltern für die Kinder einen privaten „Zeitenwechsel“ aus.

In die Lücke, die die aufgelösten Clans und „Häuser“ gelassen haben, stößt das westliche Staatsrecht mit seinen verselbstständigten Rechtspersonen und dem langen rituellen Rechtsweg der Versachlichung. Diese „zeremoniellen“¹⁴¹ Rechtsriten, vor allem

¹⁴¹ Dazu aus dem Praktikerhandbuch für das Strafverfahren, der Rechtswissenschaftler, Rechtssoziologe und Strafverteidiger Uwe Scheffler: *„Denn vor allem bei rechtssoziologischer Betrachtung ist eine Strafrechtspflege schwer vorstellbar, die ihre „Legitimation durch Verfahren“ (Luhmann) nicht primär mittels des Zeremoniells (öffentlicher) Hauptverhandlungen erzielen will - als Zeremoniell nicht nur gegenüber dem Angeklagten“*, was er aus der Sicht der Strafzwecke zurecht als „(positiv-)generalpräventive Gesichtspunk-

in der lange vorbereiteten öffentlichen Hauptverhandlung, dienen der emotionalen Abkühlung, indem nebenher das Leben weitergeht. Das Recht verfremdet zudem den Streit zu einem objektiven Rechtsgegenstand. Über ihn verhandeln die eigentlich Betroffenen mit berufsmäßigen und selbst nicht in der Sache befangenen, also neutralen Streithelfern, und zwar auch noch öffentlich vor den Nachbarn und am „heiligen“ neutralen Gerichtsort.

Dennoch, mit und durch dieselbe öffentliche Verhandlung erwerben die Parteien dann zugleich ein gestärktes Selbstbewusstsein.

Aus der Sicht der Versöhnung (oder dem Ver-Sühnen) dient das Verfahren, vor allem in den existentiellen Fällen der Tötungen, genauer des bloßen dringenden Verdachts von Mord und Totschlag, und zwar von anerkannten Personen an geachteten Personen, dem „Heilen“ von an sich „Unheilbarem“. Das Verfahren und der Haupterfolg müssen also zum großen Teil auf eine metaphysische und symbolischen Ebene, also diejenige der Rechtsordnung als solcher verlagert werden, und zum anderen gilt es, die realen Neben-Kläger, die Angehörigen zu bedenken. Es sind diejenigen, denen früher das Recht auf Blutrache zugestanden hätte.

7. Für das Opferrecht ergibt sich aus diesem individualistischen Opferbild folgendes: Das Recht, das als das der Opfer auftritt, kann bei Tötungen am Ende nur Frustrationen der Angehörigen und der mitfühlenden Dritten kanalisieren. Es kann zudem nur die symbolischen Achtungsansprüche des Toten bedienen, die wirtschaftlichen Unterhaltspflichten gegenüber Dritten thematisieren sowie dadurch insgesamt auch das mit verletzte Recht erneuern und wieder verankern helfen. Als Recht eines westlichen Staates sichert ein solches Opferrecht die Identität als Rechtsstaat eines Volkes von Demokraten mit individuellen Menschenrechten. Als das vorstaatliche Recht der Sippe oder sonstigen Personalverbänden von „Nächsten des Opfers“ würde es hingegen die Rechtsstellung der Sippe, also einen einem Kleinststaat ähnlichen, kollektiven Status bekräftigen.

te“ deutet, Scheffler, Hauptverhandlung, 2008, 593 ff., VII Rn. 4. Siehe auch Schild, Strafrichter, 1983, Schild, Wolfgang, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1983, 93 ff.

Das bedeutet aber auch, dass in einer Kultur, die vor allem auf das Individuum setzt, bei Tötungen also keine Vermittlung im alten Sinne der Sühneverfahren zwischen Familienverbänden möglich ist. Hier versagt das Privatrecht.

8. Dennoch hat der Jurist „mediative“ Aufgaben übertragen erhalten. Auch wenn er sie bei Tötungen nur in einem demokratisch-kollektiven Prozess wahrzunehmen hat, der nach allem aber ebenfalls der Versöhnung zu dienen hat.

Auch gilt es, die Fallgruppe von den Tötungen weg vorsichtig auf andere existenzielle Verletzungen hin zu erweitern. Erinnerung sei auch noch einmal daran, dass Streitende immer wieder dazu neigen, ihre gesamte „Identität“ mit einer Rechtsposition zu verbinden und damit am Ende auch ihr soziales „Leben“ oder auch das der Anderen zu riskieren.

„Blinde“ Emotionen werden zwar kulturell unterschiedlich kanalisiert, aber gänzlich zu unterdrücken vermögen auch strengste Askese-, Tugend-, Pflicht- oder Kriegskulturen die Gefühle mutmaßlich nicht. Das psychische, also das menschlich-emotionale Umgehen mit schweren Opferlagen, dürfte jenseits der rituellen Besonderheiten der Kulturen in seinem Kern, im universellen Wesen des Menschen angelegt sein.

Sind diese Schritte aus psychologischer Sicht unabdingbar, dann dürfte auch jede private Mediation und jedes Gerichtsverfahren mit einem Konflikt als Gegenstand von diesem Reaktionskanon zumindest mit beeinflusst sein. Die Stufen der „Verobjektivierung“ durch die Lähmung, die „Entfremdung“, den Rückzug und die egoistische Aggression in Form der „Selbstjustiz“ muss ein weltliches rituelles Verfahren auffangen, um dann erst zur säkularen „Versöhnung“ gelangen zu können. Kundige Vermittler müssen dazu ihre empathischen Fähigkeiten professionalisieren und in den Demokratien zugleich die Brücke zur Sonderwelt des demokratischen Rechts schlagen.

2. Alltagsicht auf Trauerarbeit

1. Zunächst einmal gehört es zu den Alltagserfahrungen des Rechtsanwalts wie jedes anderen praktisch tätigen Juristen, dass hochgradige Emotionen die Streitbereitschaft befeuern und die

Verhandlungsfähigkeit von Personen lähmen. In der Regel liegen zumindest subjektiv nachvollziehbare, „existentielle Frustrationen“ vor, die die Auslöser für eine besonders aggressive Streitbereitschaft darstellen. Solche Frustrationen ergeben sich vielfach aus der irreparablen Vernichtung des bisherigen Lebensentwurfes, wie bei Ehescheidungen, beim Verlust des Arbeitsplatzes oder dem – unaufgeklärten – Tod eines Allernächsten. Derartige Verlusterfahrungen treffen im Laufe ihres Lebens nahezu alle Menschen. Die zumeist rituelle Verarbeitung gehört somit zu den ständigen Aufgaben jeder Form von menschlicher Lebensgemeinschaft.

2. Wie reagiert der Mensch auf existentielle Verlusterlebnisse? Idealisiert handelt er dynamisch, und zwar in etwa in den folgenden groben Stufen, die immer auch den Rückfall in vorhergehende Ebenen mit sich bringen werden. Hier ist versuchsweise vor allem die Biologie, insbesondere die Lehre vom Überleben heranzuziehen. Zudem ist auf die ihr grob entsprechende Alltagspsychologie¹⁴² zu verweisen.

- *Erstarrung (Paralyse)*, der Todstell-Reflex. Er tritt vor allem in der akuten Situation auf, verinnerlicht gerät der Betroffene in einen Schockzustand, er leugnet die neue Realität.

¹⁴² <http://de.wikipedia.org/wiki/Trauer> (15. 8. 2015 - Gliederung und Hervorhebungen nicht im Original, mit der folgenden Dreiteilung): „Die Trauer verläuft gewöhnlich in mehreren Phasen. (1) Die Betroffenen befinden sich meist in einer Art Schockzustand, wollen nicht wahrhaben, dass ein Mensch oder auch Tier verstorben ist oder im Vorhinein ein äußerst schwerer Verlust zu erwarten ist. (2) Sie erleben eine *depressive* Phase. Sinnleere oder Zukunftsangst sowie Hader mit dem Schicksal dominieren die Gedanken. Häufig treten Desorientierung und Vergesslichkeit hinzu, auch körperliche Reaktionen wie Konzentrationsverlust, Schlafstörungen, Appetitlosigkeit oder Gewichtsverlust treten auf. Die Aufmerksamkeit im Kontakt mit Anderen und in Bezug auf die notwendigen alltäglichen Aufgaben fällt schwer. Trauernde haben Verlassenheits- und Schuldgefühle sowie andere Krankheitssymptome der Schwäche. (3) Dann beginnt „*die Zeit, die Wunde zu heilen*“. Der Gedanke an die verstorbene oder verlorene Person, auch an Tiere, Haus, Heimat, Arbeit lässt weniger verzweifeln. Es gelingt den Trauernden sich wieder besser zu konzentrieren, das Hier und Jetzt wird wahrgenommen und der Blick wird auf die Zukunft gerichtet. Diese reicht dann bis zum seelischen Gleichgewicht.“

- *Stiller Rückzug (Regression)*. Er geschieht, um sich in Abstand von der Realität zu sammeln. Negativ gerät der Mensch in eine Depression, positiv gewendet webt er sich eine Schutzhülle in Form von Schein- und Traumwelten, indem er etwa im Sinne von *Freud* einen Rückzug in die *Kinderwelt* antritt, deren Wesen er immer noch zumindest in Resten in sich trägt. Diese Phase bildet gemeinsam mit der Erstarrung den Kern der Trauer.

- *Wütender Angriff (Aggression)*, entweder in der Situation als Gegenwehr oder und vor allem im Sinne einer fiktiven Nacheile. Auslöser ist dabei vor allem die Frustration.¹⁴³ Mit der Aggression sucht der Handelnde die Realität in seinem Sinne zu verändern und begibt sich zugleich von der Opfer- in eine Täterrolle. Verinnerlicht zählt das Pflegen von Rachephantasien dazu. Das virtuelle Rächen findet dann analog zu Theater und kindlichem Spielen in einer inneren Welt statt.

- *Anpassung (Assimilation)* und Fortführung der Kooperation mit der veränderten Umwelt. Verinnerlicht gedeutet, sucht der Betroffenen nach und nach sein beschädigtes und frustriertes Selbst (seine Identität, Seele, Gefühlswelt) zu rekonstruieren, mit anderen Worten, sein Selbst neu zu organisieren. Er passt sich der Wirklichkeit an, um sich mit ihr zu „versöhnen“. Zur vollen Assimilation gehört dann aber auch, dass die Realität soweit möglich ihrerseits im Sinne des Betroffenen „angepasst“ wird, etwa in Form von Schadensersatz oder Bußleistungen, durch Hilfe und Trost von nahen Dritten sowie zumindest durch den Aufbau vorbeugender Schutzmaßnahmen. In dieser Phase ist und wird der Betroffenen wieder einigermaßen Herr seines Selbst, er tritt aus seiner inneren Schutzwelt, die er gleichwohl noch weiter für sich vorhalten wird, wieder als Aktiver heraus. Er ist nicht mehr weitgehend von den depressiven und reaktiven Emotionen getrieben, die die Folge seines Verlustes waren.

Die Stufen stellen mutmaßlich die vier gleichsam *psychobiologischen* Elemente und Phasen dar, um solchen existentiellen Verlusten nach und nach mit dem Aufbau eines neuen Selbst zu begegnen. Auch belegen diese Elemente und das Ergebnis der

¹⁴³ Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 2008 , 392 ff (Zur Aggressions-Frustrations-Hypothese)

langwierigen Trauerarbeit die Sinnhaftigkeit oder Vernünftigkeit dieser Gefühle.

Tatsächlich dürfte der Vorgang des Trauerprozesses dabei eher in einem halbwillden Wechselspiel, bestenfalls spiralförmig, denn in klaren Stufen verlaufen.

Empathische „halbtrauernde“ *Verwandte*, Freunde und Nachbarn sowie die ebenfalls mit verletzten „*Gemeinden*“ insgesamt, pendeln eher zwischen wütender Aggression und Frieden stiftender ritueller Assimilation, nicht zuletzt auf dem Wege der zivilisierten Justiz.

Die Assimilation bildet dabei also eine Form der „Versöhnung“, die durch teilweise „Re-Harmonisierung“ der eigenen Identität in und mit der jeweiligen sozialen Umwelt zu vollziehen ist.

3. Was schließlich für große Verluste gilt, trifft vermutlich analog dazu auch beim Erleiden von solchen *kleinen Verlusten* zu, die der Mensch dadurch überhöht, dass er sie mit seinem Ego, also mit seinem Selbst verbindet. Wenn ein Mensch sich als Eigentümer begreift und derartigen Schaden an seinem Eigentum erfährt, dass seine Sachen nunmehr der Verfügungsgewalt eines Anderen, etwa des Diebes oder Hehlers, unterliegen, und von ihm weder *privat*, noch auf dem Wege des *Zivilrechts* wieder zu erlangen sind, so entstehen Frustrationen. Daher greifen wir zur „Gegenaggression“ der Strafe, die eine Art von symbolischem Ausgleich der Verluste bewirken soll. Folglich ist die Strafe für Diebstahl und Hehlerei höher als diejenige für die einfache Zerstörung einer fremden Sache, vgl. §§ 242, 259, 303 StGB. Im Falle, dass das Opfer sogar in eine existentielle Notlage gerät, erfährt es zudem den „Trost“ der *sozialen Solidarität* der Gemeinschaft, die ihm ein Existenzminimum zusichert.

Wesentlich bleibt aber diese Reihung, die zivile Seite steht am Anfang.

4. Aus rechtsstaatlicher Sicht, die Recht und Politik vereint, ist dann Folgendes zu ergänzen:

Die Trauerarbeit selbst findet weitgehend außerhalb der rechtsstaatlichen auf der seelischen Ebene statt. Aber der Rechtsstaat

mischt sich dennoch in den Gesamtprozess ein. So reagiert der soziale Rechtsstaat zwangsläufig auf wütende Gegen-Aggressionen, die zur Selbstjustiz neigen und begleitet auch die Assimilation.

Alle Gewalttaten und damit auch die Selbstjustiz gefährden zwar einerseits das staatliche Gewaltmonopol. Aber andererseits erzwingen die Gewaltakte und Gefahren der Selbstjustiz in Anlehnung an *Hobbes* überhaupt erst die „Zivilisation“, weil sie die Kooperation der Mitglieder einer Gemeinschaft stören. Doch lassen sich Gewalttaten nicht nur nicht völlig vermeiden, vielmehr sind sie dem Menschen eigen und bilden auf den zweiten Blick geradezu einen hervorstechenden Ausdruck seiner Freiheit und Autonomie. Es sorgen vor allem die individuellen und die organisierten Gewalttaten sowie die Furcht vor ihnen und ihren zerstörerischen Folgen für die Herrschaftsform der Demokratie. Sie hält die uralte Institution des Richters samt einer (vor allem, aber nicht nur demokratischen) geordneten Justiz vor, getragen von neutralen, aber auch übermächtigen kollektiven Dritten, dem Volk. So birgt unter anderem die menschliche Eigenschaft, einerseits Gewalttaten gegenüber Seinesgleichen zu begehen und andererseits reaktiv nach Rache zu rufen, politisch betrachtet offenbar einen vernünftigen Kern in sich.

Die staatliche Justiz bietet dann einen Verbund von drei großen Formen,

- *individualistisch*: der private Täter-Opfer-Ausgleich, wenngleich vor dem Hintergrund des Zivil- und als Teil des Strafrechts;
- *ausgleichend*: den Ersatz der Selbstjustiz vor allem durch das staatliche Zivil- und das Strafrecht sowie die Vorbeugung durch das Vorhalten der Polizei;
- *solidarisch*: die *kollektive* Opferhilfe und die politische Vorbeugungsarbeit betrieben von politisch aktiven Nichtregierungsorganisationen, abgesichert durch das Sozial- und das Polizei- und Ordnungsrecht sowie durch die Offenheit des demokratischen Gesetzgebers.

Einige dieser Aspekte verdienen es, weiter verfolgt zu werden.

III. Zwischenergebnis: Soziale Vernunft und Recht als Heilung

1. Streitvermeidung: Vorbeugung, Vorleistung aus Vernunft

1. Auf der zivilreligiösen Ebene ergibt sich nach allem vielleicht folgendes Bild: In Anlehnung an die Grundidee der „Vernunft der Gefühle“ erscheint es sinnvoll, anstelle der – nachfolgenden – mühsamen Schlichtung jeglicher Art auf die Vermeidung von Konflikten hinzuwirken. Dem dient jedes Regelwerk.

Vorteilhaft kann es bekanntlich sogar schlicht sein, im Vorwege nachzugeben und dafür später Gegenleistungen zu erlangen. „Do ut des“, „tit for tat“, „Ich gebe, damit Du gibst“ lautet die große ethische Regel des Marktes. Den Empfänger nötigt dann der Umstand, nunmehr etwas zu schulden, vielleicht auch die drohende Scham sowie jedenfalls der soziale Ansehensverlust dazu, seinerseits etwas Gleichwertiges zu geben.

Im Vorwege drängt den potentiellen Normbrecher zum einen die bloße Sorge vor der „peinlichen“ Scham (Pein, wie poena, wie Strafe) für ein nicht sozialkonformes Verhalten. Die eng verwandte höchstpersönliche „Schuld“ führt zur analogen vorbeugenden Furcht vor den „Gewissenbissen“ und der Sorge um den Verlust der eigenen „moralischen“ Identität“. Denn wer gegen seine eigenen Grundregeln verstößt, erleidet einen schweren Schaden, weil er „nicht mehr derselbe“ ist. Auch eine drohende „Verantwortung vor Gott“ und seine möglichen Strafen, hält den Gläubigen von einem Bruch mit den eigenen Glaubenswerten ab.

Zudem locken als Kehrseite die Vorteile des „kollektiven Guten“ eines jeden Systems. Mit „gutem Verhalten“ garantiert der Akteur die Grundvoraussetzungen für die Kommunikation mit anderen oder auch mit seinem personalen Gott. Er tritt als ein Verantwortlicher, also auch als ein Freier und Gleicher auf, und zwar auf dem wirtschaftlichen Markt, auf dem politischen Forum und im religiösen Tempel seiner Gemeinde.

2. Die christliche Religion versieht den Gläubigen in diesem Sinne nicht nur mit einer höchstgelegenen „Seele“ und versteht ihn zudem auch als eine „Person“, die sogar zum inneren Dialog mit seinem Gott, etwa in einem Gebet fähig ist. Für ein solches Gespräch muss der Gläubige dann umgekehrt als ein Teilhaber oder Partner im Dialog agieren können, also insofern zumindest schattenhaft „gottähnlich“ (imago dei)¹⁴⁴ ausgestattet sein.

Aber auch Opfergaben des Dankes, die umgekehrt einen Teil des Eigenen oder des im Leben durch ein glückliches Schicksal Erlangten bilden, stellen einen solchen Verzicht dar. So wird etwa auch vielfach vor einer Reise geopfert in der Erwartung der Gegengabe eines glücklichen Schicksals.

3. Alles in allem kennt der Dreisprung von existentiellem Streit zwischen mächtigen Akteuren, der Vermittlung zwischen deren verletzten Gefühlen und der Idee der Frieden schaffenden Versöhnung aus der säkularer Sicht diese groben drei Sichtweisen:

- die höchstpersönliche des Menschen,
- die kollektive der Zivilgesellschaft und
- die religionsähnliche, metaphysische „Leitidee“¹⁴⁵ der humanen Vernunft“.

4. „Leitidee“ ist ein Begriff, der assoziiert, dass eine Gemeinschaft von außen geleitet wird wie von einer Religion, also nach dem „Hirtenmodell“. Das „kollektive“ Bewusstsein assoziiert den kollektiven „Konsens“, etwa auch als „common sense“. Psychologisch handelt es sich um die „Identität“ einer Gemeinschaft.

¹⁴⁴ Bibel 1. Moses 1, 26 f. (27: „Und Gott schuf den Menschen ihm zum Bilde, zum Bilde Gottes schuf er ihn; und schuf sie als Mann und Weib.“); 1. Moses 9, 6; Kolosser 3, 10 ff.; Epheser 4, 24.

¹⁴⁵ Elias, Society, 1991, 183; aufgegriffen im Dreiklang von „Authority, State and National Character“ von: Kuzmics/Axtmann, Authority, 2007, 6 f. Für das Individuum bedeutet diese Sicht, dass verschiedene Schichten (layers) in den „sozialen Habitus einer Person“ („social habitus of a person“) verwoben sind, 6 f. („Among them, a particular layer usually has special prominence.“).

Philosophisch ist „das Wesen“ oder die „Entität“ gemeint. Mit *Elias* kann man vom „national character“ sprechen.

Die „humane Vernunft“ in diesem Sinne setzt dabei – hoch vereinfacht – auf das Mitfühlen mit den Betroffenen, auf die Achtung von und den Dialog zwischen den Personen sowie auf das altruistische Nachgeben aller Nächsten. Diese drei Komponenten sucht die Vernunft wenigstens von Fall zu Fall in ziviler Weise zu harmonisieren oder aber ihre Antinomie in toleranter Weise auszuhalten.

2. Heilende Seite der Versöhnung

1. Die Versöhnung enthält nach allem in etwa die folgenden positiven oder heilenden Elemente:

Der Versöhnung liegt offenbar ein, auch emotional verankerter, Konflikt zugrunde, der mit einem sowohl medizinischen, als auch religiösen Wort „geheilt“ werden soll.¹⁴⁶ Ein solcher emotional unterlegter Interessengegensatz besteht zudem typischerweise zwischen zwei relativ autonomen und mächtigen Selbst-Subjekten. Schon mit diesen Eigenheiten handelt es sich um einen potentiellen Rechtsgegenstand. Aus rechtspsychologischer Sicht erweist sich zumindest die personale Identität einer oder beider Parteien als beschädigt. Mit der Beschuldigtenrolle ist im Übrigen auch die Identität des Täters bedroht. Die eigene Verhandlungsfähigkeit erweist sich dabei durch hohe Emotionen, wie Frustration, Ärger oder Wut und bei kollektiven Personen auch verletztem Gruppenstolz als eingeschränkt.

Zum Teil bringt sich ein Beteiligter aber auch selbst und bewusst in die Lage, sich mit irgendeiner Sache als gesamte Person zu identifizieren. Jeder tatsächlich oder auch nur angeblich Verletzte zieht sich zurück und schafft auf diese Weise einen möglichst unüberwindbaren und damit auch unüberbrückbaren Abstand, um von dort aus gelegentliche wütende Gegenangriffe vorzunehmen. Der Weg der Versöhnung besteht also in der langsamen Re-

¹⁴⁶ Zur Heilssuche als religiöses Bedürfnis der Menschen und zur Heilshoffnung der Religionen: Weber, *Objektivität*, 1973, 186 ff., 238, Levine, *Versuch*, 1994, 23 f.

Kultivierung der verletzten personalen Identitäten und damit auch in der Verhandlungsfähigkeit von Personen. Dazu dienen in der Regel vertrauenswürdige „neutrale“ Dritte als Vermittler. Diese pendeln in dem breiten Freiraum, der sich zwischen den Parteien gebildet hat. Dabei ist ihre Position diejenige, im Zweifel von der „Mitte“ her zu agieren. So vermögen sie das Niemandsland zu überbrücken.

Die Wahl eines gemeinsamen Vermittlers bildet schon den ersten Schritt innerhalb des Vermittlungsverfahrens. Den zweiten Schritt stellt die Erarbeitung und Einigung auf ein rituelles, zumeist auch faires und dialogisches Verfahren dar. Versöhnung meint in der Regel auch ein längeres, rituelles und bereits dadurch beruhigendes Verfahren zu betreiben. Schon die Zeit der Verhandlungen heilt die Wunden und meint immer auch, den anderen als autonome und gleichberechtigte Verhandlungsperson anzuerkennen. Der dritte Schritt zielt auf eine Art von Vertrag, während der vierte dessen tatsächliche Erfüllung beinhaltet. Der Begriff der Versöhnung meint vor allem deren Erfolg.

Diese Vereinbarung enthält deutliche Elemente eines kleinen „völkerrechtlichen Friedensvertrages“. Er bedeutet vor allem, dass unmittelbar kein Streit, Kampf oder „Krieg“ mehr droht. Der Versöhnungserfolg besteht mit einem Wort bei genauerer Betrachtung in einem wiederbegründeten oder insofern auch neu begründeten, aber im Kern doch schon zumeist alten, heiligen „Friedensbund zwischen autonomen Personen“.

2. Damit ist insgesamt versucht, die gegenwärtigen Vorstellungen von Versöhnung näher zu bestimmen und sie insbesondere aus einer breiter angelegten juristischen Sicht zu vertiefen. Zu erörtern waren

- die vorrechtliche „zivile“ Diskussionsebene des westlichen „Volkes“, die sich in dem Selbstbild der Präambeln der nationalen Verfassungen und internationalen Konventionen widerspiegelt. Zu betrachten war vor allem

- das Versöhnen, und zwar aus Sicht der zivilen und auch zugleich schon rechtlich verankerten „Mediation“. Deren rechtspsychologische Seite, die den Mediatoren selbst altbekannt ist, galt es herausstellen und unter anderem mit den beiden großen

Leitideen, der Menschenwürde und dem Rechtsstaat zu verbinden.

Zu versuchen ist nun, diese Erwägungen in einen rechtskulturellen Zusammenhang einzubetten.

4. Kapitel

Ver-Sühnen von Personen: Spirituelles, Traditionelles und Zivilisatorisches

I. Buß- und Schuldseite der Versöhnung

1. Sühne und Buße als „heilige Gewalt“

1. Die Betrachtung von spirituellen Traditionen und auch ein sprachwissenschaftlicher Seitenblick könnten helfen, das säkular-zivile Verständnis von Versöhnung noch weiter zu verankern. Damit wird ein weiterer Gedankenstrang verfolgt. Mit ihm ist zu versuchen, der anfänglich eher normativen Gegenwarts-Deutung von Versöhnung und Mediation und der nachfolgenden eher anthropologischen Sicht auf dieses Ideenpaar nunmehr auch ein kulturell-geschichtliches Fundament hinzuzufügen.

2. Zu fragen ist zunächst, ob die Versöhnung, die Heilung assoziiert, nicht auch eine dunkle Seite im Sinne alter „heiliger Gewalt“ enthält,¹⁴⁷ die schon auf den ersten Blick etwa das Christentum mit dem Kreuztod des Gottessohnes Jesus zu lösen sucht.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Für den Animismus: Girard, Heilige, 1987, 30 ff.; aus der Sicht der altgriechischen Tragödie: Burkert, Homo, 1997, unter anderem 9: „Der ‚homo religiosus‘ agiere und sei sich bewusst als der sterbliche ‚homo necans‘“. Aus der Sicht der Ritualisierung: Gebauer/Wulf, Spiel, 1998, 173.

¹⁴⁸ Zu Religion und Gewalt, sowie zur Idee der Religion der Gewalt, etwa im Nationalsozialismus, sowie zu der christlichen Vorstellung vom Krieg vor dem Hintergrund von Terroranschlägen, die mit dem Islam begründet werden: Ockenfels, Religion, 2004, 175 ff., zum Theodizee-Problem: 176 ff.; zum „Christentum zwischen Krieg und Frieden“: 181 ff.; zur kirchlichen Friedenslehre der Gerechtigkeit und Wechselseitigkeit: 184 f. Auch die Jagd im Gebiet eines fremden Geistes und an beseelten Tieren galt somit als ein Krieg, der seinen Frieden einfordert. Zur geschichtlichen Verbindung von „Religion und Gewalt“, siehe auch: Schaffner, Religion, 2006, 29 ff. mit dem Hinweis auf die Bibel, Exodus, 15.3 („Der Herr ist ein Kriegs-

Zunächst meint die Uridee der Versöhnung sprachlich, rechtsgeschichtlich und wohl auch theologisch die „Ver-Sühnung“. Und inwieweit es überhaupt eine Versöhnung ohne irgendeine Sühnleistung, also nur aufgrund der edlen Vergebung der einen Opferseite gibt, erscheint zumindest fraglich. Denn auch die bloße Barmherzigkeit verschafft dem Gebenden in der Regel ein höheres Ansehen. Auch stellt die Solidarität mit den Armen, etwa als „charity“, eine informelle Pflicht dar, die dem sozialen Frieden dient.

3. Das ursprüngliche Standardmittel der Versöhnung bildet jedenfalls die Sühne, und zwar in der Form schmerzhafter Buße, also eines Opfers. Die Buße gilt zwar im Idealfall als „freiwillig“ und bildet dann einen Akt der *Selbstaufopferung*, wenngleich üblicherweise nur in dem Sinne, dass der Sühnende etwas Eigenes, aber nicht sich selbst opfert. Verwandt ist die Buße wiederum mit dem Gedanken der Reinigung¹⁴⁹, etwa auch im Sinne einer Läuterung. Sie bildet für sich betrachtet einen schmerzhaften Verlust, zugleich auch eine „Einbuße“.

2. Christliche Opfer, Schuld- und Sühnemodelle

1. Die westliche Tradition des Christentums setzt unmittelbar auf das grausam-heilige Opfer des Gottessohnes, um mit dem Martertod die gesamte Welt zu versöhnen.¹⁵⁰

held. Herr ist sein Name.“). Die Geschichtsschreibung selbst ist untrennbar mit Religion und Gewalt oder Krieg verbunden (31).

¹⁴⁹ Dazu aus strafrechtsgeschichtlicher Sicht: Schild, Reinigungs- und Kampfrolle, 2008, 171 ff., 171 ff.

¹⁵⁰ Als Überblick zum christlichen Sühnegedanken: Grommes, Sühnebegriff, 2006, 36 ff. (Altes Testament), 39 ff. (Neues Testament); zum Ablasshandel als Composito, 46. Zum Spannungsbogen von Religion, Gewalt und Politik: Maier, Doppelgesicht, 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“ (u. Hinw. auf Girard und Burkert); zum Kreuz Jesu als Symbol des Gewaltverzichts (19). Insgesamt als „Doppelgesicht des Religiösen“: 46 ff. (zu religionsähnlichen Elementen in totalitären Systemen: Kommunismus, Faschismus und Nationalsozialismus); zum „politischen Märtyrer“: 99 ff.

Das Christentum, das das europäische mittelalterliche Reichsdenken entscheidend mitgeprägt hat und das, wie vermutlich jede „Reichsreligion“¹⁵¹ zum tragenden Ordnungsfaktor des Reiches gehörte, kennt vor allem drei große Beispiele von Menschenopfern, die zugleich drei Ausrichtungen beinhalten.

- Der Stammvater Abraham, der seinen Sohn seinem Stammesgott opfern will, wirkt auf diese Weise als menschliche Person an der Begründung des alttestamentarischen Gottesvolkes mit.¹⁵²

¹⁵¹ Zum mitteleuropäischen Reich als „sacrum imperium“, als „irdisches Gehäuse der Christenheit“ (entwickelt zurzeit Friedrich I, 1150 – 1190); Kreuzzüge zum Schutz der 1099 „im Heiligen Land“ errichteten christlichen Fürstentümer, also von Ketzern, gelegentlichen Judenpogromen: Willoweit, Verfassungsgeschichte, 2010, § 9 I 1.

¹⁵² Zu den religiösen Wurzeln des Strafens aus dem Animismus, und dem neuen Problem, keine Tieropfer mehr erbringen zu können, weil auf der Grundlage des (städtischen) Humanismus, weder die Jagd noch die Haustiere nicht mehr als heilig angesehen werden können, sodass nur noch ein Menschen-Opfer, etwa in der Form der Freiheit des Menschen verbleibt: Montenbruck, Religiöse Wurzeln, 2004, 193 ff. Zur These von der Opferung des Kindes als eine Grundlage unserer Kultur aus *psychoanalytischer* Sicht: Hirsch, M., Opferung, 2002, 481 ff., 485 (ebenfalls u. Hinw. auf Girard). Hirsch verweist aus der Sicht des Psychiaters auf die weit verbreitete faktische Sündenbockrolle von Kindern in gestörten Familien und betont den dabei sichtbaren psychoanalytischen Gedanken, die eigenen Schuldgefühle der Elternteile über Kinder abzuleiten und dadurch zu vermindern. Aber sowohl für den idealistischen Menschen als auch für den empathischen Fürsorger und auch für den sozialen Akteur handelt es sich beim Sühneopfer des eigenen Sohnes, zum Beispiel in einer patriarchalischen Gesellschaft, um die Opferung eines wichtigen Teils *von sich selbst*.

Aus der Sicht des Sohnes oder der Tochter erweist sich das Opfer als ambivalent und steht zugleich als Modell für seine oder ihre *Ablösung* von den Eltern. Dieser Trennungsakt betont zugleich die soziale und emotionale Verhaftung und meint auch den Gewinn der Freiheit. Der christliche Gottessohn gewinnt durch sein Opfer seine Heiligkeit, steht danach dem Vater nahezu gleich. Er schafft im Christentum eine neue Lehre. Aber nur, um im Bild zu bleiben, für sie entrichtet er den Preis der Aufopferung des alten Glaubens oder die Kultur der Väter, die zudem auch eine (patriarchalische) Väterkultur in der Nachfolge von Abraham darstellte. Ein säkularer Satz lautet:

- Die Idee des Sündenbockes erweist sich als geeignet, das Kollektiv des gesamten israelischen Volkes von Sünde zu befreien.
- Das neutestamentarische Selbst- und Gottesopfer des Jesus von Nazareth dient der Befreiung der gesamten Menschenwelt von der Erbsünde. An die Stelle des Sündenbockes tritt nunmehr das Selbstopfer des Gottessohnes.¹⁵³ Nicht zuletzt über dieses göttliche Selbstopfer erklärt sich die christliche Trinität von Vater, Sohn und heiligem Geist.¹⁵⁴

Diesen drei Vorbildern, insbesondere dem Selbstopfer des Gottessohnes, folgen die Christen nach. Zur Sühne der gläubigen christlichen Menschen gehören dabei auch heute noch die Idee der vor- und überstaatlichen christlichen Sünde und zugleich der Reinigung von ihr.

2. Drei interessante Formen beschreibt also die wirkungsmächtige Bibel. Sie seien versuchsweise einmal aus der Sicht der symbolischen¹⁵⁵ Rechts-Ethnologie gedeutet.

Die Revolution frisst ihre Kinder und, wie anzufügen ist, sie schafft sich dadurch ihre Heiligen.

¹⁵³ Zur spanischen Spätscholastik und zur gesamteuropäischen Naturrechtslehre, siehe: Maihold, Strafe, 2003, 111 ff. (zur „ewigen Strafe“ und Erbsünde in der spanischen Scholastik), 131 ff. (zur „göttlichen Gerechtigkeit“ und zur Besserungsfunktion der irdischen Strafe), 204 ff. (zur Sündenstrafe zur Kanonisten), 271 ff. (Passion Christ: zur Wiedergutmachenden Strafe), 277 ff. („Gottes Strafen“ an den Nachkommen).

¹⁵⁴ Aus der Sicht der christlichen Theologie: Merklein, Sühnegedanke, 2000, 59 ff., 84; Neues Testament: zum Sühnetod Jesu, dass Gott selbst die Sünden der Menschen durch den Kreuzestod sühnt. Zur kritischen religionsgeschichtlichen Ableitung der neutestamentarischen Sühnevorstellung von der alttestamentarischen, siehe zudem: Kasper, Lexikon, 9. Bd., (San – Thomas), Sp. 1099, 1100; dazu auch: Barth, Tod, 1992.

¹⁵⁵ Zum „Recht als symbolische Form“ siehe: Kirste, Ansätze, 2007 177 ff., u.a. 180 f. Er betrachtet Cassirers Vorstellung, nach der die symbolische Form „eine Relation von Geistigem und Sinnlichem, von Wesen und Sein oder Form und Materie darstellen soll“, mit der er versucht, Heteronomes zu einem Dritten zu verbinden, eben dem Symbol als „zentrales Strukturmerkmal der Kultur“, 181. Symbole wiederholen nicht nur, wie anzufügen ist, sie abstrahieren vom Kon-

So bietet Abraham sich im alttestamentarischen Grundmodell nicht etwa selbst als Opfer an, sondern seinen Sohn und damit die Zukunft seines Stammes. Aber ohne den Stamm würde dieser Volksgott auch seinen Gründervater verloren haben. Dieses Opferangebot besitzt also auf den zweiten Blick auch erpresserischen Charakter und den Sachzwang zur verzeihenden Versöhnung mit einem durchaus nicht machtlosen Stammvater, der sich, wie es sein Glaubensbekenntnis zeigt, notfalls auch einem anderen Gott zuwenden könnte.

Die zweite klassische Versöhnungsidee birgt der zuvor geheiligte Sündenbock. In einer stammesorientierten Hirten- und Züchtergesellschaft war der Bock das Symbol für einen politischen Herdenführer, der in die Wüste, als Form der Vogelfreiheit und Verbannung, geschickt werden konnte. Auf diese Böcke kann eine Herde verzichten, und damit vermag die Menschenherde sich selbst symbolisch zu reinigen.

Neutestamentarisch opfert Gottvater das irdische Leben seines Gottessohnes, um die Welt von der Erbsünde und mit ihr von der Idee der Gewalt zu befreien. Damit wird deutlich, dass hinter der Versöhnung Gewalt und Tod stehen. Umso göttlicher muss dann auch die gelungene Versöhnung erscheinen. Sie befreit von weiterer Gewalt und weiterem Tod.

3. Damit ist der Seitenblick auf die Psychologie als Seelenlehre zu wagen, die dann später in der Form der Seele im Sinne von *Pufendorf*¹⁵⁶ zur Grund- und Menschenrechtsidee der „Menschenwürde“ überleitet.

Das biblische Grundmodell beschreibt das Versöhnen als einen Vorgang zwischen dem geistigen Vater und dem irdischen jung erwachsenen Menschensohn, der sein irdisches Leben für die Welt opfert. Das Urversöhnen verlangt offenbar nach einem „Sohn“ im Sinne des Abkömmlings oder der „Frucht“. Auch der absolute Staat lässt sich als ein geistiger Über-Vater deuten, von dem sich der Bürger der französischen Revolution ablöst, um

treten und sie verfremden damit; Symbole prägen auch das soziale „Sein“, dazu: Cassirer, *Philosophie*, 1923/ 1994, 43.

¹⁵⁶ Pufendorf, *jure naturae*, 1998, Buch II, Kap. 1, § 5. Zu Pufendorf, siehe: Wesel, *Geschichte*, 2014, Rn. 249.

dann doch dieselbe Staatsidee mit ihrem Gewaltmonopol als eigene zu übernehmen. Sowohl psychoanalytisch, als auch entwicklungspsychologisch betrachtet, handelt es sich um die Bereinigung einer zuvor „unversöhnlichen“ Vater-Sohn-Beziehung. Sie überwindet die nötige Ablösung des Abkömmlings, indem beide Seiten in einer höheren Gemeinschaft, etwa der des Stammes und deren Urahnen, aufgehen. Beide Seiten, so drängt es sich aus profaner Sicht auf, dienen nunmehr gemeinsam einem „heiligen Geist“. Dieser Übergeist enthält dann etwa die Idee der christlichen „Nächstenliebe“, die schon antike zivilisatorische Vorstellung von „natürlicher Vernunft“ oder auch die politische Idee der „Solidarität“ an sich.

4. Die Sühne setzt jedenfalls auch aus christlicher Sicht die grundsätzliche „persönliche Schuld“ des gläubigen Menschen voraus.¹⁵⁷ Damit besitzt auch die weltliche Idee der Schuld, nunmehr in der Form der Eigenverantwortung, eine starke traditionelle Wurzel. Der Opfer- und Reinigungsakt selbst bezeugt dabei die innere Freiheit des jeweiligen Akteurs, und zwar des Stammvaters Abraham, des Volkes Israel oder des sich selbst opfernden Menschengottes Jesus als Teil der göttlichen Trinität von Vater, Sohn und heiligem Geist.

Säkular oder profan, also unheilig¹⁵⁸ gelesen, begründet die Fähigkeit zum schmerzlichen, aber freiwilligen Verzicht auf bestimmte Handlungsalternativen die staatsrechtliche Idee der Autonomie des weltlichen Menschen.

¹⁵⁷ Aus religiöser Sicht und in Auseinandersetzung mit Kierkegaards Mystik-Kritik, siehe: Bongardt, *Mystik-Kritik*, 2005, 21 ff., 26, zu: Reue, Schuldbewusstsein und Versöhnung: „Die ganze Tragweite des Schuldproblems wird jedoch erst sichtbar, wenn es jenseits ‚quantitativer‘ Bestimmungen betrachtet wird. Es geht nämlich nicht darum, einzelne Taten als schuldhaft falsch anzuerkennen – sondern den schuldhaften Grundwiderspruch einer in sich verfehlten Existenz zu der ihr vorgegebenen Idealität zu erfassen. ... Der religiöse Mensch steht in einem Verhältnis zu Gott, wenn und indem er anerkennt, dass er sich in einem selbst verschuldeten Missverhältnis zu ihm befindet. ... Damit tritt Gott selbst versöhnend in ein Verhältnis zum in der Zeit existierenden Menschen – und eröffnet so dem Schuldigen die Möglichkeit, aus dem Missverhältnis zu Gott herauszutreten“.

¹⁵⁸ Bohnert, *Profanierung*, 2001, 597 ff.

Aber im Hintergrund der freiwilligen Sühne stehen die abschreckenden Grausamkeiten der strafenden Menschenopfer, etwa die christliche metaphysische Idee des reinigenden Fegefeuers nach dem Tode oder der sozialreale reinigende Feuertod, etwa im Rahmen der Inquisition durch Verbrennen der Hexen. Dabei bleibt allerdings zu bedenken, dass in diesem christlichen Denksystem die Seele des Sünders immerwährend fortbesteht. Nur der sündige Leib wurde aus der Sicht der Glaubenslehre, und zwar zudem vom weltlichen Arm der Könige etc., vernichtet. Der triebhafte Körper wurde zugunsten der reinen Seele und ihres ewigen Friedens mit Gott geopfert. Die beiden anderen christlichen Opferbeispiele, der animistische Ansatz des rituellen Tieropfers zugunsten des Volkes und die Vorstellung von der Begründung eines auserwählten Stammes mit dem Opferangebot des Kindes, belegen nicht nur die kollektiven Opferungen für das Gemeinwohl und für die Zukunft der Generationen. Sie zeigen zudem, dass neben der persönlichen Art auch kollektive Formen der Verantwortung existieren und dass ein einzelnes lebendiges Wesen notfalls zwangsweise geopfert werden muss.

5. Die Elemente der Versöhnung lassen sich aus der weltlichen Sicht der Rechtsphilosophie vielleicht noch weiter ausdeuten.

Der Ausgleich beginnt mit der Vorleistung des Verletzers, die in der Anerkennung der Schuld besteht. Die Kompensation setzt sich in der demütigen Unterwerfung unter die heilige Idee der Versöhnung fort. Dann aber greift offenbar für die Opferseite die Regel des fairen „do ut des“ (Ich gebe, damit Du gibst.). Der Verletzte muss auf diese Gabe seinerseits mit einem Verzicht antworten. Er wird feierlich auf die (Selbst-) Justiz verzichten müssen, um gerecht zu bleiben. Die Opferseite wird also durch dieselbe Höchstidee des Gerechten, auf die es seine Beschuldigungen gegen den Verletzer gründet, zum Versöhnen genötigt.

Aber nicht nur die Idee der Gerechtigkeit übt diesen Druck zum Versöhnen aus. Zu der Würde des Menschen, zu seiner personalen Souveränität, zur personalen Identität, kurz zur Persönlichkeit des Verletzten, gehört dann offenbar auch die Solidaritätspflicht zur (gottähnlichen) barmherzigen Gnade, also Verzeihung zu erweisen. Jede Unterwerfung unter die Gnade eines anderen, der auf diese Weise in die Rolle des Oberherrn gedrängt wird, löst bei jenem eine Art von herrschaftlicher Fürsorgepflicht aus.

Aus utilitaristischer Sicht ist zu ergänzen, dass ohne eine solche Grundpflicht jeder „heilige Bund“ und jede Zivilgesellschaft in ihrem Bestand gefährdet wäre. Eine solche „goldene Regel“ zur Nachsicht entspringt dabei aus pragmatischer Sicht aus dem Grundgedanken eines weichen „Regelutilitarismus“¹⁵⁹. Sie erweist sich als außerordentlich sozialnützlich, weil sie den allgemeinnützlichen Frieden fördert. Die anderen Personen einer Gemeinschaft drängen auf die Einhaltung der „moralischen Nächstenpflicht“ zur Verzeihung. Dafür ehren sie dann den Verzeihenden als Souverän.

Umgekehrt wird aber auch jeder absolute Fürst und sonstige Autokrat deshalb gelegentlich Gnade erweisen und vielleicht sogar seine Amtszeit als neue Ära mit Strafamnestien und Nahrungsspenden beginnen, um auf diese Art die emotionale Achtung seiner Untertanen zu erlangen. Damit leistet er zugleich vor, etwa im Sinne des einfachen „Do ut Des“ und erhofft verzeihende Vergebung bei seinen Willkürakten, die er etwa im Sinne seiner persönlichen „Staatsraison“ durchführt.

6. Auch religiöse Opfergaben lassen sich in diesem Sinne als mit Tributen um Gnade zu bitten verstehen, so wie auch allgemein die Ideen von Schuld und Sühne einen religiösen Hintergrund besitzen. Aber auch die moralischen Begriffe von Toleranz und Vergebung als Gabe sowie die überpflichtgemäße Gabe (Supere rogation)¹⁶⁰ gehören in diese Art des vorrechtlichen Pflichten- denkens. Utilitaristisch gelesen besteht der Nutzen von Reue und Gnade im sozialen Frieden, an dem alle, und zwar nicht zuletzt auch die vielen Dritten teilhaben.

¹⁵⁹ Zur Abgrenzung vom „Handlungsutilitarismus“, der *jede* Handlung als nützlich eingeordnet sehen will, der also das Spielerische nur mittelbar erfassen kann und der Irrtum als konkreten Fehler betrachtet, siehe: Baurmann, Zweckrationalität, 1987, 203, sowie grundlegend: Smart, Utilitarismus, 1975, 121 ff.; siehe überdies: Rawls, Regelbegriffe, 1992, 96 ff. und Mackie, Ethik, 1983, 173.

¹⁶⁰ Siehe das „Jahrbuch für Recht und Ethik“, Band 6 (1998) mit dem Themenschwerpunkt „Altruismus und Supererogation“. Zum Überblick insbesondere: Dahlstrom, Einstellung, 1998, 73 ff., mit ausführlichen Nachweisen aus der angloamerikanischen Altruismus-Diskussion.

7. Auf welcher Ebene auch immer, derjenigen der Gerechtigkeit, der Solidarität oder der Machtpolitik, die persönliche Reue löst eine Art von „Pflicht zur Gnade“ aus. Die „Freien, Gleichen und Nächsten“ konstituieren sich sogar erst unter anderem über die Grundfähigkeit zur Versöhnung und zur Unterwerfung unter die Idee der goldenen Regel der Marktgerechtigkeit. Als „Freie“ allerdings vermögen sie sich stets auch gegen die Versöhnung und für die Fortführung des Streites zu entscheiden. In diesem Fall werden die Dritten an das kollektive Interesse denken und zum Erhalt eines friedlichen Marktes und der vertrauensvollen Arbeitsteilung in einer Gemeinschaft erwägen, selbst aktiv zu werden. Sie werden gegebenenfalls zwangsweise und kollektiv den streitenden Freien die Macht zum Streit nehmen, also die „Freiheit“ bis hin zur Fortbewegungsfreiheit beschneiden, nachdem sie dies zuvor angedroht haben, um schon im Vorfeld auf potentielle Konfliktparteien einzuwirken.

3. Sühneverträge im Mittelalter

1. Zu Art und Ausmaß der Sühne und Buße im Recht verhilft dem Juristen zunächst der Blick in die mittelalterliche Rechtsgeschichte, die zwei miteinander zusammenhängende Eigenheiten besitzt. Sie ist in starkem Maße religiös geprägt und kennt noch keinen Staat.¹⁶¹ Dort trifft der Rechtskundige auf den mittelalterlichen „Sühnevertrag“, mit dem die Parteien vor allem die Blutrache zwischen gesamten Familienverbänden abgewendet haben. Als souveräner Akteur trat also das Kollektiv der Familien auf, vertreten durch den Führer eines Hauses¹⁶².

2. Standardbußen bilden in der mittelalterlichen, und damit der vorstaatlichen deutschen Rechtsgeschichte die Streitbeilegung zwischen Personalverbänden wie den Sippen. Vieh und sonstige

¹⁶¹ Zur mittelalterlichen Geschichte der Buße und des Ablasshandels: Grommes, Sühnebegriff, 2006, 46 ff.; zu römischen Sühneopfern zudem als Menschenopfer im Strafrecht der Kaiserzeit: Dohrmann, Anerkennung, 1995, 11 f.

¹⁶² Aus der Sicht der germanischen Rechtsgeschichte: Pitz, Verfassungslehre, 2006, 4. Kap., §§ 90 f.

Werte waren insbesondere für den Verlust eines getöteten Kriegers zu leisten¹⁶³, sonst entstanden kriegerische Feindschaften.

Tacitus schreibt bereits 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 gewisse Anzahl an Groß- und Kleinvieh gesühnt und an der Erhebung des Wergeldes nimmt die gesamte Verwandtschaft teil – zum Nutzen der Gemeinde, denn in ungebundener Freiheit sind Fehden gefährlich.“*¹⁶⁴

Der Sühnevertrag beinhaltet verkürzt also eine Art der Privatstrafe, die zugleich das kriegerische Grundmodell von auswechselbaren Feind- und Freundbeziehungen nutzt. Solche Vereinbarungen hat es zum Beispiel noch im ganz späten deutschen Mittelalter zwischen 1450 und 1600 gegeben. Im Ort Eichstätt sind in der Zeit etwa 110 Sühneverträge vor allem wegen Totschlages nachzuweisen.

4. Schuld- und Schamgesellschaften, individuelles Gerechtigkeitsgefühl und kollektive Zuschreibung

1. Die Sozialpsychologie, die die Kriminologie und auch die Staatsphilosophie aufgreifen, trennt in ähnlicher Weise zwischen Schuld- und Schamgesellschaften. Schuld und Scham könnten beide die Psyche des einzelnen Menschen bestimmen.¹⁶⁵ Dabei ist wieder zu versuchen, Kollektiv und Individuum soweit möglich parallel zu beschreiben. Im Hinblick auf Schuld und Scham gilt jedoch, wie vermutlich bei allen humanen Grundelementen,

¹⁶³ Zu Sühneverträgen in der germanischen Zeit: Radbruch/Gewinner, *Geschichte*, 1991, 18.

¹⁶⁴ Tacitus, *Germania*, 1944, cap. 2. Dazu auch: Grommes, *Sühnebegriff*, 2006, 57 ff.; zu „öffentlichen Strafen“ bei allgemeiner Friedensstörung, siehe: Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 1996, 91.

¹⁶⁵ Siehe etwa: Seidler, *Scham*, 1997, 119 ff.; Marks, *Funktion*, 2006, 51 ff.

dass auch die Fachwissenschaften sie nicht ganz einheitlich verwenden.¹⁶⁶

Aus einer anglo-amerikanischen Sicht: „*While guilt is a painful feeling of regret and responsibility for one's actions, shame is a painful feeling about oneself as a person*“.¹⁶⁷

Im deutschen Sinne ethisch eingefärbt, erfasst die Tat-Schuld eine moralische Kategorie. Als solche berührt sie das innere „Selbst“ des Akteurs. Sie belastet das Selbstwertgefühl oder die Selbstachtung des als selbstbestimmt gedachten Menschen („one's“). Hingegen meint Scham eher die Reaktion darauf, die soziale Rolle („person“) nicht zur Zufriedenheit des familienähnlichen Kollektivs oder eines patriarchalischen Oberherrn ausgefüllt zu haben. Insofern liegt ihr vereinfacht der kindliche Ungehorsam gegenüber extern gesetzten Regeln zu Grunde, auf den typischerweise Schelte folgt und bei dem Liebenseitzug droht.

2. Die im Kern liberale westliche Zivilisation legt das Schwergewicht vereinfacht auf die „Verantwortung des Einzelnen“. Im Recht erscheint sie, je nach Ausprägung des Normbruchs, entweder als Haftung für die eigene Tat oder als höchstpersönliche Schuld. Die westlichen Zivilisationen gelten deshalb als „Schuldgesellschaften“. Aber zur Schuld, die der Freie für seine Unrechtstaten empfindet, dürfte sich zumindest „auch“ die sozial-hoheitliche Scham desjenigen gesellen, dem der Verstoß gegen übermächtige kollektive Normen vor Augen gehalten wird.

So ist bei Menschengruppen, deren Mitglieder sich vorrangig als ein blind gehorsamer Teil von Kollektiven begreifen, sich etwa von der Sippe (Clan) und deren Ehrbegriffen abhängig sehen und die sich nicht verinnerlichten Ethiken unterwerfen, anstelle von Schuld besser von „Scham“ zu sprechen.¹⁶⁸ An Stelle von Schuld

¹⁶⁶ The concepts of shame, guilt and embarrassment are not fully standardized: Tangney/Miller/Flicker/Barlow, shame, 1996, 1256 ff.

¹⁶⁷ Fossum/Masson, Shame, 1986, 5.

¹⁶⁸ Die Kulturen können und werden zumeist eine der drei Ausrichtungen verstärken. So gibt es (sozial-religiöse) Schamgesellschaften, (individuell-moralische) Schuldkulturen und (liberal-ökonomische) Haftungsdeutungen. Zur „Bürgerlichen Öffentlichkeit“ als Grund für den Wechsel von einer, wie einzufügen ist kollektivistischen und an

regiert bei ihnen dann der „Ungehorsam“. Aber auf den zweiten Blick ist vermutlich zu differenzieren. Denn jeder Gläubige, der etwas opfert, unterwirft sich auf diese Weise nicht nur demütig einer höheren Macht, sondern er tritt auch als jemand auf, der seinen pflichtgemäßen Tribut entrichtet, um Gnade und Schutz zu erlangen. Die einfachen animistischen Jagdopfer belegen etwa, dass einzelne Menschen oder kleine Jägergruppen „tätig“ und damit zu Akteuren geworden sind. Andererseits dürfte zumindest die Mehrheit der erwachsenen Menschen in einer jeden menschlichen Gemeinschaft immer auch fähig sein, sich vertrauensvoll-blind gruppenkonform zu verhalten.

3. Vereinfacht entsteht die individuelle oder auch höchstpersönliche Schuld mit der Idee der Person als Individuum oder auch als ein freier Akteur. Dessen Schuld ergibt sich aus der Verantwortung für einen Normverstoß, die eine Person gegenüber sich „selbst“, einer gleichrangigen anderen Person oder einem Kollektiv von Personen empfindet. Scham bedient dagegen Unterwerfungs- und Pflichtensysteme. Dabei ist der Begriff der Person ambivalent genug, um je nach Betonung der individuellen oder der sozialen Seite Schuld und Scham zu erfassen.

natürlichen Pflichten ausgerichteten, „Scham-Kultur“ hin zu einer „Schuldkultur“ des handelnden Individuums: Ladeur, Staat, 2006, 20 f.

Die psychosoziale Realität dürfte aber in der *Mitte* liegen. *Scham* beruht, wie auch der Ansatz von Ladeur mittelbar belegt, auf der *Unterwürfigkeit*. Schuld entspringt dagegen dem Selbstbewusstsein und dem Selbstbild von der Souveränität. Hinzu tritt die einfache „zivile“ Idee der schmerzlichen *Haftung* des Akteurs für die Folgen seines Tuns. Erwachsene Menschen, die sich strengen Religionen unterwerfen oder auch sonst „extrovertiert“ leben, schämen sich stärker. Sie haben gleichsam *frühkindlich* das „Wesen“ von übermächtigen Übereltern verletzt. Diese *Bezugspersonen*, an die die Kinder sich vertrauensvoll „zurückbinden“ stehen zumindest für kleine Kinder *ganzheitlich* und als Wesen dafür, was richtig und gut ist, aber im Übrigen wechselhaft auch ganzheitlich dafür, was das Schlechte und das Böse ist: Deshalb fühlen und rufen sie vielleicht etwa auch die „gute Mutter“ oder auch die „böse Mutter“, ohne zusätzlich deren Handlungen zu betrachten. Kleine Kinder können sich deshalb also schon „schämen“ aber noch keine echte „Schuld“ empfinden. Ihnen fehlt in diesem Modell die erst später einsetzende „moralischen Entwicklung“. Psychoanalytisch gedeutet kann sich aus solchen unverarbeiteten Kindheitsresten bei den Erwachsenen dann das „borderline“ Syndrom (Neurose-Pschose) entwickeln.

Mit der Sünde hat das christliche Mittelalter die Ideen der Eigenverantwortung und der Gleichheit vor dem einen Gott befördert. Auch hat dieser langwährende Zeitgeist immerhin, und als Brücke zur staatlichen Gegenwart, eine religiöse Parallelwelt des Gottesvolkes (der *civitas dei*) aufgebaut. In ihr hat das Christentum von Anfang an die Gleichheit der Seelen aller Gläubigen verkündet, die persönliche Verantwortung des Gläubigen vor Gott eingefordert und auf das Paradies und das Jüngste Gericht mit seinen Höllenstrafen verwiesen.

Auch *Kant* hat später bekanntlich noch streng zwischen der Moral als der Verpflichtung gegenüber sich „selbst“ und den „Rechten der Obrigkeit“ getrennt und insofern aus der Sicht von „Schuld und Scham“ eine Zweispurigkeit ermöglicht. Von Rechtsgehorsam und der Herrschaft des Rechts (*Rule of Law*) sprechen auch die westlichen Rechtskulturen.

4. Näher liegt es deshalb, davon auszugehen, dass bei jedem „natürlichen“ Menschen auf dieser Welt grundsätzlich beide Ansätze,

- die höchstpersönliche Tat-Schuld und
- die soziale Scham, vorhanden sein und drittens
- beide Psychogramme irgendeine Art der Synthese bilden müssen.

Die Ideen der Schuld und der Scham dürften sich demgemäß vermutlich nur in der Gewichtung ihrer allgemein-kulturellen, der subkulturellen und auch der höchstpersönlichen Ausprägung unterscheiden. Politisch handelt es sich aus der weltlichen Sicht um die zivilisatorische Frage, ob der „Einzelne“ oder aber die „Gemeinschaft“ den Vorrang genießt.

In den liberalen westlichen Schuldgesellschaften geht dann die Scham in der Schuld auf. Denn Straftäter, die sich, wie es nicht einmal selten geschieht, zu ihren Taten bekennen, schämen sich zugleich auch gegenüber ihrer Familie, den Freunden und Nachbarn sowie gegenüber der sonstigen örtlichen und regionalen Öffentlichkeit. Auf deren mutmaßliche Meinung und die von jenen

zu erwartende Missachtung ihrer Person reagieren sie dann gleichsam blind und unterwürfig.

Aus rechtssoziologischer Sicht betrachtet, verteilt die Gemeinschaft die Verantwortung auf ihre Weise. Zwei groben politischen Leitmodellen kann sie dabei folgen. In agrarischen, kollektivistischen Gesellschaften können die Eltern und Führer als Repräsentanten ihres Kollektivs für ihre Kinder und Untergebenen verantwortlich sein. Denn in Familienverbänden und Clanstrukturen spielen die Kinder und Untergebenen keine relevante politische Rolle.

Umgekehrt kann für die Verursachung eines Übels deshalb kraft eines kollektiven Orientierungsmusters auch allein, und ohne Rückgriff auf sein soziales Umfeld ein bestimmter Einzelner „zuständig“ sein. Ihm werden dann seine Tat und deren Unrechtserfolg sozial zugerechnet. Denn er gilt als autonom und souverän. Er darf grundsätzlich seine Persönlichkeit frei entfalten und seine Chancen zu eigenem Nutzen verfolgen. Aber als Straftäter hat er dafür seinen politischen Preis zu erbringen. Zwar kann die Gesellschaft sein Verhalten auch sozialnützlich rechtfertigen, es als Ergebnis einer Notlage entschuldigen oder ihn schlicht kollektiv begnadigen.¹⁶⁹ Aber auch diese Art individueller Zurechnung wird vom westlichen Schuldprinzip integriert.

Insgesamt gilt deshalb, dass sobald die Ideen der kollektiven Zurechnung und der Ordnung die Vorherrschaft gewinnen, also das Kollektiv regiert, „Scham“ und „Ungehorsam“ den Vorrang vor der Eigenverantwortung genießen. In Schamgesellschaften genügt es dann auch, kollektiv zu reagieren und sogar auch inner-

¹⁶⁹ Dazu für das Strafrecht, und zwar aus der Sicht seiner Systemtheorie: Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 1. Abschnitt, Rn. 11 ff. Daraus folgt dann weiterhin das auch die Schuld des deutschen Schuldstrafrechts in (der wiederum nur sozialen) Wahrheit lediglich eine soziale Zuschreibung darstellt. Sie heißt dann „subjektive Zurechnung“. Der Grund für die Fiktion des Subsystems von Schuld und Schuldstrafe entspringt entweder lediglich dem gegenwärtigen westlichen gesellschaftlichen Organisationsmuster oder aber vielleicht sogar einem universellen biologischen Orientierungsmuster. Dazu aus der Sicht einer rechtssoziologischen Theorie des Rechts: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 139, ein „allgemeines Organisationsprinzip“.

halb des sozialen Systems bestimmte dafür vorgesehene Menschen als „Sündenböcke“ zu opfern.

In religiösen Gemeinschaften findet die Zuschreibung von Verantwortung in ähnlicher Weise statt. Das Alte Testament enthält Beispiele von „Ungehorsam und Strafen“ bezogen auf das gesamte Volk und seine Führer, und das Neue zielt, stets sichtbar im Vater Unser, auf „Schuld und Vergebung“ im Hinblick auf den einzelnen Gläubigen. Beide Ausrichtungen sind Gegenstand derselben Glaubensschrift, sodass es auch insofern nur um den Vorrang und darum geht, den jeweils anderen Grundgedanken mit aufzunehmen.

5. Das sozialreale westliche Recht kennt bei näherem Hinsehen zahlreiche Elemente, die Aspekte der Scham aufgreifen. Dazu gehört es vor allem, seinen dem demokratischen Recht unterworfenen Mitgliedern den Rechts-Ungehorsam in öffentlicher Verhandlung vorzuhalten. Man kann auch noch einen Schritt auf die informelle soziale Ebene zurückgehen. Wer einen Prozess „verliert“, hat sich dabei, so scheint es zumeist, zu Unrecht eines Rechtes berüht. Unmittelbar mit dem Schamgefühl arbeiten alle Formen von „Makel“, zu denen aus der Sicht des Rechtsstaates insbesondere die öffentlichen strafrechtlichen Verurteilungen mit ihrem Schuld- und Strafausspruch zählt. Alle Arten des „Ansehensverlusts“ vermögen Schamgefühle vor sich auszulösen, etwa als Minderwertigkeitsgefühl, und zugleich auch gegenüber seinen Nächsten. Dazu gehört das bloße Stigma, im Gefängnis gewesen zu sein ebenso wie die Arbeitslosigkeit. Jede hinzunehmende öffentliche „Beschuldigung“ vermag auf der sozialen Ebene Druck aufzubauen und als Spiegelung des empfundenen Ansehensverlusts persönliche Schamgefühle zu bewirken.

6. Schuld und Scham dürften zudem beide mit einem Grundgefühl für Gerechtigkeit verbunden sein. Aus derselben Sicht der Sozialpsychologie dürfte sich die Idee einer höheren Gerechtigkeit schlicht auf zwei kernfamiliäre Grundmuster stützen. Vereinfacht sind es die Modelle der „Gleichheit“ von Brüdern und Schwestern im Alltag einerseits und die „Solidarität“ als zuteilende Nothilfe durch Eltern und Gruppen andererseits. Unter Freien und Gleichen entsteht ein Regelgeflecht mit dem Vorrang von Schuld und Sühne. Über-Eltern erwarten dagegen von ihren unmündigen Kindern eher Scham und Buße.

Diese zweite Art von Gerechtigkeit ist also eine zuteilenden „der Eltern“. Insofern besitzt sie auch einen hoheitlichen Charakter. Denn die ersten Götter der Kinder sind aus der Sicht der Entwicklungspsychologie die Eltern. In den Religionen vergeistigen die Erwachsenen nicht nur die Welt, sondern unter anderem auch die Eltern. Im Animismus verehren die Menschen vielfach einen Weltgeist, der sie geschaffen hat. Sie beten zudem zu den Gründungsvätern ihrer Sippe. An Familienaltären opfern sie ihren eigenen Ahnen und sprechen zu ihnen. Die drei großen Buchreligionen bekennen sich zu einem sie lenkenden Gottvater, der sie zudem auch Kindern gleich geschaffen hat, und im Katholizismus wenden sie sich auch an die hilfreiche Mutter des Gottessohnes.

Säkular gewendet findet in der westlichen Welt zwar eine Versachlichung zu Werten statt. Dennoch bekennen sich die europäischen Völker in der Präambel des Grundrechtsvertrages immerhin zu ihrem geistig moralischen „Erbe“. Zu ihm gehört das frühstaatliche „Naturrecht“, das mit der Aufklärung in die allgemeinen, „angeborenen“ Menschenrechte einmündet. Politisch ist das Menschenmodell gemeint, das die immer noch gültige Formel „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ ausdrückt. Als aktiver Schöpfer dieser Werte erscheint die „Natur“. Zu ihr gesellt sich auf der postmodernen Ebene dann heute schon etliche Zeit die an sich paradoxe Vorstellung von der „Selbstorganisation“.¹⁷⁰ Diese verwirrende Idee kennen und verehren wir offen in der kleinen Form der asketischen „Selbst-Beherrschung“ und auf der Ebene des Menschen zunächst als Autonomie und Grund der Menschenwürde. Danach können wir dann aber auch auf der Ebene des Staates die säkulare Staatsform der Demokratie begründen. Umgekehrt muss auch, wer „Herr“ sein will, sich möglichst weitgehend als frei und selbstbestimmt begreifen.

7. Vereinfacht und zu zwei Paaren verbunden, existieren also

- „höchstpersönliche Schuld und soziales Schamempfinden“ sowie

¹⁷⁰ Dazu: Prigogine, Sein, 1988, 15; Ziemke, Selbstorganisation, 1991, 25 ff., 25; Jantsch, Selbstorganisation, 1986, 236. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht zusammenfassend: Jung, Self-organization, 2010, 1364 ff., 1364 ff.

- „kulturelle Zuschreibung und eine kind-elterliche Gerechtigkeitsstruktur“.

Diese, wie immer „dialogischen“, Paare gehören beide zum Menschsein. Aber die westliche Kultur legt das Schwergewicht auf die höchstpersönliche Schuld und auf die Herrschaft der Idee der Gerechtigkeit als Gleichheit.

8. Was bedeutet dies für die Versöhnung?

Die Reue und Schuldübernahme im Rahmen einer Beichte oder einer sonstigen Kommunikation verlangt aus christlicher Sicht zumindest das Angebot einer Art der ausgleichenden Selbstbestrafung, der Sühne. Üblicherweise sehen Religionen dafür einen schmerzhaften Verzicht vor, also ein ausgleichendes Opfer als eine besondere Form der Askese.

Die Idee der weltlichen „Versöhnung“ ist ebenfalls unter anderem eine Antwort auf die persönliche Schuld. Die Schuld erfordert jedenfalls unter der Herrschaft des Dreiklages von „Freiheit“ (Schuld), „Gleichheit“ (gerechtem Übel) und Solidarität (empathischer Fürsorge) die solidarische Vergebung der restlichen Schuld. Ihr können sich die Strafenden, also die Gesellschaft und ihr Staat, auch nicht ohne weiteres entziehen, jedenfalls nicht, ohne selbst als unbarmherzig zu gelten. Den Weg bildet dann die republikanische Ausprägung der „Selbstorganisation“. Die Zivilgesellschaft organisiert diesen Prozess (selbst), und zwar im Streitfall mithilfe eines sowohl demokratischen, als auch minimaethischen Rechtssystems.

Verallgemeinert trifft den Versöhnenden, das Kollektiv ebenso wie den Einzelnen, der emotionale und mit der Sanktion der Scham bewehrte Druck, sich der friedensstiftenden Versöhnungsidee zu unterwerfen. Hinzu tritt die kollektive ethische Erwartung, dieser edlen Sozialpflicht nachzukommen und mit der Vergebung notfalls auch ein eigenes „Sonderopfer“ zu erbringen. Daneben wirkt ein absolutes Gerechtigkeitsempfinden, das sich aus den beiden anthropologischen Grundmustern der „familiären“ Gerechtigkeit speist.

Diese seelischen „Mechanismen“ gilt es also bei Konflikten und deren friedlicher Auflösung zu beachten und zu bedienen.

Schuldgesellschaften betonen die individualistische Seite der Eigenverantwortung, Schamgesellschaften unterstreichen die kollektive Seite des versagten Gehorsams.

Die Idee der Versöhnung verbindet – vor diesem Hintergrund – eben typischerweise Schuld- und Schamelemente. Die streitenden Parteien werden dahin geführt, sich selbst wieder als würdiges, fühlendes Wesen anzuerkennen und sich wechselseitig als „gleichwertige“, geschwisterliche „Akteure“ zu respektieren. Dahinter verbergen sich zugleich die beiden Elemente der mitfühlenden Zuschreibung von Würde und die Erfahrung von Gerechtigkeit als warme familiäre Gleichheit und Wechselseitigkeit.

Aus kollektiver Sicht haben sich die Streitenden dem Gemeinsamen eines wiederbelebten familienähnlichen Bundes kindlich gehorsam zu unterwerfen. Aber dann können sie auch dessen Vorteile der friedlichen Kommunikation und Kooperation ungestört genießen.

Schließlich gilt auch, dass wer Schuld und Scham vermeiden und den Mühen der Versöhnungsriten entgehen will, versuchen müssen wird, Konflikte im Vorfeld zu entschärfen. Er kann durch Vorleistungen nach dem Grundsatz „tit for tat“ familienähnliche Netzwerke aufbauen und sich in ihnen bewegen. Zudem wird er kollektiven Normen seinen „Gehorsam“ erweisen und auch versuchen, an ihrer Setzung teilzunehmen. Der Streit und Kampf entsteht weiterhin dann, wenn die eigene freie Entfaltung der Persönlichkeit diejenige der anderen ungestüm und unregelt bedroht.

II. Freie Zivilperson und höchste Über-Ordnung

1. Zivilperson in Antike, Mittelalter und Renaissance

1. Die Streitenden treten zumal dann, wenn sich zu versöhnen trachten, als Streit-Personen auf. Deshalb ist an dieser Stelle erneut ein Blick auf die Idee der Person zu werfen, die die zivile Vorstufe für die Idee der „Rechtsperson“ bietet. Die absoluten Könige wie die mittelalterlichen Freien bündeln ebenso wie die würdigen Menschen und Demokraten die ihnen zugeschriebenen

Rollen und eigenen Selbstbilder. Sie alle umfasst und meint der wichtige, aber weiche Begriff der „Person“.

Dieser noch vorrechtliche Personenbegriff ist in der Regel mit drei weltlichen Höchstideen verbunden. Sie vereint mit unterschiedlichem Gewicht die Idee von der Person. Sie tritt

- als würdiges, moralisches Subjekt, als Herr auf, sie agiert
- als freier auf dem Markte tätiger Akteur, und sie sieht sich
- als teilautonomen Partner (Teilhaber) einer kollektiven Solidargesellschaft.

Zudem besitzt die politische Person mit dem Wort vom „Bürger“ (civis) einen stadtbürgerlich-antiken Ursprung.

Aber aus der Sicht einer historisierenden Zivilisationstheorie tritt über das Mittelalter auch ein christlicher Hintergrund hinzu. So treten etwa in der Dreifaltigkeitslehre zumindest „Vater“ und „Sohn“ als verschiedene, mächtige und eigenständige Personen auf. Aus ihnen können die Christen dann irdische Abbilder herleiten, und mit ihrem dreifaltigen Gott sehen sie sich, von seinem Atem vergeistigt, in einem Bunde.

Trotz der europäischen Vorstellung von der „Renaissance“ (Wiedergeburt) der Antike¹⁷¹ erstreckt sich zwischen ihr und der staatlichen Neuzeit ein langes und buntes christliches Mittelalter, das alle europäischen Reichskulturen in erheblichem Maße und gleichsam als zweite Säule mitbestimmt hat. Vermutlich lässt sich dieser Ansatz auch auf alle drei Buchreligionen erweitern. Die Lebenswelt des Alten Testaments oder verkürzt eines patriarchalischen Abrahams hält dem Mittelalter einen matten, aber eindrucksvollen Spiegel vor. Ebenso hat auch die Diaspora der jüdischen Stadtbinnenkultur und arabischen Nachbarkultur mit ihrem Rittertum und ihren Wissenschaften das christliche Europa, zumindest aus einer fernöstlichen Sicht, mitgeprägt. Der per-

¹⁷¹ Aus der Sicht der europäischen Geistes- und Wissenschaftsgeschichte: Coing, Naturrecht, 1965, 7 ff. (unter anderem zur wiederbelebten Antike).

sonal-liberale Grundansatz lässt sich dann vielleicht auch über den Patriarchen Abraham mit allen drei großen monotheistischen Buchreligionen verbinden.

Mit dieser Beschränkung ist zugleich die Vorstellung verbunden, dass auch eine andere, vereinfacht die östliche, asiatische, Denkwelt existiert. Jene stellt negativ gefasst auf das Unpersonale ab. Positiv umrissen setzt sie auf die „Ganzheitlichkeit“. Aus christlicher Sicht und hoch vereinfacht rückt der alles umfassende „Heilige Geist“ in die Leitrolle ein, die der personale Gott (von Vater und Sohn geprägt) der drei großen Schriftreligionen einnimmt.¹⁷² Politisch gewendet setzt der Westen vorrangig, aber nicht ausschließlich, auf die aktive Person und damit auf den Freien und seine „Freiheit“.

Die Ganzheitlichkeit betonte dagegen, etwa im Sinne des Animismus, die Einheit von allem. Gemeint ist damit auf der politischen Ebene die „Solidarität“. Diese betrifft zwar auch das Volk. Aber auch jenes ist nur Teil eines Ganzen und seiner allerhöchsten Ordnung. Zugleich ist der Einzelne eben dann auch ein untrennbarer Teil des Ganzen. So beachtet die Ganzheitlichkeitslehre auch den Einzelnen. Diese Sicht verlangt vom Menschen, etwa im *konfuzianischen* Sinne, als edler Weiser anders als der egoistische Gemeine aufzutreten. Der Edle wird sich über die Tugendpflichten am allerhöchsten Gemeinwohl ausrichten.¹⁷³ Um die „Harmonie“ mit der „umfassenden Ord-

¹⁷² Im Sinne einer „Abrahamic tradition“ und im Gegensatz zu „Asian values“, siehe etwa aus der Sicht der Kommunikationswissenschaft: Madl, Abrahamic, 2006, 103 ff., unter anderem 108 ff. („male-typs god-figure“), sowie mit folgender „Hierarchy of Oppression“: (1) God – (2) Man – (3) Women – (4) Animals and Plants – (5) Natur – (6) Mother Earth“. Am Ende steht nach Madl, Abrahamic, 2006, 103 ff., 123: „a holistic understanding by introducing Transdisciplinarity“.

¹⁷³ Zu dieser Vereinfachung des Konfuzianismus, siehe: Wikipedia, „Konfuzianismus“ (<http://de.wikipedia.org/wiki/Konfuzianismus>). Stand: Mai 2011: „Das zentrale Thema seiner Lehren war die menschliche Ordnung, die seiner Meinung nach durch Achtung vor anderen Menschen und Ahnenverehrung erreichbar sei ...“ Es gelte: „Den Angelpunkt zu finden, der unser sittliches Wesen mit der allumfassenden Ordnung, der zentralen Harmonie vereint“. Zu erstreben seien: „Harmonie und Mitte, Gleichmut und Gleichgewicht“. Siehe zudem: Riegel, Confucius, 2011.

nung“, also dem Ganzen zu erstreben, hat der Tugendhafte sie zunächst mit seiner Familien zu suchen, über sie mit dem Dorf, über jenes mit der Provinz, über diese mit dem Reich und dann mit dem Ganzen. Über diese zugleich politisch bedeutsamen Schichtungen der Ordnung des Ganzen erwächst aus den Tugendpflichten ein formales System der Amtspflichten“¹⁷⁴. Dieses Grundmusters von Amtspflichten kann sich auch ein weltlicher Kollektivismus, etwa als Volkskommunismus, bedienen.

Am Ende dürften vermutlich beide Arten von Lehren, die vorrangig individualistischen Freiheitsideen und die kollektivistischen Solidaritätsmodelle, zusammengehören, mit welchem Übergewicht und in welcher ethnisch-kulturellen Ausprägung auch immer. Diesen Drang zur Synthese zeigt unter anderem die Idee der „Gleichheit“, die auch bedeutet, die Freiheit des einzelnen Akteurs und die Solidarität, die jede Gemeinschaft nach innen von ihren Mitgliedern verlangen muss, in irgendeinen „Ausgleich“ bringen zu wollen.

Die westliche Welt ist aber vor allem „personal“ ausgerichtet. Das Doppelbild von Vater und Sohn kennzeichnet die europäische Zivilisation des Mittelalters. Seine christliche Leitreligion betont im Alten Testament den personalen Schöpfergott der Genesis und den zornigen Volksgott sowie die Vaterpersonen der Patriarchen und die Könige der Reiche. Das Neue Testament wird vom übermächtigen Jesusbild, von den Jüngerfiguren und den Verfassern der Evangelien bestimmt.

Die politische Ablösung vom Mittelalter des Reichs und der Kirche, die die europäische Neuzeit auszeichnet, kann man auch deshalb vielleicht analog zur Ablösung der Heranwachsenden von den Eltern begreifen. Auch Jesus bildet mit seinen Jüngern in seiner Zeit und in seiner Umwelt eine Art von einerseits altruistischer, aber andererseits auch geistig-revolutionärer Jungerwachsendengruppe. Aber Kinder haben eben Eltern. Zudem müssen in diesem Eltern-Kinder-Bild die neuen weltlichen Sprösslinge, sobald sie voll erwachsen sind und an Stelle ihrer Eltern die Welt

¹⁷⁴ MacCromack, School, ARSP 2006, 59 ff. („officials’ duties“, und bezüglich der Legalist School „that official should be accountable under the law for the correct performance of their duties“).

regieren, dann diejenigen sozialen Binnenfunktionen mit übernehmen, die zuvor ihre Eltern wahrgenommen hatten.

Die Gedankenwelt der „geistigen mittelalterlichen Eltern“ wird also die westliche Neuzeit des neuen Paares des absoluten Staates und der geistigen Aufklärung im Zweifel beibehalten müssen. Sie müssen „Reich“ und „Kirche“ in die neue Gegenwart „transformieren“. Das Reich verwandelt sich zum Staat. Die Aufklärung übernimmt die Aufgaben der mittelalterlichen Religion.

Diese nahe liegende Vermutung einmal als zutreffend unterstellt und noch weiter zurückgreifend, bedeutet, dass auch das spätere (römisch-katholische, beziehungsweise orthodoxe) Weltchristentum ein historisches Elternpaar besitzen dürfte, und zwar ein weltliches. So greift das Christentum seinerseits Elemente des Hellenismus und des spätrömischen Reiches auf. Das wird sichtbar an der Bedeutung der griechischen und der lateinischen Sprache. Die mittelalterliche Kirchen- und Kloster-Welten haben dieses Erbe dann zu ihren Zwecken umgeformt. Die Renaissance meint in dieser Familienmetapher also den Rückgriff der Enkel auf die Welt der Großeltern, vor allem auf die der Antike der weltlichen Städte.

2. Auch könnten die folgenden Erwägungen die große Rollenkonstruktion der Person zu umreißen helfen, und die Idee der Person damit wieder ein wenig universalisieren.

Die *Uridee* und das Grundmodell der verfremdeten Rollenperson ist alt. Sprachlich war sie der antiken Theaterfigur entlehnt, die mit einer Maske auftrat (personare als durchklingen). Dieses Grundmodell reicht aber noch viel weiter in eine archaisch-animistische Zeit zurück. Deren Grundaussagen und Riten erkennen wir auch noch in der östlichen Gegenwart. Gemeint sind die Tiermasken im „Schamanismus“, die wir zum Teil im westlichen Karneval verwenden, und analog dazu die „rituelle Bemalung“ der Krieger, die aufbrechen, um andere Krieger zu töten.

Hinzu treten die *biologischen* und sonstigen anthropologischen Grundrollen der Menschen. Sie wachsen als Brüder und Schwestern auf, sie schwärmen aus als kinderlose Jungerwachsenen, sie verfestigen sich als Eltern. Sie bilden Familienstränge als Onkel

und Tanten oder als erfahrene Großeltern. Ferner nehmen sie die Rolle von Auszubildenden und Ausbildern ein, sie sind Freunde, Gäste oder Fremde ...

Die *soziale* Idee der aktiven maskenhaften Person, die den „individuellen“ Menschen verbirgt und verfremdet,¹⁷⁵ aber ihn auch voraussetzt und schafft, steht für diese Sicht. Jede Rolle bedeutet erkennbar beides, die Individualisierung, aber auch die Entindividualisierung ihres menschlichen Trägers. Die Vorzüge, als ein Verhandlungspartner oder als ein freier und autonomer Akteur akzeptiert und vielleicht sogar gefeiert zu werden, kosten den beachtlichen Preis des Rollenzwanges.

Ferner drängt sich der *systemische* Gedanke der Universalität von aktiven und passiven, also „halbautonomen Subsystemen“ auf, die ein lockeres Hauptsystem bilden. In der Regel gehören die Subsysteme sogar mehreren Systemen (Netzwerken etc.) zu, und diese Eigenheit verleiht dem „Träger“ der Rollen, dem Einzelnen oder einer Gemeinschaft, eine eigene Individualität. Umgekehrt gelesen erzwingt eine Vielzahl von Rollen eine „Identität“, die dann zur Idee der Person an sich führt.

3. Vereinfacht beinhaltet die Idee der Person also ein einfaches Menschenmodell. Es bietet die bunten Kleider der vielen – sozialen – Rollen und bedeckt mit ihnen wechselweise die nackte eigene – liberale – Individualität.

2. Über-Ordnung als Gottes-, Vernunft-, Rechts- und Freiheitsordnung

1. Die hoheitliche Ebene ist auch in den Blick zu nehmen. Für sie steht unter anderem der Begriff der „höheren Ordnung“. Die

¹⁷⁵ Zum soziologischen Individualismus und zur Einbeziehung jedenfalls der „Person“ des Menschen in die Systembetrachtungen, also als ein agierendes individuelles Subsystem, siehe etwa: Schelsky, Soziologen, 1980, 77 ff., 95 ff. Aus derselben Sicht und zugleich kritisch zum sozialen Funktionalismus, siehe die Rezeption von Schelskys personalem Ansatz aus straf- und normtheoretischer Sicht: Schneider, H. v., Einübung, 2004, zur Rechtssoziologie: 40 ff., zum Strafrecht: 70 ff., zusammenfassend: 340.

Sühnparteien schwören in der Regel auch heilige Eide. Mangels einer staatlichen Gewalt unterwerfen sie sich im Falle eines Vertragsbruchs der göttlichen, und schon deshalb einer Strafgewalt. Sie straft dann den Eidbrecher für den Eidbruch.

Schon im vorstaatlichen Mittelalter tritt aber neben den allmächtigen Gott und doch untrennbar mit ihm verbunden auch die Idee eines höchsten gerechten Rechts. „Gott“ und „die Idee der unfassbaren höchsten Ordnung“ bilden in den rechtsgeschichtlichen Verkirchlichungen der drei monotheistischen Schrift-Religionen und zumindest auch in den frühen Reichen, etwa schon in Ägypten, eine Einheit. Bei Verstößen gegen diese Ordnung ist für ihre Wiederherstellung Sorge zu tragen, und zwar mit der Beichte und „Werken der Buße“ und Sühne, wenn auch in der Erwartung von Vergebung.¹⁷⁶

Aus der Sicht der vergleichenden Ethik ist mit *Bongardt* zudem daran zu erinnern, dass in frühen Gesellschaftsformen überhaupt „die soziale, die natürliche und eine möglicherweise göttliche Ordnung noch nicht voneinander getrennt“ waren. Sie waren „Aspekte ein und derselben Einheit des Werdens und Wirkens“. Jedes formale „Abweichen und jeder Widerspruch“ galten als Störung der Ordnung. Deshalb musste ihnen begegnet werden, und zwar auch mit „Opfern und Reinigungsriten“.¹⁷⁷ Persönliche Schuld und Vorwerfbarkeit waren bei den kollektivistisch lebenden Großgruppen offenbar nicht einmal vonnöten.¹⁷⁸ Die Idee einer heiligen, weil kosmischen Ordnung ist also ohnehin weit älter, und sie ist ferner ein wesentlicher Bestandteil der animistischen Opferreligionen. Damit verfügt diese Idee einer Ordnung (eines Systems etc.) über eine gewisse Selbstständigkeit. Auch das europäische Mittelalter, das sich zugleich einen dämonischen Hexenglauben aufgeladen hat, sah in der Folter noch Elemente der Reinigung.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Etwa in diesem Sinne: Bongardt, *Endstation*, 2010, 57 ff., 70 f.

¹⁷⁷ Bongardt, *Endstation*, 2010, 57 ff., 59. Dazu auch: Malina, *Rituale*, 2000, 23 ff.

¹⁷⁸ Aus der Sicht der vergleichenden Ethik: Bongardt, *Endstation*, 2010, 57 ff., 58. sowie: Ricoeur, *Schuld*, 1970, 384 ff.; Cassirer, *Versuche*, 1992, 116 ff.

¹⁷⁹ Schild, *Reinigungs- und Kampffolter*, 2008, 171 ff.

Der Anthropologe *Rappaport* fügt den Begriff der „Wahrheit“, etwa als „Bekenntnis“ gemeint, noch hinzu. Er spricht zu Recht von einem Dreiklang von „Göttlichkeit, Wahrheit und Ordnung“ („divinity, truth and order“).¹⁸⁰ „Himmel und Hölle“ sind im Christentum untrennbar mit der höchsten Macht des Göttlichen, mit der Gerechtigkeit der Gerechten und mit dem Strafen der Sünder verbunden.¹⁸¹

2. Im europäischen Hochmittelalter konnte sich die Idee der heiligen Ordnung als höchstes Gottesrecht ausprägen und dann über die Universitäten und die Klosterschulen zur schon wissenschaftlichen Scholastik weiterentwickeln. Dieser Weg führte zum göttlichen „Vernunftrecht“ und konnte zugleich das römische Recht wiederbeleben. Die Renaissance setzte verstärkt auf antikes Denken. So konnte sie der Sache nach das ausgefeilte „spätgotische“, vernünftige Gottesrecht hin zum höchsten Vernunft- und Naturrecht des Humanismus emanzipieren.¹⁸² Dabei tritt das Naturrecht der frühen Neuzeit noch weitgehend als Rechtsethik und weniger als Recht im heutigen Sinne auf.¹⁸³

An die Stelle des „Gottesfriedens“ tritt im kaiserlichen Mitteleuropa die Idee des „Landfriedens“.¹⁸⁴ Wie die Fürsten der Renais-

¹⁸⁰ Aus der Sicht der Anthropologie, siehe: Rappaport, *Ritual*, 1999, 297 ff.

¹⁸¹ Zum christlichen Gerechtigkeits- und Strafmodell „Himmel und Hölle“ siehe Kvanvig, *Heaven*, 2009.

¹⁸² Dazu aus Sicht des evangelischen Christentums: Bormann, *Theologisierung*, 1969, 75 ff., 765 (als Entmythisierung im Sinne einer „Theologie der Vernunft“).

¹⁸³ So nachdrücklich Schröder, J., *Recht*, 2012, 13, 105 f. („Im Naturrecht des 16. und 17. Jahrhunderts waren „Recht und (christliche) Moral nicht voneinander getrennt“. Die Abgrenzung des Rechts von Sittlichkeit und Sitte habe 1705 dann Thomasius vorgenommen, über den Gedanken der „erzwingbaren Vorschriften“.) Die Idee des Staates mit seinem Gewaltmonopol musste also hinzukommen. Schröder erläutert weiter: Ab 1780 veränderte sich das Verhältnis zum positiven Recht, jenes musste „nicht mehr notwendig vernünftig und gerecht sein“, sodass das Naturrecht und positives Recht einander widersprechen konnten. Damit wandelte sich das Naturrecht zum Teil einer entsprechenden Rechtspolitik.

¹⁸⁴ Dazu und zum eher hoheitlichen Wort der peinlichen „Strafe“: Wadle, *Landfrieden*, 1995, 71 ff., 198. Hattenhauer, *Rechtsgeschichte*, 2004, 17.

sance in den Städten von Oberitalien Kirchen mit mächtigen Kuppeln bauten, mit denen sie sich nunmehr im Gegensatz zur himmelstürmenden Gotik vom Himmel abgrenzten, waren die Vernunft und die Ordnung offenbar nicht mehr unmittelbar einem himmlischen Gott zuzuordnen. Sie waren Teil des göttlichen Werkes, der irdischen Schöpfung, also der erforschbaren Natur und derer Gesetze.¹⁸⁵

3. Die religiöse Vernunftordnung gerinnt danach zum Natur- oder auch Vernunftrecht. So heißt es mit Blick auf das Strafen bei dem bedeutenden deutsch-niederländischen Humanisten *Grotius*, 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. *Grotius*¹⁸⁶ betont dazu etwa die Klugheit, die Strafe nur zur Heilung und nicht zur blinden Rache einzusetzen, und verweist auf *Seneca*¹⁸⁷, der sich auf *Platon*¹⁸⁸ bezieht. Diese Art der Strafe sei ein „*Diktat der Vernunft*.“ Niemand kann sich in dieser Zeit der mächtigen eigenen Traditionen entziehen.

Aus der Sicht von *Grotius* ist die römisch-katholische Gotteslehre nicht Privatsache und in den politischen Schutzraum einer privaten Bürgerreligion zu überführen. Sie bildet vielmehr einen notwendigen Teil des eigenen geistigen Fundamentes. Zugleich aber greift der Humanismus in dieser Umbruchphase der politischen Moderne auf die tradierten Gedanken noch älterer Grundväter des wirkungsmächtigen Hellenismus und seiner römischen Rezeptoren, wie *Seneca*, zurück. Für den angloamerikanischen

¹⁸⁵ Dazu, dass die Vorstellungen von „Gott“ und „Natur“ auf derselben Ebene angesiedelt sind, aus der Sicht der Rechts- und Wissenschaftstheorie: Pawlowski, Schutz, 2000, 9 ff., 14.

¹⁸⁶ *Grotius*, *De Jure* (Schätzel), 1950; nachdrücklich auch für das staatliche Strafen: Jakobs, Strafe, 2004, 5 ff.

¹⁸⁷ *Seneca*, *Schriften* (Rosenbach), 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 aus der Sicht der Philosophie: Schmitz, Legitimität, 2001, 87.

¹⁸⁸ *Platon*, *Protagoras* (Eigler), 1990, 83 ff., 83 ff., 324, a, b; auch: *Platon*, *Nomoi* (Eigler), 1990, 854d, 934a, b, und: *Platon*, *Gorgias* (Eigler), 1990, 269 ff., 269 ff., 428a bis e: Strafen als Heilen. Seinerseits aufgegriffen von Jakobs, Strafe, 2004, 5.

Kulturkreis wichtiger heißt es etwa auch, dass *Locke* das mittelalterliche christliche Denken rationalisiert habe.¹⁸⁹

Auch helfen vielleicht einige Metaphern, um diese Umbruchszeit zu verstehen. So verweist die naturrechtliche Vorstellung *Hobbes* vom neuen Staat auf das Bild eines biblischen Seeungeheuers, des Leviathans. Um dieses zu zähmen, benötigen die Menschen einen Retter. Sie setzen auf einen heiligen Kriegerritter als (englischen) Sankt Georg, der dem mächtigen Staatsungeheuer im Namen des naturrechtlichen Urliberalismus als königlicher Erlöser entgegentritt und der dieses große Kollektivwesen wenigstens unterwirft. Danach vermag das Volk der Freien den Leviathan dann mit den Fesseln eines Gesellschaftsvertrages zu binden, mit der Idee der Rechtsperson zu zügeln und den Staat endlich selbst zu beherrschen. Den zivilen Sankt Georg verkörpert heute im Kleinen, und vor allem in den Gerichtsrechten der angloamerikanischen Rechtsstreitkulturen, derjenige Rechtsanwalt, der unentgeltlich und ritterlich für das Gute streitet, „pro bono“. Jeder Streit im Inneren, den es nicht mit dem Konsens der Freien vertraglich zu lösen gelingt, ist zudem aus der Sicht des Gerichts als der Dritten Gewalt mit dem Schwert des gerechten Rechts zu richten.

Säkular gewendet steht hinter dem staatlichen Recht heute die heilige Rückbindung an die Idee des demokratischen Rechtsstaates der würdigen Menschen. Wer elementares Recht bricht, versündigt sich danach immer auch an den Grundideen der Humanität und der humanen Gesellschaft.

Aber offenbar bedienen sich dann die Humanität und auch die Demokratie selbst wieder der Rechtsidee als einer zusätzlichen Formkraft. Eine Form aber beinhaltet eine Ordnung. Die kollektive „legale“ Autonomie gerinnt ferner zur Überperson des Gesetzes- und des Schutzgebers und beansprucht schon dadurch einen eigenen majestätischen Höchststatus.

Aus der rechtsphilosophischen Sicht der idealistischen Aufklärung steht die Macht der fundamentalistischen Idee der gesetzli-

¹⁸⁹ „Rationalized Christianity“, Taylor, Sources, 1994, Kap. 14.1, in Bezug auf Locke.

chen „Verallgemeinerbarkeit“ dahinter. Weiter gedacht bedeutet die Verallgemeinerung auch, dass sich alle Rechtsgenossen in einer entsprechenden *Rechtsgemeinschaft* befinden. Sie bilden im Hinblick auf die Pflichtenseiten des Rechts in eine ebenso absoluten wie universellen „humanistischen Solidaritäts- und Gehorsamsgemeinschaft“ befinden, die die „verallgemeinerten Menschenrechtspflichten“ begründen.

4. Bezogen auf das deutsche Staatsrecht hat sich dann zum Beispiel folgende „Struktur“ ergeben:

Zunächst einmal besteht eine Parallelität von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Zu beiden gehört mit dem Grundsatz, dass das Volk Recht setzt, auch das Gesetzlichkeitsprinzip und mit ihm die Idee der Gewaltenteilung. Als höherrangig¹⁹⁰ erweist sich, zumindest mit Blick auf die Präambel des Grundgesetzes, wohl das Demokratieprinzip. Allerdings kann das Volk nicht wirksam grob menschenrechtswidriges Recht beschließen. Insofern hat es sich selbst gebunden.

Aus dem Elternpaar dieser beiden Hauptprinzipien gezeugt und von der Demokratie als Mutteridee in die Welt gesetzt, ergibt sich dann eine ideale irdische „Grundordnung“. Es handelt sich um die „freiheitliche demokratische Grundordnung“. Das deutsche *Bundesverfassungsgericht* erläutert diese Struktur früh schon mit den Worten, es sei „*eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine Rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt*“.¹⁹¹

Grundlage der deutschen Herrschaftsordnung ist danach also die Idee der Selbstbestimmung des Volkes. Eingeschränkt ist diese Autonomie des Kollektivs Volk aber durch eine Selbstbindung. Die Freiheit der Demokraten und die Gleichheit zwischen ihnen bestimmen die Art des „Volkes von Demokraten“. Die Gleich-

¹⁹⁰ Pieroth, Demokratieprinzip, JuS 2010, 473 ff., 474.

¹⁹¹ BVerfGE 2, 1 ff., 12 f. (SRP Partei-Verbot); 5, 85 ff., 197 (KPD Partei-Verbot). Pieroth, Demokratieprinzip, JuS 2010, 473 ff., 475.

heit, so wird sich noch zeigen, ist das Grundprinzip der Gerechtigkeit und des idealen Gesetzes.

Der sozialstaatliche Aspekt der Solidarität fehlt noch. Er steckt in der Idee der Mitmenschlichkeit, die sich wiederum aus den verwandten Ideen der Achtung der Personalität (*Locke*) des Freien und der Idee der Würde des Menschen (*Pufendorf*) ergibt. Er ist also zumindest als Folgerung aus der Idee der Freiheit der Person noch mit hinzuzudenken.

5. Damit ergibt sich am Ende zwar das einfache Paar einer „Freiheits- und einer Rechtsordnung“. Freiheit und Recht bestimmen die Ordnung. Aber einer solchen „Grundordnung“ bedarf es weiterhin. Eine Ordnung jedoch ist nicht ohne die Idee der Solidarität zu verwirklichen. Opfer an Freiheit sind für jede Ordnung zu erbringen. Dafür bietet die Ordnung den Frieden und irgendeine Art von Arbeitsteilung. Personifiziert gesprochen, ändern sich in der Geschichte die Herren, die die Herrschaft über die Ordnung ausüben. Aber des formalen Prinzips einer höchsten Ordnung, einer Struktur, eines Systems, eines Heiligen Geistes, beziehungsweise irgendeiner Verfasstheit oder einer Identität bedarf es ebenfalls.¹⁹²

Auf der politischen Ebene der vorherrschenden Leitideen hat mit der politischen Aufklärung nur, aber immerhin der Wechsel von einer „externen religiösen Fremdherrschaft“ und deren höchster Ordnung, zu einer „internen Selbstherrschaft“ und den höchsten Präambelprinzipien der nationalen demokratischen Verfassungsordnung stattgefunden. Neben einer solchen Revolution hat aber, wie immer auch eine evolutionäre geistige Transformation des Alten stattgefunden. Das „geistige Erbe“ Europas wirkt fort. Dass ferner aus gesamtultureller Sicht die alten religiösen Leitideen als starke Nebenkulturen weiterwirken und das Volk, lies: die Zivilgesellschaft, auch mitbestimmt, ist ebenfalls immer mitzudenken.

Jeder politischen wie geistigen Ordnung ist eigen, dass sie privaten Konflikten entgegen zu wirken sucht und dass sie auf Unter-

¹⁹² Rottleuthner, Bundesrepublik, 2006, 13 ff.; Schild, Reinigungs- und Kampfrolle, 2008, 171 ff.

werfung setzt. Jedes persönliche Versöhnen geschieht deshalb, zumal aus der Sicht der Dritten, entweder im Schatten oder im Rahmen irgendeiner übermächtigen „Ordnung“. Die Idee der Ordnung, oder auch der Form, ist also auch beim Versöhnen mit-zudenken.

III. Sonstige zivilisatorische Aspekte der Versöhnung

1. Sprache: verräterische Vorsilbe „Ver-“

1. Um die Deutung des Versöhnens im Rechtsinne lässt sich eine Reihe von sonstigen sowohl wort-begrifflichen als auch rechtszivilisatorischen Erwägungen ranken.

Die historische Verbindung der Versöhnung mit der Vermittlung und dem Verfahren könnte sich auch im Wort widerspiegeln. Bereits die etymologische Herkunft des Wortes Ver-Söhnung umfasst nicht nur die Sühne, sondern beruht auf dem „Ver-“¹⁹³. Die Vorsilbe „Ver-“ beschreibt das *Hin- oder auch Weg-Führen* zu oder von etwas. Es meint in der Regel im Deutschen irgendeinen souveränen Machtakt, wie etwa die Ver-beamtung durch den Staat, das Ver-reißen durch den richterähnlichen Kritiker. Weitere Beispiele bilden das Ver-irren oder das versöhnungsnahe Ver-lieben. Das reine Irren und Lieben beschreiben dagegen jeweils ein rein aktives Tun. Das „Ver-“ ver-passt ihnen eine passive und schicksalhafte Seite. Es meint ein „Hinführen“ zur Versöhnung.

Auch das Ver-fahren, anders als das freie Fahren, beinhaltet das Beschreiten irgendeiner Art von eingegengtem, rituellem Schick-

¹⁹³ Zur Etymologie des Begriffs: Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011, im Wortlaut *versöhnen* Vsw std. (9. Jh.), mhd. versüenen, versuonen, ahd. firsuonen. Abgeleitet von Sühne. Abstraktum: *Versöhnung*; Adjektiv: *versöhnlich*. Siehe auch: *Sühne* Sf (dazu *sühnen*) std. stil. (8. Jh.), mhd. süene, suone, mhd. süenen, ahd. suona, ahd. suonon, as. sōna, as. (gi)sōnian, mndd. sone, sune. Ebenso afr. sōne und sēna. Vergleichbar ist anord. sóa „opfern, töten“, so dass von „Sühneopfer o.ä.“ auszugehen wäre. Da mittelniederdeutsch auch swone belegt ist, wird *swō- als Ausgangsform angesetzt. Da weder Lautform noch Bedeutung ausreichend gesichert werden können und auch außergermanisch keine klare Anschlussmöglichkeit besteht, ist die Etymologie unklar.

salswegs. In der Regel findet die Lenkung des Verfahrens deshalb dann durch die Meister und Gehilfen des Verfahrens statt, die insbesondere als die „Ver-mittler“ auftreten, die Verhandlung unterstützen und somit Ver-träge ermöglichen. Sie schaffen das halbblinde „Ver-trauen“, das nötig ist, um sich auf den Pfad dieses Schicksalsritus' zu begeben.

2. Das Ver-söhnen assoziiert damit über die Vorsilbe „Ver“ selbst und zudem mit Konnotationen, die ebenfalls vom „Ver-“ eingefärbt sind, wie Vermittler, Verhandlung und Vertrauen den inneren Schicksalscharakter des Sühne-Verfahrens. Es birgt schon damit blind hoheitliche Elemente in sich. Ihnen unterwirft man sich auch mit dem Ver-fahren und in einem Ver-trag, der beide Seiten binden soll.

2. Legitimation durch rituellen Zwang

1. Jede religiöse Feier und jedes gemeinsame Essensmahl in einer menschlichen Gesellschaft lebt von einem bestimmten Ritus. Mit dem Ritus, der von Form lebt und damit Wiederholungen erlaubt, ver-fremdet und ver-allgemeinert die Gemeinschaft die Konkretheit des Alltags. Stets verwendenden wir auch hier dieselbe eigenwillige deutsche Vorsilbe des „Ver-“.

Der Rechtssoziologe *Luhmann* spricht insofern zu Recht von der selbständigen „Legitimation durch Verfahren“¹⁹⁴. Der Verfah-

¹⁹⁴ Luhmann, *Systeme*, 1994, 174 ff.; sowie: Luhmann, *Positivität*, 1988, 11 ff., 22 ff.; Mit Ladeur lassen sich die Auswirkungen einer solchen Beziehungslehre als „postmoderne Rechtstheorie“ prüfen. Sie wird auf soziologischer Ebene durch den Gedanken der „Selbstreferenz“, der „Selbstorganisation“ und der „Prozeduralisierung“ der jeweiligen Gemeinschaft bestimmt. Dahinter verbirgt sich der alte prämoderne Gedanke, dass „alles mit allem zusammenhängt“ und jede Veränderung durch Rückkoppelung zu anderen Veränderung führt. Rationalisiert bestimmen „Erwartungen“ das soziale Verhalten. Sie werden entweder enttäuscht und abgeändert oder auch kontrafaktisch durch Widerspruch bestätigt und verfestigt. Sie steuern den handelnden Einzelnen oder die Untergemeinschaften und Abänderungen schaffen neue Organisationsmuster, neue Subsysteme und neue Erwartungen. Die Organisationsmuster bilden die Normen. Positive Erwartungen führen zu Werten, die jedoch nur auf Zeit Bestand haben und deshalb stets bestätigt werden müssen. Ladeur,

rensritus, dessen ritueller Kern in der öffentlichen, theaterartigen Wiederholung besteht, bewirkt die Einordnung des Konfliktes in das Leben der Schicksalsgemeinschaft und führt damit auch zu dessen Ver-sozialisierung. Aber aus der Sicht von Kläger und Beklagtem beinhaltet das dialogische Verfahren, das beide Parteien vor dem Recht als Personen achtet, bereits einen wesentlichen Teil der Streitauflösung.

Dieses Hinführen findet dabei über eine verobjektivierende Art der Gewalt, etwa als heiliger, ritueller Formzwang statt. Mit dieser höheren Macht im Rücken erweisen sich dann aber auch die Vermittler-Personen kraft ihrer Funktion als besonders legitimiert und die individuellen Vermittler haben dann auch das politische Interesse an dieser Art der Legitimation durch Verfahren. Deren Eigenmacht bestimmt dann, wie die Rechtsgeschichte der Richter und der Richterkönige zeigt, auch das Ansehen der Vermittler selbst.

2. Im Hintergrund des vorstaatlichen Versöhnens stehen also zwei Arten von Gewalt, die nur halbfreiwillige Buße und die ebenso nur halbfreiwillige Unterwerfung unter ein Verfahren. Mit dem Verfahren, das durch feste Institutionen betrieben wird, tritt dann eine rituelle Sozialisierung ein. Vereinfacht werden die individuellen Konflikte sozialisiert und mit dem Ritus auch noch in eine übermenschliche Welt der ewigen und gleichsam natürlichen Wiederholungen entrückt und damit verfremdet. Das Kollektiv gewinnt dadurch an Eigenständigkeit. Es verfolgt diese Aufgabe also auch im eigenen Gesamtinteresse.

3. Einige Grundformen der Zivilisation

1. Zu versuchen ist ferner, die Idee des Kollektivs als Zivilgesellschaft mit einigen Idealtypen zu umreißen. Sie alle bilden (solidarische) Nächsten- und (systemgerechte) Ordnungsgruppen, die in Streitfällen zwischen den Nächsten und bei sonstigen Ordnungswidrigkeiten auf beides, Versöhnung und Ordnung, setzen. Dabei setzt die Versöhnung den Streit und die Ordnung die Unordnung voraus, sodass beide Paare

Rechtstheorie, 1992, vgl. etwa: 155 ff. (zur Selbstreferenz und Selbstorganisation). Siehe auch: Frey, Subjekt, 1989, 99 ff.

- Streit und Versöhnung sowie

- Unordnung und Ordnung

zum Wesen (der Identität, der Aufgabe etc.) einer Gemeinschaft (eines Hauptsystems, einer Gruppe, einer nationalen Kultur etc.) gehören.

Die individuellen Mitglieder einer Gemeinschaft sind unter anderem durch diese beiden Paare bestimmbar. Sie zeichnen sich durch eine entweder rechtlich anerkannte oder doch wenigstens faktisch „personale“ Fähigkeit aus. Als Akteure vermögen sie an Streit und Versöhnung, an Unordnung und Ordnung aktiv (und auch passiv) mitzuwirken, notfalls unter Einsatz ihres Lebens. Menschen (und definitionsgemäß auch alle anderen Subsysteme) erweisen sich also sowohl als „soziale“, als auch als „asoziale Wesen“.

Entsprechendes gilt im Übrigen für die sozialen Einheiten. Sie vermögen, wie es die nationalen Grund- und die allgemeinen Menschenrechte für die Staaten nachdrücklich und konkret belegen, sowohl „human“, als auch „inhuman“ aufzutreten. Selbst die Demokratien halten gesonderte Verfassungsgerichte vor.

Rechtsgeschichtlich ist dazu zunächst weit in die Vorgeschichte der Nomaden zurückzugehen und zur Rechtsethnologie überzuwechseln.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Zur Anthropologie der *artifizialen Umwelt*, siehe zum Beispiel: Eßbach, *Anthropologie*, 2001, 171 ff., 179 ff.; sowie 191, mit der Betonung der „bioartifizialen Symbiose“ als „kollektive Natur-Kultur-Mischungen“. Zur *Kultur-Anthropologie* im Sinne der Ethnologie als „integrierende und relativierende Wissenschaft vom Menschen“: Girtler, *Kulturanthropologie*, 1979, 44 ff. Zur Kultur-Anthropologie (cultur anthropology) in den USA als wertferne vorurteilsfreie Integrationswissenschaft: Girtler, *Kulturanthropologie*, 1979, 34 ff. Zum Verhältnis zur *Soziologie*, 49 ff. (nur graduelle Unterschiede), 46 ff.: zum Verhältnis von (engl) „social anthropology“ und „cultural anthropology“, mit dem Schwerpunkt auf die Institutionalität und die Funktionalität und nicht auf den Menschen.

Die „*Rechtsanthropologie*“ enthält neben der älteren französisch geprägten Rechtsethnologie auch die aus ihr abgeleitete *Urgeschich-*

Danach ergeben sich linear gedeutet die folgenden jeweils hoch vereinfachten Stufen der Komplexität bis zum Staatsrecht der westlichen Demokratien. Gemeint sind die Formen „menschlicher Gemeinschaften“, die vermutlich zumindest aus der Sicht ihrer Mitglieder als den jeweils wesentlichen „Personen“ oder „Teilhabern“ im Kern immer dieselben sozialen und politischen Aufgaben wahrzunehmen haben.

Zudem liegt die Erwägung nahe,

- dass jede heutige Großgesellschaft immer auch alle ihre Vorgängergesellschaften in sich (mit) vereint,
- und deshalb auch die Großstaaten nur komplexer, aber nicht völlig anders strukturiert auftreten.

2. *Überschaubare Nächstengruppen* bilden den Kern der menschlichen Gemeinschaften. Die Idee von einer „überschaubaren Gemeinde“ der „Nachbarn und der Nächsten“ ist jedenfalls zumindest als Lebensmodell dem einzelnen Menschen eigen, und zwar entwicklungspsychologisch betrachtet seit und mit seiner eigenen Kindheit.

Die hoch idealisierten Stufen der „menschlichen Gemeinschaften“ beginnen deshalb mit den überschaubaren nomadischen Kleingesellschaften¹⁹⁶. Es sind die Gruppen der erlebbar Nächsten.

In diesen Kleingesellschaften fallen „Religion, Philosophie und Politik“ zusammen. Recht und Staat im heutigen Sinne kennen und brauchen sie nicht. Aber sie erfüllen die staatlichen Aufgaben, die Gruppen nach außen zu verteidigen und nach innen so-

te des Rechts (zum Verbund von beiden Sichtweisen insbesondere 14, Geschichte, 2006, Rn. 6 ff.). Zur ursprünglich angloamerikanischen „Soziobiologie“: der Begriff Soziobiologie ist zwar eng mit der gleichnamigen 1975 erschienenen Untersuchung von Wilson, *Sociobiology*, 1978, verbunden, gibt aber als Begriff zugleich die besondere Ausrichtung ursprünglich biologischer Ansätze treffend wieder.

¹⁹⁶ Dazu aus der Sicht der Vor- und Rechtsgeschichte: Wesel, *Geschichte*, 2014, Rn. 6 ff.

wohl die friedliche Arbeitsteilung, als auch die solidarische Not-
hilfe zu gewährleisten. Nach innen und für das Heil des Einzel-
nen regiert sie die religiöse Leitidee des Animismus, es gilt also
die Regeln einer umweltnahen Geisterwelt als „Gegenwelt“ zu
achten. Der gesonderte, hoch verletzbare Geist der Gruppen
(verkörpert etwa durch Totemzeichen) erweist sich dann als eine
Geist-Form der Gruppen-Ehre. Auch leben diese Menschengrup-
pen in einer zyklischen Zeit,¹⁹⁷ die das Werden und Sterben mit
einbezieht.

Die heutige Idee der Gemeinde, als Verbund religiöser, vernünf-
tiger und politischer Menschen beruht auf diesem Grundgedan-
ken von einer wirklich noch „natürlichen menschlichen Gemein-
schaft“, in der jeder jeden kennt. Die Gemeinden benötigen an
sich nur „weise Männer und Frauen“, lies: erfahrene Ältere, zur
Regelung von schweren Lebens- und Überlebenskonflikten so-
wie für die Dankfeiern und Aufnahmen in die Gemeinschaft.

Dabei ist zu vermuten, dass solche Gemeinschaften tatsächlich
nur selten rein existieren. Nomadische Menschen oder frühe Fi-
scher dürften in der Regel zugleich in einem lockeren „Verbund
mit mehreren benachbarten Gemeinschaften“ gelebt haben. Diese
könnten sich dann bei Bedarf auch zur Großgemeinschaft als ge-
legentlichem lockeren Stammesbund mit einem gemeinsamen
Stammesgeist und einem eigenen Gründungsmythos zusamen-
gefunden haben. Zumindest belegen die Sprachforschung und die
Genetik die Verwandtschaft vieler heutiger Sprach- und Volks-
gruppen. Sie indizieren damit ein gemeinsames „geistiges Erbe“.

Aber zwischen verschiedenen Nächsten- und Nachbarschafts-
gruppen entstehen Beziehungen und Konflikte. Aus der heutigen

¹⁹⁷ Zu „Zeit und Recht“: grundlegend Husserl, *Recht*, 1955, etwa 65.
Zudem: Hiller, *Zeitkonflikt*, 1993, 56. Auf sie verweist auch Nowot-
ny, *Eigenzeit*, 1989, 151, die meint, *Militärdiktaturen* versuchten,
Zukunft und Vergangenheit auszublenden, indem sie mit der Ab-
schaffung einer unabhängigen Rechtsprechung und -setzung die
Exekutive als die entscheidende Gewalt ansähen. Wichtig sei, was
jetzt, also in der Gegenwart, geschehe. In der Tat verlangt die Argu-
mentation mit der Notlage die *Gegenwärtigkeit* der Gefahr. Zum
Verhältnis von Recht und Zeit, unter anderem zum *zyklischen* Den-
ken von Familienverbänden, mit weiteren Nachweisen auch: Mon-
tenbruck, *Zeit*, 1996, 649 ff.

weltlichen Sicht betrachtet bilden und entwickeln die Gruppen untereinander zwangsläufig die ersten Rechts- und Schlichtungssysteme. Jene haben Nachbarschafts-, Gast-, Heirats- und Austauschrechte und -pflichten sowie deren Verletzung zum Gegenstand. Animistisch gedacht handelt es sich dabei vor allem um die „Achtung, Missachtung und Versöhnung“ der Geisterwelt.

Der heutige postmoderne Mediator übernimmt alte Rollen, etwa die eines Weisen, eines Heilspriesters oder eines Schamanen, der als Medium mit den erzürnten Dämonen, Geistern und Stammesgöttern umgeht.

Die heutigen Leitideen, die Würde des Menschen und die natürlichen Menschenrechte, stellen aus der Sicht des Animismus betrachtet die „Verinnerlichung“ der Geisterwelt dar. Der Heilige Geist des Über-Ichs, des Gewissens, des Rechts- und des Pflichtgefühls streitet mit den egoistischen Geistern der niederen Triebe und sucht, sie zu beherrschen. Diese hoch komplexe innere Geisterwelt formt dann das Gesamt-Ich (das Selbst, die Einheit, die Seelenstruktur) des Menschen. Aber diese autonome Binnenwelt existiert nicht für sich allein. Dieses „Selbst“ des Einzelnen muss zugleich auch mit der Außenwelt umgehen. Es muss sich vor allem mit der Würde (dem Geist) der anderen Menschen auseinandersetzen. Zudem hat es die Achtungsansprüche der Träger sozialer Rollen zu bedienen. Ferner muss es als Demokrat den „Geist“ der verfassungsmäßigen Institutionen etc. zu berücksichtigen, und zwar ohne dass er als Laie deren Binnenstruktur in vollem Umfange durchschauen können muss.

3. *Clans- und „Häuser“*: Es folgt der große Sprung zu den schon der Art nach mittelalterlichen und ortsgebundenen Hirten- und Landwirtschaftsgesellschaften. Höfe und Häuser bilden zugleich die Sinnbilder für die Art der „Domestizierung“ des freien (animistischen) Geistes. Die Verhäuslichung geht mit einer „Ökonomisierung“ des Lebens im und um das Haus einher, die im Wortsinne zunächst einmal die planende Haushaltsführung beschreibt.

Nach außen ist in der Regel nur der gesamte Personenverband handlungsfähig, typischerweise etwa als der „Clan“ oder das „Haus“.

Es heißt,¹⁹⁸ dass sogar noch im frühen Mittelalter der einzelne Mensch nur im Zusammenwirken mit anderen Einzelnen „zu rechtswirksamen Handlungen fähig“ gewesen sei.¹⁹⁹ Im Regelfall hätten zwölf Personen zusammen eine „juristische Person“ gebildet. Erst im 11. Jahrhundert seien Herrscher und Untertan voneinander getrennt worden, und der Herrscher wurde für den Frieden auf dem Territorium verantwortlich.

Zivile Rechtsverträge existierten also schon, aber sie wurden zwischen „Häusern“ abgeschlossen und besaßen dann einen kleinen völkerrechtlichen Charakter. Spätestens auf dieser Ebene setzt dann das „Recht“ in der Art eines frühen Clanrechts als Völkerrecht ein.

Auch das kriegerische Recht war ähnlich organisiert. So gründen sich die frühmittelalterlichen Strukturen der freien Krieger auf höchstpersönliche netzwerkartige Verbindungen. Kriegergruppen und deren Clans, die auf eben solchen Höfen saßen, ordnen sich für den Kampf einem Kriegsfürsten zu, der seinerseits von einem ländlichen „Hof“ aus agiert. Diese Beziehung hatte mit dem Kriege „Beute und Ehre, Freiheit und Opfertod“ zum Gegenstand.

Den dritten Kern eines typischen zivilen Vertrages und einer jeden Lehnbeziehung bilden reale und soziale Sicherheiten, deren Verlust schmerzhaft wäre. Dazu gehören religiöse Eide, dingliche Verpfändungen und soziale Bürgschaften. Auch Pfründen und Tribute, Heiraten sowie die wechselseitige Erziehung frem-

¹⁹⁸ Nitschke, Rechtspluralismus, 1995, 213 ff., 218 f.

¹⁹⁹ Zur Bedeutung des „Hauses“ aus rechtssoziologischer Sicht und zur Entwicklungslinie vom Ausgangspunkt des „Statusrechts“ zum „Kontraktrecht“ als zwei Idealtypen, d.h. Messgrößen im Sinne von Max Weber (Rehbinder, Webers Rechtssoziologie, 1963, 470 ff., 483 f., 486 f.), siehe: Rehbinder, Status, 1968, 141 ff., 145 ff. und Ehrlich, Rechtsfähigkeit, 1973, 37 ff. (Nur die Hausgenossenschaft als solche war rechtsfähig), sowie: Rehbinder, Status, 1968, 141 ff., 146 f. (Für den mittelalterlichen Ständestaat- eine eingeschränkte Rechtsfähigkeit derer, die „außerhalb der Genossenschaft“ standen. Voll rechtsfähig waren nur die „freien Bürger“.). Dazu auch die Trennung von Tönnies, F., Gemeinschaft, 1887, in Status- und Kontraktelemente.

der Kinder schaffen Nähebeziehungen und auch Drucklagen. Auf diese Weise war auch eine Art private Selbstjustiz gewährleistet.

4. *Stämme mit Richter Königen*: Diese Nachbarschaften verfestigten sich dann zu größeren Stämmen. Sie entwickelten später die europäischen mittelalterlichen Netzwerke, die langsam über die Knotenpunkte von Kleinstädten, Siedlungen, Burgen und vor allem den Klöstern, die ein zentrales Christentum vertraten und die Schriften hüteten, immer enger zusammenwuchsen. Aber daneben bestanden viele unwegsame Lebensräume, solche der Wälder und Sümpfe, der Gebirge und Ödländer, in denen Kleingruppen fortexistierten.

Je stärker der Handel wuchs, desto wichtiger wurde die Organisation der Vernetzung. Die deutsche Geschichte des königlichen Richteramtes hat offenbar damit begonnen, dass die Herzöge der Sachsen, Bayern und Schwaben den Herzog der Franken, Konrad, im Jahre 911 zu ihrem König wählten. Als König war er die höchste Person im Reich, aber weder Gesetzgeber, noch Regierungschef oder gar völkerrechtlicher Vertreter des Reiches. Insofern handelt es sich um moderne Begriffe. Als König und Kaiser war es seine vornehmste Aufgabe, Recht zu sprechen. Er ist zu vielen Pfalzen gereist, um von dort aus Gericht zu halten. Damit schuf sich unter anderem das Bedürfnis nach einem freischaffendem „Rechtswesen“, einer Art von verfasstem Reich.

Das Königsamt ist, wie das Alte Testament mit dem weisen Richter König Salomon noch andeutet, zu Zeiten der mächtigen Clans und Stämme aus dem weltlichen Richter- und Schlichteramt eines besonders mächtigen Stammeshäuptlings entstanden.

Dieser Richter König stand dann zugleich auch mit dem politischen Gewicht und seiner eigenen Hausmacht hinter seinen Rechtssprüchen.

5. *Reich, Kirche und Mönchsritter*: Im Hochmittelalter prägte sich die Reichsidee aus.

Aus dem Richter- und Reise König hat sich dann in noch größeren Gesellschaften der Reise König als höchster Verwalter eines lockeren weltlichen Reiches der Personenverbände entwickelt, dem

aber, zum Ausgleich, ein strenges an Schriften und deren Verwalter gebundenes, geistiges Reich hinzugehört.²⁰⁰ Umgekehrt beförderte die gemeinsame Religion, die Heiligkeit ein gemeinsames Reich, an dessen Spitze dann ein „gesalbter“ Kaiser stehen konnte.

Bereits das scholastische Hochmittelalter lenkte folgerichtig zu buchähnlichen Gesetzesordnungen²⁰¹ über.

Die Kirche und das alte Mönchtum, die das Gegenmodell zum Verbund der Sippe darstellten, übten vor allem mit den Netzwerken und dem ländlichen Siedlungswesen der wohlhabenden Klöster²⁰² ihre vereinheitlichende Wirkung aus. Gebildete Mön-

²⁰⁰ Zur Bedeutung der Kirche im deutschen Mittelalter und der christlichen Welt als Civitas Dei, siehe: Eisenhardt, Rechtsgeschichte, 2008, § 7, Rn. 48. Der 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, O., Land, 1965, 146 ff.; zur staatlichen-organisatorischen Struktur: Moraw, Integration, Der Staat Beiheft 12 (1998), 77 ff., 22 („dualistische Lösung“ von Reich und Territorium, die sich ab 1500 über das Territorium verfestigt).

²⁰¹ Dazu: Ebel/Thielmann, Rechtsgeschichte, 2003, Rn. 183 (zur Bedeutung des Sachsenspiegels); Kroeschell, Rechtsgeschichte, 2008, 247 ff. (zu vergleichbaren großen europäischen Rechtswerken). Eisenhardt, Rechtsgeschichte, 2008, § 10, Rn. 76 (zum Inhalt des Sachsenspiegels); Schroeder, Sachsenspiegel, 2001, 4 (Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht und zum Hintergrund der Schwächung des Wahlkaisertums durch den Machtkampf zwischen Staufer und Welfen um die Kaiserkrone und der zusätzlichen Auseinandersetzung zwischen Kaiser und Papst), 6 (entstanden wohl zwischen 1220 und 1230). 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.

²⁰² Zu Kloster als Wirtschaft: Décarreaux, Mönche, 1964, 356 ff. (357: „Die Mönche der ersten Gründungen waren alle Siedlerpioniere.“) und zwar: „Außer seinen Landwirten musste ein gesundes Kloster seine Bäcker, seine Schlosser und alle notwendigen Handwerker haben“. Zu jener Zeit kannte man „kein anderes ökonomisches System“ (auf dem Lande). Der größte Teil des Grundbesitzes sei in der

che und Nonnen standen für ein von Adels- und Bauernfamilien relativ abgelöstes Menschenbild. Sie bildeten aus der antiken Sicht *Platons* eine Herrschaft von Philosophenkönigen.²⁰³ Die Mönche selbst, die im frühchristlichen Europa²⁰⁴ und auch später immer auch als Eremiten in Erscheinung getreten sind, stellten aus sozio-religiöser Sicht zudem die ersten abendländischen autarken Einzelwesen dar.²⁰⁵

Im Hochmittelalter verschmolz in der Folge der Kreuzzüge das Mönchtum mit dem freien Kriegerbild zu den kriegerischen Tempel-, also Mönchsrittern. Sie schufen familienferne gesamt-europäische Organisationsformen. In Ostpreußen etwa setzten die Deutschritter bereits im vorpreußischen Sinne das Amt an die Stelle der Adelsfamilie. Tempelritter bildeten im Inneren und als Wächter offenbar erste Formen einer zivilisierten Polizei, die in einem „höheren Interesse“ tätig wurde.

6. Militarisierte, umgrenzte Flächenstaat und koloniale Eroberung: Dem Mittelalter folgte mit den Brücken der städtischen Idee der Renaissance und dem gesamten europäischen Naturrecht

Hand der Mönche gewesen und Grundbesitz habe danach Macht bedeutet.

²⁰³ Zur Idee der idealen Stadt der Philosophen bei Platon, in der nicht die Demokratieidee regiert, sondern eine Herrschaft der Philosophenkönige stattfindet, siehe: Ottmann, Platon, 2005, 10 ff.

²⁰⁴ Décarreaux, Mönche, 1964: Um 300 n. Chr. von Ägypten nach Palästina, 100 (zum Hieronymus, lateinischer Mensch als Vater der gelehrten Mönche, seit 347 in Antiochia), vgl. auch: 117 ff. (zum Mönchtum in Spanien und Aquitanien zwischen 400 und 700), 144 ff. (zur Provence als „Herd der mönchischen Kultur und Pflanzstädte der Bischöfe“ ab 400), 161 (Gregor, Bischof von Tour, als Freund der Mönche, Ratgeber der fränkischen Könige und Chronist, gest. 594), 213 ff. (zu Benedikt als dem „Vater Europas“, mit Klostergründungen in Italien, gest. ca. 594); 256 ff. (Wilfried, gest. 651), für Angelsachsen und Kelten (einschl. Irlands), 292 ff. (Bonifazius als angelsächsischer Missionar der Germanen); 330 ff. (zu Schulen, Skriptorien und Brüdern vor allem in England ab 650 n. Chr.).

²⁰⁵ Dazu aus der Sicht der Geschichte: Décarreaux, Mönche, 1964, 67 ff. (von griechisch *monos*, „einzelner Mensch“, Askese von griechisch *askesis*, „Übung“). „Kloster“ zunächst als Behausung eines einzelnen, isoliert lebenden Individuums, in Wirklichkeit eine Hütte, Höhle oder Zelle (Kellion), 87 ff.

der Flächenstaat nach. Der neue Staat schrieb dazu gern die vertrauten Traditionen des „Hauses“ und der „Familie“ fort.²⁰⁶

Nach außen war er auf eine kriegerische Erweiterung ausgerichtet, die in der Regel auch koloniale Züge trug. Die europäischen spätrömischen Völkerwanderungen bildeten ebenso deren historische Volksbilder wie die englischen Eroberungen der Angeln und Sachsen mit der Unterwerfung der Inselkelten. Im Mittelalter nutzten die Wikinger und später die Normannen die Verkehrswege der europäischen Meere, von England bis Sizilien.

Die neuzeitlichen Flächenstaaten haben nach und nach ab 1500 in Europa das alte Königsbild transformiert und den absoluten Herrscher über ein Territorium und eine ständige Armee mit Schusswaffen verbunden. In der frühen Neuzeit regierten der weitgehend weltliche Absolutismus und sein neuer Staat, der sich über das Gewaltmonopol definierte. Auch der heutige demokratische Staat droht noch mit der Ausübung seines Gewaltmonopols. Er schützt auf diese Weise die Bürger, die Kommunen und die Regionen seines Staatswesens. Zudem sichert er sein staatliches Gewaltmonopol und damit sich selbst vor der chaotischen Alternative der hoch emotionalen Privatjustiz, als wütend-blinde Rache. Allgemein geübt würde sie in mittelalterliche Zustände einmünden und ein Netzwerk von örtlichen kriegerischen Bürgerwehren und Schutzheeren entstehen lassen. Das staatliche Strafrecht bekämpft deshalb immer auch Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, den Landfriedensbruch und die Korruption bis hin zum Hochverrat gegen den Bund.

7. Bürgerstaat und Zivilgesellschaft: In die Rolle dieses absoluten Herrschers ist dann ab 1800 ebenso langsam das „Volk der Bürger“ als Demokraten eingerückt. Es folgte also eine Herr-

²⁰⁶ Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004, Rn. 1152: Das „Sozialmodell von Ehe und Familie war seit jeher das Haus gewesen“. Hattenhauer fügt an: „*Als patriarchalischer Herrschaftsverband entsprach das Haus in seiner Rechtsverfassung vollkommen jener des nun aufsteigenden absoluten Staates*“. Für die protestantische Sicht betont er: „*Luther legte auf diese strukturelle Einheit von Haus und Staat besonderen Nachdruck*“. Ferner: „*Die Anbindung an die in der Bibel bezeugte Lebensform des Hauses verschaffte den Staaten Legitimation und verlieh dem Verhältnis von Landesvätern und Landeskindern etwas Familiäres*“.

schaft von unten, die mit einer Phase der Konsolidierung der Staaten im Inneren einherging.

Insbesondere nach dem zweiten Weltkrieg hat das Volk die Rolle der letztverantwortlichen Könige und mit ihr deren höchste Majestät übernommen. Die Demokraten stehen heute gleichsam als „Mit-Könige“ da. Damit müssen sie am Ende wieder nicht nur auch über Ihresgleichen herrschen, sondern auch zwischen den Mit-Demokraten schlichten und sie richten, sei es höchstpersönlich oder aber durch staatliche Repräsentanten.²⁰⁷ Aber auch diese Repräsentanten haben als „urköningliche“ Gerichte“ immer auch öffentlich zu urteilen.

Mit der Demokratie ist das Amt der Vermittler und Schlichter also wieder in die Hände der Zivilgesellschaft gelegt, die aus „den freien, gleichen und solidarischen Demokraten“ besteht und die auch private Personalverbände gründen kann. Der Staat greift in die Verhandlungsfreiheit der Zivilgesellschaft insofern nur subsidiär ein, vgl. Art. 2 I GG.

Zugleich droht auch der heutige demokratische Staat mit der Ausübung seines Gewaltmonopols.

Mit dem staatlichen Gewaltmonopol verändert sich, zumindest aus der Sicht der Großbürger und des Landadels, vor allem das

²⁰⁷ Aus staatsrechtlicher Sicht zu den „repräsentativen Gruppen“ und dann zugespitzt auch zum Gedanken der „Remodellierung der Institutionen der liberalen Gesellschaft durch den Gruppenstaat“: Ladeur, Staat, 2006, 97 ff. Allerdings dürfte es sich beim Gruppenstaat um eine alte städtische Grundstruktur handeln, die schon in der Antike das Patriarchat (oder der Senat neben dem einfachen Volk) oder auf dem Lande und im Kriege den Adel neben den Knechten kannte. Im Übrigen können auch solche Untergruppen untereinander, wie Händler, Handwerker oder Krieger dauerhafter „supranationale“ Subkulturen und bei Bedarf auch „politischen Bündnisse“ bilden. Auch der ideale absolute Staat kennt den königlichen Hof, die Kirche, die verschiedenen Formen des Adels, das Bürgertum und das sonstige Volk. Jeder Staat stellt, sobald man auf seine Subkulturen blickt, eine Art von Gruppenstaat dar. Ebenso verfügt jede Organisation über Organe. Das Ausmaß der im *Staatsleitbild* anerkannten (also verfassten) Selbständigkeit der Gruppen unterscheidet dann den postmodernen Gruppenstaat von seinen Vorgängern und gegenwärtigen Alternativen.

Drohpotential. Die Selbsthilfe in der Form der Blutrache, die eigene Krieger ausführten, war ihnen einerseits weitgehend verwehrt. Andererseits können sie mittelbar, und zwar über vermittelnde politische Repräsentanten und Parteiarbeit, auf die Ausübung der Staatsmacht einwirken. Vereinfacht spricht viel dafür, dass die Gesamtheit der „Gewalt“ mit der Grundstruktur des Menschen in etwa gleichbleibt.

8. *Globale Staaten- als Friedensbünde*: Mit den zwei Weltkriegen setzt dann aber erneut und zusätzlich eine Art lockerer Über-Reichsidee ein. Die Zeiten der Expansion waren abgeschlossen. Den Status quo galt es mit Friedensbünden zu pflegen und zu verwalten.

Dazu gehört insbesondere die symbolische Instanz der Vereinten Nationen. Aber auch die Europäische Menschenrechtskonvention formt von weitem betrachtet eine solche Art ethisch-bündischer Meta-Reichskultur.

Doch auch die Weltgemeinschaft der Uno zeigt diesen Wandel vom Schlichter zwischen freien kriegerischen Staaten hin zu Ansätzen zum bereits hoheitlichen, königlichen Richteramt durch die internationalen Gerichtshöfe.

Diese einfache Kette von menschlichen Gemeinschaften reicht aus sozialrealer Sicht von einfachen zu hoch komplexen Gemeinschaften. Diese Entwicklung ist von der steigenden Bevölkerungszahl, der zunehmenden räumlich-kommunikativen Verdichtung und der wirtschaftlichen Vernetztheit der Menschen bestimmt.

9. Zu versuchen ist, diese Komplexität auf einige Eigenheiten des Menschen einzudampfen.

(1) *Stadtidee als roter Faden*: Die Idee von der Stadt, die das Wort vom Bürger hervorgebracht hat, könnte eine Art altes Brückenmodell der Geschichte darstellen.

Auch für die schon bronzezeitlichen Städte²⁰⁸ dürfte es daneben schon immer ein komplexeres städtisches Handelsrecht gegeben haben, das vor allem gesamte Handelshäuser miteinander verband.

Athen, Alexandria und *Rom* stehen für die antiken Städte. Sie waren zugleich in ein Netzwerk weiterer Städte eingebunden. Das Christentum war zudem im gesamten europäischen Mittelalter von drei, zum Teil nur geistigen Tempelstädten beherrscht, dem *katholischen Rom* und *orthodoxen Byzanz*, einerseits sowie dem idealen *biblischen Jerusalem* andererseits.

Im hohen Mittelalter traten dann nach den stadtähnlichen Klosternetzwerken gesamte Städtebünde, wie die *Hanse*, auf. Die Renaissance der Handelsstädte in *Oberitalien* und in den *Niederlanden* beruhte ebenfalls auf der Stadtidee.

Auch die nachfolgenden absolutistischen Großstaaten besaßen Metropolen (*Paris, Madrid, London, Wien*) und verfügten über einen engen Verbund von höfisch-bürgerlicher Haupt- und Handelsstadt und einem Geflecht von Sonderstädten.

(2) *Demokratie und freie Menschen*: Jede Art von Demokratie verlangt nach einer Art von politisch aktivem Volk. Die männlichen Unternehmer-Bürger der wehrhaften Handelsstädte, die schriftgebildeten Mönche und Nonnen der Klöster, die kriegerischen Adligen an den Höfen bilden drei Blickwinkel und also die Trias des demokratischen Modellmenschen. Freiheit, Ausgleich und Kollektivität verkörpern sie in ihren Personenrollen ebenso, wie sie für die Idee eines sie schützenden, umschlossenen und

²⁰⁸ Zur ersten Städtebildung um 3.500 v. Chr. im südmesopotamischen Raum mit zum Beispiel Uruk (250 Hektar, als mittelgroße Stadt mit bereits 25. 000 Einwohnern): Heinz/Nissen, *Mensch*, 2001, 149 ff., 154 f., 155. Zur Bedeutung des Wassers in der Form der wechselnden Wasserspiegel, und der Regulierung von Wasser als Element der Herrschaft, 166 ff. Feste Handelsstädte sichern seit der Bronzezeit ein Netzwerk von geschützten Märkten des Nah- und Fernhandels, der vor allem auf Flüssen und über Meere stattfand. Zur Urbanisierung schon in Zentralasien: Huff, *Urbanisierungsansätze*, 2005, 82 ff., 90 (im antiken Partien (Persien und Nordafghanistan) in der Bronzezeit).

zugleich hoch kommunikativen Kernraumes stehen, von dem aus sie ihre Umwelt beherrschen konnten.

Heutige demokratische Großgemeinschaften steigern die Komplexität dieser Grundelemente. Haupt- und Megastädte bilden die heutigen geographischen Synapsen der Zivilgesellschaften der Nationalstaaten. Die nationalen Demokratien vermögen vor allem die Art der Ausübungen zu neutralisieren, indem sie die unvermeidbare Gewalt und Gegengewalt weitgehend hocharbeitsteilig aufbrechen und Teilnahme und insbesondere Wahlrechte einräumen.

Staatspolitisch arbeiten sie mit großen Subsystemen nach den Grundsätzen von „checks and balances“ (Verwaltung, Parlament, Rechtswesen, Öffentlichkeit, Substaaten und Kommunen), rechtlich über die Zuteilung und die Begrenzung von privaten Freiheitsrechten. Kulturell findet eine theaterähnliche „ritualisierende“ Aburteilung statt.²⁰⁹

Personell bewirkt die Professionalisierung und die Vielfalt der Rollen und ihrer jeweiligen Träger ein „Mediatisieren“.

Die Annahme, dass sich diese Komplexität aus der Sicht des Einzelnen auch als eine weltliche Art von schicksalhafterm Gottesurteil darstellen könnte, liegt nahe. Die Alternative des Demokraten, also des neuen „freien, gleichen und solidarischen Menschen“, besteht deshalb darin, in Streitfällen stattdessen die im Kern mittelalterlichen Wege des Versöhnungsvertrages zu wählen.

²⁰⁹ Zudem bezogen auf das Recht: Wulf, *Ritual*, 2003, 30 ff., 49 (Zum Gerichtssaal als Bühne, zum performativen Urteil als szenisch-gestisch-sprachliche Aufführung: auch das Volk, in dessen Namen Recht gesprochen wird, werde, wie zuvor der König, als Souverän des Rechts „im Körper, in der Geste, in der Aussage des Richters verkörpert und im Ritual repräsentiert“.). Zum Gerichtssaal als besonderer „Ort der Wahrheit“ aus psychoanalytischer Sicht: Seibert, *Orte*, 1994, 157 ff. Aus der Sicht der Rechtsgeschichte: Schild, *Strafgerichtsverhandlung*, 2006, 107 ff.; siehe auch: Schild, *Recht*, 2006, 167 ff. Allerdings sucht das moderne Recht immerhin auch die objektive Wahrheit und es bedient sich dazu auch naturwissenschaftlicher Methoden und zudem ist es auch auf rationale Prävention ausgerichtet.

(3) *Grundstrukturen der bloßen Komplexität, des Vertrages und des Bundes*: Die insgesamt zunehmende Komplexität darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Grundaufgaben der Friedensschaffung dieselben geblieben sind, dass der Staat auch versagen kann und dann auf einfachere Grundelemente zurückzugreifen ist.

Die Zivilidee der Versöhnung bestimmt das staatsferne Zivilrecht mit seinem Kernelement des Vertrages zwischen „wehrhaften Freien“. Dieses Recht bildet dann auch die Brücke zwischen der selbstständigen Zivilgesellschaft und ihrem Gegenmodell des hoheitlichen Staates.

Stets bleibt ohnehin aus der Sicht des Zivilrechts und seiner Geschichte zu bedenken, dass alle Verträge üblicherweise Friedenselemente enthalten und dass sie durchweg die Personalität der Vertragsparteien anerkennen.

Der Vertrag bildet eine verfestigte Synthese zwischen gegenläufigen Interessen von eigenständigen Personen. Er verkörpert einen bestimmten Ausgleich, und er schafft zugleich Nähe.

Die Versöhnungsidee führt dann vermutlich auch umgekehrt zur Verwendung der Idee und Fiktion des allseitigen Gesellschaftsvertrages zwischen den Freien, die allerdings in der Mehrheit erst durch den Bürgerstaat selbst ihre sozialreale Freiheit erhalten haben. Diese soziale Art der Synthese bildet die Idee einer Art von fiktivem Bund mit einer Art des versöhnenden Gesellschaftsvertrages. Verschriftlicht und verrechtlicht handelt es sich um die sich selbst gegebene Verfassung.

IV. Demokrat, Verfassungsgesellschaft und Sühnepflicht

1. Umriss der demokratischen Rechts-Person

1. Für die politische (westliche) Gegenwart ergeben diese kulturphilosophischen Erwägungen vielleicht Folgendes:

Eines strafenden Staates mit einem eigenen Gewaltmonopol bedarf es für die säkulare Sichtweise zwar nicht. Dass aber die Idee der Schuld, ohne oder mit der Drohung mit einer Gottesstrafe

und also ohne eine weltliche Nachhilfe ausreicht, lässt zumindest der Blick in die Rechtsgeschichte als unreal erscheinen. Dieses Erkenntnis ändert aber nichts daran, dass die Schuld zudem auch ein eigenes Gewicht besitzt und dass sie zugleich den Menschen als einen Verantwortlichen adelt. Jener kann sich dann dafür entscheiden und dann auch auf die Menschenrechte oder auf den heiligen Status des folgsamen Rechtsgläubigen berufen.

Eine weitere Folgerung lautet, dass die Idee der Verantwortung und die schmerzhaft Sühneleistung gleichsam eine dazugehörige Persönlichkeit hervorbringen. Diese erscheint dann als der (systemgerechte) Preis für die neuzeitliche säkulare Würde, wie schon für die mittelalterliche christliche Seele.

Zugleich aber kann die Idee der Person auch dazu dienen, ihr eine soziale „Zuständigkeit“, etwa im Sinne eines bestimmten sozialen Subsystems, zuzuschreiben. Für das Recht und verfeinert für das Strafrecht und dessen Zurechnungslehre, wählt etwa die Rechtsphilosophen *Günther Jakobs* diesen Ansatz.

Man kann die Varianten der demokratischen Rechts-Persönlichkeit mit Hilfe der drei ersten deutschen Grundrechtsartikel aufzählen.

Zunächst gibt es eine eher *moralische* Person im Sinne der Menschenwürde, Art. 1 I GG. Ihr folgt eine *liberale* Person im Sinne der Handlungsfreiheit und der sonstigen Freiheiten, Art. 2 I GG. Die Personenidee umfasst ferner eine *gleiche* Person im Sinne des Gleichheitsgebotes, Art. 3 GG, das auch die Idee der Verallgemeinerung als Kern der Solidarität enthält.

Außerdem existieren die weiteren Seiten einer sonstigen Persönlichkeit der *Grundrechts-Person*, der Meinungs- und Wissensfreiheit, der politischen Wahlfreiheit, der solidarischen Daseinsvorsorge etc. Am Ende steht dann ein *pluraler und offener Personenbegriff*, der aber zumindest die drei erstgenannten Grundelemente besitzt.

Aus der angloamerikanischen Sicht liegt es ferner näher, die Person vor allem über die soziale Rolle des Freien und dessen Handlungsfähigkeit zu beschreiben und von ihr dann erst die vorrechtlichen Ideen der Menschenwürde und des moralischen Menschen

entweder abzuschichten, oder aber die Menschenwürde schlicht über die Handlungsfreiheit zu bestimmen.

2. Diese „Mensch-Personen“ der westlichen Verfassungen bilden als Gesamtheit die staatsgestützte „demokratische Gesellschaft“, die aber dann sowohl nach außen, als auch im Recht nach innen als einheitliche Bundesstaatsperson auftritt.

Die wichtige Idee von der demokratischen Person sorgt schließlich dafür, dass alle Seiten sich im Groben als „gleich“ und „würdig“ betrachten und dass sie deshalb auch miteinander kommunizieren und dann ihre eigenen Interessen ausgleichen können.

Selbst das vernünftige Recht tritt dabei wie der Mensch und das Volk zumindest idealisiert als eigenständige, würdige und handlungsmächtige Person auf. Geweiht durch die Grundideen des Rechts handeln insbesondere der demokratische Gesetzgeber und das unabhängige Gericht. Auch die Rechtsidee selbst, so lautet eine ebenso logisch wie rechtstatsächlich naheliegende Folgerung, muss deshalb bereit sein, sobald sie interpersonal agiert, etwa gegenüber dem Menschen und auch gegenüber einer menschlichen Gesellschaft, Opfer an ihrer Reinheit zu erbringen.

2. Außerrechtliche Ethik, Sittengesetz der Verfassung und Drittwirkung

1. Zudem ist noch ein Schlaglicht auf das Verhältnis des deutschen Verfassungsrechts zur an sich außerrechtlichen Ethik (Sittengesetz, Sittlichkeit, Moral²¹⁰) zu werfen.

Was hat nun die Verfassung selbst an verrechtlicher Ethik zu bieten?

Die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ bildet den Einstieg in die eigentlichen Grundrechte. Sie bedient die Idee der Autonomie

²¹⁰ Siehe dazu auch die Auseinandersetzung mit der Sicht des Moralisten Dworkin: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 139 ff. (2. Kap IV: „Moral und Sitte, System und Kultur, Würde und Recht“).

des Menschen und bildet den verfassungsrechtlichen Hauptkern der Menschenwürde. Die beiden Begriffe der Persönlichkeit und der Menschenwürde sind offenkundig für das Verfassungsrecht eng miteinander verwandt und stützen sich gegenseitig. Diese Freiheit wird nur durch die Rechte anderer (ebenso würdiger) Menschen und durch das *Sittengesetz* eingeschränkt.

Da die Verfassung wiederum selbst die Sitte aufgegriffen und gesetzlich verfestigt hat, gibt sie also im Wesentlichen selbst die Maßstäbe für die Ausgestaltung der Sitte vor.²¹¹ Das überrechtlich Zivile der Sitte (etwa Minimaethik²¹²) bestimmt also zumindest aus der Sicht der Verfassung ohnehin deren Leitideen. So heißt es in der Verfassungsliteratur (deshalb), der Rückgriff auf das Sittengesetz sei wegen der Regelungsdichte des Rechts in der Regel unnötig.²¹³ Er sei auch problematisch, so etwa *Kunig*, „*weil der staatliche Gesetzgeber hier außerstaatliche, im gesellschaftlichen Raum und ohne demokratische Legitimation und Verformlichung entstehende und vergehende Normen in sein Regelungskonzept mit einbezieht*“.²¹⁴ Beschränkt man sich aber auf die Idee der elementaren Sittlichkeit und meint damit das ethische Minimum im Recht, so stimmt beides überein, die zivile Kernethik und das Verfassungsrecht. Auf diese Weise vermögen beide Ansätze, der zivile (etwa im Sinne der Präambeln) und der (streng) verfassungsrechtliche einander zu stützen. Das deutsche Verfassungsrecht zieht daraus den argumentativen Nutzen, dass jede ganz neue Verfassung nicht mehr frei ausgestaltet werden könnte, sondern wiederum denselben sowohl heutigen verfassungsrechtlichen als auch ethischen Leitideen unterworfen wäre. Die Ethik wiederum muss sich an den nationalen, hier den deutschen Grundrechten und den transnationalen Menschenrechten messen lassen, etwa wenn es um die gesellschaftliche Missachtung der Homosexualität geht.

²¹¹ Dazu im Einzelnen: *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, Grundgesetz, 2012, Art. 2 Rn. 13.

²¹² Dazu etwas ausführlicher *Montenbruck*, Präambel-Humanismus, *Zivilreligion I*, 2015, 490 ff. (11. Kap. V „Verfassungspatriotismus, Minimaethik, zivilreligiöse Aufhebung des Böckenförde-Dilemmas“).

²¹³ So etwa: *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, GG, 2012, Art. 2, Rn. 26 ff., 28: „... zwar noch in Geltung, aber nach gegenwärtiger Rechtslage funktionslos geworden“).

²¹⁴ *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, GG, 2012, Art. 2, Rn. 26.

2. Außerdem erleichtert diese *Parallelität* von Verfassung und Ethik auch den Weg, die Vertragsfreiheit zwischen den Bürgern zumindest verfassungsanalog auszulegen und zu begrenzen, vgl. §§ 138, 242, 826 BGB. Dass die Verfassung, zwar wohl nicht unmittelbar, aber doch zumindest mittelbar im Rahmen der sogenannten *Drittwirkung*²¹⁵ der Grundrechte auch dem Miteinander der Bürger dieselben Schranken auferlegt, ist ohnehin schon herrschende Meinung im Staatsrecht, Sie wäre dann auch schon damit begründet, dass etwa die zivil-ethische Seite der Sittenwidrigkeit von Verträgen und der materielle Kern der Grundrechte weitgehend in der Sache übereinstimmen.

Jeder privat handelnde Mensch hat also in Deutschland auch die gesamte abstrakte „Wertewelt der Verfassung“ bei seinem Tun zu beachten. Die Leitideen geben die beiden Rechtspersonen und Rechtssubjekte vor, der individuelle würdige Mensch (Art. 1 I GG) und der kollektive demokratische und soziale Rechtsstaat, Art. 20 I GG. Die Verbindung zwischen beiden Rechtssubjekten bietet die demokratische Mischidee des (Wahl-) Volkes der einzelnen Demokraten, die die Idee der westlichen Zivilgesellschaft und ihre „zivile Kultur“ erweitert. Dass der Rechtslaie die Wertewelt der Verfassung nicht im Einzelnen kennt, ist es auf den zweiten Blick also die „zivile Kultur“, die der Einzelne zu beachten hat, wenngleich diese ihre Kraft aus den Grundprinzipien der nationalen Verfassung schöpft und zudem aus den (im Westen „geglaubten“) allgemeinen Menschenrechten der internationalen Konventionen etc. zieht.

Bildet das „Tabu“ die *emotionale* Grundlage der Moral, und versteht man Moral als Kern der Sitte, dann wird die Verschränkung von Menschenwürde und Freiheitsschranken, Moral und Tabu deutlich. Vereinfacht darf selbst der Herrscher nicht alles. Die Idee der Würdigkeit des Herrschers begrenzt sein Handeln. Grundrechtsverletzungen bilden den Kern der Rechtsverletzung des Staates gegenüber dem Menschen, beziehungsweise das Modell für Rechtsverletzungen zwischen den Bürgern. Denn was für den Staat im Verhältnis zum Menschen, zumeist dem Staatsbürger gilt, gilt im Wesentlichen auch für das Verhältnis der Menschen und Bürger untereinander, und zwar entweder, weil die

²¹⁵ Vgl. unter anderem BVerfG 42, 143, 148; BVerfG 73, 261, 269; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, 2012, Vorb. Art. 1. 29 ff, 31 m. w. N.

Demokraten sich auf diese vorstaatliche Ethik im Sinne der Präambeln verständigt haben und es als Credo heiligen oder positivistisch innerhalb des Verfassungs- und des Menschenrechtsrahmens, weil sie alle Teilhaber an dieser Rechtswelt sind und sein sollen.

3. Westliches Menschenbild, offene Staatsgesellschaft

1. Am Schluss ist noch einmal zu versuchen, mit den folgenden rechts- und staatsphilosophischen Erwägungen die Ideenwelt des „Ver-sühnens von Personen“ in ein grobes gesamt-westliches Konzept einzubetten.

Den vielen weltlichen „Zweiflern“ an der Willensfreiheit des Menschen, die sich nicht zwischen der Fremdbeherrschung durch die Natur (die Biologie etc.) und der paradoxen Ethik der Selbstbeherrschung „vernünftig“ zu entscheiden vermögen, eröffnet sich ein dritter Weg. Er führt sie zu einer Art von Utopia.²¹⁶ Dabei sind diese Zweifler durchweg diejenigen, die zuvor dialektisch denken, die sich mit der Aufklärung auf den Satz „cogito ergo sum“ berufen und die dem selbstbewusst-stolzen eigenen Denken auch die Note des selbstkritischen Zweifels hinzufügen. Den Zweiflern wird beides, die Methode und die Idee der bloßen „sozialen Konstruktion“ eines würdigen Menschen entgegenkommen. Jener auf diese Weise selbst geschaffene Mensch vermag sich dann als soziales Selbstsubjekt gegenüber dem ebenso sozialen, aber vor allem sozialrealen allmächtigen Staat aufzustellen und diesen Leviathan zu zähmen. Zudem kann der würdig

²¹⁶ Zur „Utopie“ im ursprünglichen Sinne als zwar modellhafter aber politisch möglicher „bester Staat“, siehe: Morus, *Utopia*, 1996, 7 ff. Dazu auch: Saage, *Denken*, 2006, 7 ff., 63 (Eine „neuzeitliche Denktradition“, die „eine genuine Alternative sowohl zum kontraktualistischen Paradigma des Naturrechts (Hobbes, Locke etc.) als auch zum machtstaatlichen Diskurs (Bodin, Machiavelli, Carl Schmitt) darstellt“. Sie bilde eine „kollektivistische Alternative zum individualistischen Weg in die Moderne.“). Zur Deutung der Utopie als „soziopolitisches Herrschaftssystem“ in Anlehnung an: Elias/Morus, *Staatskritik*, 1985, 101 ff. (und zwar als „Solidargemeinschaft“), sowie 65 („eine vaterlose Gesellschaft“, *analog* aber nicht identisch zur idealen *Politeia* des *Platon*). Siehe auch: Montenbruck, *Zivilisation*, 2010, 30 ff., Rn. 31 ff.

gedachte Mensch sich gegenüber seinen Mitmenschen auf die angeborenen Menschenrechte berufen, neben der Freiheit und der Gleichheit auch die Nächstenrechte einfordern. Politisch erweist sich für die Zweifler diese geistige Selbst-Organisation „im Zweifel“ am Vorteilhaftesten. Eine solche konsensuale Konstruktion einer „Wahrheit“ stellt dann eine Art zivilreligiöses Bekenntnis dar.

Nebenher allerdings sind die Zweifler stets bereit, die anderen beiden großen Denkweisen zu verfolgen, den Seins-Determinismus der biophysikalischen „Natur“ und die Sollenslehre der Ethik. Ferner achten sie die Religionen, die sie zumindest als große kulturelle Leitmodelle verstehen. Schließlich denken sie „emergent“ und erachten sich als für neue Erkenntnisse „offen“. So verweist etwa *Zippelius* aus der Sicht seiner Staatslehre für die offene Gesellschaft, trotz der Probleme, die eine *pluralistische* Gesellschaft mit umfassenden Weltbildern habe, auf deren Wirkungsmacht der Offenheit. Einerseits, so betont *Zippelius* im Sinne der Komplexität, seien die neuen Weltbilder begrenzt, also unzulänglich und jederzeit kritisierbar und korrigierbar.²¹⁷ Andererseits existieren und konkurrieren die Leitideen zumindest in einer „offenen Gesellschaft“ auch offen neben- und miteinander.²¹⁸

Ausgangspunkt ist für den Denker zwar üblicherweise die Freiheit des eigenen Denkens, aus der dann auch die Freiheit des Handelns folgt und damit auch die Idee der Selbstverantwortung für das dann eigene Handeln. Aber auch aus der Sicht eines geistigen Utilitarismus besitzt die vermittelnde soziale Fiktion der Subjektivität des Menschen den großen Vorzug, dass der Mensch mit diesem Fundamentalismus seine Herrschaft nicht nur über

²¹⁷ Bertalanffy, *Menschen*, 1970, 58 f., 64 ff., seinerseits u. Hinw. auf: Popper, *Suche*, 1984, 23. Zudem: *Zippelius*, *Leitideen*, 1987, 24 f.

²¹⁸ Bertalanffy, *Menschen*, 1970, 58 f., 64 ff., u. Hinw. auf: Adler, *Leute*, 1986, 159 ff.; im Hinblick auf die „ideologische Anfälligkeit“ und zur Gefahr und kritischer Verwendung von Leitbildern, siehe auch etwa: König/Kaupen, *Ideologie*, 1969, 147 ff. So auch wörtlich: Montenbruck, *Zivilisation*, 2010, 266 ff., Rn. 700 ff.

Zur fortwährenden Veränderung der Leitbilder durch neue Informationen: *Zippelius*, *Leitideen*, 1987, 9, Erläuterung: 15; Boulding, *Leitbilder*, 1958, 26 ff.

die Welt, sondern auch über sich als Seinesgleichen begründen kann.

Eine Ableitung der eigenen Herrschaft aus einer Gottidee, die auf ein höchstes „Subjekt“ setzt, ist nicht vonnöten, auch wenn die Natur mit ihren Gesetzen dem weltlichen Menschenbild einen externen, „objektiven“ Rahmen vorgibt. Den Preis, den der Mensch für dieses Selbstbild zu entrichten hat, stellt die Fiktion dar, mit seiner Willensfreiheit auch die persönliche Verantwortung, als Schuld, unterstellen zu müssen. Aus ihr erwächst die moralische Pflicht zur freiwilligen Sühne als einem Selbstopfer, und zwar ebenfalls wenigstens als sinnvolle Unterstellung.

Schuldige, die dieser Pflicht zur Anerkennung der Willensfreiheit und ihrer Verantwortung für ihr Tun nicht nachkommen wollen oder können, erhalten Sonderrollen. Sie gelten als „soziale Kinder“, die es zu sozialisieren gilt, sie stehen „wilden“ Tieren gleich, die entweder zu zähmen oder einzusperren sind oder aber sie stehen den „Feinden“ gleich, die es Kriegsgefangenen gleich sklavisch den eigenen Normen zu unterwerfen gilt. Die Kinder aber verlangen nach einem Eltern-Modell. Die Vorstellung vom Menschen als wildes Tier führt zum machiavellistischen Herrscherbild eines politischen Dompteurs. Auf feindliche Angriffe reagieren Krieger, die sich danach als Sieger verstehen. Mit dem humanen und demokratischen Gedanken vom Nächsten und Gleichen sind dies Modelle alle nicht vereinbar. Menschen können vermutlich aber dennoch immer beide Rollen einnehmen, die des würdigen Selbstherrn und deren Negation, und zwischen ihnen auch wechseln. Damit sind aus einer eher *ethischen Sicht* die vier großen Grundmodelle beschrieben, deren wir uns auch faktisch immer noch bedienen und zwischen denen wir auch bei Bedarf zu pendeln vermögen. Sie lauten: würdiges Selbst-Subjekt (autonomer Herr), soziales Kind (Diener, Knecht), wildes Tier (gefährliches Naturwesen) und aggressiver Feind (Kriegs- und Streitmodell).

2. Die Zweifler am Bild vom edlen Menschen der Menschenrechte, die auf die Grausamkeiten verweisen, zu denen Menschen ausweislich der Menschenrechtskonventionen fähig sind, sehen sich also einer geistigen Nötigungslage ausgesetzt. Sie haben offenbar keine große Auswahl an säkularen Menschenbildern zur Verfügung. Eines muss offenbar zudem die Richtung vorgeben. Wer jedoch aus eigenem Recht herrschen will, muss sich primär

als würdiger Selbst-Herr und zugleich als eine Person verstehen, die einem autonomen Selbst unterworfen ist, das die Grundideen des Rechts in sich birgt.

Diese zudem auch religiösen Zweifler dürften die Allgemeinheit der Demokraten bilden. Denn andernfalls wäre es für sie überflüssig, die Religionsfreiheit und die Offenheit gegenüber sonstigen Weltanschauungen in ihren Verfassungen als Menschenrechte zu verankern. Insofern vermengen sich der demokratische Staat und seine gesonderte Zivilgesellschaft zu einer „offenen Verfassungsgesellschaft“ im weiten Sinne.²¹⁹

3. Ferner werden alle Verantwortungsgesellschaften bei sonstigem Bedarf, und zwar für den Kriegsfall und für bestimmte Notfälle zugleich die einfache polizeiliche Gefahrenabwehr betreiben, ohne zuvor die Fragen nach der Schuld und späterer Sühne zu stellen. Bei akuter Lebensgefahr werden sie auch dem einzelnen „Freien“ die sofortige Notwehr, und zwar auch gegen erkennbar schuldunfähige Personen, gestatten und sonst ausnahmsweise Arten der Selbsthilfe und der Nächstenhilfe straflos eröffnen, §§ 32, 34, 35 StGB, §§ 227 ff. BGB. Soweit zumutbar, sind sogar Fremde zur Hilfeleistung verpflichtet, § 323c StGB.

Die Idee der offenen Staatsgesellschaft wird also zwar in allgemeinen Not- und Kriegsfällen in eine militarisierte geschlossene Notstandsgesellschaft überwechseln und den Kollektivismus regieren lassen. Aber in Friedenszeiten muss der Staat, der auf die Demokratie setzt, dennoch versuchen, über das zwischenstaatliche Friedens- und das private Schadensersatzrecht verschuldete Rechtsbrüche aufzuarbeiten oder wenigstens einen Lastenausgleich zu betreiben. Für diese Aufgabe muss sich vermutlich jede Staatsform zumindest nach außen dem Kriegsvölkerrecht öffnen. Nach innen muss der Staat vermutlich stets entweder die Notlage aufrechterhalten und die Opfer verklären, oder irgendeine Art von ritueller Versöhnung betreiben. Die eigene kollektive Identität wird der neue Friedensstaat unter anderem auf diesem Wege

²¹⁹ Zur fundamentalen Bedeutung von allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätzen auch in Gesetzesstaaten Kontinentaleuropas, und zwar als Folge eines „Rechts offener Staaten“: Di Fabio, *Recht*, 1998, 146, sowie entsprechend zur Beziehung von „Staat, Recht und Gerechtigkeit“, 148 ff.

erneuern, oder er wird aus Not mit kollektiven Traumata umgehen müssen.²²⁰

220 Dazu aus der Sicht der *Psychoanalyse*, und zwar auch bezogen auf den Terrorangriff auf das World-Trade-Center, und die Reaktion darauf: Hilgers, Ringen, 2002, 213 ff., 218: Die „Traumatisierung wird teilweise durch Rigiderung des Über-Ichs und seine Forderung nach Vergeltung (nicht etwa rational abgewogener Anti-Terror-Strategien) begegnet“. Damit werde einer Gefahr für das „Ich“ und das „Kollektiv“ begegnet. Immerhin entlaste eine solche Reaktion von den sonst „überschwemmenden“ und das „Ich“ wie das „Kollektiv“ „mit Fragmentierung bedrohenden Affekten“. Die nachfolgende „rasche Ausbildung entlastender Feindbilder (Kampf der Guten gegen das Böse) ermöglicht eine Affektregulierung und Neuorientierung in unübersichtlicher Situation persönlicher Angst und kollektiver Verwirrung“. Die subhumane Verhaltensforschung könnte auf die Panikreaktion einer Herde von Säugetieren, wie Rinder, verweisen, deren blindes Rennen sofort Konformität schafft. Hilgers erläutert die Wirkung eines solchen Angriffs mit „Ohnmacht, Wut, Schmerz, Trauer und sogar Scham über die Wahl der Ziele und den Triumph des Gegners“. Siehe zudem: 218 („Die erwähnte Traumatisierung durch die Anschläge war von den Tätern auch beabsichtigt.“). Ferner: 220 („Rationalität und Angemessenheit der Gegenmaßnahmen auf die jüngsten Ergebnisse hängen also davon ab, inwieweit ausreichende Zeit für eine emotionale Verarbeitung und damit auch für eine vernunftgeleitete, nicht emotionalisiert geführte Debatte bleibt.“). Auch deshalb erweisen sich ritualisierte Prozesse wie die langwierigen Gerichtsverfahren als emotionsabbauend; schließlich: 221 („Damit stehen wir vor der Herausforderung, die Koordinaten unseres Über-Ichs korrigieren zu müssen.“).

Die *Traumatisierung* als reale Beschädigung der Seele betrifft damit zumindest auch die Identität des Traumatisierten. Der *ideale* Kern der Identität bildet aus psychoanalytischer Sicht das „Über-Ich“. Empirisch meint Identität das gebrochene Ergebnis der alltäglichen Suche nach Harmonisierung der eigenen Grundvorstellungen, vor allem des Selbstbildes und der Fremdbilder, mit den eigenen und den fremden Taten sowie die Deutung von schicksalhaften Ereignissen. Aber das Gewissen selbst begreift Hilgers als totalitär und spricht schon in seiner Gesamtüberschrift vom „Ringen der Vernunft mit dem totalitären Gewissen“. Insofern sieht er im Gewissen selbst noch nicht die Vernunft, sondern erst im abwägenden *Ausgleich* zwischen dem „Es-Trieb“ und dem „Über-Ich“, das danach offenbar für den reinen Altruismus beziehungsweise die absolute Solidarität steht. Die Identität würde danach also die Vernunft und damit ein ideales „Ich“, und nicht das totalitäre „Über-Ich“ darstellen.

In der Realität, die die Geschichte belegt, ist dieses einfache ideale Schwarz-Weiß von Not und Wohlstand und Krieg und Frieden zu Grautönen mit vorherrschenden Schatten oder Lichtseiten zu verfeinern. Auch während Kriegen und allgemeinen Notlagen, wie Hunger und Seuchen, gibt es ein Friedensleben, die sich allerdings nur auf bestimmte Höfe und Städte, Nischen und Lebensräumen beziehen und die den Rest der Welt noch im bedrohlichen Dunklen belässt.

In Friedensphasen muss der Staat mit den Gewalt- und den Treubruchsdelikten umgehen, die sein Strafrecht umschreibt. Erst die Gesamtheit der Straftaten wird der Staat und die große Gesellschaft, die er repräsentiert, als wirkliche Gefahren begreifen. Gegen diese Gesamtkriminalität müssen sich der Staat und die Seinen, soweit man ihn und die Allgemeinheit als aktive Personen begreift, verteidigen und die entsprechenden Institutionen zur Strafverfolgung aufbauen und aufrechterhalten. Eine einzelne Tat ist für den Staat „als solchen“, sobald sie nicht die Herrschenden und den Hof betrifft, ohne Bedeutung und erklärt zugleich deren große Gewicht in einem demokratischen Staat. Der absolute Staat konnte nach seiner Logik vielmehr regelmäßig und rituelle einzelnen Menschen aus dem Kreis derjenigen opfern, die keine Ämter besitzen und also nicht herrschen und an ihnen er kriegsähnliche Körper- und Todesstrafen vollziehen. Ein solche Zivilisation schafft und erhält sich damit ein traumatisiertes Volk, in dem der Glaube das Heil in einem gerechten Jenseits verspricht. Tödliche Seuchen, Hungersnöte und sonstige Katastrophen steuert die Natur oder ein strafender Gott bei. Ein solche Zivilisation schafft und erhält sich ein *traumatisiertes* Volk, das von Kriegsherren regiert, von Großbürgern versorgt und von einer Priesterkaste seelisch betreut wird.

Die Freiheitsrechte der Barone und Bürger entwickeln sich neben dem derart politischen Strafrecht. Ein *Verfassungsrecht* für die einzelnen Freien, regelt wie englische Habeas-Corpus-Akte von 1679 belegt, vor allem die staatliche *Untersuchungshaft* und entzieht sie der Willkür der Staatsmacht. Über die Art und Weise der Normensysteme entscheiden aber auch hier der Staat und die Gemeinschaft der Herrschenden, und zwar nunmehr als Demokraten. Der Rechts- und Verwalterstaat und das *zivile* Wahlvolk, das die Gesetzgeber bestimmen und auch außerstaatliche private Verträge abschließen kann, treten also für ihren Bereich jeweils als autonome Wesen auf, in dem sie sich an eigenen Rechtsregeln

(also autonom) ausrichten. Auch ihre sozialen *Konflikte* versuchen sie mit Schadensersatzprozessen entweder selbst zu regeln oder aber vor allen bei Gewalttaten in die Hände von unabhängigen Strafgerichten zu legen. Die Traumata lassen die einzelnen Mitherrscher notfalls durch Psychiater und Psychologen behandeln. Seuchen bekämpft ihre eigene Medizin, den Hunger stillt auf Nachfrage die eigene industrialisierte Landwirtschaft und die Verteilung besorgt der eigene Handel. Für sonstige Umweltkatastrophen bieten die eigenen Naturwissenschaftler Erklärungen und liefern Prognosen. Technik und Verkehr erschafft künstliche Welten und vergrößert zugleich die natürlichen Lebensräume. Bildung eröffnet den Weg zur persönlichen Aufklärung. Private Weltenreisen bieten persönlicher Erfahrungen, wie schon im Hochmittelalter den fahrenden Gesellen und den Studenten in Europa. Aus städtischen Bürgerrechten und universellen Buchreligionen erwächst zunächst der empathische „Geist der Menschenrechte“ und dank weltweiter Kommunikation auch das faktische Wissen vieler Städter davon. Die Bereiche und Nischen in den Frieden oder Krieg herrscht, erweitern und vernetzen sich noch stärker.

Diese Sicht umreißt die zivilisatorische Dynamik und das Wesen der Aufklärung, die der eigenen „Geistseele“ der Menschen ebenso entspringt wie es ihn stärkt und zugleich auch an sich und seiner Selbstherrlichkeit rational zweifeln und emotional depressiv lässt. Damit einher geht die Suche nach eine sich immer wieder wandelnden Statik, also der Suche nach der *Identität* und deren *Verfasstheit*. Erforderlich ist mit einem Wort aus dem soziobiologischen und auch systemtheoretischen Denken, die ständige „Selbstorganisation“. Der Philosoph entnimmt dieser Sicht, dass es danach eine Art von „Selbst“ in der Natur gibt und die Idee von der Selbststimmung keine reine westliche Fiktion ist. Zudem existiert offenbar auch die paradoxe Art von Selbstkonstruktion des Selbst, und zwar in der kollektiven *sozialen* Welt ebenso wie auf der *persönlichen* Binnenwelt, und eigentlich ch nicht nur beim Menschen wengleich unbewusst bei allen natürlichen „Systemen“.

4. Aus der – zivilgesellschaftlichen – Sicht der Allgemeinheit der Bürger, denen die Menschenrechte angeboren sein sollen, wächst dem demokratischen Staat mit seiner Verfassungsidentität und der kraft seiner eigenen „Schöpfungen“ eine „kollektive Würde“ zu, die sich zur Menschenwürde erhebt und aus der Personalität

seiner demokratischen Herrscher ergibt. Der demokratische Bürgerstaat wird auf diese Weise zum personalen „Ebenbild“ des demokratischen Bürgers. Die „imago dei“ Idee wird verweltlicht. Die Brüche und Zweifel, die das kritische Selbstbild des Demokraten mitprägen, übernimmt der mächtige Verwalterstaat ebenso wie das Selbstbild des Bürgers als Mensch mit universellen Menschenrechten. Sie bestimmen die kollektive Identität des Verfassungsstaates.

Sobald man den Staat und die Gesellschaft, die ihn trägt, nicht mehr aus sich heraus und somit im Sinne eines Absolutismus erklärt, sind beide als „Ebenbilder“ ihrer jeweiligen „Schöpfer“, der Menschen, zu verstehen. Insofern treten der exekutive Staat und seine demokratische Staatsgesellschaft zwangsläufig als eine Art von zumindest begrenzter „sozialer Selbstkonstruktion des Menschen“ auf.

Jede Form von „Autonomie“ beinhaltet diesen Grundgedanken der teilweisen Selbstorganisation. Aufgehoben wird dabei der Egoismus eines solchen „Selbst“ durch die Existenz anderer ebensolcher autonomer Systeme einerseits und verbunden durch die Gleichartigkeit als teilautonome Wesenseinheit andererseits.²²¹ Demgemäß gewendet, wachsen die fachwissenschaftlichen Sichtweisen, etwa diejenigen der eher deterministischen Biologie, der politischen Ethik der Freien und diejenigen der Soziologie der formalen Konstruktionen und der wechselseitigen Erwartungen, „postmodern“ zusammen. Das heißt auch, dass sie viele Brüche zwischen ihren jeweiligen Subkulturen nicht schließen können.

Eine ebenso unreligiöse wie politische Vermittlungsform bietet der Gedanke der rituellen Personenrollen. Personen handeln und leiden. Hinter Masken treten sie als Einzelne oder als Kollektive auf. Die bunte Gesamtheit ihrer Rollen bestimmt ihr Äußeres Ich. Die innere Identität besteht zumindest in der Harmonisierung der

²²¹ Zur sozio-biologischen Systemtheorie der Selbstorganisation: zum Beispiel Luhmann, Systeme, 1994, 429 („Die Person ist nicht der ganze natürliche Mensch. Sie wird vielmehr konstituiert, um Verhaltenserwartungen ordnen zu können.“) und Ladeur, Postmoderne, 1995 („Das Subjekt wird zum differentiellen Kräfteverhältnis. Damit verliert es seine Stellung als einheitsstiftende Synthesis.“).

vielen sozialen Rollen untereinander und im Ausgleich mit den eigenen bio-psychischen Impulsen²²² und Motiven. Beschreiben diese Grundgedanken in etwa die Persönlichkeit des einzelnen Menschen, so kennzeichnen sie auch in etwa den demokratischen Menschenstaat.

Die Verletzung des kollektiven Egos in diesem Sinne tritt vor allem dann auf, wenn Menschen die kollektive Identität der staatlichen Gesellschaft, kurz deren Verfasstheit, beeinträchtigen. Besteht jene im staatlichen *Gewaltmonopol*, im kooperativen Vertrauen und im fairen Rechtsstaat, so ist auch aus der Sicht der *Gesamtheit* auf die schweren, egoistischen oder allgemeingefährlichen Gewalttaten zu antworten. Außerdem muss der Staat als Rechtsstaat, auf solche schweren „Treubruchsdelikte“ mit dem Ziele der emotionalen Heilung zu reagieren, die der gewählte Gesetzgeber vorher gesetzlich bestimmt hat. Denn mit der Verletzung gesetzten Rechts, beschädigt das -auch emotionale- Vertrauen eines jeden Mitbürgers in die Einhaltung der Regeln des Rechtsstaates. Die Idee von Erhaltung der *Rechtsstreue* der Allgemeinheit²²³, die als zu den generalpräventiven Rechtfertigungen des Strafens zählt, beleuchtet denselben Aspekt, wenngleich aus einer eher rational-ökonomischen Sicht.

Heilung meint aus der Sicht einer Großgesellschaft, dass deren biologische Existenz auch durch die Gesamtheit der einzelnen Straftaten nicht bedroht, aber die emotionale Identität der Gesamtheit belastet ist. Diese sozialpsychische Verletzung ist des-

²²² Dazu aus affektpsychologischer Sicht: Krause, R., *Aspekte*, 2002, 47 ff., 47 mit folgenden Thesen, „dass Organisationsformen, die wir beispielsweise Borderline-Störungen und/oder posttraumatische Störungen nennen, unter bestimmten psychischen, kulturellen und politischen Randbedingungen adaptive Überlebensreaktionen sind“, sowie 47 f., „Von der emotionalen Organisation her kann man sie als Beute-Jäger-System beschreiben.“ Beide Rollen Beute/Opfer und Täter/Jägerstatus seien „Identitätsmerkmale“, als Organisationsformen allein unbrauchbar, und bedürften ihrer Komplemente, und zwar „wegen der unbewussten Identifikation des Opfers mit dem Täter und des Täters mit dem Opfer“. Kurzgefasst, die Empathiefähigkeit löst diese Wechselwirkung aus und sie muss bei Angriffen auf Menschen durch große („blinde“) Emotionen überwunden werden.

²²³ Vgl. dazu hier nur BVerfG 45. 1877, 253 ff.

halb zumindest in der Form der rituellen Anerkennung und ihrer bekräftigenden Verehrung wiederherzustellen. Regiert den Staat die Idee von der Allgemeinheit der einzelnen Demokraten, so ist aber zusätzlich noch deren Bild vom einzelnen, freien und würdigen Menschen, und zwar in jeder prozessualen Rolle, mit zu bedenken. Derart gedeutet, besteht also eine Notwendigkeit zur Sühne, die für eine demokratisch gedachte Täterpersönlichkeit eine moralische Sühnepflicht darstellt. Das praktische Recht hält für ihre Aushandlung bestimmte Formen bereit. Dieser breite rechtszivilisatorische Überblick lässt sich für den Gedanken der Versöhnung vermutlich auf den folgenden Satz reduzieren:

Die Verfassungserklärungen der demokratischen Staaten beinhalten, sobald man sie zugleich aus der Erfahrung von vorhergehenden Bürgerkriegen oder demokratischen Revolutionen deutet, „kollektive Versöhnungsverträge“, die allen Bürgern die Unantastbarkeit ihrer personalen Kernidentität zugestehen.

V. Rückblick: Säkulare Elemente der Versöhnung

1. Demokratisches Binnenmodell: Versöhnung als zivile Mediation

1. Zusammenfassend meint und verlangt das sozialreale mittelalterliche Versöhnen aus einer heutigen weltlichen Sicht, die das mächtige mittelalterliche religiöse Denken transformiert, vermutlich und mit der Hoffnung auf eine gewisse Evidenz der Aussagen also folgende Elemente:

Der individuelle Kern der Versöhnung besteht im Ergebnis also in einer Art der analogen „zivilreligiösen“ Mediation.

Die Ausgangslage besteht in einem existenziellen und deshalb auch emotionalen Streit oder Konflikt.

Jener besteht entweder zwischen Personen oder ihn lösen solche höheren Parteien, die Würde oder Personalität besitzen.

Der Streitgrund existiert dann umgekehrt in der Regel in tatsächlichen oder angeblichen Verletzungen dieser Subjektstellung.

Die Versöhnung beinhaltet eine Art privaten Sühnevertrag und verlangt nach einer schmerzhaften Buße.

Die Buße stellt die halb freiwillige, halb erzwungene Aufopferung von etwas Heiligem oder Wertvollem dar, das aus der heutigen säkularen Sicht einen Teil der eigenen personalen Identität darstellen müsste.

Die Versöhnung verlangt auch die halb freiwillige, halb erzwungene Unterwerfung unter ein Bußverfahren, das zumindest charismatische Vermittler kennt.

Am Ende der Versöhnung lockt die Erneuerung, ein wirkungsmächtiger Friedensbund der freien und würdigen (Selbst-) Subjekte.

2. Die „transformierte Zivilreligion“ der Demokratie und des Humanismus beruhen vermutlich auf der ständigen Erhaltung einer solchen Vorstellung des weltlichen „Bundes von freien und würdigen Demokraten“.

2. Versöhnung als Übergang zum demokratischen Humanismus

1. Damit soll der breite Panoramablick auf die „Versöhnung in juristischer Perspektive“ abgeschlossen sein. Er streifte von der alltäglichen Rechtspraxis der Konfliktlösung über einige Grundideen der christlichen Theologie, über die mittelalterliche Rechtsgeschichte bis hin zur Rechtspolitik und traf immer wieder auf die Eigenheit der Staatsferne der Versöhnung einerseits und auf ihre Zivilrechtsnähe andererseits. In den Blick schob sich immer wieder der vieldeutige Begriff der Person.

Aus der Sicht der politischen Bürger und der Demokratie bietet sich zudem die folgende kleine Thesenfolge an, die mit dem Wort von der „Versöhnung als Friedenspolitik“ zu umschreiben ist.

Die Idee der Versöhnung erweist sich jenseits des staatlichen Rechts als eine politisch-soziale Art der Konfliktlösung und als

friedliche Alternative zu Krieg und Kampf zwischen handlungsmächtigen individuellen oder kollektiven Personen.

Die Versöhnung und die Mediation enthalten folgende in sich gegensätzliche und zugleich dialogische Elemente:

- den freiwilligen Vertrag und die Drohung mit der Alternative des Kampfes,
- die Heilung von Verletzungen, und zwar durch schmerzhaftes Sühne und Buße,
- die Gemeinsamkeit von nötigendem Verfahren und freier verhandelnder Vermittlung,
- die Ideen des Vertragsfriedens zwischen Freien und des heiligen solidarischen, verpflichtenden Bundes.

2. Zivilisatorisch betrachtet ergeben sich zudem die folgenden einzelnen Sichtweisen auf „Versöhnung und Mediation“:

- *Rechtspsychologisch*: Der zu lösende Konflikt betrifft die individuelle oder die kollektive Identität der Parteien, und die Versöhnung führt zum Wiederaufbau von Persönlichkeit.
- *Religiös*: Die religiöse Versöhnung zwischen Mensch und Gott, zwischen Jäger und Natur, zwischen Lebenden und Toten (feierliche Absolution).
- *Christlich*: Versöhnung als Teil der göttlichen Sündenidee und Gnadenvorstellung, Folge aus der Idee der Ebenbildlichkeit des Menschen mit seinem Schöpfer, der neutestamentarischen Nachfolge Jesus.
- *Philosophisch*: Versöhnung tritt im Sinne einer höheren Synthese oder wenigstens im Sinne von einem idealen gerichtähnlichen Dialog und einem demokratischen Urteilskonsens (common sense) auf.
- *Humanistisch*: verlangt die Idee der persönlichen Humanität nach dem Verzicht, Askese in der Form der Toleranz gegenüber dem Nächsten.

- *Menschenrechtlich*: Die Anerkennung aller Menschen als gleichrangige Mit-Menschen und als würdige Wesen (demokratischer Humanismus) drängt zur Versöhnung als einem Teil der Selbstachtung.
- *Rechtshistorisch* bildet der mittelalterliche Sühnevertrag das politische Kernmodell der Versöhnung.
- *Vorstaatlich*: Der vorstaatliche Versöhnungsvertrag, den autonome Gemeinschaften wie Sippen und Häuser abschließen, bildet einen völkerrechtsähnlichen Friedensvertrag.
- *Frühstaatlich*: Das europäische Vernunft- und Naturrecht erscheint als Transformation der göttlich-kaiserlichen Reichsordnung in eine antik eingefärbte, natürliche Vernunftrechtsordnung für die neuen Soldatenstaaten.
- *Staatserneuernd*: Versöhnung als ein den Staat erneuernder Ansatz, der ein Vorverfahren zu einem neuen Verfassungsvertrag bietet (Reconciliation).
- *Substaatlich*: als ein im westlichen Rechtsalltag wichtiger substaatlicher Ansatz (ADR) zur Konfliktlösung, der den Einsatz der vollen Gewalt des Rechtsstaates abwendet und ersetzt (Alternative einer privaten Resolution).

3. Der *demokratische Humanismus* sieht den Menschen vor allem als freies, sich selbst und Seinesgleichen gegenüber verantwortliches „Selbst-Subjekt“. Aus dieser Stellung heraus erlangt der westliche Mensch überhaupt erst den Anspruch auf die Selbstherrschaft, also auf die Staatsform der Demokratie und auf die „Zivilgesellschaft“, die diesen Staat prägt und das Volk ausmacht. Dabei findet mit und über den Begriff vom demokratischen Humanismus eine philosophische, politische und rechtliche Reduktion statt, die diese Leitideen auf soziale, also von Menschen und für Menschen geschaffene „Binnenwelten“ beschränkt. Von einer „Zivilreligion“ zu sprechen, liegt nach allem also schon einmal nahe.

Als offene, weil urphilosophische Leitidee verstanden, eröffnet diese Art der humanistischen Aufklärung zudem den Zivilen und deren Gesellschaft den Weg, Subkulturen aufzubauen. Es ist je-

dem Menschen gestattet, diese weltlichen Werte und Ideale privat an (externe) religiöse Gottes- und Geistseelen-Bilder oder auch an weltliche Naturmodelle zu verankern und rückzubinden. Eine solche Leitidee fördert bei Bedarf auch die zivilgesellschaftliche Pflege derlei mächtiger Subkulturen. Ferner beruht der politische und rechtliche Humanismus selbst auf den Gesetzen der Natur und dem Umstand, dass der Mensch diese fundamentalen Gesetze (in Ansätzen) erkannt hat und mit diesen wie eine „Herr“ umzugehen und Neues als Teil seiner Binnenwelt „technisch“ zu erschaffen vermag. Schließlich sieht sich der westliche Bürger als ein schriftgebildeter Stadtmensch. Er weiß sich selbstbewusst in der Lage, die Welt und auch sein Selbst mithilfe der Naturwissenschaften und deren Vermittlung besser zu verstehen. Recht und Ethik bieten dabei aus Gegenwart und Geschichte bekannte Modelle wie den Vertrag zwischen den Freien, die goldene Regel der Wechselseitigkeit und die solidarischen Opfer für das Gemeinwohl. Soziobiologie, Psychologie und Neurophilosophie stellen diese großen alten Ideen, samt der Fiktion der Willensfreiheit dann in ein neues naturalistisches, ethisch gelesen meist in ein utilitaristisches Licht.

4. Das Ideenpaar von Versöhnung und Mediation ist damit im Sinne des Achtecks der juristischen Blickwinkel erörtert. Offen bleiben zwei weitere große Fragenkomplexe. Inwieweit überdeckt sich die Vorstellung von der Versöhnung mit der Idee der Strafe, und zwar insbesondere im Sinne des deutschen staatlichen Schuldstrafrechts und inwieweit überschneidet sich die rechtsphilosophische Grundvorstellung von der Gerechtigkeit mit der der Versöhnung?

2. Teilbuch

Humanes Strafrecht: Wesen, Geständnis und Versöhnung

5. Kapitel

Strafe – Allgemeine Verortung

I. Idee, soziale Seite der Strafe und mutmaßliche biologische Herkunft

1. Vorverständnis: Arbeitsthesen, Einbettung in Staat und Recht, Humanismus und Anthropologie

1. „Humanes Strafrecht – Wesen, Geständnis und Versöhnung“ lautet der Titel dieses Teilbuches. Sein ziviler Grundansatz soll versuchen, dem herkömmlichen Bild vom Strafrecht ein weiteres Schlaglicht hinzuzufügen. Vor dem Hintergrund des Gedankens der Versöhnung soll dabei dem Geständnis und dem üblichen Angebot auf teilweisen Strafverzicht, das mit ihm verbunden wird, eine Hauptrolle zukommen.

Die Diskussionsebene ist dabei nicht ausschließlich diejenige der gesamten Strafrechtswissenschaften, sondern im Ansatz und zunächst die „zivile“ Ebene auf dem Forum der idealen Demokraten. Als wache Mit-Herrscher werden und dürfen sie an ihre Universitäten die Frage nach dem Wesen oder dem Unwesen (oder nach Herkunft und Wirklichkeit, nach Sinn und Zweck) des Strafs richten. So ist Strafe nicht auf die staatliche Strafe beschränkt, und sie ist auch als staatliche Strafe in ein gesamtes Rechtssystem eingebettet, das wiederum zugleich auch ein wesentliches Element des demokratischen Staates darstellt. Dieser beruht auf den Grundlagen des Humanismus, weil und insoweit er den Menschen in den Mittelpunkt stellt, wie die Präambel der Grundrechtcharta der Europäischen Union es verkündet.

Bei den Antworten geht es deshalb später auch darum, das *austrierte Gesamtsystem* des modernen deutschen Strafrechts unter Einbezug der Rechtspraxis zu betrachten. Das Geständnis, so scheint es schon auf den ersten Blick, spielt eine erhebliche Rolle im Strafrechtssystem. Offenbar ist es mit einem beachtlichen Entgegenkommen des strafenden demokratischen Staates verbunden, und es schafft einen gewissen Rechtsfrieden.

So ist zu fragen:

- Verändert also ein solches „Angebot des Staates“ auf Strafverzicht nicht auch das Bild vom staatlichen Strafen ein wenig?

- Ist nicht zwischen der Strafpraxis und dem Gesetzesrecht zu trennen? Gilt nicht ähnlich wie für das gesetzliche Zivilrecht, dass das Gesetzesrecht vorrangig auf den worst-case ausgerichtet ist, bei dem sich die „Parteien“, einschließlich der Opfer nicht „versöhnlich“ einigen können? Aber:

- Droht der demokratische Staat nicht auch häufig und erfolgreich mit der vollen Härte des Gesetzes bis hin zum Einsatz seines Gewaltmonopols, um auch im Strafrecht zu einem „Versöhnen“ im Sinne einer Art von Sühnevertrag mit einem straffälligen Mitdemokraten oder auch allgemein mit einem würdigen Mitmenschen zu gelangen?

2. Zu überlegen ist, inwieweit diese Sicht auf das Strafen auf den zweiten selbstkritischen Blick von vorn herein mit einer Triade von Blickwinkeln verbunden ist. Das Strafen ist mit drei einfachen Worten in die Ideenwelten von „Staat, Recht und Humanismus“ eingebettet. Insofern ist die Strafe immer auch von dem Wesen und den Bedürfnissen derjenigen kollektiven oder auch individuellen Person abhängig, die straft oder in deren Namen bestraft wird, der absolute König oder das souveräne Volk. Das Strafen besitzt deshalb immer auch eine „subjektive“ Seite, wie es umgekehrt auch den Charakter der Person, als denjenigen eines Strafenden, mitbestimmt. Derzeit ist es vor allem die Kollektivperson des demokratischen Staates.

Neben der staatlichen Strafe existiert das private Strafen, sei es in der Familie, in Verbänden, in Betrieben oder aber auch zwischen ihnen als Vertragstrafen. Ein Strafen kann auch ohne ein (Straf-) Recht stattfinden, insbesondere als ungezügelter Missbrauch von Gewalt und als Siegerjustiz. Es kann inhuman ausgeübt werden, etwa grausam und erniedrigend. Auch treten diese drei Negationen von Staat, Recht und Humanismus gern vor allem in Zeiten des Bürgerkrieges (in „failed states“) im Verbund miteinander auf.

Das Strafen durch den *Staat* bedeutet, dass das Wesen des jeweiligen Staates die Strafe und auch Sinn und Zweck des jeweiligen staatlichen Strafens mitbestimmt, sei er demokratisch oder sozialistisch etc. ausgerichtet. Jeder Staat begreift sich zunächst einmal als Form der Herrschaft, auch die Demokratie als Herrschaft des Volkes. Das Strafen dient auch der Sicherung der *Herrschaft* und ist Teil derselben. Begreift man eine Herrschaft vor allem als Über-Macht und sieht man den Kern der Übermacht im Erstreben eines weitgehenden Gewaltmonopols, dann dient das Strafen aus dem Blickwinkel der Herrschaft vor allem dem Erwerb oder dem Erhalt eines weitgehenden Gewaltmonopols. Vor allem *Gewalttaten* begangen von (mächtigen) Einzelnen und einzelnen Gruppen oder Netzwerken bedrohen dieses Monopol, und zwar vor allem dann, wenn aus ihnen gesamte gewalttätige Subkulturen zu entstehen drohen, die eigene Gewaltethiken pflegen. Die Strafe erscheint aus der Sicht der Herrschaft als die konkrete Anwendung und die öffentliche Dokumentation von übermächtiger Gegengewalt.

Wer den Staat mit den Begriffen von „Staatsvolk, Staatsgewalt und Staatsgebiet“ umschreibt²²⁴ und ihn als demokratisch geführt begreift, der gibt darüber hinaus schon einiges über das demokratische staatliche Strafen kund. Er benennt das Volk als den *strafenden Souverän*, er beschreibt zudem die Strafen zu Recht schon gleich als Anwendung von Staatsgewalt, und er steckt mit dem Staatsgebiet den primären Geltungsbereich für das staatliche Strafen ab.

Wer straft, wie der Staat oder ein anderer Souverän, der straft mutmaßlich zum einen immer auch, um sich als Souverän zu schützen. Aber er bestimmt damit zum anderen auch seine eigene *Identität*. Er ist ein strafender Souverän. Und die Art und Weise des Strafens gibt dann näheren Aufschluss über das Wesen des Strafenden.

Auch spiegelt sich die ethische Wertewelt der Demokraten in der Strafe, kurz: der freiheitliche Humanismus. Wer etwa die Freiheitsstrafe in den Mittelpunkt stellt, muss zunächst einmal vom

²²⁴ Aus der Sicht des Verfassers zum Staat: Montenbruck, *Zivilisation*, 2010, 49 ff., Rn. 75 ff, siehe auch: 143 ff., Rn. 327 ff. (zu „Gewalt, Recht und Strafrecht“).

Freiheitsrecht des Straftäters ausgehen. Wer auf die *Todesstrafe* verzichtet, der will trotz seiner Souveränität nicht über das Leben anderer Menschen verfügen. Wer nicht grausam strafen will, der will (frei) zudem die Würde jedes Menschen, auch etwa die des Mörders, achten.

3. Wer das Strafen in Rechtsform gießt, tritt dann als „Rechtsstaat“ auf. Ein Staat, der als Rechtsstaat straft, straft immer auch, um zugleich das *Recht* zu schützen. Wer die Idee der Gerechtigkeit als Teil des Rechts begreift, der schützt mit dem staatlichen Recht auch die Idee der Gerechtigkeit.

Neben der „Freiheit“, die in der Freiheitsstrafe steckt, steht hinter dem Recht dann vor allem die Idee der „Gleichheit“, vor allem vor dem Gesetz. Wer sich mit den bestraften Bürgern als mitfühlend erweist, wer also auch an die Idee der „Solidarität“ glaubt, der erstreckt auch die Idee des (mitmenschlichen) Sozialstaats selbst auf den Mörder.

Diese Einbettung der Strafe heißt also aus der Sicht des westlichen Staates, zumindest eines europäischen Staates im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention oder eines Staates im Sinne der Europäischen Grundrechtecharta, die Einbindung in den *demokratischen Staat*, in den *Rechtsstaat* und in den *Sozialstaat*.

Als demokratisch-ziviler Staat muss er auch die gesamte zivile Infrastruktur schützen wie etwa die Verkehrswege jeglicher Art.

Bei der Anbindung der Strafe an die Idee des Rechts wird es dann um die Frage nach der „Idee des Rechts“ gehen, zum Beispiel auch darum, ob nicht die Idee der materiellen Gerechtigkeit über den Begriff des Rechts auch dem Strafrecht zu eigen ist.

Wer schließlich aus fachwissenschaftlicher Sicht so naheliegend beim Wort vom „Schützen von“ Ideen nachhakt, sollte im Schützen nicht gleich die frühzeitige Reduktion auf strafrechtliche Gedanken der Prävention und auf deren Nützlichkeit sehen. Es handelt sich zugleich immer auch um den Ausdruck des „ethischen Wesens“ der Strafenden, und zwar als ein solcher Strafender.

4. Die Anbindung an den *Humanismus im engeren menschenrechtlichen Sinne* heißt dann, dass das Strafen mit der Idee der Menschenwürde, auch des Straftäters, verbunden ist, der einerseits auch deshalb die Taten „als eigene“ zu verantworten hat und der andererseits auch für sich die Menschenrechte in Anspruch nehmen kann.

Jedes staatliche Strafen dient vereinfacht also zumindest auch dem jeweiligen Staat. Insofern dient es auch dem Herrschafts- als „Staatsschutz“. Insofern handelt es sich genauer betrachtet um den „Zweck“ des staatlichen Strafens, aber zugleich verwirklicht sich der Staat auch im Strafen, Insofern handelt es sich dann um eine Form des Sinns oder Wesen des Staates.

Vereinfacht handelt es sich beim staatlichen Strafen aus westlicher Sicht also zumindest zum einen immer auch

- um Staatsschutz im Sinne des Schutzes der demokratischen Zivilgesellschaft“,
- um „Rechtsschutz, einschließlich etwa der Rechtspflege“ und
- um „Sozialschutz“, etwa auch im Sinne der allgemeinen Solidarität mit den Opfern und zudem mit den Tätern.

Wiederum geht es bei der Ausübung der Strafe nicht nur um den Schutz, sondern auch um die Selbstverwirklichung (Wesen oder Sinn) des demokratischen Rechts- und Sozialstaates.

Zur rechtlich ausgeprägten Identität des Staates, die er ebenfalls zu schützen hat und in der er sich ebenfalls verwirklicht, gehören seine nationale *Verfassung* und die transnationalen *Menschenrechtskonventionen*.

Das Strafen dient also auch dem *Verfassungsschutz*, unter anderem wenn dieser die Grundrechte als strafrechtliche Rechtsgüter schützt und spiegelt zugleich das Wesen der Verfassung wider.

Ebenso bildet die Strafe eine *Menschenrechtsstrafe*, die man zudem auch auf die Idee der Versöhnung stützen kann.²²⁵

Diese Sicht auf den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, auf seine Verfassung und seine Rückbindung an Konventionen etc. betrifft den Blick auf das strafende Volk, einen vor allem kollektiven Blickwinkel. Zum anderen muss oder müsste die Art und Weise des Strafens das Wesen und die Schutzinteressen der einzelnen Demokraten als den Mit-Strafenden widerspiegeln und auch das Menschsein des zu bestrafenden Einzelnen.

Diese *subjektive* oder auch *kulturelle* Einfärbung und Ausprägung der Strafe durch den Strafenden gehört unabdingbar zur Strafe. Aber diese subjektiv-kulturelle Seite bildet nur die eine Seite. Die andere beinhaltet das Suchen nach *objektiven* oder auch *universellen* Elementen des Strafens, zu der dann auch die anthropologische Sichtweise zählt.

5. *Anthropologisch* gewendet besteht offenbar auch ein universelles Strafbedürfnis, das zum Wesen des Menschen überhaupt gehört, ebenso wie es dem Menschen dann aber auch möglich ist, aus welchen anderen Motivationen heraus auch immer, diesem Strafgefühl zu widerstehen und aufs Strafen ganz oder teilweise zu verzichten.

Aus anthropologischer Sicht zeigt sich der Mensch offenbar im Sinne von *Gehlen* als instinktarmes Lebewesen.²²⁶ Als solches hat er sich zum Teil von den genetischen Vorprogrammen befreit, die andere subhumane Primaten, Säugtiere etc. noch weit stärker steuern. Aber zum Ausgleich schafft er sich selbst kulturelle Riten und Normen, und zur Kulturalität ist er dann auch genetisch veranlagt. Gegen seine Normen, die sich offenbar immer auch um die Idee der *Selbsterhaltung* von Einzelnen, von Grup-

²²⁵ Zur Idee der Menschenrechtsstrafe, die sich aus der Idee der Versöhnung ergibt, Montenbruck, Menschenrechtsstrafe, 2010, 113 ff., 137 ff (,Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe“).

²²⁶ Der Mensch ist, was seine Instinkte anbetrifft ein Mängelwesen (Gehlen, Mensch, 1950, 36), stattdessen wird er zum *Prometheus* (Gehlen, Bild, 1948, 234 ff, 239), zum kulturschaffenden Wesen ist er geworden, um biologisch betrachtet noch besser überlebensfähig zu sein.

pen oder der menschlichen Spezies insgesamt drehen, kann der Mensch zwar (frei oder asozial motiviert) verstoßen, dann aber hat der Normbrecher offenbar zum Ausgleich das „Bedürfnis“ der anderen nach Schadensersatz und nach Strafe, kurz nach Justiz oder nach Selbstjustiz zu fürchten. Diese biologisch verankerten Gefühle „nach Gerechtigkeit“²²⁷ sind, wie an anderer Stelle zu zeigen war, aus ethischer Sicht durchaus vernünftig²²⁸,

6. Aber neben der Anbindung an „Staat und Recht, an Humanismus und Anthropologie“ hat der Begriff der „Strafe“ wie jeder große Begriff auch etwas *Eignes* oder etwas Autonomes wie etwa die Vorstellung der Zufügung eines Übels, wenn auch wegen der Zufügung eines Übels.

Der Begriff der Strafe, etwa als Übelzufügung, beeinflusst dann umgekehrt auch das Verständnis von Staat, Recht, Humanität und von der Anthropologie.

Mutmaßlich gibt es sogar keinen Staat ohne eine Art von straffähnlicher Repression, und es existiert kein Rechtssystem ohne irgendeine Form des Strafens, im Sinne der Zufügung eines Nachteils.

Auch hat die Mitmenschlichkeit sich wohl immer auch beim Sanktionieren zu beweisen. Vor allem bei der Reaktion auf schwerste Straftaten wie den Tötungen hat der Gedanke der Humanität einen wichtigen, wenn auch nur strafmildernden Anwendungsbereich. Alte humanitäre Begriffe wie Gnade oder Barmherzigkeit setzen die Idee des Rechts oder auch die Vorstellung von einer an sich verdienten Sanktion erst einmal voraus. Schließlich scheint es eine biologische Besonderheit des Menschen zu sein,

²²⁷ Siehe dazu erneut: Streng, Sanktionen, 2012, Rn. 24 f.; Hauptmann, Psychologie, 1993, 56; Schott, Strafraumen, 2004, 106; Jung, Strafe, JZ 2004, 1155 ff., 1175; Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff. Müller-Dietz, Mord, 1997, 95 schreibt: eine funktionierende Strafjustiz erreiche, auch unter dem Aspekt einer angemessenen Ahndung von Straftaten, „ein erhebliches Maß an kollektiver wie auch individueller Verdrängung und Sublimierung der primitiven Triebe, die sich sonst in Form privater Rache am Täter durchsetzen würden“.

²²⁸ Siehe zur „Vernunft der Gefühle“ erneut: Bolle, Emotionen, 1995, 155 ff. m.w.N. Überdies: Weiler, Love, 1991, 197 ff.

noch lange danach auf die Verletzung durch einen Artgenossen zu reagieren und dabei selbst oder mit anderen im Kollektiv nach -offenbar sinnvoller- Vergeltung zu streben.

So ist zu versuchen, beiden Wegen gerecht zu werden, die Idee der Strafe als solche herauszustellen und auch ihren gegenwärtigen kulturellen westlichen Hintergrund mit einzubeziehen und dabei auch einige Erkenntnisse der Anthropologie, vor allem der Psychologie mit anzumerken.

Mit dem späteren Aufgreifen des alten Instituts des Geständnisses ist dann zu versuchen, den vorrechtlichen Gedanken der Versöhnung fortzuführen, und zwar als Element der westlichen Zivilität.

7. Mit diesen Arbeitsthesen sind die zu beschreitenden Wege im Groben geschildert. Zudem ist mit den verwandten großen Begriffen von Staat und Recht sowie mit den beiden Ideenquellen des vorrangig normativen Humanismus (der Menschenrechte) und der überwiegend empirisch ausgerichteten Anthropologie das weiche Umfeld für die Kernidee der Strafe abgesteckt und so insgesamt das „Vorverständnis“ für das Folgende offengelegt, das die Strafe selbst zum Gegenstand haben soll.

2. Strafe: Allgemeiner Wortsinn, *Kant* und andere Annäherungen

1. Fortzufahren ist mit der Frage nach dem Wesen, der Herkunft und der sozialen Seite des Strafens.

Mit Vermutungen und Hypothesen über das allgemeine oder das „zivile“ vorrechtliche Verständnis von Strafe ist zu beginnen, die sich dann auch später in der fachwissenschaftlichen Diskussion spiegeln werden. Sie müssen sich dort auch niederschlagen, weil im demokratischen Recht und zumal im Strafrecht das Prinzip der Eigenverantwortung auf das Modell des würdigen, weil vernünftigen und sich selbst beherrschenden Menschen zurückgegriffen wird.

Das allgemeine Bild von der Strafe ist vorrangig offenbar von der Idee der strengen, blinden und grausamen²²⁹ Wiedervergeltung geprägt, die nach dem blinden Prinzip der Reziprozität, der goldenen Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ verfährt und dabei auch spiegelnde Strafe im Sinne des Alten Testaments miteinschließt.

Als Zweck hat eine derartige Strafe vor allem den Schutz einer heiligen, gerechten Ordnung im Blick. Vereinfacht erscheint die Herstellung von Gerechtigkeit als Sinn des Strafens. Da und soweit die Vergeltung wiederum als Ausdruck der Gerechtigkeit anzusehen ist, erweist sich das Strafen als ein Wert „an sich“ oder auch ein „Selbstzweck“, den man dann auch als losgelöst von sonstigen Zwecken begreifen kann, mit einem anderen Wort in einem idealistischen Sinne als „absolut“. Damit wird zugleich das politische Zweckdenken zurückgedrängt, das insbesondere in der Vorbeugung zu sehen ist und die Strafe damit als Mittel für einen höheren Zweck begreift.

2. *Kant* hat diese Sicht in seiner Zeit schon in sublimer Weise zusammengefasst und zugleich auch mit hoher Folgewirkung verfestigt, wenn er unter anderem erklärt:

Der Straftäter: *“Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, ...“*²³⁰

Die Begründung ergibt sich aus der Subjektstellung des Menschen. So schreibt *Kant* zuvor:

Richterliche Strafe (poena forensis), die von der natürlichen (poena naturalis), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gute zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft,

²²⁹ „Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist Grausamkeit; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter der Auflösung.“ erklärt Thomas von Aquin in seinem Kommentar zum Matthäus-Evangelium 5, 2 (Pieper Nr. 361), Aquin (Piper), Matthäus, 1270/2011 Nr. 361.

²³⁰ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331.

sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wo wider ihn seine angeborne Persönlichkeit“ (lies die Menschenwürde) „schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen (lies: zur Strafe an bürgerlicher Freiheit) „gar wohl verurtheilt werden kann.

Dabei ist *Kants* Formulierung zu beachten, „*nicht bloß als Mittel*“ schreibt er. Die richterliche Strafe darf also dennoch immer auch, wenn auch offenbar nur nachrangig die Strafe als Mittel zu einem anderen Guten einsetzen.

Dabei erscheint die „natürliche Strafe“ zudem noch einmal als die reine Strafe, nach der das Laster sich selbst bestraft, etwa, weil es selbst die reaktive Folge des Übels auslöst, so wie etwa die Tat sofort die Schuld begründet und nicht erst auf den Richtspruch zu warten hat. Das bedeutet in Verbindung mit dem Gedanken der angeborenen Subjektstellung des Menschen, dass der souveräne Täter sich insofern selbst bestraft.

Kant schickt diesem Gedanken die Worte voraus:

"Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen".

Damit beschreibt *Kant* zunächst einmal eine weitere und erste Sicht auf die Strafe, indem er auf deren *obrigkeitliches* Wesen verweist, das auch dem Gesetz und der Richterrolle eigen ist. Doch lässt sich diese hoheitliche Seite auch in moralischer Weise fortentwickeln. Der autonome Mensch versteht sich als sein eigener Befehlshaber. Er straft sich selbst nach Begehung einer Unrechtstat nach seinem eigenen Gesetz, das mit *Kant* auf der Maxime der Verallgemeinerbarkeit seines Verhaltens beruht, und zwar mit einem „Schmerz“.

Hegel verbindet die „natürliche“, also außerstaatliche Seite der Strafe und die Subjektstellung des Täters mit Wille, Freiheit und Recht des Täters, das *Hegel* überdies auf die Vernünftigkeit gründet, die nunmehr aber ihren Tribut einfordert:

Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht - als gerecht ist sie zugleich sein an sich seiender Wille, ein Dasein seiner Freiheit, sein Recht -, sondern sie ist auch ein Recht an den Verbrecher selbst, d. i. in seinem daseienden Willen, in seiner Handlung gesetzt. Denn in seiner als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter sein Recht subsumiert werden darf ... auch die formelle Vernünftigkeit, das Wollen des Einzelnen, liegt in der Handlung des Verbrechens...“.

Zudem verweist *Hegel* mit seinen berühmten Worten auf die Subjektstellung des Straftäters:

„... Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. - Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; - ebensowenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung.“²³¹.

Dabei ist erneut festzuhalten, dass der Verbrecher nicht „nur“ oder vorrangig gleich einem schädlichen Tier betrachtet werden soll, aber offenbar immer doch auch in diesem Sinne.

Hinzu tritt auf dieser Ebene dann auch das moralisch-subjektive Begriffspaar von „Schuld und Sühne“. Auch sie erscheinen vorrangig als Selbstzwecke, auch wenn der Sühne immer auch die Idee der Reinigung, also der Wiedergutmachung (Restauration) mit zugrunde zu liegen scheint.

²³¹ Hegel, *Grundlinien* (Hoffmeister), 1995, § 100. Siehe dazu auch: Kühl, *Strafrechtsphilosophen, Hegel*, 2013, Der Begriff der Strafe, II. http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/phil/Hegel/strafe5 (27. 8. 2013).

Der Wiedergutmachung wiederum werden die kollektivistischen Ideen von Friedensstörung und Friedenserhalt an die Seite gestellt.²³² Alle diese drei großen Elemente,

- die objektive Gerechtigkeit des Ausgleichs,
- die subjektive Verantwortung des Täters, und wie hinzuzufügen ist auch das subjektive Recht und die Gewalt des Strafenden und
- der soziale Frieden und die Abwehr von realer Wiederholungsgefahr

sind dann auch gewiss in der Rechtfertigung oder dem „Sinn und Zweck“ der Strafe zu finden.

Aber vorrangig handelt es sich bei der Strafe, zumindest aus der deutschen Sicht vorrangig um eine Form, *Gerechtigkeit durch Wiedervergeltung* zu üben.

3. *Kant* und *Hegel* stehen dabei für eine spezifisch deutsche Sichtweise, wie sich später auch noch beim Bild vom würdigen Menschen und dem Straftäter als einem geistig sittlichem Wesen zeigen wird.²³³ Den angloamerikanischen Begriff „*Punishment*“ (abgeleitet vom lateinischen *poena*, verwandt mit der deutschen *Pein*) definiert die *Stanford Enzyklopädie* mit Worten, die ebenfalls die Wiedervergeltung meinen, mit denen sie aber zurecht zugleich verdeutlicht, dass die Strafe zwar nicht nur, aber immer auch vom Zweck und den *politischen Leitideen* einer Gesellschaft abhängt:

„The concept of punishment – its definition – and its practical application and justification during the past half-century have

²³² Bongardt, *Endstation*, 2010, 57 ff., 63 ff. („Problematische Strafe“), sowie 61 ff. (zum „Wert der Strafe“, vor allem zur Sicherung der „Ordnung einer Gesellschaft“).

²³³ Zum Schuldprinzip siehe zunächst die Absprache–Entscheidung, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs. Nr. 55.

shown a marked drift away from efforts to reform and rehabilitate offenders in favor of retribution and incarceration. “

Damit sind zumindest die US-amerikanischen Grundtendenzen aufgezeigt. Weiter heißt es dann im Hinblick auf den Kern der Strafe:

„Punishment in its very conception is now acknowledged to be an inherently retributive practice, whatever may be the further role of retribution as a (or the) justification or goal of punishment. “

Utilitaristisch fahren die Autoren dann fort:

„A liberal justification of punishment would proceed by showing that society needs the threat and the practice of punishment, because the goal of social order cannot be achieved otherwise and because it is unfair to expect victims of criminal aggression to bear the cost of their victimization. Constraints on the use of threatened punishments (such as due process of law) are of course necessary, given the ways in which authority and power can be abused. Such a justification involves both deontological as well as consequentialist considerations.“²³⁴

Der „deontologische“ Hintergrund, etwa derjenige der Menschenrechte oder der Personalität des Menschen, ist damit zwar angerissen, er verbleibt aber im Dunkeln. Man kann jedoch den Gedanken der Fairness als Ausdruck der Gerechtigkeit ansehen.

4. Dem pragmatisch-beschreibenden angloamerikanischen Ansatz sind die idealistisch-normativen Ausführungen des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* von 1977 an die Seite zu stellen. Dabei fällt zunächst einmal auf, dass das *Bundesverfassungsgericht* -zumindest damals- eigentlich nicht selbst zu „Sinn und Zweck“ der Strafe Stellung nehmen möchte, um dann doch die eigene faktische Zustimmung nicht vermeiden zu können:

„Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befasst, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu

²³⁴ Bedau/Kelly, *Punishment*, 2010.

nehmen. Auch im vorliegenden Fall besteht kein Grund, sich mit den verschiedenen Straftheorien auseinander zu setzen; denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungswegen zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte....²³⁵

Danach aber beschreibt es einen recht groben Rahmenkonsens, der in seiner Form durchaus dem Modell der intersubjektiven Wahrheitstheorie von *Habermas*²³⁶ und anderen entspricht, wenn das Gericht ausführt:

„Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die - allerdings mit verschieden gesetzten Schwerpunkten - versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungswegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen.“

Als wesentlich erweist sich dabei der Doppelschritt, zunächst einmal die verschiedenen Strafzwecke „anzuerkennen“ und dann „gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen“, also zu „harmonisieren“. Als vorrangig erweist sich, so schon an dieser Stelle, jedenfalls für Deutschland zwar das Schuldprinzip, also die Vergeltung der persönlichen Tat-Schuld des Täters. Aber es reicht allein nicht aus. Vielmehr steht hinter der Strafe eine Gemengelage von Gründen:

„Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch

²³⁵ BVerfG 45, 187 ff., 253 ff., BT Drucks V/4094, 4 f.

²³⁶ Habermas, Wahrheitstheorien, 1984, 127 ff., 128, Im Sinne eines semi-religiösen Dogmas „Wahrheit ist ein Geltungsanspruch, den wir mit Aussagen verbinden; indem wir sie behaupten“. Aber bestimmt und behauptet wird die Aussage von einem „Wir“.

*die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet.*²³⁷

Bezüglich der lebenslangen Höchststrafe für einen Mord, für den das Gericht angerufen worden war, bezieht es sich auf die „Sühne“ und führt aus:

„Was schließlich die Strafzwecke des Schuldausgleichs und der Sühne betrifft, so entspricht es dem bestehenden System der Strafsanktionen, dass der Mord wegen seines extremen Unrechts- und Schuldgehalts auch mit einer außergewöhnlich hohen Strafe geahndet wird. Diese Strafe steht ferner mit der allgemeinen Gerechtigkeitserwartung im Einklang. Folgerichtig hat der Gesetzgeber für die Vernichtung menschlichen Lebens in der besonders verwerflichen Form des Mordes die höchste ihm zur Verfügung stehende Strafe angedroht.“

Auch der europäischen Rechtsvergleichung bedient sich das Gericht. So rückt es den damals auch in Deutschland diskutierten italienisch-französischen Gedanken, Strafe vor allem als „Sozialverteidigung“ zu begreifen, in sein Blickfeld. Aber wiederum betont es die Freiheit des Gesetzgebers:

„Die Sühnefunktion der Strafe ist zwar in einer Zeit, in der der Gedanke der ‚defense sociale‘ immer mehr in den Vordergrund gestellt wird, lebhaft umstritten. Hält der Gesetzgeber die Sühne weiterhin für einen legitimen Strafzweck, so kann er sich davon leiten lassen, dass der Straftäter mit der Vernichtung eines menschlichen Lebens durch Mord schwerste Schuld auf sich geladen hat und seine Wiedereingliederung in die Rechtsgemeinschaft eine Schuldverarbeitung voraussetzt, die auch durch eine sehr lange Freiheitsstrafe mit der Chance vorzeitiger Entlassung ermöglicht wird.

²³⁷ Unter Hinweis auf eigene Entscheidungen: BVerfGE 32, 98 ff., 109; 28, 264 ff., 278.

... Der italienische Verfassungsgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 7./22. November 1974 (...) ihre Vereinbarkeit mit Art. 27 III der italienischen Verfassung ausdrücklich bestätigt. Zweck und Ziel der Strafe sei nicht allein die Wiedereingliederung des Täters. Abschreckung, Prävention und sozialer Schutz seien - in nicht minderem Umfang als Besserung - zulässige Begründungen für eine Strafe.“

5. Die Idee der Strafe ist für die heutige Gesellschaft, zumal für den gebildeten Demokraten jedenfalls nur durch einen weiten Panoramablick zu erhellen. Wer sich am Ende auf die Vernunft als Leitidee stützt, muss dabei irgendwann, und beispielhaft also an dieser Stelle, die Methoden der Rationalität beachten.

Drei klassische Arten des Vorgehens sind also zu verbinden,

- der normative,
- der soziale und
- der empirische Ansatz.

Alle drei beschreiben gemeinsam das Wesen der Strafe.

Vor allem ordnet das Strafrecht das Strafen nicht mehr allein. Nötig ist vielmehr die Einbettung des deutschen Strafrechtendens in sein staatsrechtliches Umfeld. Seine nationalen Besonderheiten lassen sich durch den Blick auf die Grundprinzipien des grundliberalen und damit zivilgesellschaftlichen US-amerikanischen Rechtssystems herausstellen.

6. Mit dem „allgemeinen“ Verständnis von Strafe war bereits zu beginnen. Wikipedia bietet in seiner deutschen Ausgabe zudem die folgende Definition, die sich bereits eng an das deutsche Strafrecht anlehnt und deshalb auch für die deutsche Idee von der Strafe stehen kann:

„Strafe im Sinne des Strafrechts ist nach einer vorherrschenden Definition ein Übel, das einer Person, (dem ‚Täter‘), für ihr eigenes, vergangenes, tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Handeln (Tun oder Unterlassen) von der Gesellschaft auferlegt wird und mit dem ein sozialetischer Tadel ge-

*genüber dieser Person verbunden ist. Der Begriff der Strafe setzt sich damit von dem der Maßregel der Besserung und Sicherung ab, für die eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat ausreicht. Ebenfalls keine Strafen im juristischen Sinne sind Geldbußen oder Bußgelder sowie ‚Ordnungsstrafen‘, die daher heute in der Regel als Ordnungsmittel bezeichnet werden“.*²³⁸

Diese Vorstellung von Strafe setzt bereits eine staatlich organisierte Gesellschaft voraus, die ihrerseits als eine kollektive Person auftritt. Andererseits aber handelt diese strafende Gesellschaft. Ihre Strafen erscheinen also in der Struktur den Straftaten und der Person des menschlichen Täters vergleichbar. Auf seine individuelle Aktion erfolgt ihre kollektive Reaktion.

Damit ist der erste Überblick über die bunte Ideenfamilie gegeben, mit deren Hilfe es gilt, das Phänomen des Strafens zu erfassen und einzuordnen.

3. Rechtssoziologisch: Meiden und Ausschluss, rechtsanthropologische Straffrollen

1. Aus rechtsoziologischer Sicht zielt zumindest das hoheitliche Strafen als „soziale Strafe“ vereinfacht entweder auf den „Ausschluss aus der Gesellschaft“ oder zumindest auf eine „Marginalisierung“ als Meidung des Täters. Zudem beinhaltet sie eine Schwächung seines sozialen Nahfeldes. Das Scherbengericht (Ostrazismus) auf dem Forum des antiken Athen steht Modell für diese Art der „politischen“ Verbannung eines Mächtigen und Gefürchteten.²³⁹ Mit einem einfachen Vergleich handelt es sich um eine Art der Vereinsstrafe, bei der der Bestrafte ein „Mitglied“ darstellt. Sklaven und Fremde fielen deshalb nicht unter diese Art von Recht.

²³⁸ Wikipedia, „Strafe“ (<http://de.wikipedia.org/wiki/Strafe>), Stand: Dezember 2012.

²³⁹ Dazu aus sozialwissenschaftlicher Sicht: Rehbinder, Verweigerung, 1986, 237 ff., insbes. 238. Zum Grundgedanken des Ostrazismus, dem Athener Scherbengericht der Verbannung, siehe auch: Lugebil, Ostrakismus, 1860, 119 ff., 169; sowie aus staatsrechtlicher Sicht: Zippelius, Ausschluss, 1986, 12 ff., 12 f.

Aber auf den zweiten Blick hatten auch etwa die spätmittelalterlichen peinlichen (poena) Körper- und Lebensstrafen die Folge der Marginalisierung. Als Körperstrafe brandmarkten sie den Verurteilten, und als Todesstrafe bewirkten sie die effektive Exkommunizierung aus der Gemeinschaft. Doch, so ist anzufügen, die Seele galt damals als unsterblich. Ein Mitglied der „civitas dei“, des universell gedachten Volkes eines allmächtigen Gottes blieb der Hingerichtete mit seiner Seele. Der göttliche Oberherr konnte der verdammten Seele des Verurteilten deshalb immer noch gnädig sein. Fegefeuer und Hölle stellten eine Form der „Verbannung der Seele“ dar.

Ein ziviler Sühnevertrag, der entweder eine Art kleiner Friedensvertrag zwischen teilautonomen ländlichen oder auch zwischen städtischen Gemeinschafts- und Schutzverbänden abgeschlossen wird, setzt der Sache nach neben der Handlungsmacht auch wirtschaftliches Vermögen voraus, das zum Ausgleich geleistet werden kann und erfordert auch eine Ehre als soziales Ansehen mit sozialer Einbindung, die gleichsam verpfändet werden kann. In der Regel waren Sühneverträge auch an einen Ort oder einen Stand gebunden. Deshalb konnte das personale Rechtssystem auch nicht mehr für die neuen Mobilen der Gesellschaft gelten. Die landschädlichen Personen rekrutierten sich aus dem fahrenden Volk, also auch aus fahrenden Gesellen, umherziehenden Schülern, Landflüchtlingen und marodierenden Kriegsknechten, denen es insbesondere nicht gelang, die Bürgerfreiheit der Städte zu erlangen. In der Regel handelte es sich dabei einerseits um risikobereite Jungerwachsene und andererseits um an den Rand der Gesellschaft gedrückte Ausgestoßene. Die Verbannung konnte sie deshalb nicht treffen. Diese Personen verfügten aber als Christen über eine Seele. Mit ihr mussten und konnte sie haften. Ihr Leib allerdings stand dem weltlichen Recht des Kaisers jedoch im Sinne einer Art subsidiärer „Leib-Eigenschaft“ zur Verfügung.

Aus der Sicht der Verbannung ersetzt die heutige Strafgefängenschaft in den Vollzugsanstalten den Ausschluss aus der Gesellschaft durch den Einschluss in der Gesellschaft. Diese Art der Isolierung von der Gesellschaft erfolgt zugleich mit dem öffentlichen Schuldspruch, der den Täter zusätzlich sozial bemakelt. Die „weltliche Gnade“ ist, in der Form der bedingten Entlassung auf Bewährung in die Hände der exekutiven Landesregierungen gelegt, vielfach, wie in Deutschland, sogar zusätzlich zum Recht

verdichtet und somit zum Teil des „Rechtsstaates“ erhoben (vgl. §§ 57, 57a StGB).

2. Das allgemeine rechtssoziologische Verständnis der Exkommunikation von Mitgliedern mit der Aussicht auf Begnadigung, das zugleich ein urpolitisches Grundmodell der westlichen Tradition aufgreift, trägt also im Groben auch das Verständnis einer staatsbürgerlichen Freiheitsstrafe.

Daneben aber besteht als ein zweites Modell das landesherrliche Polizeistrafrecht, das im Idealfall von der Staatsvernunft („Staatsraison“) regiert wird. Die alte Zweiteilung in eine zivile und eine hoheitliche Strafe besteht, wie auch das deutsche Beispiel zeigt, zum einen in einer zweiten Nebenspur der notwendigen „Maßregeln der Besserung und Sicherung“, in §§ 61 ff. StGB deutlich belegt, noch fort. Die alte Zweiteilung von Bürgerstrafe und Untertanendisziplinierung hat damit eine neue Ausprägung erhalten. Aber die „Strafe“ im strafrechtlichen Sinne soll jedenfalls mit den Begriffen des deutschen Strafrechts nur diejenige Sanktion darstellen, die auf der Tatschuld des Täters beruht, §§ 20, 17, 19 StGB. Auch die Maßregeln des Strafgesetzbuches knüpfen immer an rechtsstaatlich nachgewiesene Taten an. Das deutsche Polizeirecht bildet daneben ein gesondertes Gefahrenabwehrrecht, das in der Regel die einzelnen Bundesländer als eigenes ausüben.

Die Komplexität der hoheitlichen Rechtssysteme von Großstaaten zeichnet sich schon an dieser Stelle ab. Überwölbt wird jedes Straf- und jedes Polizeirecht von den nationalen Verfassungen und den übernationalen Menschenrechten. Jene ergeben dann die Maßstäbe für die „Staatsvernunft“ des jeweiligen demokratischen Staates.

3. *Anthropologisch* ist zunächst auf die Natur-Ethiken der *Wechselseitigkeit* und der Rücksichtnahme auf den *Nächsten* zu verweisen. Strenge Gerechtigkeit und milde Humanität sind also nicht nur Bestandteile der Vernunft, sondern auch der Natur und damit auch der beachtlichen, aber dunklen Restnatur im Menschen, um deren Aufklärung sich die Psychologie bemüht. Insofern ist auf die *Psychologie* des Strafens zu verweisen, die sich unter anderem aus der *Frustration* ergibt, die *Aggression* nicht verhindert zu haben, wie daraus, die schweren Folgen nicht durch Kompensation aus der Welt schaffen, also den ursprünglichen

Zustand zivilrechtlich nicht restituieren zu können. Das Zivilrecht versagt, und das Selbstbild des Strafenden, der *Herr* über das Seine, auch das „soziale Umfeld der Nächsten“, zu sein, wird beschädigt. Er empfindet sich selbst als Opfer.

Allgemeinmenschlich und deshalb anthropologisch gewendet lässt sich wohl erklären: *Wer reagiert, wird zum Akteur und wer sogar straft, der erhebt sich zu einem Oberherrn*, der sich durch folgende Eigenschaften auszeichnet:

- (1) *Sozial*, insofern als er sich selbst nach außen erkennbar und zumindest zunächst geduldet mit einem zumindest partiellen und situativen *Gewaltmonopol* versieht.
- (2) *Ethisch-rechtlich*, er gibt sich entweder als ein Selbst-Gerechter, der sich als autonom versteht oder er begreift sich wenigsten als extern am Guten verankert und weiß sich als treuer Stellvertreter der Gerechtigkeit.
- (3) *Psychoanalytisch*, mit der Anklage, dem Urteil und dem Strafact weiß er sich mit sich und seinem (höheren) Selbst oder auch mit einem edlen Über-Ich „identisch“. Das Ich vereint auf diese Weise den niederen Racheimpuls mit dem edlen Gerechtigkeitsempfinden.
- (4) *Tätersicht*. Deshalb gilt auch umgekehrt, wer als Täter seine Aggression als gerechte Reaktion oder gar als Strafe begreift oder bewusst tarnt und dies vorspiegelt, der wählt eine bekannte *Technik der Neutralisation* von „bösem“ Tun (Sykes/ Matza)²⁴⁰. Zudem provoziert er den Einstieg in eine Gewaltspirale, bei der es auch darum geht, einen *Kampf um die Oberherrschaft* auszufechten. Es handelt sich dabei um eine Frage des zumeist männlichen *Egos*, wobei männlich nicht abwertend gelesen werden soll. Die Biologie hat diese Rollen nur gleichsam grob so aufgeteilt.

²⁴⁰ Sykes/Matza, *Techniken*, 1957/1979, 360 ff., 366 f.: siehe auch Thurmann, *Deviance*, 1984, 291 ff., 292 f. und Maruna/Copes, *decades*, 2005, 221 ff., 265. zu den Problemen dieser Studie: Fritsche, *Entschuldigen*, 2003, 19.

Zudem dürfte es die folgenden *anthropologischen Rollenmodelle* geben:

Familienmodell nach außen: Der Reaktive und erst recht der Strafende tritt dabei etwa in die Rolle eines schutzbereiten, mitfühlenden nahen Dritten wie des *Vaters* oder des *großen Bruders* ein, der sein vermeintliches Versagen und die daraus folgenden Frustrationen mit Rachephantasien abzubauen oder in Kleingruppen verbunden auch tatsächlich mit wütender *Selbstjustiz* zu kompensieren sucht. Dabei bleibt offen, in welcher Art der Täter betrachtet wird, als Feind, als wildes Tier oder als Gefahrquelle.

Eltern- Kind-Modell: Die eher mütterliche Grundrolle wäre dann die Reaktion des mitfühlenden Trostes mit dem Opfer und bezüglich des Täters das empathische Verständnis und Barmherzigkeit. Eine ähnliche *Erziehungsidee* prägt das Jugendstrafrecht. „Fördern und Fordern“ bestimmt auch die Arbeitslosenhilfe, einschließlich der Sanktion der Kürzung von Leistungen.

Herr-Knecht-Modell: Hier steht die Hierarchie im Mittelpunkt, die für sich allein betrachtet nur blinden Gehorsam verlangt und vor allem zur Aufrechterhaltung von *Ordnung* dient. Das interne Disziplinarrecht, etwa beim Militär und in sonstigen abgeschlossenen Institutionen betont diesen Ansatz. Aber auch das allgemeine Ordnungswidrigkeitenrecht verwendet diesen Gedanken. Auch wer allgemein von der *Rechtsordnung* spricht, assoziiert damit die *Unterwerfung* unter sie. Das mag freiwillig und aus Gründen der Vernunft geschehen, dank einer entsprechenden Sozialisation oder aber schlicht aufgrund der Androhung und Realisierung von Strafzwang.

Feind- Freund-Modell: Die weitere Alternative ist das Feind-Freund-Modell. Es schließt den Täter nicht nur schlicht aus der Gruppe aus, sondern es sieht auch in der Tat selbst eine Art von Aufkündigung der Gemeinschaft durch den Täter, der auf diese Weise den Status eines *Freien* erwirbt. Dieser Status ist eng mit dem Begriff der *Ehre* verbunden. Durch Unterwerfung und Buß-

leistung kann der Täter sich aber wieder zum Freund wandeln. Vor allem zum Liberalismus²⁴¹ passt dieses Modell.

Wildes und gezähmtes Tier: Eine ähnliche Alternative besteht darin, den Täter zum wilden Tier zu *dehumanisieren*. Dieses kann aber womöglich von seinem Herrn und Meister gezähmt werden. Die soziale Idee der *Resozialisierung* beinhaltet Elemente dieses Modells. Auch Worte wie die Zivilisierung oder die Domestizierung des Menschen oder Gegenbegriffe wie der des Barbaren greifen ein solches Denkmodell zum Teil auf. Es zeigt aber auch einen gewissen Naturalismus.

Verobjektivierung zur Gefahr und deren Unschädlichmachung: Die vierte Alternative lautet, den Täter völlig zu verobjektivieren und als bloße Gefahrenquelle zu deuten, die unschädlich gemacht werden muss. Danach wird der zu Bestrafende bis zum Beweis seiner Ungefährlichkeit neutralisiert. Die Sicherungsverwahrung bedient sich dieses Ansatzes. Der kalte von den *Naturwissenschaften* gestützte *Utilitarismus* begründet ein solches Denkmodell.

Religiöse Stellvertretung: In von Religionen politisch mitbestimmten, meist zugleich naturnahen Gesellschaften erweisen sich kulturelle Strafregelel entweder als Teil eines *unerforschlichen Weltgeistes* oder als Teil einer gesamten Doppelwelt, bei der auch das irdische Sein von guten und bösen Dämonen beherrscht ist. Der Schadenseintritt, wie Krankheiten oder Ernteaufälle, wird als Gottesstrafe für ein kollektives Fehlverhalten gedeutet oder als das Werk des Teufels. Religiöse Tabubrüche sind zu ahnden, Sündenböcke sind zu opfern. Naturkatastrophen und Schicksalsschläge erhalten auf diese Weise einen systemischen Sinn und erfahren durch Opfer eine Ordnung. Der Opfernnde wird dabei vom Verstoßenen wieder zum gehorsamen Diener. Sind die Verursacher Menschen, so hat etwa das Böse oder es haben bestimmte Teufel vom Täter Besitz ergriffen, so dass er in strengen Ritualen gereinigt werden muss.

²⁴¹ Siehe Montenbruck, *Liberalismus und Menschenwürde* demnächst online 2. Auflage, 2015.

Zivilreligiöse Menschenwürde: Kulturell geheiligt wird der einzelne Mensch als einzelner Täter und die Herrschaft der Demokraten als kollektiv Strafende. Die Menschenwürde selbst ist nicht verfügbar, aber die Freiheit der Freien ist es schon. Der unantastbar würdige Täter hat die *Schuld* zu tragen. Er hat eine *Sühneleistung*, etwa durch die Opferung von Freiheiten, zu erbringen, mit der er sich im Idealfalle selbst reinigt oder über die er ansonsten zwangsweise seine Läuterung erfährt, nach dem er seine Strafe „verbüßt“ hat. Aus dem religiösen Fremdzwang zum Gehorsam wird ein moralischer Selbstzwang. Für das Eigene, einschließlich seines Tuns, ist der Einzelne (wenigstens zunächst einmal) sich und Seinesgleichen gegenüber verantwortlich und hat dann auch dafür zu büßen.

Vielfalt und Einheit: Da der Mensch aus anthropologischer Sicht als ein ganzheitliches Wesen erscheint, dessen Komplexität nur interdisziplinär erfasst werden kann, bietet es sich an, davon auszugehen, dass er sich beim Strafen vieler Aspekte . Er wird also gern alle oder doch die meisten dieser *Sichtweisen* zusammenfügen, dann aber aus kultureller Sicht eine Rolle zur vorherrschenden *Leitidee* erklären (müssen).

4. *Politisch* lassen diese Ansätze sich am besten mit den folgenden Gedanken bündeln: Strafe bildet eine *Reaktion*, die für ein *Opfer* ein *Opfer* verlangt, überdies den Strafenden die Rolle eines *gerechten Herrn* verschafft und den Täter der *Höchstidee* der Gerechtigkeit unterwirft.

Wer die westliche Politik dem Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ unterwirft, der wird das Strafen dreifach begründen: Es dient der Erhaltung der *Freiheit* und der *Solidarität*, insofern ist es von relativer Art. Zugleich aber bildet es einen Ausdruck der *Gleichheit*, entspringt also dem Kern der Gerechtigkeit. Insofern handelt es sich um einen absolut gesetzten Selbstzweck. Gerechtigkeit muss dementsprechend um der Gerechtigkeit wegen geübt werden. Opferndes Strafen muss um des opfernden Strafens wegen sein.

5. *Missbrauch:* Auch das Strafen kann bekanntlich missbraucht werden. Der erstrebte Nutzen ergibt sich vor allem daraus, dass die politische Ableitungskette auch umgekehrt wirksam ist. Danach kann derjenige, der bereits Herr ist und straft, auch bestim-

men, was *gerecht* oder dasjenige *Gute* ist, an dem sich die Ethik des Strafens auszurichten hat.

Derjenige, der die Herrschaft erst erlangen oder noch festigen muss, wird ebenfalls die anthropologischen Rollen nutzen. Er wird die *Privatjustiz* in seinem Sinne befördern und missliebige mächtige Tatverdächtige aussuchen oder gesamte „Subfamilien“ zu *Feinden, Unmenschen oder Gefahrenquellen* aufbauen. Dabei wird er seinen eigenen Opfern Ehre erweisen und den Angehörigen Trost spenden.

Semireligiös wird versucht, das höchste Gute, also die eigene Identität aus einer (weltlichen) kollektivistischen *politischen Religion*²⁴² abzuleiten. Zu deren Stellvertreter oder erstem Diener wird der Herrscher dann sich (und Mitglieder seines elitären Subclans) erheben. Dabei wird er die passenden Propheten heiligen und suchen, über deren Werke die *Deutungshoheit* zu erlangen.

Das *Gegenmodell*, das diesen Missbrauch versperrt, bildet die Idee, dass jeder Mensch ein absoluter und *würdiger Herr* und damit auch gemeinsam mit anderen, mit denen er sich (fiktiv) vertraglich verbunden sieht, auch ein Demokrat ist.²⁴³ Er muss sich dann vor sich und Seinesgleichen verantworten, und sein fester Glaube an seine Autonomie²⁴⁴ erweist sich dann –

²⁴² Zusammenfassend zu den „Möglichkeiten und Grenzen des Begriffs der politischen Religion“: Maier, Religionen, 1997, 299 ff. ; zudem: Mommsen, Nationalsozialismus, 1997, 173 ff.

²⁴³ Zu diesem idealistischen Denkmodell im Sinne Kants, das die deutsche Rechtsphilosophie mitgeprägt hat, vgl. etwa: Kersting, Kant, 2004, 115, demzufolge der Kant'sche Vertrag den vernunftrechtlichen Konstitutionsakt in Form eines idealen Rechtsgrundes für die Legitimation staatlicher Herrschaft darstellt. Vgl. auch: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 292 und Jakl, Recht, 2009, 154.

²⁴⁴ Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 440 („Autonomie des Willens ist die Beschaffenheit des Willens, dadurch derselbe ihm selbst (unabhängig von aller Beschaffenheit der Gegenstände des Wollens) ein Gesetz ist (...) Allein daß gedachtes Princip der Autonomie das alleinige Princip der Moral sei, läßt sich durch bloße Zergliederung der Begriffe der Sittlichkeit gar wohl darthun. Denn dadurch findet sich, daß ihr Princip ein kategorischer Imperativ sein müsse, dieser aber nichts mehr oder weniger als gerade diese Autonomie gebiete“). Dazu auch: Kant, p. Vernunft, 1788, AA, V, 55: „Die objective Realität

strukturgleich- als eine Zivilreligion.²⁴⁵ Zivilreligiös pflegt er dann eine Kultur, in der er dieses Menschenbild heiligt, was nicht ausschließt, gerade dieses Bild noch zusätzlich extern in einer Religion, etwa als besonderer Teil der Schöpfung, zu verankern

Damit aber sind die folgenden Strafmodelle zwar nicht völlig verdrängt, aber doch in die *zweite* Reihe zu drängen, und zwar das *Tier-Modell* oder das Modell von der *Neutralisierbarkeit* als des Menschen, mit dem er den Täter zum reinen Objekt herabstuft. Der Mensch *kann* aber *sich selbst* analog zu einem Tier begreifen, etwa, wenn er von seinen eigenen „niederen Beweggründen“ spricht und sie also als biologische Beweggründe verorten könnte. Er kann sich auch selbst als Objekt verstehen, wenn er „sich selbst“ (oder auch andere Menschen) und seine Taten *empirisch analysiert*. Insofern geht es nur um das *vorherrschende Leitbild*, das die Existenz sowie den Sinn und den Nutzen von anderen und nachrangigen Modellen oder auch subkulturellen Gegenbildern, wie etwa der Naturwissenschaften oder auch des Kriegs, schon begrifflich miterfasst

Im Hinblick auf das Eltern-Kind-Modell und das Herr-Knecht-Modell findet ebenfalls eine *Verinnerlichung* statt. Der erwachsene Mensch „erzieht“ sich selbst, indem er die Rolle der Eltern (oder sonstiger primärer Bezugspersonen) verinnerlicht. Außerdem „beherrscht“ er sich selbst, er ist also beides, sein eigener Herr und auch sein eigener Knecht.

Lediglich das liberalistische Feind-Freund-Modell hat daneben noch einen gewissen Selbststand, und zwar dann und wenn es

eines reinen Willens oder welches einerlei ist, einer reinen praktischen Vernunft ist im moralischen Gesetze a priori gleichsam durch ein Factum gegeben; denn so kann man eine Willensbestimmung nennen, die unvermeidlich ist, ob sie gleich nicht auf empirischen Principien beruht“. Ferner: Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 213: „Der Wille (...) hat selber vor sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund, sondern ist, sofern sie (die Vernunft, d.V.) die Willkür bestimmten kann, die praktische Vernunft selbst“. Siehe ebenso: Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 413 und 446 und Kant, p. Vernunft, 1788, AA, V, 32 f. Siehe dazu auch: Jakl, Recht, 2009, 130 f.).

²⁴⁵ Kleger, Zivilreligion, 2008, 19: „Politische Religionen sind dagegen per definitionem – im Unterschied zur Zivilreligion – auf Fanatismus, Bürgerkrieg und Terror hin angelegt.

dem Feind noch seine Ehre, also eine Art der Würde, belässt, ihn damit grundsätzlich als einen *Freien und Gleichen* ehrt und ihm zudem die Chance belässt, wieder in die Gemeinschaft zurückzukehren und gegebenenfalls noch nach seinem Tode, also posthum, von einem Feind zu einem Freund zu werden.

Mit dem Freund-Feind-Denken allerdings wird zum einen darauf verzichtet, transnational alle Menschen als eine *Menschheit* zu begreifen, die nur Nächste kennt und die Todesstrafe deshalb auch ablehnen müsste. Zum anderen bedeutet dieses Leitbild auch eine (jeweils nationale) Gemeinschaft aufzubauen, die nicht *zwingend alle Menschen* erfasst und die auch bereit ist, ihre Mitglieder zur gerechten Strafe faktisch auszusperren oder auch zu töten.

Wer allerdings darin den Ausdruck von Freiheit sieht, etwa die Todesstrafe mit seiner Tat selbst gewählt zu haben, der setzt die Idee der Freiheit über die des Lebens und greift auch insofern auf das alte *Kriegermodell* zurück, das Ehre auch für das *Jenseits* verspricht. Immerhin wird diese alte Sicht nun auf *alle Menschen* ausgedehnt und ist nicht nur etwa einer (adeligen) Kriegerkaste oder den wehrhaften Männern vorbehalten, sondern geht mit einem politischen Wahl- und Mitgestaltungsrecht für alle Staatsbürger einher.

Mit dem Hinweis auf den Krieg ist zugleich auch schon auf den nächsten Aspekt übergeleitet:

II. Arten der Strafe

1. Privatstrafe und öffentliche Strafe

1. In der Strafrechtsgeschichte existieren offenbar zwei Großgruppen von Strafen, die private und die öffentliche Strafe. Die Sühneverträge gehören mit dem eigenen Kernbegriff der Sühne zur ersten Gruppe.

Das Wort „Strafe“ selbst erscheint recht unvermittelt etwa erst um 1200²⁴⁶ und meint von Anfang an eine Art der hoheitlich-öffentlichen Strafe. Das Wort von der Strafe soll danach zunächst im Kern den öffentlichen Tadel gegenüber einem Christenmenschen meinen.²⁴⁷

Diese Art der Strafe entsteht aus der Idee einer gottgegebenen, vermutlich auch schon scholastisch zu denkenden Über-Ordnung. Später hebt das Vernunftrecht in analoger Weise die natürlich-logische Gerechtigkeit von Tat und Sanktion hervor.²⁴⁸ Die zu Bestrafenden erweisen sich also als einem höchsten Recht unterworfen. Abgekoppelt vom Vertrag zwischen Familienverbänden unterliegt es einer neuen hoch- und spätmittelalterlichen Strafidee, die den Gläubigen höchstpersönlich anspricht. Über sich kannte der Gläubige nur seinen gerechten und barmherzigen Gott. Insofern durfte sich jeder Mensch, und auch schon der römische Sklave vor Gott als ein beseeltes Individuum fühlen. Er war den anderen Mit-Gläubigen gleichgestellt und zudem Teil des Gottesvolkes. Auf Erden jedoch war der mittelalterliche Mensch in der Regel einem relativ souveränen Familienverband,

²⁴⁶ Dazu aus der Strafrechtsgeschichte des frühen Mittelalters: Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff., 23 ff. („Über Vorläufer und Entstehung dieser Begrifflichkeit ist nichts bekannt.“), anders dagegen „suona, suonon“ etc. Inhaltlich: Strafe als „extra laut schelten“, oder auch „mehr als schelten“ oder „peinlich schelten“ im Gegensatz zu „ausgleichend“ schelten. Der neue Gedanke des „Strafens“ besteht vielleicht i.S.v. „zwingender gesetzlich vorgeschriebener Klausalnexus von Verursachung und Folge“. Etwa nicht aus königlicher Willkür töten, sondern sinngemäß „um der Gerechtigkeit willen, und aus Liebe denen, die Leben“; sowie 24 f. („Strafe gibt es nur auf dem Boden eines Unterwerfungsverhältnisses“ als Obrigkeit oder als „public authority“.), zudem: 29 ff. (Das Römische Strafrecht kannte die „Privatstrafe“ etwa beim Diebstahl neben der öffentlichen Kriminalstrafe, insbesondere zur Kaiserzeit als „Polizeistrafrecht“.).

²⁴⁷ Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004, 17; auch: Hattenhauer, Buße, 1983, 53; ebenso schon: His, Strafrecht, 1964, I, 342: „Strafe, ein Wort dunkler Herkunft, bedeutet ursprünglich so viel wie Tadel, Anfechtung, und tritt im heutigen Sinne erst in den juristischen Quellen nicht vor dem 14. Jahrhundert auf“; ebenso: Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff., 198.

²⁴⁸ In diesem Sinne heute, dass die Beziehung von Verbrechen und vergeltender Strafe für den Gesetzgeber bereits begrifflich vorrechtlich festgelegt sei: Naucke, Wechselwirkung, 1985, 197 ff. (37 f.).

also einem Kollektiv unterworfen. Zwischen den Verbänden galt allerdings eine Art von freiem, als (intergentialem) Völkerrecht. Der einzelne Mensch lebte also in zwei Welten, der spirituellen und der sozialrealen. Aber er kannte und erlebte auch ein Freirecht, wenngleich vor allem dasjenige der souveränen Kollektive.

Im Spätmittelalter trat die Strafe juristisch als hoheitliche Reichsstrafe auf und diente in der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls des V. von 1532, der Carolina, bereits ausdrücklich der Gerechtigkeit und dem gemeinen Nutzen.²⁴⁹ Dabei wendet sich die kaiserliche Carolina, die nur subsidiär gelten soll, als erweiterte Leibeigenstrafe vor allem gegen das neue wandernde sogenannte „landschädliche Volk“.²⁵⁰ Landadel, Klöster und Städte verfügten gleichsam über große Rechtsinseln mit ihnen angepasster, eigener Rechtshoheit. Dort gab es auch das Institut der Sühneverträge, die freie Akteure voraussetzten. Mit dem Recht der Carolina wurde zugleich ein lockeres Rechts- als Strafvolk geschaffen, das sich an die religiöse Idee des Gottesvolkes (*civitas dei*) anlehnen konnte. Jedes allgemeine Recht schafft sich auch ein Rechtsvolk. Anders gewendet lösten sich mit der zunehmenden Mobilität der Menschen die Bindungen an feste Kollektive auf. Im Spätmittelalter wurde es in Deutschland vor allem wegen des fahrenden Volks nötig, kaiserliches Recht zu setzen. Zugleich entwickelte sich die Idee des römischen Reiches deutscher Nation. Damit gab es zumindest auch eine Art irdisches Rechtsvolk.

2. In der Sache aber bildet die Idee des „gerechten und auch zweckbezogenen“ Strafens, wie der Hinweis von *Grotius* auf *Seneca* und *Platon* zeigt, einen wichtigen Teil der europäischen Rechtstradition. Der Kernstreit um ihr Wesen, Vergeltung oder Vorbeugung, stellt einen bereits antiken Gegenstand der politischen Aufklärung dar.

²⁴⁹ Dazu: Birr, *Kriminalstrafe*, 2007, 58 ff., 58 (Zentralbegriffe: „Gerechtigkeit und gemeiner Nutz“ in der Peinlichen Hofgerichtsordnung Kaiser Karls V von 1532).

²⁵⁰ Zum Ursprung in diesem Sinne: Regge, *Übersiebnen*, 1997, 289 ff., 296; zur Tendenz einer Strafe als „Sozialverteidigung“: Laufs, *Rechtsentwicklungen*, 1973, 87; Schmidt, *Einführung*, 1965, § 87; Radbruch, *Carolina*, 1991, 7.

Doch darf der Hinweis auf das „Diktat der Vernunft“ nicht missverstanden werden. Dass offenbar ein blindes Rachebedürfnis besteht, haben auch die Vernunftrechtler nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern auch verarbeiten wollen. Deshalb kann die grundvernünftige Idee der Heilung durch eine gerechte Strafe eine Art geläuterte Rache darstellen, weil etwa die Strafe als ein verdientes Übel zu deuten ist, das einen gerechten Ausgleich als Talion²⁵¹ bewirkt. Dann vereinen diese Forderungen am Ende beide Ansätze, die Vernunft und die zum Rechts- oder Gerechtigkeitsempfinden aufgeklärte Rachewut. Als unvernünftig vermieden werden soll vor allem diejenige Art der Rache, die eine ungerechte, eine unmäßige oder eine sozial unüberprüfbare Sofortreaktion von aufgebrachtten Mitbürgern darstellt.²⁵²

3. Die beiden einfachen Leitbegriffe, die gleichsam das Elternpaar jeglichen Strafens darstellen dürften, lauten: der die private Rache kanalisierende (vergeltende) Ausgleich und die rational (schützende) öffentliche Vorbeugung. Die Aufspaltung ergibt sich vermutlich anhand der einfachen Frage, „gerecht und zweckhaft“ für wen, für den verletzten Privaten oder für den missachteten Rechtsstaat? Sie wird sich vermutlich für die Frage der Versöhnung in gleicher Weise stellen und lautet dann: „Wer soll sich mit wem versöhnen?“

Diesen beiden groben Abstraktionen sind induktiv vorgehend typische Beispiele im Sinne eines Besonderen Teils an die Seite zustellen.

²⁵¹ Kaser/Knütel, Privatrecht, 2008, § 51, III; Rüping, Grundriss, 2011, 25; Ebel/Thielmann, Rechtsgeschichte, 2003, Rn. 64: Talion meint eine Institution, die sich für das römische Privatstrafrecht bereits im Zwölftafelgesetz um 450 v. Chr. aufzeigen lässt. Sie enthält Anordnungen der Widervergeltung insbesondere bei der Verletzung eines Körperteiles, aber ebenfalls auch die Ablösbarkeit des Racheanspruches durch eine Sühnegabe, falls der Täter sich mit dem Verletzten auf eine Bußsumme einigt.

²⁵² Zum schillernden und mit diesem naturrechtlichen Hintergrund zu meist negativ verwendeten Begriff der Rache, siehe aus der Sicht einer *philosophischen Gerechtigkeitstheorie*, die aber auch die vorherrschende ethische Sicht des deutschen Strafrechts aufgreift: Höffe, Strafrechtswissenschaft, 2000, 307 ff., 327.

2. Einzelne Arten der Strafe und der Strafenden

1. Eine typisch juristische Frageweise lautet: „Welche „Rechtsfolgen“ zeichnen denn Strafe aus?“ Aus der Antwort lässt sich dann auf den Grundcharakter der Strafe schließen. Zudem erweist sie sich als typisch juristisch. „Es kommt auf die Leitidee der jeweiligen menschlichen Gemeinschaft an“. Die Strafarten, die die Rechtsgeschichte bietet, erweisen sich als unterschiedlich und der jeweiligen Sozialform angepasst. Die Art der Strafe kennzeichnet gleichzeitig die sozialreale Art der Herrschaft.

2. Den Zusammenhang von Strafart und Herrschaftsform beschreibt die folgende Übersicht:

Mittelalterliches Freienstrafrecht: Zur Sühne und Buße für Tötungen von Freien erbrachten die Clans und sonstige Personenverbände Vieh-, Geld- und sonstige Güterstrafen.

Antike republikanische Strafe: Die Verbannung in ferne Kolonien traf angesehen Bürger und hatte im antiken Athen und Rom vielfach zugleich den stadtpolitischen Charakter der Abwahl.

Antike Kaiserstrafe: Das Römische Reich wechselte zur Kaiserzeit verstärkt auf die polizeiliche Kriminalstrafe über, die dann auch die nützliche Arbeitsstrafe als Form der Versklavung kannte.

Kaiserliches Reichsstrafrecht: Die „peinlichen“ Körper- und Todesstrafen, etwa der Halsgerichtsordnung Kaiser Karls des V. von 1532 und der Inquisition, die den weltlichen Arm zu ihrer Umsetzung nutzte, stehen im Mittelpunkt der Sanktionen. Sie wurden von langer Untersuchungshaft und Begnadigung begleitet und betrafen vor allem landschädliche Leute und Ketzer.

Königliche Polizeistaatsstrafe: Die barocken Territorialherren, die sich als absolute Herrscher von Gottes Gnaden begriffen, griffen für das Volk als drittem Stand zum Polizeistrafrecht.

Katholische Kirchenstrafe: Die katholische Kirche verfügt immer noch über die Sanktion der Exkommunikation und des Versagens der Sakramente. Durch Buße und Unterwerfung konnte der Kirchenbann aufgehoben werden. Für die ewige Seele der Gläubigen

gab es den zeitweiligen Verbannungsort des zudem reinigenden Fegefeuers oder dauerhaft auch die Hölle.

Absolutistische Staats- als Kolonialstrafe: Die Deportation in ferne Kolonien, die Großstaaten wie Frankreich und England als Kolonialmächte pflegten, verband die alte Verbannung mit der nützlichen Arbeitsstrafe.

Konstitutionelle Bürger- und Freiheitsstrafe: Die Freiheitsstrafe, die der Läuterung dienen sollte, bildet sich im 19. Jahrhundert in Folge des aufkommenden, zumeist protestantischen Bürgertums heraus. Zunächst entstand sie in Pennsylvania, USA, dann transformierte sie sich etwa in Preußen zum weltlichen Zuchthaus.

Nationalstaatliche Verfassungsstrafe: Heute existiert in den westlichen Demokratien eine jeweils national eingefärbte Fortentwicklung der Bürger- und Freienstrafe zur allgemeinen Staatsbürgerstrafe. Sie unterliegt direkt der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie mittelbar schon der Europäischen und den allgemeinen Menschenrechtskonventionen, die ihrerseits das jeweilige Verfassungsrecht mitbestimmen. Aber ihr alter liberaler Kern besteht weiterhin in der Freiheitsstrafe.

Grund- und Menschenrechtsstrafe: Aus der Fernsicht etwa eines Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg, ergänzt um die Urteile des Internationalen Gerichtshofes in Den Haag sowie schon angereichert durch die Idee einer europäischen Grundrechtecharta meint die Strafe eine Grundrechts- und Menschenrechtsstrafe, die dem Strafgefangenen die Ausübung seiner Freiheit beschneidet, aber das „Menschsein“ des Verurteilten unangetastet lässt.

3. Zu versuchen ist, aus dieser scheinbar bunten historisch-kulturellen Gemengelage das Gemeinsame herauszufiltern und dabei nunmehr einen rechtssoziologischen Ansatz zu verwenden.

3. Idee der Freiheits- als Bürgerstrafe, Schuldspruch als demokratische Zuschreibung und objektive Zuständigkeit

1. Den Kern der staatlichen Strafe bildet in den bürgerlichen Demokratien die Bürgerrechts- als Freiheitsstrafe.

Mit der Freiheitsstrafe wird dem Bürger ein wesentlicher Teil seiner bürgerlichen Personalität genommen. Dem Bürger sind die Bürgerrechte als Freiheitsrechte gegeben. Ihm werden als Reaktion mit der Strafe bestimmte Bürgerechte als Freiheitsrechte genommen.

Dabei ist die *Bürgerstrafe* selbst noch nicht an die Idee der Menschenwürde oder an das Schuldprinzip gebunden. Sie entstammt dem Liberalismus.

Das Geben der Bürgerrechte geschieht durch die Verfassung, also letztlich durch den Souverän, das Volk der Demokraten, zu dem auch der Täter selbst gehört. Dies ist ein Akt der *Zuschreibung*, der allerdings nicht willkürlich stattfindet, sondern sich aus einem Teil der nationalen Zivilreligion speist. Er folgt aus der Idee des Volkes der Freien und Gleichen, die aus derselben Gruppe (den Peers) stammen, und als Reaktion auf deren Verletzung, die je nach Sichtweise eine zivile Form von Ketzerei und von Treubruch oder auch von offenem Widerstand und Feindschaft darstellt. Diese negative Seite bildet einen Teil der Bürgerrechte, indem sie auch *Duldungspflichten* beinhaltet. Die Bürgerrechte sind anders gewendet *von vornherein* mit dieser *Hypothek* belastet. Dahinter steckt die liberale Verfassungsidee des wechselseitigen Freiheitsverzichts (zum wechselseitigen Freiheitsgewinn) oder auch die Rechtsidee, dass Recht erst durch (freiwillige und gesellschaftsvertragliche) Anerkennung entsteht.

Die einzelnen Freiheitsrechte, auch die des Täters, gelten danach, anders als die Idee der Menschenwürde, *nicht absolut*. Sie stellen vielmehr intersubjektive Rechte dar, und sie unterliegen damit der Regel des Kooperationsprinzips des *do ut des* (ich gebe, damit Du gibst, dem spieltheoretischen „tit for tat“). Wer selbst nicht gibt, kann auch die Gabe der Bürgerrechte nicht weiterhin zugeschrieben erhalten.

An anderer Stelle hat der Verfasser diesen an sich liberalen Denkansatz des Gebens und Nehmens auf den gesamten Dreiklang von (egoistische) Freiheit, (gerechte als wechselseitige) Gleichheit und (empathische) Solidarität umgeschrieben. Danach „nimmt“ der Täter „frei“, aber „ungerecht“ und „unsolidarisch“. Der humane Staat straft, indem er ebenfalls „frei“ und damit eigenverantwortlich reagiert, aber er handelt „gerecht“, weil wechselseitig“ und zudem empathisch, weil er die grausame Wechsel-

seitigkeit der Reaktion abschwächt und begrenzt.²⁵³ Diese an sich naheliegende Logik bedient sich gleichwohl noch der mechanistischen Sichtweise der Goldenen Regel, die die Fragen nach dem Grund, Sinn oder Nutzen dieser Mechanik entweder offen lässt oder aber mit dem Vorrang und dem Leitbild des *ökonomischen Denkens* beantwortet, das lediglich durch Empathie abgeschwächt wird.

Zwar ist es der Zivilgesellschaft der Freien in den Demokratien grundsätzlich möglich, weil sie frei sind, auf jede Reaktion *zu verzichten*. Sie könnten als Rechtsgeber sogar das Unrecht bei Bedarf rechtfertigen und damit in Recht umdeuten. Aber offenbar ist mit dem Gedanken des Rechts, der auch in den Freiheits- und Bürger-Rechten steckt, immer auch das Vertragsprinzip der positiven Gleichheit als Wechselseitigkeit der Freiheiten und damit auch die negative Art der Vergeltung mit eingebunden. Dieser doppelte Ansatz der Zuschreibung und der Aberkennung entstammt einem intersubjektiven Ansatz, der zwar nicht das Kollektiv selbst zivil heiligt, aber doch die Gemeinschaft der Freien, „We the people“, wie die Präambel der Verfassung der USA beginnt.

Dabei schreibt das demokratische Volk sich als solches zwar Freiheitsrechte zu, aber genauer betrachtet verhängt es zugleich *Duldungspflichten*, indem es von Rechts wegen Teile der allgemeinen Bürgerrechte zumindest auf Zeit aussetzt. Dies bildet auf den zweiten Blick zwar einen Freiheitsansatz nur für die Vielen, aber nicht für die zur Freiheitsstrafe „fair“ und von Ihresgleichen verurteilten Straftäter. Dahinter steckt die *absolute* Idee der wechselseitigen Gerechtigkeit.

Aus dieser absoluten Sicht der „Naturethik“ der Wechselseitigkeit gilt dann Folgendes:

So haben die rechtsstaatlich überführten Täter, die deshalb auch als Täter zu bezeichnen sind, ihrerseits die *bürger- und freiheitsrechtliche Identität* von Personen, also Menschen, Unternehmen oder auch Personen des öffentlichen Rechts, bis hin zum Bundesstaat, mit Gewalt oder List beeinträchtigt oder gefährdet. Zumin-

²⁵³ Montenbruck, *Western Anthropology*, 2010, 34 ff., Rn. 75 ff.

dest auf dieser Ebene wird Gleiches mit Gleichem „vergolten“, und zwar mit dem demokratischen Zweck, die bürgerliche Demokratie insgesamt und zudem die einzelnen bürgerlichen Grund- und die allgemeinen Menschenrechte zu erhalten.

Der andere Weg hin zur Bürgerstrafe besteht darin, von der Idee einer *absolut* gesetzten *Freiheitsordnung* auszugehen, die wiederum eine Ausprägung der Leitidee der *Solidarität* darstellt. Ordnungen verlangen nach „Zuständigkeiten“, „*sum cuique*“ lautet dann die entsprechende Gerechtigkeitsformel.

Michael Pawlik etwa setzt dabei auf das naturrechtliche Fundament des Rechts und vertritt insofern eine *absolute* Straftheorie des (blinden) Vergeltens.²⁵⁴ Eine Straftat zu begehen, bedeutet für *Pawlik* also, die „*Bürgerpflicht zu verletzen*“, an der Aufrechterhaltung der bestehenden Freiheitsordnung, als dem „*Zustand rechtlich verfasster Freiheit*“ mitzuwirken, und „*die Strafe vergilt einen Bruch dieser Verpflichtung*“²⁵⁵ Diese Strafe trifft den Täter folgerichtig, weil und wenn er „zuständigkeitswidriges Verhalten“ nicht unterlassen hat.

Auf diese Weise entsteht aus einer freiheitlichen Ordnungsidee eine bürgerrechtliche Pflichtenethik.

Die Idee der Schuld tritt dabei zurück. Anstelle der Menschenwürde wird die Freiheitsordnung als Höchstidee angesehen, die mit dem kategorischen Naturrecht der Vergeltung einhergeht.

2. Wie auch immer, jede Freiheitsstrafe in einem Gefängnis setzt die Idee der Freiheit oder die Idee einer Freiheitsordnung voraus. Der Täter muss ein Freier oder ein Bürger sein.

Das Staatsgefängnis als echte Strafanstalt, die also nicht als staatspolitisch missbrauchbare *Untersuchungshaft* betrieben wird, wie die Bastille in Paris, ist deshalb auch relativ neu. Als Grundmodell in Europa tritt es erst im nachrevolutionären 19.

²⁵⁴ Pawlik, Unrecht, 2012, 39 ff. (Rechtstheoretisch: „Der Gerechtigkeitsanspruch des positiven Rechts“), 82 ff. (Rechtsfaktisch: „... Renaissance der Vergeltungstheorie“).

²⁵⁵ Pawlik, Unrecht, 2012, etwa 23.

Jahrhundert in Erscheinung. Denn es diene ursprünglich als Bürgerstrafe für den erwachenden Bürgerstaat und verlangt zudem, vor allem aus protestantischer Sicht, die Idee der strengen Einkehr des Täters in Einzelhaft (zuerst im Pennsylvania der Quäker, USA).²⁵⁶ Das Wort vom „Zuchthaus“ zeigt dann den Wechsel in eine drakonische Erziehungsanstalt an, die aber ihrerseits auf die Idee der Rückkehr in die Gesellschaft der Mitbürger ausgerichtet ist.

Einen Vorgänger der heutigen Strafgefängenschaft stellt, von der Art der Rechtsfolge her gedeutet, für Gläubige die mittelalterliche Unterbringung in Klöstern dar. Sie findet sich in der absolutistischen Festungshaft für missliebige Adelige und auch im Arbeitshaus für unehrenhafte protestantische Bürgerkinder wieder, das bereits die frühen deutschen Großstädte unter dem Namen Zuchthaus kannten (Bremen 1609, Lübeck 1613, Hamburg 1622, Danzig 1629).

3. Ferner gehört zum Übel der heutigen deutschen Strafe der Schuldspruch, der zumindest einen gesonderten „Sprechakt“ neben dem „Realakt“ des Vollzuges der Strafe bildet. Insofern erweist sich schon die Bürgerstrafe als zweigeteilt, und es ist später auch zu fragen, welcher ihrer Teile vorherrscht.

Der Schuldspruch, der als „Spruch“ einen sozialemischen Makel beinhaltet, dominiert jedenfalls das gerichtliche Urteil (ebenso wie der Freispruch oder die Verkündung der Einstellung des Verfahrens). Die Frage nach dem Wesen von Schuld tritt zunächst dahinter zurück. Rechtskräftig wird das Urteil häufig auch erst später, nach einem Fristablauf. Insofern steht der Schuldspruch für, wie es heißt, die „expressiv-kommunikative“²⁵⁷ Seite des Strafens.²⁵⁸ Sie wendet sich an die *demokratische Öffentlichkeit*,

²⁵⁶ Zum Ursprung des ersten Londoner Zellengefängnisses 1782 im pennsylvanischen Quäkermodell von 1776 sowie zum preußischen System von 1854, das theoretisch an diesen protestantischen Geist anknüpft, aber in den Verwahrvollzug und die Wirklichkeit des „Zuchthauses“ einmündet: Britz, Strafe, 2001, 73 ff.; Schmidt, Einführung, 1965, § 306; Rüping, Grundriss, 2011, Rn. 262.

²⁵⁷ Grundlegend unter dem Titel: „The Expressive Function of Punishment“, Feinberg, Function, 1970, 95 ff. 95 ff.

²⁵⁸ So aus einer rechtsmoralischen Sicht: Zürcher, Legitimation, 2014, 83 ff. (Das „Vorwerfen“... „als Grundbaustein des moralischen Le-

unterwirft sich deren Kontrolle und dient, sofern nicht der Verdacht des Rechtsmissbrauchs naheliegt, der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit.

Der Öffentlichkeit entspricht dann eine Art von kollektivem Bewusstsein und ein „Wir-Gruppen-Denken“ („We, the people...“, wie die Präambel der Verfassung der USA beginnt). Die sozial-reale Existenz von Öffentlichkeit führt umgekehrt auch zur einer kollektiven Mit-Verantwortung und damit auch zu einer Art von kollektiven Mit-Schuld (collective guilt)²⁵⁹ Aus ihr folgt dann idealisiert die kollektive Pflicht, Verbrechen zu ahnden.²⁶⁰ Aus sozialpsychologischer Sicht handelt es sich um das rational verkappte und damit verdrängte Bedürfnis nach einer rituellen Reinigung. Diese ungewohnte Sicht darf nicht verwirren. So stammt auch das ethische Wort „gerecht“, von Gerade-Richten; und auch diese Restituierung beinhaltet bei näherer Betrachtung einen gewaltsamen Vorgang. Rechtssoziologisch gewendet gilt es etwa, das beeinträchtigte Vertrauen in die Geltung des Rechts durch einen Gegenakt wiederherzustellen. Alle diese Sichtweisen beschreiben etwas Ähnliches, nämlich die letztlich blinde Vergeltung.

Denkt man diese generalpräventive Logik zuende, wird der Täter -auch- deshalb bestraft, um auf diese Weise die Emotionen der Wir-Öffentlichkeit zu befriedigen und insoweit nicht um seiner persönlichen Schuld wegen. Deshalb ist eben aus moralischer Sicht dem individualistischen Schuldprinzip der Vorrang einzuräumen. Aber es stellt sich doch auch die Frage, ob die demokra-

bens“, unter Hinweis auf Wallace, Responsibility, 1998 1 ff., 5., sowie: etwa 126 („ein durch Strafe auszudrückender Vorwurf“).

²⁵⁹ Branscombe / Sengoski / Kappen, Measurement, 2004, 16 ff. , 16, (verbindend: “pride, shame, and guilt” und erklärend: “guilt stems from perceiving the self as responsible for an event that violates internalized moral standards or expectations”), 17 (“guilt by association can be experienced when the ingroup is perceived as responsible for an unjustified violation of accepted moral standards”). Siehe ausführlicher: Montenbruck, Western Anthropology, 2010, 14, Rn. 54 ff.

²⁶⁰ Bennett, Apology Ritual, 2008 101 ff. (“The cycle of blame and apology”), 152 ff. (“Institutional blame and apology”), siehe auch: 47: (“Responsibility, reactive attitudes and the right to be punished”); 175 (“The apology rituals and its rivals”).

tische Wir-Gesellschaft nicht auch, und zwar exakt insoweit, als generalpräventive Gedanken in die Strafbegründung einfließen, eine *kollektive Mitverantwortung* dafür trägt, dass sie den Täter nicht hinreichende *sozialisiert* hat, weshalb sie folgerichtig den Vollzug dann auch, soweit möglich, auf die Resozialisierung des Strafgefangenen ausrichtet.

Im System der Sozialpsychologie dient dieser Vorgang auch der rituellen „Entschuldung“. Er stellt sogar, und zwar mit der Freiheitsstrafe an einem Gruppenmitglied, zugleich eine Form der *Selbstbestrafung* der Gruppe dar. Dieses Modell, das zugespitzt in einer sozialen Selbstverstümmelung besteht, zeigt sich insbesondere bei kleineren Freundschaftsgruppen. Es wird dann bei allen großen Wir-Gruppen wie auf die Bürgerschaften eines Staates ausgedehnt und muss immer mit Identitäten schaffenden „Wir-Emotionen“ wie dem Nationalstolz unterlegt werden. Am Ende stellt sich dann sogar die soziologische Frage, ob es nicht auch des Unrechts bedarf, um das kollektive Bewusstsein von Gesellschaft zu festigen.

Diese sozialpsychologische und emotional-pragmatische Sichtweise betont vor allem der angloamerikanische Liberalismus, dessen freiheitlichem Menschenbild weitgehend das „geistig-sittliche“ oder moralische Grundelement fehlt oder dem er zumindest neutral gegenüber stehen will²⁶¹, das den kontinentaleuropäischen Menschenwürde-Idealismus prägt. Umgekehrt ist aus

²⁶¹ Zum Überblick über den anglo-amerikanischen Liberalismus, der vor allem im Verbund mit dem personalen harm principle und der Autonomieidee von der freien Selbstentfaltung der Persönlichkeit (im Sinne von Mill) zu sehen ist und mit durchgehendem Bezug zur Strafe: Seher, *Liberalismus*, 2000, 25 (zu Mill), zudem 163 (mit dem Hinweis, es handele sich bei einigen liberalen Ansätzen nicht eigentlich um eine ethische Neutralität, sondern um das „ethische Prinzip, demzufolge sich rivalisierende Konzeptionen des gutes Lebens in *gleicher Freiheit* entfalten sollen können“ (Hervorhebung in Original), 164 (im letztere Sinne zu Rawls, der auf diese Weise alle religiösen, philosophischen und moralischen Doktrinen“ überwölbt sehen will). Heute kann man dem die Idee von der Gerechtigkeit als Naturethik, etwa der genetischen Schwarmethik, ebenso entgegenhalten, wie der Gemeinsamkeit aller großer Gerechtigkeitslehren. Wer die menschliche Autonomie als Selbstgesetzgebung heiligt, der heiligt vorrangig eine Form des menschlichen Selbst und nicht nur dessen Freiheit nach außen.

der Sicht des Liberalismus aber auch davon auszugehen, dass die emotional-expressive Rechtfertigung der Strafe auf dem Weg über die Vorherrschaft des Schuldprinzips zurückgedrängt wird.

Gesamtwestlich und übernational betrachtet dürfte die (gesamtwestliche) „Wahrheit“ also in der Mitte liegen. Sie aber kann von keiner nationalen Kultur voll anerkannt werden, weil es immer den Vorrang und den verfassungsrechtlichen Konsens im Hinblick auf eine nationale Leitidee (wie Menschenwürde oder Freiheit des Freien) geben muss, um eine einigermaßen widerspruchsfreie soziale Identität zu schaffen und zu erhalten.

In jedem westlichen Rechtssystem durchzieht der „expressive kommunikative“ Aspekt zwar bereits die gesamte öffentliche mündlich und mit unmittelbaren Beweisen geführte Hauptverhandlung. Aber diese kann auch mit einem Freispruch enden und dann dennoch die kollektiven Emotionen besänftigen. Für die Deutung der Strafe ist diese Sichtweise deshalb vor allem an den öffentlichen Urteilspruch gebunden.

Zwar ist der Urteilspruch dann auch sofort mit der *Erwartung* der Umsetzung des „Gegen-Übels“, dem Vollzug der schmerzenden Strafe, verbunden, und auch schon diese Erwartung beeinflusst die soziale Realität. Zudem erscheint *rückwärts* gelesen nunmehr auch das Sonderopfer der Beschuldigung und des gesamten Erkenntnisverfahrens als verdient und als Teil der Strafe („the process is the punishment“).

Aber der Schuldspruch bestimmt inhaltlich einen sittlichen Makel im Verbund mit der Behauptung der nachgewiesenen Unrechtstat, im Kern meint beides eine demokratische Zuschreibung von Schuld („im Namen des Volkes“). Er setzt also die „Sittlichkeit“, hier also demokratisch gefilterte und verrechtlichte Moralität, absolut. Man kann auch von einem „bürgerreligiösen“ oder insofern auch von einem „zivilreligiösen Makel“ sprechen.

Im Einzelnen betrachtet enthält der Schuldspruch eine Reihe von Elementen:

- Er ist als *sittlicher Makel* von sozialetischer Art; er ist ein sozialer, also ein demokratisch zugeschriebenes Etikett, das die Gefährlichkeit assoziiert.

- Der Schuldspruch behauptet zudem die persönliche Schuld, beinhaltet also einen *individualethischen Vorwurf* und umfasst zudem den demokratischen Vorwurf, gegen demokratisches Recht verstoßen zu haben und damit der Pflicht zum Rechtsgehorsam nicht nachgekommen zu sein, sich also auch unsolidarisch verhalten zu haben etc.
- Andererseits verkündet der Schuldvorwurf, dass das Unrecht nicht ungesühnt geblieben ist. Im Kern geht es also um einen *kommunikativen* Akt, der von der eigentlichen Strafe, der Freiheits- oder Geldstrafe, durchaus zu trennen ist, weil er auch dazu dient, sie zu rechtfertigen. Es handelt sich um die (normative) Etikettierung eines künftigen realen Verletzungsaktes als Strafe. Diesen rechtsethischen Makel spricht das Gericht öffentlich in seinem Urteil als „Schuldspruch“ aus, um dann mit ihm den eigentlichen Strafausspruch zu begründen, es wendet sich also zumindest auch an die Öffentlichkeit, vereinfacht also an das Volk.
- Aus rechtlicher Sicht betrachtet wendet sich das Gericht, also die dritte Gewalt des Staates, mit dem Schuldspruch zudem an die *demokratische Öffentlichkeit*. Ihr erklärt es mit dem Tenor, dokumentiert mit den mündlichen Urteilsgründen, zugleich, dass ein rechtsstaatliches Verfahren stattgefunden hat.
- Ebenso betont der Schuldspruch die *Rechtsstaatlichkeit* des Vorgehens. Er erläutert öffentlich, welche gesetzlich zuvor bestimmte Tat dem Angeklagten als Mitmenschen und Mitbürger nachzuweisen war und welche Normen durch die Verurteilung in ihrer *sozialen Geltungskraft* bestärkt werden sollen. Die Komplexität der hoheitlichen Rechtssysteme von Großstaaten zeichnet sich schon an dieser Stelle ab.
- Überwölbt wird jedes Straf- und jedes Polizeirecht von den nationalen *Verfassungen* und den *übernationalen Menschenrechten*. Jene ergeben dann die Maßstäbe und den Überbau für die „Staatsvernunft“ des jeweiligen demokratischen Staates.

- Zudem steckt im Schuldspruch im Verbund mit dem *Straf-
ausspruch* auch das Absolutsetzen der *Vergeltungsidee*. Die *Vergeltung* zeigt sich darin, dass das Gericht etwas für Recht „erkennt“, und zwar zum Beispiel, dass der Angeklagte „wegen schweren Raubes in vier Fällen“ zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt wird. Das „wegen schweren Raubes“ bekundet dabei die Rechtsfertigung mit dem Vergeltungsgedanken.
- Der öffentliche Schuldspruch und dessen Gewichtung durch den Strafausspruch, und zwar durch ein demokratisches Gericht, führt in der Zivilgesellschaft der Zivilen, staatsrechtlich also der Demokraten, faktisch unter anderem zu einem „*informellen Meiden*“. Ein Schuldspruch bedeutet zwar in der Demokratie auch, dass jeder Demokrat sein ziviles Recht, den Verurteilten zu meiden, wenngleich auf menschenrechtlicher Grundlage, tatsächlich wahrnehmen kann. Jedoch kann er auch gnadenweise darauf verzichten, dieses auszuüben. Die Nächsten des Täters werden diesen Weg gehen. Jeder Bürger kann sich privat gleichgültig, furchtsam, streng gerecht oder auch versöhnlich zeigen. In der Regel aber trifft den Verurteilten zumindest bei schweren Straftaten bereits aufgrund des Schuldspruchs die „*zivile Nebenstrafe*“ des kollektiven und privaten Meidens.

Hinzu tritt die kommunikative Wirkung des *Strafvollzuges*. Schon der bloße soziale Umstand, Lebensjahre in der abgeschlossenen Subkultur des Vollzugs verbracht und sich damit neu sozialisiert zu haben, wirkt noch weiter und bildet neben dem Makel der konkreten Taten einen weiteren Grund zum informellen gesellschaftlichen Meiden des Täters. Denn die Jahre in der entprivatisierenden Knastkultur hinterlassen notwendigerweise Sozialisationsspuren. Insofern erweist sich die Wirkung der Strafgefängenschaft über dieselbe hinaus oder auch plakativ immer als eine „*lebenslange*“ *Brandmarkung*.

Aus der Sicht des rechtsstaatlichen Strafrechts wird jede Verurteilung in ein *bundesstaatliches Register* eingetragen und erscheint in aller Regel dann auch im Führungszeugnis.

Insofern besteht zwar aus der Sicht des Strafrechts auch eine zivilgesellschaftliche „*öffentliche Bemakelung*“. Aber ihren Kern

besitzt sie zum einen in einem *rechtsmoralischen* Schuldvorwurf. Er lautet aus deutscher Sicht bezogen auf den inhaltlichen Tat-schuldvorwurf: „*Du hättest als autonomes und im Willen freies Wesen anders handeln können, du hast aber bewusst darauf verzichtet*“ (vgl. §§ 20, 17, 16, 15 StGB). Eigentlich ist mit dem Blick auf den Strafvollzug noch anzufügen: „*Du kannst jedoch im Vollzug deine Schuld im Sinne der Sühne verarbeiten*“.

4. Der kommunikative Kern des Spruchs, des Freispruchs wie der Verurteilung, liegt aber in seiner Öffentlichkeit und seinem Ausdruck im „Namen des Volkes“. Adressat ist ebenfalls vor allem, wenn auch nicht nur, die *Allgemeinheit* oder auch das Volk der (guten) Demokraten. Ihnen soll nichts verborgen bleiben, aber sie werden auch als die eigentlichen demokratischen Herren des Strafens herausgestellt.

Aus dem Angeklagten wird der Verurteilte. Der sich anschließende Vollzug der Strafe, sei es als Geld- oder Freiheitsstrafe, der den Mitbürger und seine Nächsten unmittelbar betrifft, findet ohne Öffentlichkeit statt.

Für den (guten) Bürger bildet das *Erkenntnisverfahren*, das mit der Rechtskraft des Urteils endet, den Kern des (bürgerlichen) Strafrechts. Die Idee der Bürgerstrafe, die noch aus dem 19. Jahrhundert stammt, betont (immer) diesen Teil des gesamten Strafverfahrens.

Was dem Modell der Bürgerstrafe, die vor allem auf die Freiheit des Bürgers und deren rechtsstaatlichen Entzug setzt, fehlt, ist das dritte Element neben der bürgerlichen Freiheit und der bürgerlichen Gerechtigkeit im Sinne der vergeltenden Wechselseitigkeit der Freiheit. Es ist die *Mitmenschlichkeit*, die Solidarität oder die Erweiterung des familiären Nächstenmodells. Kategorisch verallgemeinert steckt sie in der Idee von der Unantastbarkeit der *Menschenwürde*. Diese enthält zwar die Idee der Freiheit, aber sie reicht weiter, vereinfacht im Sinne des Dreiklangles von Freiheit, Gleichheit und Solidarität.

Auf diese Weise stellt sich auch die rechtssoziologische Nachfrage nicht mehr mit gleicher Kraft wie beim Bürgerstrafrecht, nämlich, ob es neben dem „Bürgermenschen“ nicht doch auch andere Menschen und Menschenbilder gibt, für die die Freiheit

und das Eigentum weniger bedeutend sind, weil sie arm und unterversorgt oder einem Clan-Denken verhaftet sind, einem fatalistischen Glauben folgen oder ein religiös-asketisches Leben führen.

5. Damit ist das kulturelle Feld des Strafens in vielfältiger Weise abgesteckt. Zu versuchen ist nun, den festen Kern des Strafens (wieder) sichtbar werden zu lassen.

6. Kapitel

Eine Strafrechtsphilosophie

I. Strafrechtliche Definition der Strafe

1. Strafe als Übel und Leid, gerechte Reaktion auf eine Aktion

1. In der juristischen Strafrechtstheorie erweist sich die Strafe vor allem als eine „Reaktion“ und schon damit in ihrem Wesen abhängig von der jeweiligen Ausdeutung der vorangehenden Aktion.

Die Straftat, also die ursprüngliche Aktion, begreift man vor allem aus der Opfersicht als ein „Übel“. Die übliche Reduktion der Idee der Strafe ergibt sich deshalb aus dem Satz, den schon das Naturrecht verwendet, dass „ein Übel mit einem Übel vergolten“ werde. Reaktiver Ausgleich und vernünftiger Zweck gehören zwar zusammen, aber den Kern der Strafidée dürfte zumindest aus der Sicht der Allgemeinheit das „gerechte Vergelten“ eines Übels mit einem Übel darstellen.

Das Übel steht dabei für alles, was Menschen gewöhnlich vermeiden: Schmerz, Leiden, aber auch Freiheitseinschränkungen, Benachteiligungen und Entzug von Vorteilen.²⁶² Zum Strafübel

²⁶² Zur Bedeutung des Schmerzes für die Strafe: Jung, Strafe, 2002, 16; u. Hinw. auf die angloamerikanische Deutung bei: Kleinig, Hardness, 1998, 273 ff., 273, 275; sowie: Britz, Strafe, 2001, 73 ff., 73; Gephart, Strafe, 1990, 122; Jakobs, Strafe, 2004, 26 ff. Noch einfacher: Honderich, Punishment, 1969, 19 (dazu kritisch: Wolf, Verhütung, 1992, 20). Strafe sei gesetzliche Strafe (penalty) gegen einen Gesetzesbrecher (offender).

Honderich erklärt einerseits zu Recht, nur mit solchen Bezeichnungen werde nicht bereits in den Begriff der Strafe selbst schon eine bestimmte Strafrechtstheorie mit eingeführt. Andererseits lebt ein so hoch abstrakter und vor allem ein reaktiv ansetzender Begriff wie „Strafe“ von seiner Begründung. Die heutige Leitidee ist vom Modell der repressiven Schuldstrafe geprägt. Hinzutreten aber auch andere Elemente, wie der Gedanke der präventiven Sozialverteidigung im Sinne eines Feindstrafrechts, etwa als Sicherungsverwahrung, oder die

gehören auch die öffentlich-zivilen Formen der „Bemakelung“ und des Meidens sowie der Ausschluss (Exkommunikation, Verbannung). Das Übel beschreibt positiv gewendet den Schutz von Werten, Interessen, Vorteilen, Erwartungen, Vertrauen oder auch der humanen Existenz: Zwar ist die Strafe immer auch von ihren Zielen abhängig. Aber ihr Kern besteht offenbar in der Zufügung von „Leid“, und zwar wegen der Zufügung von „Leid“. Die humane Fähigkeit zum „Mitleiden“ mit anderen führt dann unter anderem dazu, dass unbeteiligte Dritte nach ausgleichender Gerechtigkeit rufen und gegebenenfalls auch zur Selbstjustiz bereit sind. Das Wort vom „Übel“ hat sich jedoch durchgesetzt, vielleicht auch weil es weiter gefasst ist als dasjenige des Schmerzes oder des Leides, das immer auch an Körperstrafen gemahnt.

2. Das Übel der Strafe unterscheidet sich vom Übel, das der Täter begeht, vor allem durch die Bewertung als Recht. Gelöst vom Recht und somit etwa als private Strafe oder als menschenrechtswidrige, willkürliche und erniedrigende Staatstrafe, würde die Strafe als ein ungerechtes „Strafübel“ erscheinen. Verbunden mit dem Recht erfüllt sie deshalb einen weiteren Zweck. Als Teil des Strafrechts dient sie insofern immer zugleich der Idee des „Rechts als solchem“ und im Rechtsstaat zugleich der Idee des „Rechtsstaates“ (vgl. Art. 20 III GG). Mit einem rechtssoziologischen Begriff zusammengefasst bilden Rechtsidee und Rechtsstaat das „Rechtssystem“. Diesem dient dann auch die verrechtlichte Art der Strafe.

3. Anders gelesen ergeben sich drei Aspekte des Übels: das *objektive* Übel als solches, das *subjektive* Übel für einen bestimmten Menschen und das *systemische* Übel für das Rechtssystem. Das Übel der Strafe spiegelt dann zugleich das Übel der Tat. Damit ergibt sich folgendes Schaubild von Aktion und Reaktion, das einige der nachfolgenden Klammerzusätze mit Blick auf das rechtsstaatliche deutsche Strafrecht noch einmal zu erläutern su-

Idee der restaurativen Heilung des verletzten Rechts durch Strafe, etwa als Idee der Verteidigung der Rechtsordnung oder als öffentliches Interesse an der Strafverfolgung. Die gewünschte begriffliche Offenheit bieten von vielen konkreten Strafbegründungen, die wenigstens als typische Beispiele der Illustration dienen können also zum einen die Idee des Übels und zum anderen der offene Pluralismus.

chen. Der Zweck der Strafe soll jedoch mit den beiden einfachen übernationalen Begriffen des frühstaatlichen europäischen Naturrechts beschreiben werden:

(I) Die Strafe bildet ein Übel und zwar

- *objektiv*: ein reales Übel (Verlust der Fortbewegungsfreiheit oder von Geld),
- *subjektiv*: einen Schmerz oder ein Leid (als Verlust von emotionaler Identität, motivatorisch als „Unlust“),
- *sozial*: für das Rechtssystem (Rechtseinbuße, Freiheitseinbuße, Menschenrechtseinbuße).

(II) Die Tat erscheint ebenfalls als Übel, und zwar als

- *objektives* Übel (Wertverletzung, Rechtsgutsverletzung),²⁶³
- *subjektiver* Schmerz (Verlust der emotionalen Identität auf der Opferseite, gezielter Vorsatz und auch Lustgewinn auf der Täterseite),
- *soziale* Rechtssystemverletzung (Rechts-, Freiheitsrechts- oder auch Menschenrechts-Verletzung).

(III) Die „naturrechtliche“ Strafbegründung lautet:

- Strafe ist *gerecht* und *vernünftig*, weil sie ausgleichend, und schützend ist;
- denn die Tat, auf die sie reagiert, war unvernünftig, weil sie ungerecht und schädlich war.

²⁶³ Zur „Kritik des Rechtsgutsdogmas“ (als „aufgeklärte Grundinteressen jedes Einzelnen“ und in Bezug auf die Subjektidee), siehe auch: Alwart, Wirtschaftsstrafrecht, 2007, 16 ff., 17 ff., 21 ff. Zudem formal als „Theorie der strafwürdigen Regelverletzung“, die eng mit dem kriminologischen Ansatz vom „abweichenden Verhalten“ verwandt ist, und dank ihrer offenkundigen Funktionalität auch die menschenrechtswidrige Sklaverei zur schutzwürdigen Regel ergeben könnte.

4. Beim Rückblick auf diesen Dreisprung wird deutlich, dass die typische Strafe als *Reaktion* nicht ohne den Bezug zu einer *Aktion* zu verstehen und auch nicht ohne irgendeinen Strafzweck zu denken ist, und sei es auch nur denjenigen der Gerechtigkeitslogik von Aktion und Reaktion als *Selbstzweck* oder zum Abbau der *Frustration*, die Tat nicht verhindert zu haben und auch deren Folgen nicht wiedergutmachen zu können.

Dahinter verbirgt sich dann nichts Anderes als eine (kulturelle) Ausprägung des „natur-ethischen“ Prinzips der *Wechselseitigkeit*.

Die Strafe ist also zunächst einmal eine *Reaktion*.

Zudem stellt sich die Frage, „wer“ denn straft, also typischerweise reagiert (und reagieren soll).

Die Frage, welche „Person“ denn strafen darf, ist der Sache nach schon mitbeantwortet. Es ist ebenfalls ein *Akteur*, ein Freier, Gerechter, am besten ein Solidarischer, Vernünftiger, jedenfalls ein unabhängiger *Selbstherr*. Mit zwei anderen Worten straft in der Demokratie am besten *jeder einzelne* Demokrat als ein Freier, Gleicher und Nächster und zugleich auch die *Allgemeinheit* der Demokraten mit ihrer kollektiven Übermacht.

Die einfachste politische Antwort lautet: Für die „Freien und Gleichen“ gibt es - auf Erden- keinen strengen Vater mit seiner Übermacht und keine barmherzige Mutter mehr mit ihrer Milde. „Seinesgleichen“, die Peers, müssen nach diesem mittelalterlich englischen Adelsmodell das Strafen übernehmen.

Der Mächtigste der unbeteiligten Nachbarn wird faktisch mit seiner Körperkraft oder seiner Hausmacht das Strafen übernehmen und dabei Einvernehmen mit den anderen Peers suchen. Allerdings wird er mit dieser Strafmacht auch sein Ansehen und seine Hausmacht weiter verstärken. Aus dem Richter entwickelt sich dann leicht der *Richterkönig*. Am sichersten vor Fehldeutungen erweist das Strafen sich dann, wenn sich, wie in der egalitären Kleingruppe oder in der Demokratie, „alle“, und zwar selbst oder über ihre Beauftragten, am Strafen beteiligen und es somit *alle* verantworten.

2. Strafprozess als Übel: Beschuldigtenstellung und anzurechnende Untersuchungshaft

1. Für die Rechtspraxis und auch für das Verfassungsrecht gehört schon das Strafverfahren bis zum Urteil zu den Grundrechtseingriffen. Die Übelzufügung, und zwar in der Form der Freiheits- und Rechtseinbuße, beginnt bereits mit dem Ermittlungsverfahren, wengleich nicht zur Strafzwecken, sondern zu Verfahrenszwecken. Dieser Verfahrensteil stellt selbst schon ein erhebliches Übel dar.

Die bloße „Untersuchungshaft“, die dem Urteil vorausgeht und die Durchführung des gesamten Verfahrens sichern soll, bildet vermutlich den alten Kern der Freiheitsstrafe als langjährigem Freiheitsentzug, wie etwa die englische Habeas Corpus Akte von 1679 belegt. So wird die Untersuchungshaft auch heute noch insbesondere bei schweren Gewaltdelikten und vor allem bei den Tötungsdelikten regelmäßig angeordnet, wovon auch § 112 III StPO zeugt. Mehr als 20 % aller inhaftierten Personen befinden sich in Deutschland in Untersuchungshaft.²⁶⁴ Beschlagnahmen, Durchsuchungen und Vernehmungen bilden weitere Eingriffe in Grundrechte, die das Ermittlungsverfahren mit sich bringt.

Jedenfalls beginnt auch die Bemakelung jedes Straftäters mit seiner Verfahrensrolle als „Beschuldigter“, die sich im Hauptverfahren zur Rolle des öffentlich „Angeklagten“ fortentwickelt, Art. 5 II, 6 III EMRK. Als „Tatverdächtiger“ und später auch als „Beschuldigter“ darf er schon im Vorverfahren bezeichnet werden. Die Unschuldsvermutung bedeutet insofern nur, dass der Beschuldigte noch nicht als rechtskräftig verurteilt bezeichnet und dementsprechend behandelt werden darf, Art. 6 II EMRK. Selbst der „Freispruch“ stellt noch auf die Anklage und den ihr zugrundeliegenden „hinreichenden Tatverdacht“ ab.

Schon mit dem Ermittlungsverfahren trifft den Verdächtigen deshalb faktisch, wengleich wegen der Unschuldsvermutung nicht rechtlich, ein „soziales Stigma“. Diese staatlich-demokratische Beschuldigung löst die Notwendigkeit der Idee

²⁶⁴ Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 29, Rn. 22 ff., insbesondere 34; sowie § 34, 69 ff.

der Unschuldsvermutung bis hin zur Rechtskraft erst aus. Auch begründet dieser Akt für den beschuldigten Mitbürger das Gegenrecht auf Verteidigung nach Art. 6 II EMRK. Die erlittene Untersuchungshaft, die ohne Zweifel eine Übel darstellt, wird in Deutschland folgerichtig auch voll auf die Freiheitsstrafe angerechnet, § 51 StGB. Jeder Verdächtige und erst recht jeder Beschuldigte, ob er der tatsächliche Täter ist oder auch nicht, gerät also in eine „Opferrolle“.

2. Aus dieser Sicht wird auch deutlich, wie sich ein privater Rechtsstreit um eine private Rechtsverletzung auswirkt. Das angebliche oder auch tatsächliche Opfer wandelt sich mit seiner öffentlichen Beschuldigung selbst zum Akteur. Mit seiner Beschuldigung bedroht es das persönliche Ansehen des vermeintlichen Täters und etwa mit der Forderung nach Schadensersatz auch dessen Freiheitsrechte. Mit der Not, sich entweder dagegen wehren oder sie erdulden zu müssen, ist auch die persönliche Handlungsfreiheit des Beschuldigten belastet. Unrechtmäßige Beschuldigungen, also solche, die nicht der Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen, gelten deshalb auch als Ehrverletzungen, §§ 185 ff., 193 StGB. Das scheinbar so asymmetrische „Täter-Opfer-Verhältnis“ kennt mit der bloßen öffentlichen Beschuldigung den „ersten Gegenschlag“. Damit befindet es sich, die Täterschaft einmal unterstellt, schon auf dem Weg zu einem gerechten Ausgleich. Vor diesem Hintergrund, also im Rahmen einer funktionierenden Öffentlichkeit und bei der Fähigkeit, private Sanktionen über Opferanwälte durchsetzen zu können, hat deshalb selbst ein gegenüber dem Opfer übermächtiger Täter noch ein persönliches Interesse daran, in ein Mediationsverfahren einzuwilligen.

3. Auch aus kriminalpolitischer Sicht wird auf die „Erschütterung der Rechtsordnung“, die die angezeigte oder sonst bekannt gewordene Unrechtstat auslöst, bereits mit dem sofortigen Einsatz der Strafverfolgungsmaßnahmen begegnet. Schon das Ermittlungsverfahren dient dem Rechtsfrieden.

Der eigentlichen „Freiheitsstrafe“ ist also zumindest aus der Sicht der Rechtspraxis sowie aus dem Blickwinkel der verfassungsrechtlichen Sicht des sonstigen Freiheitsentzuges vor allem die „Untersuchungshaft“ hinzuzufügen. Die ideale vergeltende Schuldstrafe ist also schon über die Realität der strafprozessualen Eingriffe vor der Verurteilung mit einem „präventiv-

polizeilichen“ Umfeld umgeben. Diese lediglich vom Verdacht abhängigen „Sonderopfer“ dienen selbst schon der vorläufigen Befriedung der Allgemeinheit. Rückblickend und aus der Sicht der rechtskräftig überführten Täter beginnt das mit der Tat verdiente „Leiden“ bereits mit der Beschuldigung. Deutlich wird dies vor allem mit der auf die Strafe anzurechnenden Untersuchungshaft, die im Übrigen in der Regel bei Mord und Totschlag und dringendem Tatverdacht verhängt wird (vgl. auch § 112 III StPO).

Das Strafrecht und seine Macht setzen generell mit der Strafverfolgung wegen eines bloßen einfachen Tatverdachts ein. Das rechtskräftige Urteil hingegen, das dann in der Regel gleich in die Vollstreckung übergeht, erfolgt im Regelfall erst weit nach der Tat.

Nimmt man das Prozessrecht hinzu, so zeigt sich die gesamte Reaktion auf die Übeltat als ein zeitlich weit gestreckter Vorgang. Die erste Reaktion auf die aufgedeckte Tat erfolgt jedoch vielfach, und zwar sowohl aus der Sicht der demokratischen Allgemeinheit als auch aus der des wirklichen Täters „auf dem Fuße“.

Aktion und Reaktion stehen vielfach noch in einem „zeitlich-räumlichen Zusammenhang“. Um allerdings Überreaktionen zu vermeiden, bedarf es der *Streckung* der Reaktion und eines Verfahrens, das die Subjektstellung des Beschuldigten beachtet und auch im Strafvollzug noch seine Menschenwürde bedenkt.

4. Damit sind im Groben die geschichtlichen, die ideellen und auch die kriminalpolitischen Grundlagen umrissen, aus denen sich das Verständnis des Strafens aus juristischer Sicht zusammensetzt.

3. Strafrechtsphilosophisches: Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit

1. Zum rechtstheoretischen Überbau, dem dann der Blick auf die zivilreligiösen Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts folgen soll, gehört die Strafrechtsphilosophie. Sie hat unter anderem die Diskussion um die Willensfreiheit zu bieten, die aufs engste mit der *Schuldidee* verbunden ist und auch deshalb auf den Perso-

nenbegriff zurückgreift. Er ist rollen- und rechtsbezogener ausgelegt und jedenfalls nicht vollständig mit demjenigen der Menschenwürde identisch, die wiederum eine wesentliche Grundlage für die Schuldidee bildet. Inwieweit kann man also auf die Anforderung der Nachweisbarkeit der Willensfreiheit für die Schuldstrafe verzichten?

So ist im Recht die „Rechtsperson“ Träger von Rechten und Pflichten. Im *Strafrecht* tritt sie als Straftäter und als Bestrafter auf. Rechtspersonen kann man unstreitig zumindest einzelne Rechte zuerkennen oder eben auch absprechen, ohne dass deren Menschenwürdekern davon berührt wird.

In der deutschen Strafrechtsdogmatik hat sich nun eine wichtige Sonderströmung entwickelt, die den Menschen *vor allem* als „Person“ betrachtet, ihn damit partiell verobjektiviert, indem sie ihn als Objekt von Zuschreibungen betrachtet oder ihn sozialisiert, indem sie ihn vor allem aus dem Blickwinkel der Gesellschaft sieht oder aus der Sicht „der anderen“ deutet.

Diese Lehren haben zur Folge oder betreiben offen das Ziel, auf diese Weise einen *deterministischen* Ansatz zu liefern. So wollen sie das große Dilemma des deutschen Schuldstrafrechts aus dem Wege räumen, die Willensfreiheit „zu Lasten“ (*in dubio contra reum*) der zu bestrafenden Mitbürger nicht nachweisen zu können, sie vielmehr nur zu fingieren und diese Fiktion allenfalls mit den staats- und menschenrechtlichen Vorzügen dieser Unterstellung dürftig zu begründen.

2. Einige der Lehren sind herauszugreifen:

(1) *Bernd Schünemann* etwa setzt zwar noch bei der Willensfreiheit an, will sie jedoch aus der Kommunikation und den „Sprachstrukturen“ ableiten²⁶⁵, sie gehöre zur „elementaren Struktur unserer gesellschaftlichen Kommunikation“. Aber zu den Sprachstrukturen zählen die „Personen“, sodass auch mit ihnen die Idee der Willensfreiheit verbunden ist. Dass die Idee der Freiheit und in ihrem Gefolge auch die der Willensfreiheit zumindest ein

²⁶⁵ Unter anderem in: Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff., 163 ff. Zusammenfassend zum Nachfolgenden: Schieman, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff.

Kernelement des westlichen Kulturguts bildet, und zwar gleichgültig, inwieweit das jeweilige nationale Strafrecht sie trennscharf aufgreift oder nicht, ergibt sich aus den sie jeweils überragenden Verfassungen. Über oder besser „vor“ ihnen sind sie den Präambeln als Ausdruck der Selbstschöpfung dieser Normengeflechte eigen. Die Idee der Eigenverantwortlichkeit lässt sich also aus der Freiheit und damit auch aus der Willensfreiheit ableiten, zumindest eben als Teil der westlichen zivilen Kultur.

(2) Auf derselben Ebene vermag man dann auch den Weg zu gehen, Menschen die Taten als die „Ihren“ (kommunikativ) zuzuschreiben. *Claus Roxin, Reinhard Merkel* und andere wählen diesen ebenfalls noch gemäßigten Weg und erklären, dass es im Strafrecht - jenseits der Frage nach der Willensfreiheit- nur um die normative Ansprechbarkeit, und zwar im Augenblick der Tat gehe.²⁶⁶ *Roxin* sieht darin ein empirisches Moment jenseits des Moralischen, die „Fähigkeit zur Selbststeuerung“.²⁶⁷ Einen derart befähigten Ansprechpartner nennen wir herkömmlicher Weise eine Person. Diese kann also auch im Willen unfrei sein, muss aber auf Normen reagieren.

Daraus folgt dann recht feinsinnig, dass ein Mensch mit einer solchen personalen Struktur zwar offenbar über ein inneres Zentrum für die normative Ansprechbarkeit verfügen, aber selbst nicht auch eigengesetzlich (autonom) agieren können muss. Um also die Problematik der Fiktion der Willensfreiheit zu vermeiden, scheint an deren Stelle als Ersatzkonstruktion die Idee einer „normative Person“ zu treten, die einen „systemisch-funktionalen“ Charakter besitzt. Sie erinnert an das alte personale Bild vom „Freien“, der seine Freiheit auch verlieren kann, etwa, wenn er in Gefangenschaft gerät, an den Sklaven, der die Freiheit gewinnen kann, wenn er freigekauft wird oder an den Fremden, der in den Stand des Bürgers mit Bürgerrechte erhoben werden kann.

(3) Auch wer, wie etwa *Günther Jakobs* die Schuldstrafe mit Hilfe des Strafzwecks der Generalprävention deutet und mit der Strafe vor allem die Normtreue der Allgemeinheit erhalten

²⁶⁶ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 19. 46; Merkel, Willensfreiheit, 2012, 39 ff., 55 f.

²⁶⁷ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 19. 46.

will,²⁶⁸ bezieht sich auf die Idee der Person als sozialer Rolle. Danach bedarf es der Motivierbarkeit des Normadressaten. *Jakobs* leitet seinen Personenbegriff aus der politischen Philosophie ab. Unter anderem bezieht er sich einleuchtend auf *Rousseau* und begründet damit seine Idee von der Existenz eines Feindstrafrechts, das zugleich ein Freundstrafrecht mit impliziert.²⁶⁹ Die Schuld ist bei *Jakobs* eine Art von „Zuständigkeit“, die einem Mitglied der Gesellschaft zugeschrieben wird, um einen sozialen Konflikt auf eine bestimmte Weise lösen zu können. Auch so kann man sich aus der Schlinge der Nichtnachweisbarkeit ziehen, indem man sich schlicht mit der externen, weil sozialen „Motivierbarkeit“ des Menschen begnügt, muss dafür aber auf dem verwandten Begriff der Person einschwenken. Die Gesellschaft setzt nach diesem Ansatz die maßgebliche Ursache. Sie könnte, und damit zeigt sich deren kollektive Gestaltungsfreiheit, aber auch auf Strafe verzichten. In der Tat wird ohnehin nur sehr selektiv gestraft, und es werden keinesfalls alle Straftaten mit Nachdruck ausermittelt. Diese Sichtweise bedient sich auch also auch der Personenidee, verfolgt aber eine Art von Sozial-Determinismus.

Die Personenidee, die ohnehin wie alle großen Ideen verschiedene Ausprägungen zulässt, erscheint danach weniger intersubjektiv, also über die wechselseitige Anerkennung bestimmt. Sie tritt hier vielmehr als eine Art von „sozialer Person“ auf, die am Ende zu einer sozialetischen *Pflichtenlehre* führt.

*"Zurechnung kennt keine Inhalte, die von der normativen Struktur der Gesellschaft unabhängig wären, auf die also gegen die Gesellschaft eine Berufung möglich wäre. Beispielhaft, man kann, wenn die Ernte verhagelt ist, einen Bock, den sprichwörtlichen Sündenbock, aus dem Dorf prügeln; falsch muss das nicht sein, wenn auch fraglich ist, ob sich dadurch ein gesellschaftliches Problem lösen lässt..."*²⁷⁰

²⁶⁸ Jakobs, *Schuld*, 1976, 8 ff.

²⁶⁹ Jakobs, *Norm*, 1997, 23, ursprünglich habe es nur Monaden gegeben, ohne Freunde und Feinde, der dann die Gesellschaft nachfolgt, unter Hinweis auf: *Rousseau*, *Ursprung*, 1762, 77 ff., 183.

²⁷⁰ So noch einmal in seiner *Beteiligungslehre*: *Jakobs*, *Theorie*, 2014, 2.

Im Lichte des großen politischen Credo des Dreiklages mit der Reihung von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ rückt diese Sicht die gesellschaftliche Solidarität in den Vordergrund. Dieser Ansatz betont dann bezüglich der Gleichheit im Sinne von Gerechtigkeit die Teilidee der Zuteilungsgerechtigkeit. Für die Freiheit führt sie zur Betonung der „Teilhabe“ an der (kollektiv organisierten) Freiheit.

Aber die systemkonforme Nachfrage lautet, ob denn die Gesellschaft nicht wiederum im Recht, zumindest im Strafrecht und für die Grundrechte, an dem natürlichen Akteur Mensch ausgerichtet bestraft oder über die Freiheitsrechte schützt. Begreift sie das Tun nicht vor allem über das „Verursachen“ im „natürlichen Sinne“, also „inkorporiert“ sie nicht „Naturalismen“²⁷¹, und zwar deshalb, weil die Gesellschaften sich ihrerseits diesen Naturalismen, zumindest in der westlichen Welt, unterwerfen? Ebenso wird dann die Gesellschaft die eigene Re-Aktion, die Strafe und den Schutz, auf die natürliche Person Mensch beziehen.

Das Normative der (etwa objektiven) Zuständigkeit als sozialer Akteur oder der (eher subjektiven) Zurechnung als individuelles Mitglied der Gemeinschaft wäre, wenn man sich vom rein sozialen Blickwinkel zu lösen bereit ist und zumindest „sozialreal“ denkt oder gar pragmatisch ansetzt, nur der „normative Begriffshof“, der sich um einen „natürlichen Begriffskern“ erstreckt. Das Normative dient der Einordnung von *Grenzfragen* und *Ausnahmen*. Ein Totschlag etwa ist zunächst einmal ein Schlag, mit dem ein Mensch den Tod eines anderen Menschen herbeigeführt hat.

Im Zivilrecht dagegen agieren vielfach ohnehin die juristischen Personen. Die natürlichen Personen versuchen einerseits durch Gründung von privaten Gesellschaften ihre private Haftung zu vermeiden oder zu beschränken und andererseits auf diesem Wege auch, als kollektiv stärkere ökonomische Akteure auftreten zu können.

²⁷¹ Jakobs, Theorie, 2014, 2. dort allerdings zur Beteiligungslehre: „*Eigenhändigkeit und Fremdhändigkeit sind in einer Zurechnungslehre an sich Naturalismen, die erst bedeutsam werden, wenn sie von dieser Lehre nach ihrem Zweck inkorporiert werden.*“

Gleichwohl bleibt der Blickwinkel des rein Sozialen. Mit ihm kann und darf man auf den Nachweis der Willensfreiheit verzichten. Man kann sie aber auch einfach bestimmten Personen als den Schuldfähigen zuschreiben und meint damit dann ein bestimmtes Organisationssystem, mit dem ein bestimmtes System sich selbst organisiert²⁷². Der zivilreligiöse Glaube an die eigene Willensfreiheit ist danach recht naheliegend. Dazu reicht es aus, dass es sich um eine sozialreale, weil kollektive und staatstragenden Fiktion handelt. Deshalb gilt auch umgekehrt, wer die Willensfreiheit aus wissenschaftlicher Sicht für angreifbar und jedenfalls für grundsätzlich nicht nachweisbar hält,²⁷³ der wird dennoch in der westlichen Welt gern im Alltag auf den sicheren Grund des Kulturellen zurückkehren.

Begreift man allerdings folgerichtig den „natürlichen“ Menschen aus der leicht veränderten sozio-biologischen Sicht auch als ein solches (Sub-System), dann muss und wird er sich auch als solches selbst organisieren. Das Lebewesen Mensch verfügt dann zumindest über eine Art von Selbst, welches dann eine der „Schuld“ nahe biologische Form der „Selbstverantwortung“ zwar impliziert und auch darwinistischen Utilitarismus nahelegt, aber die sittlich-ethische Seite der Idee der Willensfreiheit nicht kennt.

(4) *Herzberg* schlägt einen etwas anderen Weg ein, er, bekennt sich zum Determinismus und erklärt, und zwar entgegen der Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* und dessen Ableitung der Willensfreiheit aus der Menschenwürde, dass das deutsche Strafrecht sich in Wirklichkeit gar nicht für den Indeterminismus entschieden habe. Es genüge die Idee, dass man für den *eigenen Charakter seiner Persönlichkeit* einstehen müsse.²⁷⁴

²⁷² Dazu noch einmal aus der Sicht einer rechtssoziologischen Theorie des Rechts: Röhl/Röhl, *Rechtslehre*, 2008, 139, ein „allgemeines Organisationsprinzip“.

²⁷³ Dazu aus der Sicht der Philosophie: Nida-Rümelin, *Vernunft*, 2012, 9 ff., 25 („Freiheit als naturalistische Unterbestimmtheit von Gründen“); 27 „*Ob diese Form einer menschlichen Freiheit real ist, lässt sich nicht durch einen empirischen Test feststellen.*“ (kursiv im Original). Vgl. auch Fabricius, *Kriminalwissenschaften I*, 2011, 46 (zur Unbeweisbarkeit von Sollensaussagen).

²⁷⁴ Herzberg, *Willensunfreiheit*, 2010, u. a. 87 ff. (Das So-veranstalt-, So-geworden-Sein sei Gegenstand des Schuldvorwurfs).

Das Einstehenmüssen erfolgt dann gleichsam blind und im Sinne einer Art von *ausgleichender Wechselbeziehung*, die der Täter auslöst. Damit wählt *Herzberg* der Sache nach das Modell einer „objektiven Person“ im Sinne einer blinden „Natur-Gerechtigkeit“.

(5) *Anja Schiemann* folgt ihm und verweist ausdrücklich auf eine solche vom Willen unabhängige Wechselseitigkeit. Zudem betont sie die personale Idee der „Identität“: „*Zu den von einem Menschen gemachten Erfahrungen und damit zu seiner Identität gehören nicht nur die bewussten Momente, sondern auch diejenigen, die sein Unterbewusstsein auffängt.*“²⁷⁵ Dahinter steht aus rechtlicher Sicht eine Art von blinder oder auch objektiver „Haftung für das Seine“, also auch für die Taten, die auf diese Persönlichkeit zurückzuführen sind. Mit diesem vorrechtlichen Naturprinzip ist dann in der Tat auch die Reaktion auf die Straftaten von Geisteskranken zu rechtfertigen, die zum Schutz der Allgemeinheit in psychiatrischen Anstalten untergebracht werden. Aber dem demokratischen Selbstbild läuft diese Sicht zuwider. Deshalb wählen die Demokratien durchweg eine andere Methode. Mit Ausnahmeregelungen und Fürsorgepflichten, mit denen sie auf eine Art von Kind-Eltern-Modell zurückgreifen, pflegen sie diese Fallgruppen zu reglementieren.

Im Kernstrafrecht arbeitet das Rechtswesen zudem neben der Schuld selbst mit ihr verwandten allgemeinen Begriffen, vor allem mit der Absicht, der Intention. Strafrechtlich spricht man vom Vorsatz im Sinne von „Wissen und Wollen“. Vor allem gilt die zielgerichtete Aggression, also etwa die Gewalt und als Vorstufe die Drohung mit ihr als besonders strafwürdig. Die Zwischenstufe zur bloßen blinden Haftung bildet dann die Verschuldenshaftung in der Form der Fahrlässigkeit. Man kann zwar die Absicht oder auch Motive von der Idee der Tatschuld trennen, die in dem Vorwurf besteht, der Täter hätte (frei) anders handeln

²⁷⁵ Schiemann, unter anderem: Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. 777 („Es setzt eine Wechselbeziehung zwischen Täter und Geschädigtem voraus, ein Beziehungsungleichgewicht, das wieder ausgeglichen werden muss“). Sie verweist dazu auf die philosophische Personenidee von Leder, Person, 1999, 408, der im Übrigen auch die Schöpferkraft des Menschen herausstellt. Ähnlich auch schon, und ebenfalls mit neurophilosophischem Hintergrund, Detlefsen, Grenzen, 2007, vgl. 79.

können, denn auch Geisteskranke können zielgerichtet und motiviert agieren. Aber in der Regel kann der Freie sich im Gegensatz zu ihnen eben „selbst beherrschen.“

(6) In (us-) pragmatischer Weise geht *Tatjana Hörnle* vor, die aufgrund der neuen Hirnforschung eine Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf anbieten will.

Sie stellt dazu zum einen auf den externen Blickwinkel der „anderen“ ab. Deren „Verhaltensanforderungen“ habe der Täter „missachtet und Unrecht begangen“. Dazu will sie die „2. Person-Perspektive“ berücksichtigen,²⁷⁶ für die sie sich bei *Darwall* anlehnt. Sie sei auf die Wechselseitigkeit zwischen Du und Ich angelegt, „wenn wir bezüglich des Verhaltens und der Absichten des anderen Ansprüche erheben und anerkennen“²⁷⁷.

Das meint eine Art von *Zuschreibung*, erlaubt offenbar den Verzicht auf die innere Ich-Seite der Menschenwürde und bedeutet ebenfalls den Rückgriff auf den Personenbegriff. Es ist das alte liberale Verfassungsmodell des wechselseitigen Freiheitsverzichts. Diesen Ansatz verbindet *Hörnle* mit einem Ansatz von *Peter Strawson*, demzufolge „reaktive Einstellungen“ den Normalfall für die Art bilden, mit der Menschen miteinander umgehen. Die „*Praxis von Lob und Tadel*“ hätte auch dann Bestand, wenn Menschen von einer deterministischen Weltansicht ausgingen.²⁷⁸

Auch die „3. Person-Perspektive“ aktiviert *Hörnle*, und zwar im Hinblick auf die Verurteilung „im Namen des Volkes“. Aber ihr misst sie nur eine dienende Funktion zu. Denn sie bedeute nur

²⁷⁶ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff.; Darwall, Stephen, *Second-Person Standpoint*, 2006, 3.

²⁷⁷ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff., 79 (in ihrem Schlusswort). Sie bietet „Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre“ und „rekonstruiert das plausibelste Modell menschlicher Entscheidungsfindung“. Dazu „spricht sie sich für einen Verzicht auf einen Schuldvorwurf aus und dafür, dass der dem Täter gemachte Vorwurf konsequent auf das Tatunrecht zugeschnitten werden müsse.“ (aus dem Abstrakt).

²⁷⁸ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 50. Strawson, *Freedom*, 1982, 59 ff., 67 ff.

die rechtsstaatliche Verarbeitung der „Enttäuschung des Geschädigten über die im *Verhältnis zu ihm* missachtete Verhaltenspflicht“.²⁷⁹

Auf diese Weise will sie das vergangenheitsorientierte Unrecht von dem „Inneren des Handelnden“, als dem Kern der Schuld, trennen. Mit der Reduktion auf das Tat-Unrecht nähert sie sich dem Rückgriff auf das, wie es hier zu bezeichnen war, „*natur-ethische*“ Prinzip der *Wechselseitigkeit*.

Dazu ist dann Folgendes zu bedenken: Faktisch wird die Strafe im deutschen Strafrecht ohnehin, wie der Schuldspruch zeigt, der sich auf die Unrechtstat bezieht (mit der Verurteilung „wegen Mordes, wegen Raubes“ etc.), auf der ersten Stufe von der *Unrechtstat* und deren Schwere beherrscht. Insofern trägt ohnehin die Idee der Reaktion, also diejenige der Vergeltung, ohne dass mit dem Wort zugleich ein Racheaspekt verbunden sein muss. Denn das reaktive „Vergelten“ gilt im Positiven wie im Negativen und enthält auch den Wortstamm von „Geld“.

Aber die derart schlicht *gerechte* Strafe gilt zu Recht als grausam. Es fehlt ihr die Barmherzigkeit. Davon abgesehen passen Lob und Tadel nicht, um die langjährige Freiheitsstrafe oder gar die Todesstrafe (wie in vielen us-amerikanischen Bundesstaaten) zu begründen. „Tit for Tat“ oder das merkantile „do ut des“ passen nur dann und insoweit, als der Spieler überlebt und ständig weiterspielen kann.²⁸⁰ Gesamte Kollektive von Gesellschaften können derart als Spieler auftreten, weil sie den Verzicht auf ein Mitglied spielerisch überleben und dessen Vernichtung sogar dem Gemeinwohl und der Identitätsstiftung dienen kann. Aber schon eine demokratische Gesellschaft kann aus europäischer Sicht jedenfalls keinen „Mitröcher“ auf Dauer und ohne die Chance auf Rückkehr aus dem sozialen Leben ausschließen, ohne ihre demokratische Identität zu verlieren.

279 Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 53 (Hervorhebung im Original).

280 Zu Formel „Tit for Tat“ siehe Axelrod, *Evolution*, 2005, u. a. 99 ff. Zu den Vorzügen und den Grenzen dieser Strategie des do ut des und damit der Idee der Gerechtigkeit als goldene Regel der Wechselseitigkeit: Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015 330 ff. (7. Kap III - Tit for Tat als evolutionäres Kooperationsprinzip“).

An dieser Stelle setzt deshalb auch die typische Wirkung des Gedankens der Schuld ein, der wiederum mit der Ich-Person und der Stellung als (Selbst-) Subjekt verknüpft wäre, die wiederum auf den zweiten Blick doch untrennbar mit der intersubjektiven Du-Ich-Beziehung verbunden ist und dort zumindest eine dienende Funktion einnehmen müsste, aber eben auch, etwa als wechselseitig zugeschriebene Schuldfähigkeit intersubjektiv in der sozialrealen Welt existent sein könnte.

Aber die Ich-Personalität des Menschen verfügt auch über eine eigene „humane Bedeutung“. Denn der von Unrecht getrennte Schuldgedanke der *Vorwerfbarkeit* des *Unrechts*, wie immer man sie auch definiert, dient vor allem und zumindest vorrangig *nicht der Strafbegründung*, sondern der „humanen“ *Strafmilderung*. Kinder, Jugendliche oder Geisteskranke werden deshalb gesondert behandelt, während *Strawson* und *Hörnle* sie als Abweichungen vom Normalfall einordnen²⁸¹ und damit faktisch diese Menschengruppen aus ihrem Kernverständnis von Menschen, besser von Personen, ausklammern. Fehlt dem „normalen und an sich schuldfähigen“ Täter das Unrechtsbewusstsein, etwa wegen eines Irrtums oder handelt der Täter nur fahrlässig, so wird ebenfalls zumindest erheblich milder bestraft.

Diese Milderung ist aus *demokratischer* und auch aus der *zivilreligiösen* Sicht des *Humanismus* vor allem dem Umstand geschuldet, dass das Leben und auch die „menschliche“ Würde aller „Mitherrscher“ zumindest aus kollektive Sicht (zumindest in Friedenzeiten und von Staatswegen) *unantastbar* sein muss, um das fundamentale Ideal des Präambel-Humanismus aufrecht zu erhalten. Auf der emotionalen Seite entspringt es aus den empathischen Elementen der *Solidarität*.

Das intersubjektive Du-Ich Verhältnis, das zwar auch die Zuschreibung der Schuldfähigkeit erlauben würde, eröffnet aber dann eben auch die jederzeitige Aberkennung von Schuldfähigkeit und innerer Würde. Dieser Ansatz passt zum vorherrschenden anglo-amerikanischen *Liberalismus*, der als objektiven Maßstab auf einen letztlich *biologisch* begründeten *Utilitarismus* abstellt und auf diesem Wege auch die naturethische *Vertragsidee*

²⁸¹ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 50 f. Strawson, *Freedom*, 1982, 59 ff. , 63 ff.

heiligt. Wer kooperiert, erkaufte sich damit die Vorzüge einer liberalen Verfassungsgemeinschaft. Wer (mehrfach) nicht kooperiert, zahlt den Preis, dass die verfassungstreuen Anderen beschließen, mit ihm überhaupt nicht mehr zu kooperieren. Er wird am Ende aus- oder eben eingesperrt.

Was im Liberalismus noch in Anlehnung an *Locke* mithilfe der edlen Idee der Freiheit erklärt werden kann²⁸², ist aus der Sicht des Utilitarismus schon nichts weiter als eine Form des biologischen Nutzendenkens, dem alles Leben unterworfen ist und vermutlich aus physikalischer Sicht auch die Existenz aller „toten“ Körper, weil und soweit diese auf dem schlichten erfolgreichen Widerstand gegen die äußeren Zerstörungskräfte beruht.

Man darf allerdings zudem fragen, welche Einstellung die Gesellschaft oder auch die Du-Person zu *sich selbst* hat. Begreifen sich nicht die Wir-Gesellschaft selbst oder auch die Du-Personen als kollektive, beziehungsweise individuelle *souveräne* Ich- oder auch *Wir-Subjekte*, die sich berechtigt und eben auch fähig begreifen, andere zu bewerten und Ansprüche an deren Verhalten zu stellen?

Offen bleibt auch, wie weit denn die Idee der enttäuschten Erwartungen reicht, die eng mit dem Du-Ich-Verhältnis verbunden ist. Denn danach besteht der Verletzungsakt vor allem in der Enttäuschung der Anderen. Ist aber das Opfer getötet oder aber schwer verletzt worden, so stimmt dieser Ansatz zwar nicht mehr mit der sozialen Realität überein. Vor allem „enttäuscht“ sind unbeteiligte Dritte. Richtig ist aber, dass offenbar das Strafrecht

²⁸² Locke, *Second Treatise*, 1690, Chapter XXVII, “On Identity and Diversity”: “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.” Dazu: Brandt, *Identity*, 2006, 45 ff., 58 („bundle of perceptions“). Dabei ist offenbar unklar, ob Locke damit darüber hinaus auch noch die Idee einer gesonderten Menschenwürde verbindet, die durchaus als das logische wesenhafte Mehr gegenüber der Summe von personalen Rollen angesehen werden könnte. Siehe zu Locke auch: Lotter, *Rechtsprechung*, ARSP, 2006.503 ff., 513 ff., sowie aus der Sicht des Verfassers: Montenbruck, *Western Anthropology*, 2010, Rn. 22 ff.

überhaupt nur auf die Enttäuschungselemente, die auch in solchen schweren Delikten stecken -reaktiv- beantwortet. Schadensersatz oder Sozialhilfe erfolgen mithilfe anderer Normensysteme.

Dennoch ist und bleibt der Täter immer noch ein „Adressat“ der Normen, und offenbar kann er sich anders verhalten. Das Sich-Anders-Verhalten-Können, und zwar auf der Grundlage der *eigenen* Einsicht in das Unrecht, bildet den Kern des klassischen *Schuldvorwurfs*. Er, so lautet das Ideal, unterwirft sich nicht in erster Linie fremden Normen, indem er die Erwartungen der anderen nicht enttäuschen will, sondern er verfügt über ein eigenes oder zumindest verinnerlichtes Normensystem und entscheidet sich frei für das Unrecht und gegen das Recht.

Diese Grundfähigkeit, mit der eigenen Moral (der Vernünftigen) frei umzugehen, bildet aus *soziobiologischer* Sicht nichts anders als eine *bewusste Selbstorganisation*. Man entscheidet sich für den kurzfristigen Vorteil und riskiert dafür den langfristigen Nachteil, der zudem um so wahrscheinlicher eintritt, je häufiger man straffällig wird. Dabei verzichtet man darauf, den *Impuls*, das nahe kurzfristigen Glück zu genießen, weise und beherrscht zu unterdrücken, und zwar obwohl man also homo sapiens dazu grundsätzlich fähig wäre.

Das Bewusstsein von Handlungen folgt zwar, wie das *Libet*-Experiment belegt, auf das sich auch *Hörnle* stützt, der unbewussten Entscheidung im Hirn des Menschen nach. Die eigentliche Entscheidung, in bestimmter Weise tätig zu werden, erfolgt also offenbar unbewusst. Aber es gibt auch nach *Libet* eine Art von privatem *Veto*²⁸³ und offenbar zumindest die Chance einer *nachträglichen bewussten Korrektur*. Vor allem aber dient das Bewusstsein der nachträglichen privaten und auch kollektiven Aufarbeitung von eigenen und fremden Handlungen und dem

²⁸³ Libet, *Mind*, 2004/ 2007, 172; Roskies, *Neuroscience*, 2010, 109 ff., 109 ff. Zudem http://en.wikipedia.org/wiki/Neuroscience_of_free_will#cite_note-soonetal-5. (22. 7. 2015). Ausführlicher: Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, 12. Kap. („Neurophilosophisches zur Zivilität“), insbes. Kap 12 IV („Biophilosophie 2: Zivilisierende Programme im „Ur“-Gehirn, Nächstenliebe im Zwischenhirn, komplexes Gesamtgehirn“).

daran orientierten diskursive *Planen*. Dass es das Bewusstsein jedenfalls überhaupt gibt, bestreiten auch die Hirnforscher nicht.

4. Straphilosophisches: Kultur der Willensfreiheit, Drei-Welten-Lehre und drei Strafbegründungen

Die kulturelle Antwort auf die mit allem implizit gestellte Frage nach der *Existenz der Willensfreiheit*²⁸⁴ lautet: Ohne den überzeugenden *Vollbeweis* der Fremdbestimmtheit des Menschen ist mit dem *Zweifel* umzugehen. Solange sollte man sich *kulturell vorherrschend* zumindest auf die zivilreligiöse Fiktion der Willensfreiheit verständigen und sich zu ihr in fundamentaler Weise bekennen. Zur Unterstützung kann man noch fragen, ob denn ein deterministischer Grundansatz überhaupt etwas Anderes erbringen kann als die Antwort, dass alles deterministisch angelegt ist. Man kann auch sich auf die Unberechenbarkeit zurückziehen, die mit der übergroßen und unfassbaren *Komplexität* der Realität verbunden ist und die sich aus der *Individualität* von allen Lebewesen (und vermutlich auch allen sonstigen physikalischen) Einheiten) ergibt. Man kann auch erklären, mit dem Naturwesen Mensch erkennt die Natur ihre Gesetze sogar selbst, verfügt also mit ihm über eine Art von selbstbewusstem Geist. Auf diese Weise lassen sich hinreichend Zweifel sähen.

Mit der Idee der Willensfreiheit, die vielleicht nur eine menschlich-kulturelle Hilfsidee darstellt, eröffnen wir uns jedenfalls überhaupt erst die Herrschaftsform der *Demokratie*. Auch ist die Idee der (bewussten) Autonomie untrennbar mit der *Menschenwürde* und den *Menschenrechten* verbunden. Davon abweichende Ansichten, wie der Determinismus oder Naturalismus, sollten wir gewiss respektieren und tolerieren. Sie begründen große Unterkulturen, wie die Medizin und die Technik. Aber wir sollten, solange wir „Zweifel“ hegen, auch nach dem Preis fragen, bevor wir sie zur kulturellen Leitidee erheben. Dies ist der einfache und *defensive* Weg, mit dem Dilemma umzugehen, die Freiheit nicht

²⁸⁴ Ausführlicher: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 12. Kap. (Neurophilosophisches zur Zivilität“), insbesondere Kap 12 III („Biophilosophie 1: Zum Determinismus, zur Selbstorganisation und zur Willensfreiheit“).

positiv nachweisen zu können, jedenfalls mit deterministischen Mitteln.

Zudem sollten wir ebenso ohne Scheuklappen und *umgekehrt* zum Beispiel überlegen, wie viel Freiheitselemente in der soziologischen Idee der *Selbstorganisation* stecken oder auch prüfen, wie viele geistige Elemente in den *Genen* oder auch in den *Naturgesetzen* zu finden sind, sodass es am Ende vielleicht wenig bedeutet, ob man freien Geist im Naturalismus findet oder Natur in der Ethik. Das wäre der Weg hin zu einem *Kompatibilismus*, einer Vereinbarkeitslösung.²⁸⁵

Ferner sollten wir fragen, ob wir nicht auf diesem Weg fortfahren, den alten *Dualismus* fortschreiben und nicht auch mit dem postmodernen *Drei-Welten-Modell*²⁸⁶ gut leben könnten. Dieser belässt alles weitgehend in seiner eigenen Welt, dem (geistig-sittlichen und humanen) Idealismus des Menschen als Subjekt, dem (deterministischen) Naturalismus mit dem Menschen als Objekt und dem (pragmatisch postmodernen) Kulturalismus mit dem Menschen als sozialer Person.

Auf das Strafrecht bezogen spricht in diesem Sinne *Klaus Günther* die drei Formen der Verantwortlichkeit oder auch Zurechnung an. Seine Thesen passenden zugleich zur hier zuletzt vertretenen methodischen Triade von „Subjekt-, Objekt und Sozialperson“.²⁸⁷ Er erklärt einleuchtend, aus einer umfassenderen *kriminawissenschaftlichen* Sicht sei verantwortlich für eine Straftat entweder die

- „einzelne *Person*“, also in etwa das (freie) Subjekt im hier gemeinten Sinne oder

²⁸⁵ Ausführlicher: Montenbruck, Präambel-Humanismus, *Zivilreligion I*, 2015, Kap 12 IV („Naturphilosophie: Parallele idealistische und naturalistische Begriffe und weitere Thesen“).

²⁸⁶ Montenbruck, Präambel-Humanismus, *Zivilreligion I*, 2015, 256 ff. (6: Kap. II „Drei-Welten: Humanismus, Naturalismus und kultureller Pragmatismus“).

²⁸⁷ Günther, *Zurechnung*, 2014, 9 ff., 9 ff. Herzberg, *Willensunfreiheit*, 2010, 14 ff. (kursive Zitate in Original).

- die *Gesellschaft*, die dann offenbar als verantwortlicher Akteur auftritt und die soziale Seite der einzelnen Person dominiert, sie hat den Straftäter falsch gesteuert oder nicht erzogen muss ihn deshalb vor allem resozialisieren
- oder es ist die „äußere *Natur*“ in einem metaphorischen Sinne verantwortlich, der Täter ist krank. In diesem Falle wird (oder besser ist) der Mensch verobjektiviert und als von seiner Körperlichkeit beherrscht betrachtet.

Günther betont zu Recht, dass sich fast alle Arten von Zuschreibungen von Verantwortlichkeiten zwischen „drei Eckpunkten“ bewegen und meint zudem, dass alle drei auch „sinnvoll nebeneinander zu verwenden“ und jeweils an „interne Regeln der jeweiligen Zuschreibungs- oder Erklärungslogik gebunden“ seien. Offenbar entspringen sie also dem „Drei-Welten-Modell“ und exemplifizieren es damit auch.

Dass dabei eine der drei Sichtweise, zumindest üblicherweise, den *Vorrang* besitzt (und besitzen sollte), beschreibt *Günther* zumindest als Faktum, wenn er erklärt, dass er sich mit den Auswirkungen der „individualisierenden normativen Zuschreibung einer Normverletzung zur Verantwortung einer Person“, also kurz dem in Deutschland vorherrschenden Konzept der persönlichen Schuld des Täters, beschäftigt und nach den Auswirkungen auf die anderen beiden Konzepte fragt.

Zu Recht unterstreicht er dann den funktionalen Effekt, die „normative Ordnung der Gesellschaft“ zu entlasten und auch die Verletzung als ein nicht „schicksalhafter Naturereignis“ hinnehmen zu müssen.

Entsprechendes ergibt sich auch bei einem kollektivistischen *sozialen* Strafrecht. Danach ist der einzelne Täter entlastet, und das Natürliche der Beweggründe wird zumindest weit zurückgedrängt. Aber dafür müsste der Täter dann aber die Strafe wie ein Hund zur Disziplinierung auf sich nehmen und sie auch als Sonderopfer als gesellschaftlicher Sündenbock ertragen, um die anderen Menschen von Straftaten abzuhalten, indem man mit der Verurteilung ihre Rechtstreue bekräftigt.

Wer hingegen der *Natur* den Vorrang einräumt, wird alles als naturgegeben ansehen, alles wäre determiniert. Der Einzelne wäre dann zwar persönlich entlastet, aber er müsste die Strafe als Schicksal auf sich nehmen, weil es offenbar dem natürlichen Strafbedürfnis der Menschen entspricht und am Ende auch noch nützlich ist. Auch die Gesellschaft wäre nicht verantwortlich für diese ihre natürlichen Grundanlagen, sie muss Strafsysteme ausprägen, etwa um dem Bedürfnis nach Strafe Genüge zu tun und sich zugleich auch das Gewaltmonopol zu sichern.

Zwischen diesen *drei recht vereinfachten Systemen* ist zu wählen. Denn offenbar vermag keine sozialreale Gesellschaft sich ohne den Vorrang einer einzelnen und vermutlich ohne die (fast) fundamentalistische Dominanz einer dieser drei Leitideen selbst zu ordnen. Das schließt allerdings immer mit ein, Elemente der jeweils anderen Strömungen mitaufzunehmen, um stärker zu werden und entweder die jeweils anderen als Gegen- oder Nebenströmungen offen oder verdeckt zu akzeptieren oder eben auch zu bekämpfen und sie auch damit als sozialreal zu begreifen.

Wem will man den Vorrang geben oder auch wer entscheidet denn über den Vorrang, der Einzelne, die Gemeinschaft oder die Natur?

Die Vorherrschaft zu besitzen, bedeutet dann auch, die Regeln vorzugeben, zur Wahl stehen

- die Autonomie, beziehungsweise die Selbstorganisation des Einzelnen mit seiner Verherrlichung der Menschenwürde,
- die Autonomie der Gesellschaft oder deren Selbstorganisation, die für den Einzelnen bestenfalls Teilhaberechte und vor allem soziale Pflichten beinhaltet sowie
- die Autonomie oder Selbstorganisation der vor allem physikalisch und biologisch verstandenen Natur, die den einzelnen Menschen und seine Gemeinschaften in die Natur einbettet und deren Gesetzen direkt unterwirft, und sie somit als Subsysteme der Natur betrachtet.

Und übrigens, wenn wir die „Natur“, und sei es auch nur metaphorisch, als „verantwortlich“ ansehen, etwa für Schicksals-

schläge, oder auch, wenn wir sie als Träger der Gesetze verstehen, die alles und auch uns „determiniert“, dann deuten wir sie letztlich als eine Art von *Selbstsubjekt*. Damit vergeistigen wir sie hin zu einem Naturgeist und näher uns dem *Animismus* an. Offenbar drängt uns unsere Alltagssprache ein solches Verständnis auf.

Die herkömmliche Vorstellung von Strafe verlangt nach dem Bild eines aktiv strafenden Selbstsubjekts. Aber auch schon jede Aktion beinhaltet die ähnliche Vorstellung von einem „Akteur“. Wir müssten also wohl auf eine vorrangig *passivische* Sprache ausweichen, die uns grundsätzlich auch zur Verfügung steht, um der Vorherrschaft des reinen Naturalismus einigermaßen gerecht zu werden.

Gleichviel, auf den zweiten Blick bleibt es dann doch trotz aller Vorrangstellung des westlichen Individualismus bei einer Art von (schiefer) Dreieck. Denn auch im Schuldstrafrecht bereitet sich die demokratische Gesellschaft auf zu *erwartenden Taten* ihrer Mitglieder mit einem *gesamten Strafrechtssystem* vor und nimmt damit einen Teil ihrer sozialen Verantwortung wahr. Mit dem Strafrechtssystem will sie unter anderem Verhalten steuern und künftige Taten präventiv verhindern. Außerdem bietet sie den Opfern mit dem Sozialrecht oder mit zivilen Hilfsorganisationen ihre *Solidarität* an, um diese Art von (erwartbaren) Schicksalsschlägen abzufedern, die die Opfer zumeist unschuldig als eine Art von „natürlichem Tatobjekt“ getroffen haben.

3. Nachdem das interdisziplinäre Umfeld rechtstheoretisch und soziobiologisch abgesteckt ist, ist zu versuchen, die *vorherrschenden* deutschen Strafadeen herauszustellen. Insofern geht es also zugleich darum, Leitideen der besonderen deutschen Rechtskultur zu beschreiben.

II. Deutsche Straphilosophie und Verfassungsrecht

1. Rationales und humanes Strafen

1. Zunächst einmal ist eine grobe gesamtwestliche Einordnung zu versuchen. Sie soll zugleich Hypothesen dienen, die später noch

etwas zu vertiefen sein werden, aber auch schon aus sich heraus evident sein dürften:

Das deutsche Strafrecht dominiert ein Dreiklang, er umfasst:

(1) Das (idealistische) materielle Strafrechtssystem, das vor allem sowohl subjektiv als auch objektiv ausgestaltet ist, indem es für den Täter („wer“) an verobjektivierte Taten (Diebstahl, Raub) bestimmte Strafrechtsfolgen knüpft. Diese Subjekt-Objekt-Spaltung erlaubt zum einen, ein Tatstrafrecht zu begründen und zum andern unter anderem, dem Täter, und auch dem Mörder, den Subjektstatus als Rechtssubjekt zu belassen sowie auch im Vollzug den Anspruch des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde umzusetzen.

(2) Die (vor allem sozial-reale) Ordnung des Straf- und Gerichtsverfahrensrechts, das ebenso personal oder intersubjektiv auf die Beteiligten und ihre Rollen hin ausgerichtet ist, wie es Handlungsabläufe als „Riten“ regelt. Diese Rollen werden demokratisch zugeschrieben und beinhalten Handlungsrechte und Pflichten. Die Akteure und nicht die Akte bestimmen das Verfahren.

(3) Das (eher reale) exekutive Strafvollstreckungsrecht setzt zumal beim Vollzug der Freiheitsstrafe am Gewaltmonopol des Staates an. Er regelt und zivilisiert die Ausübung von Gewalt an den eigenen Demokraten (und sonstigen Menschen). Dazu unterliegt dieses öffentliche Kernrecht der gesamtpolitischen Staatsräson und überträgt sie in Rechtsform. Sie beinhaltet aus dem Grundrechtsbereich die beiden Leitideen der Menschenwürde und des Rechtsstaatsprinzips ebenso sowie das gestalterische Ermessen der Exekutive, das gesetzliche Ziel (Resozialisierung) und, wie die Gefängnismauern bezeugen, vor allem den Schutz der Allgemeinheit mit Zwang zu gewährleisten.

Ihre grund- und strafrechtliche Gewichtung ergibt sich dabei aus dieser Reihung.

Das deutsche Rechtssystem wird insgesamt von großen, der Bibel ähnlichen Gesetzbüchern beherrscht, die der Idee des Rechts eine eigene Kraft verleihen. Ihre Leitgedanken sind vorkonstitutionell und in der bürgerlichen *Zivilgesellschaft* des 19. Jahrhunderts entstanden. Im idealistischen Rechtsdenken hat die deut-

sche Demokratie ihre eigenen Wurzeln. Idealistisch heißt dabei negativ, dass man sich in dieser Zeit zugleich von den politischen Forderungen ablösen konnte. Der „objektive“ Geist des Vernunftrechts entfaltete seine eigene Kraft, und zwar auf der geistigen Ebene der alten Aufklärung.

Dagegen regiert, ebenso hoch vereinfacht, etwa im angloamerikanischen Fallrecht²⁸⁸ das *Verfahrensrecht der Gerichte* das gesamte Strafrechtsdenken. Streit und Kampf, aber auch Geständnis und Absprachen belegen den Vorrang der Idee der Freiheit der agierenden Beteiligten am Strafprozess. Dabei handelt es sich aus der kontinentaleuropäischen Fernsicht um die Freiheit im Sinne des Naturrechts. Die Idee der Demokratie der Freien führt nicht zu Gesetzbüchern, sondern zu politischen Einzelgesetzen.

Im *französischen Rechtssystem* steht wiederum eine hoch politische Exekutive im Mittelpunkt, die die alte Idee des allgemeinen Willens (*volonté général*) widerspiegelt. Die Gesetzbücher werden demgemäß als Manifestation des Willens des Souveräns derart geheiligt, dass die Gerichte auch gegenwärtig immer noch vergleichsweise herabgestuft wirken, in Erinnerung an die alte Idee, sie nur noch als Mund des Gesetzes zu begreifen.²⁸⁹

2. Das *materielle* deutsche Strafrecht hat den Vorrang unter den drei Rechtsgebieten. Es besitzt zumindest drei Säulen. Einerseits existiert seit dem Beginn 19. Jahrhunderts eine eigene aufklärerische und bürgerliche *Strafphilosophie*. Mit und in dem *Schuldprinzip* findet sie ihren Kern. Dabei ist unter Schuld die Vorwerfbarkeit der Unrechtstat im Sinne der jeweiligen Strafgesetze zu verstehen.

Hinzu tritt die *Rechtsform*. So beruht das deutsche Strafrecht seitdem auf gesonderten *Gesetzbüchern*, die die Legislative über Jahrzehnte, fast im Sinne eines idealen gesellschaftlichen Konsenses (von bürgerlicher Philosophie, idealisierender Rechtswissenschaft, aufgeklärter Justiz und reformerischer Politik) entwickelt hat. Die mit Freiheit und Vernunft aufgeladene Idee des

²⁸⁸ Dazu Müller / Christensen, Methodik II, 2007, Rn. 718 ff.

²⁸⁹ Siehe zu dieser romanischen Tradition Müller / Christensen, Methodik II, 2007, Rn. 714.

Rechts hat dabei die Leitfunktion einer Verfassungs-Präambel übernommen. Das Bayerische Strafgesetzbuch, das an den französischen Code Napoleon angelehnt ist, stammt von 1813. Das wichtige Preußische Strafgesetzbuch trat 1851 in Kraft und diente dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 als Muster.

Das System der Strafrechtspflege wird gegenwärtig zudem vor allem durch die deutsche *Verfassung*, gleichfalls ein Gesetzssystem, regiert und von deren Hüter, dem *Bundesverfassungsgerichts* konkretisiert.

Einerseits handelt es sich dabei um ein Normensystem, das auch das Verfahren und den Vollzug mit umfasst und das demzufolge auch aus einem Netzwerk von Prinzipien mit Verfassungsrang besteht, wie etwa der Idee der „Effektivität der Strafrechtspflege“. Andererseits regiert jedoch das Schuldprinzip, das an die Höchstidee der Menschenwürde und damit an diejenige *Subjektstellung* des Menschen anknüpft, die als Kern der Selbstverherrlichung des Menschen durch den Menschen zu verstehen ist.²⁹⁰

Zu den verschiedenen Verfassungsprinzipien, die das deutsche Strafrecht insgesamt regieren, ist auf die neueren Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* zu verweisen. Das Gericht zitiert sie und auch sich formelhaft und gleichsam rituell beschwörend immer wieder.²⁹¹

²⁹⁰ Dazu ausführlicher Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015 41 ff. (1. Kap III).

²⁹¹ Zum Überblick siehe das Absprache-Urteil BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1-132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html. Die Hervorhebungen stehen nicht im Original, sie sollen Wesentliches betonen und als Belege für den Text dienen. An den Anfang hat das Gericht dabei die jeweiligen Leitideen, die „*elementaren Prinzipien*“ (Abs.-Nr. 55), gesetzt:

Abs.-Nr. 53 ff: „1. Das Strafrecht beruht auf dem *Schuldgrundsatz* (BVerfGE 123, 267 <413>), der den gesamten Bereich staatlichen Strafens beherrscht. Der Schuldgrundsatz hat Verfassungsrang; er ist in der Garantie der *Würde und Eigenverantwortlichkeit* des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG) sowie im *Rechtsstaatsprinzip* verankert (vgl. BVerfGE 45, 187 <259 f.>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>; 120, 224 <253 f.>; 130, 1 <26>).

Abs.-Nr. 54. „Der Grundsatz „*Keine Strafe ohne Schuld*“ (nulla poena sine culpa) 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 in Art. 1 Abs. 1 GG liegt die *Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten* (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>; 123, 267 <413>). 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>) sowie den Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>; 123, 267 <413>). Die Strafe ist *im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme* dadurch gekennzeichnet, dass sie - wenn nicht ausschließlich, so doch *auch - auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten* abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein *sozialethisches Fehlverhalten vorgeworfen* (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 95, 96 <140>; 110, 1 <13>). Eine solche strafrechtliche Reaktion wäre ohne Feststellung der *individuellen Vorwerfbarkeit mit der Garantie der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar* (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 95, 96 <140>).“

Abs.-Nr. 55: „Das *Rechtsstaatsprinzip* ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfGE 20, 323 <331>). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (BVerfGE 95, 96 <130>). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die *Forderung nach materieller Gerechtigkeit* (vgl. BVerfGE 7, 89 <92>; 7, 194 <196>; 45, 187 <246>; 74, 129 <152>; 122, 248 <272>) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfGE 84, 90 <121>). Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen auch im Schuldgrundsatz aufgenommen (BVerfGE 95, 96 <130 f.>). *Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein* (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 25, 269 <286>; 27, 18 <29>; 50, 205 <214 f.>; 120, 224 <241>; stRspr). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur *Schwere der Tat* und zum *Verschulden des Täters* stehen (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 45, 187 <228>; 50, 5 <12>; 73, 206 <253>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>; 109, 133 <171>; 110, 1 <13>; 120, 224 <254>). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, *gerechter Schuldausgleich* zu sein (vgl. BVerfGE 45, 187 <253 f.>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 f.>).“

Abs.-Nr. 56: „Aufgabe des Strafprozesses ist es, den *Strafanspruch des Staates* um des Schutzes der *Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit* willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen

3. Im Einzelnen erklärt das deutsche *Bundesverfassungsgericht* unter anderem zur Strafe in der Demokratie:

„Strafe als missbilligende Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht muss in Art und Maß durch den parlamentarischen Gesetzgeber normativ bestimmt werden.“

Es schließt den Satz an,

*„die für eine Zuwiderhandlung gegen eine Strafnorm drohende Sanktion muss für den Normadressaten vorhersehbar sein“.*²⁹²

Auch danach bildet die Strafe also vor allem eine „Reaktion“, und zwar auf schuldhaftes, kriminelles Unrecht. Die Strafgesetze

und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner *Grundrechte* zu gewährleisten. Der *Strafprozess* hat das aus der Würde des Menschen als *eigenverantwortlich handelnder Person* und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 80, 244 <255>; 95, 96 <140>), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen. *Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt* (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 118, 212 <231>; 122, 248 <270>; 130, 1 <26>). Dem Täter müssen Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 74, 358 <371>). Bis zum *Nachweis der Schuld* wird seine Unschuld vermutet (vgl. BVerfGE 35, 311 <320>; 74, 358 <371>).“

Abs. Nr. 57: „Der Staat ist von Verfassungen wegen gehalten, eine *funktionstüchtige Strafrechtspflege* zu gewährleisten, ohne die der *Gerechtigkeit* nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272>; 130, 1 <26>). *Der Schutz elementarer Rechtsgüter durch Strafrecht und seine Durchsetzung im Verfahren sind Verfassungsaufgaben* (vgl. BVerfGE 107, 104 <118 f.>; 113, 29 <54>). Das erfordert, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer *gerechten, also schuldangemessenen Bestrafung* zugeführt werden (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272 f.>; 129, 208 <260>). Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, umfasst auch die *Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren und die Vollstreckung rechtskräftig erkannter (Freiheits-)Strafen sicherzustellen...*

²⁹²

BVerfGE 105, 135 ff., 1. Leitsatz.

müssen für die Normadressaten, also für alle Menschen und für sonstige aktive Kollektivpersonen, vorhersehbar sein. Dann können sie ihr künftiges Verhalten danach ausrichten. Auch die staatlichen Institutionen, die die Normen umsetzen, werden aus der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit von bestimmten Taten ihren Nutzen ziehen.

4. Die Strafe, die als Reaktion eingesetzt wird, bezieht sich sinnvoller Weise auf die Aktion des Täters. Insofern stellt die Reaktion eine Art der rationalen Vergeltung dar. Zum anderen dient die Kodifizierung des Verbotenen der Planung des Bürgers. Er kann und soll strafbares Verhalten vermeiden. Zu zwei Worten hoch verdichtet: Die Ideen der „Vergeltung“ und der „Vorbeugung“ prägen die Ideenwelt des Strafrechts. Dabei ist die Vergeltung nicht wie häufig gemeint mit der blinden und wütenden Rache²⁹³ gleichzusetzen, sondern als neutraler, aber vermutlich mechanischer Vorgang des strengen Behandelns „nach Verdienst“ zu verstehen.²⁹⁴

Aus der Sicht der Rechtspolitik heißen die Strafgründe dann

- Prävention (Vorbeugung),
- Restauration (gerechte Wiederherstellung des Rechtszustandes) und
- Repression (Zurückdrängung der Kriminalität).

Sie bilden aus der Sicht des Strafrechts die kriminalpolitischen Ziele des Strafens.

Damit zeichnet sich schon die Verbindung der Aufgaben der Strafe mit den Ideen der Versöhnung und der Friedensstiftung ab.

²⁹³ Zur negativen Gleichsetzung von Vergeltung mit blinder Rache, siehe auch unter dem Aspekt der Sühne: Grommes, Sühnebegriff, 2006, 16 ff. (mit Presseberichten) zugleich zu sonstigen „Konnotationen“ wie „blutig“, „grausam“ oder „brutal“, 162.

²⁹⁴ Zur Gleichsetzung von Vergeltung mit Aggression, Repression und Gewalt, etwa bei: Beling, Vergeltungsidee, 1978, 144 („Seelenregung ohne jede Reflexion“); sowie: Grommes, Sühnebegriff, 2006, 171.

2. „Sinn und Zweck des Strafens“, Recht und Staat

1. Die Leitideen zu Sinn und Zweck des Strafens beruhen zunächst einmal auf einem *national-kulturellen Konsens*. Schon insofern gehören sie in die außer- und zugleich überrechtliche Welt des Zivilen und des Rechtsphilosophischen.

Zwar sind Sinn und Zweck“ aus deutscher Sicht mit bestimmten gesetzlichen Regelungen des Bundesgesetzgebers verbunden, die sich im Strafgesetzbuch, im Strafprozessrecht und im Strafvollzugsrecht befinden. Aber auch der Bundesgesetzgeber hat sich nicht abschließend zu Sinn und Zweck des Strafens verhalten, sondern diese Fragen weiterhin der Wissenschaft überlassen wollen.

So hat sich das *Bundesverfassungsgericht* in seiner berühmten Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe 1977 zwar zum Sinn und Zweck des Strafens geäußert, sich dabei aber einer eigenen Meinung enthalten²⁹⁵ und erklärt, „Sinn und Zweck“ der Strafe beruhten nach der *vorherrschenden Meinung*, und zwar des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und auch der Strafrechtswissenschaft auf einer Vereinigungstheorie. Im Lissabon-Urteil von 2009 stützt das *Bundes-*

²⁹⁵ BVerfG 45, 187 ff, 253 ff Abs.-Nr. 210 (Hervorhebungen nicht im Original) "Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befaßt, *ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen. Auch im vorliegenden Fall besteht kein Grund, sich mit den verschiedenen Straftheorien auseinanderzusetzen; denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungs wegen zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte (...)*. Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die - allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten - versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. *Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen.*

verfassungsgericht diese national-kulturelle Sicht noch einmal mit dem Rückgriff auf das Subsidiaritätsprinzip ab.²⁹⁶

2. Ihr Inhalt ist kurz zu umreißen. Dieser *Konsens* bestand aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts* im Jahre 1977, und er besteht auch weiterhin. Er beinhaltet sinngemäß ein lebendiges Bündel aus drei grundverschiedenen Ansätzen, die ihrerseits noch einmal in verschiedene Untergruppen zerfallen. Am Ende müssen sie entweder wieder mit- und gegeneinander abgewogen werden, so dass sie einander relativieren, oder aber sie regieren jeweils kleine rechtliche Subkulturen. so wird etwa das Strafvollzugsrecht vom Gedanken der Resozialisierung dominiert und etwa die Idee des Schuldausgleichs darin integriert.

Insgesamt aber greifen diese Teilaspekte alle Argumente auf, die jeder aufgeklärte Bürger zur Begründung des Strafens zusammentragen könnte. Verdichtet werden diese Aspekte zu einer

²⁹⁶ Zum Subsidiaritätsprinzip, siehe: Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon EUV-Lissabon, zudem: BVerfG NJW 2009, 2267 ff., 2274 Absatz-Nr. 253 und 2287 Absatz-Nr. 355 ff.) Absatz-Nr. 253 (Hervorhebungen nicht im Original): „Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von *kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen (...)*. Die diesbezüglichen Gemeinsamkeiten, aber auch *die Unterschiede zwischen den europäischen Nationen* belegt die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu den Garantien im Strafverfahren (...). *Die Pönalisierung sozialen Verhaltens ist aber nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar.* Die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet (vgl. BVerfGE 120, 224, 241 f.). Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus darf in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen; *dabei müssen grundsätzlich substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten.*“

dreifaltigen Vereinigungstheorie, die dann voll überzeugt, wenn all drei Hauptgründe *gleichzeitig* gegeben sind.

Im Einzelnen ist wieder dem *Bundesverfassungsgericht* zu folgen:

(I) Die Strafe dient der „Generalprävention“, also einer Vorbeugung, die das Vertrauen der Allgemeinheit der Menschen in die Rechtsordnung in den Blick nimmt. Mit ihr betreibt der strafende Staat zugleich den Schutz der „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“. Dahinter verbirgt sich neben der politischen Seite der Beachtung der Allgemeinheit auch die ethische Seite, die Werteordnung der Gemeinschaft, die sich auch verrechtlicht in den Grund- und Menschenrechten wiederfindet.

(II) Die Strafe setzt zudem auf die Spezial- oder „Individualprävention“. Sie beugt vor, auf dass dieser Straftäter nicht mehr straffällig werde. Insofern handelt es sich schlicht um Gefahrenabwehr, die auch mit Resozialisierungsangeboten betrieben wird. Dieser Denkansatz wird von wertfreien natur- und sozialwissenschaftlichen Elementen beherrscht.

(III) Außerdem dient die Strafe der Gerechtigkeitsidee, im Strafrecht mit dem *Tatschuldausgleich*. Gemeint ist die läuternde oder restaurierende Strafe in einem doppelten Sinne, die Strafe als die Schuld vergeltende Sühne und die Strafe als Chance zur höchstpersönlichen Schuldverarbeitung.

Negativ ist daraus zu schließen, dass sich offenbar kein einzelnes Prinzip aufdrängt, das *allein* in der Lage wäre, das Strafen zu begründen. Selbst wenn das *deutsche Bundesverfassungsgericht* spätestens im Lissabon-Urteil dem Schuldprinzip den *Vorrang* einräumt und dieses unter anderem aus der Menschenwürde ableitet, verzichtet es darauf, diese Ableitung für derart zwingend zu halten, dass diese Schlussfolgerung auch für den Geltungsbereich der Grundrechtecharta zu gelten hat. Denn eigentlich beginnt auch die EU-Grundrechtecharta wie das deutsche Grundgesetz damit, in ihrem Art. 1 die Menschenwürde für unantastbar zu erklären. Andere Mitgliedsstaaten verfügen aber über andere Kulturen, die etwa auch Aspekte des präventiven strafrechtlichen Maßregelrechts gleich mit einbeziehen.

3. Zumindest zum Umfeld der staatlichen Strafe gehören noch „Staat“ und „Recht“, denn es straft der „Rechtsstaat“.

Die dreipolige Begründung der Strafe setzt zwar noch keinen „Staat“ voraus. Auch die Idee der Allgemeinheit, die der Gedanke der Generalprävention aufgreift, zielt nur auf den außerrechtlichen Begriff der „Gemeinschaft“. Doch die Struktur und die Idee des Staates, der selbst straft oder zumindest als „erster Diener“ die Strafe demokratisch ausführt, beeinflusst also die Antworten auf die Frage nach dem Sinn und Zweck des Strafens.

Denn als staatliche Strafe dient die Strafe zwangsläufig auch dem Staat, weil sie ihm das Gewaltmonopol sichert und ihm die mächtigen Institutionen der Strafverfolgung zuschreibt. Aber die deutsche dreiteilige Vereinigungslehre greift diesen Gesichtspunkt nicht ausdrücklich auf. Bei den herkömmlichen deutschen Strafbegründungen handelt es sich eben nur um eine dreifaltige *deutsche Straf-Kultur-Philosophie*. Sie besitzt den Vorzug, der zugleich ihr Nachteil ist, das Strafen jenseits des Staates erklären zu wollen. In den vordemokratischen Zeiten des 19. Jahrhunderts war und ist dieser überstaatliche Ansatz ein maßgeblicher Vorteil. Aber der Rückzug auf eine Strafphilosophie in einer Demokratie muss sich zumindest darum bemühen, deren staatspolitische Eigenheiten zu integrieren. Die Brücke zum Rechtsstaat bilden dann zwar auch die allgemeinen Ideen der Menschenwürde und das Credo von Freiheit, Gleichheit und Solidarität, weil auch sie die Strafidée mit beeinflussen. Aber sie sind auf den Einzelnen ausgerichtet. „Demokratie“ und „Rechtsstaat“ ordnen dagegen auf der kollektiven Seite die Binnenorganisation der Gemeinschaft der Demokraten. Sie stellen auch dann, wenn dem Einzelnen der Vorrang einzuräumen ist, eigenständige *Leitideen* dar. Als solche gehören Staat und Recht und ihr Schutz durch das Strafen zumindest zum Umfeld der *Strafphilosophie*. Staatliches Strafen beinhaltet immer auch die Verwirklichung des Staates als Inhaber des Gewaltmonopols. Der exekutive Staat straft insofern -immer auch- um seiner selbst willen. Handelt es sich um einen Rechtsstaat, so verwirklicht er sich mit dem Strafen auch als Rechtsstaat. Ist der Rechtsstaat demokratisch ausgerichtet, so verwirklicht und sichert er zugleich auch diese Form der Herrschaft mit einem Gewaltmonopol von Menschen über Menschen. Insofern ist das Strafen niemals völlig von der Person des Straftenden zu trennen.

Das *Bundesverfassungsgericht* kann offenbar, wie alsbald zu zeigen sein wird, überhaupt nicht anders, als die Idee des Rechtsstaates unmittelbar mit einzubeziehen. Umgekehrt leitet es auch die Schuldstrafe dreisäulig nicht nur aus der Menschenwürde und der Eigenverantwortung des Freien ab, sondern sieht drittens auch das Schuldprinzip im Rechtsstaatsprinzip selbst verankert.²⁹⁷

So ist auch zu bedenken, dass die Frage nach der Einbettung der Strafe in das „Recht“ mit den Antworten auf „Sinn und Zweck des Strafens“ noch nicht einmal mit erfragt ist. Das Straf-Recht bildet im Hinblick auf seine Rechtsseite einen Teil des Rechts. Damit dient das Strafrecht in dessen Ordnungsfunktion dem *Rechtsfrieden*, begründet *Vertrauen* und ermöglicht die *Kooperation* zwischen den Rechtspersonen. Ebenso hat das Strafrecht als Teil des Rechts an der (materiellen) Rechtsidee Anteil. So dient es dann auch der Doppelform der Gerechtigkeit, also ausgleichender und zuteilender, und wird damit als Teil der Rechtsidee geehrt.

4. Man sollte also ähnlich wie das *Bundesverfassungsgericht* vorgehen, das regelmäßig den Aspekt der „Rechtsstaatlichkeit“ mit zur Begründung heranzieht. Den Fragen nach „Sinn“ (Schuld und Ausgleich) und „Zweck“ (als Doppelzweck der Generalprävention und Individualprävention) der Strafe sollte man auch die Ideen von „Staat“ (als Demokratie) und „Recht“ (als Friedensordnung und Gerechtigkeit) als zwei weitere Ankerpunkte hinzufügen. So ergeben sich dann insgesamt *fünf* Hauptelemente.

Im Einzelne aber bieten sie dem Demokraten, der seine Wissenschaften nach Sinn und Zweck des Strafens gefragt hat, (zumindest) ebenso viele Blickwinkel.

So könnte er jedem der fünf den *Vorrang* oder gar die Vorherrschaft einräumen, und zwar je nach wissenschaftlicher Disziplin

- der politischen Sicht der Gemeinschaft und ihrer Ordnung,

²⁹⁷ Siehe das Absprache-Urteil BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1-132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 55.

- der wertkalten Sicht der soziobiologischen Gefahrenabwehr,
- der philosophischen Sicht der verrechtlichten Moralität und Personalität,
- die Rechtsideen des Ausgleichens und des Zuteilens oder auch
- der Sicherung des Gewaltmonopols des Staates.

Jede einzelne Begründung des Strafens mag dann beim Hinterfragen zweifelhaft sein, aber alle fünf Verankerungen gemeinsam liefern einen beachtlichen Halt.

5. Aus der Sicht der transnationalen Menschenrechte, die der jeweilige demokratische Rechtsstaat zu sichern hat, ist dann pragmatisch zu antworten.

Zunächst einmal geht es schlicht um eine *Gemengelage von allem*. Aber an *erster Stelle* steht dennoch der würdige Mensch, und zwar im Strafrecht als würdiger Täter, als würdiges Opfer, als würdiger neutraler Staatsrichter und würdiger demokratischer Laienrichter, als würdiger gewählter, demokratischer Gesetzgeber und als würdiger staatlicher Vollstrecker.

Aus der Sicht der personalen Freiheitslehren wäre das Wort „würdig“ mit „frei“ zu übersetzen. Ebenso könnte man aus der Sicht der Herrschafts- und Pflichtenlehren das Wort vom sich „selbst beherrschenden“ Menschen verwenden, der als Selbst-Subjekt auftritt, weil er sich selbst unterworfen ist. Aber Würde, Freiheit und Selbstbeherrschung bedingen sich ohnehin gegenseitig. Sie alle begründen erst die Staatsform der Demokratie.

Doch neben diesen Unterformen der „Freiheit“ des Freien, so scheint es, existieren die beiden Leitideen der „Gerechtigkeit“ und der „Solidarität“. Sie hat der Freie, sobald er sich als absoluter Herrscher begreift, dann als Eigen zu verinnerlichen. Dann erst wird er zum Demokraten, der sich in dieser Reihung, zu Freiheit, Gleichheit und Solidarität bekennt.

Dieser eher rechtspolitische Überblick hat versucht, den zivilkulturellen Blickwinkel einzunehmen. Ihm soll ein eher fachjuristischer Blick auf die *Begründung* des Strafrechts folgen. Denn

eines ist zudem offenkundig: Ohne irgendeine vertretbare Begründung wäre das Strafen willkürlich, unvernünftig und despotisch.

3. Schuldgrundsatz und andere Elemente der deutschen Strafbegründung und Strafbemessung

1. Mit Blick auf den Demokraten ist zu vereinfachen. Die Tat-schuldstrafe bildet aus der (vorherrschenden) deutschen Sicht den Kern der Strafe. Mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts*:²⁹⁸

„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.“

Damit leitet das *Bundesverfassungsgericht* die Schuldstrafe aus der Willensfreiheit ab. Es fährt dann, sich selbst zitierend und damit auf seine ständige Rechtsprechung aufbauend fort und spricht eben auch von „Sühne“:

„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.“

²⁹⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 ff., Absatz-Nr. 364 ff. Es folgt der oben schon zitierte Satz, der (unvermittelt) die Brücke von der Willensfreiheit zur Menschenwürde schlägt: „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)“.

Das Schuldprinzip stellt also nicht nur einen einfachen Verfassungsgrundsatz dar.²⁹⁹ Seine grundrechtliche Verankerung im Grundsatz findet sich auch in einer der beiden Kernnormen der deutschen Verfassung. Allerdings ist daran zu erinnern, dass das enge deutsche Schuldstrafrecht ohnehin nicht das Sonderrecht der rein präventiven „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ mit abdeckt.

Mit der Schuld werden die Willensfreiheit, die Autonomie, die Würde und die Subjektstellung des Täters als Mensch vorausgesetzt. Ihm werden also Moralität und Personalität zugeschrieben. Deshalb ist das Schuldprinzip vor allem in der Menschenwürde verankert. In diesem Sinne hat das *Bundesverfassungsgericht* nunmehr das Schuldprinzip verfassungsrechtlich verankert und es zudem mehr und mehr in den Vordergrund der (deutschen) Strafbegründungen gerückt.

Dabei ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass die *Begründungen* der Strafe auch die in der Praxis weit wichtigere *Strafzumessung* und die sonstigen Strafrechtsfolgen dominieren. Umgekehrt bilden dann auch die gesetzlichen Regelungen der Strafzumessung und der sonstigen Strafrechtsfolgen eine

²⁹⁹ So auch in der Absprache – Entscheidung, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs. Nr. 55., und zwar mit den folgenden vier Sätzen:

(1) „Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit“ unter Verweis auf: BVerfGE 7, 89, 92; 7, 194, 196; 45, 187, 246; 74, 129, 152; 122, 248 272) „und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein“ (BVerfGE 84, 90 121).

(2) Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen auch im Schuldgrundsatz aufgenommen (BVerfGE 95, 96,130 f.).

(3) "Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen“; unter Hinweis auf: BVerfGE 20, 323, 331; 45, 187, 228; 50, 5, 12; 73, 206 253; 86, 288, 313; 96, 245, 249; 109, 133171; 110, 1, 13; 120, 224 254.

(4) "In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein“ unter Hinweis auf BVerfGE 45, 187, 253 f.; 109, 133, 173; 120, 224 253 f.

Quelle für das Verständnis von Sinn und Zweck des Strafens überhaupt.

Sobald das *Bundesverfassungsgericht* auf die Menschenwürde zurückgreift, und erst recht, wenn es noch einmal ausdrücklich betont, dass „Art. 1 Abs. 1 GG“... „die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde“ liegt, „das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten“,³⁰⁰ bindet es die Verfassung und deren Normgefüge an die weltliche Höchstidee des *Vernunft- und Freiheitssubjekt* zurück.

Da auch die Menschenwürde des Straftäters unantastbar ist, bewegt sich diese Art von Strafrecht der Freiheit und des Vernunftsubjekts zumindest an der Grenze, wenn nicht schon mit diesem Bein auf dem Gebiet des Vorrechtlichen. Mit den hier verwendeten Begriffen handelt es sich um den Bereich des *Zivilreligiösen*, so wie er auch mit dem Wort vom Präambel-*Humanismus* zu umschreiben ist. Man könnte auch von einer Art von Naturrecht sprechen. In ihm ziehen souveräne Subjekte als Strafende souveräne Subjekte als Täter zur Rechenschaft, die die Souveränität von anderen Subjekten als Opfer verletzt haben. Dabei allerdings haben die Strafenden die Unantastbarkeit der Subjektidee des Humanismus, lies die Menschenwürde des Täters zu beachten, und zwar im eigenen Interesse, weil diese Idee den Kern ihrer eigenen Identität ausmacht. Das Rechtssystem erscheint dann nur als das Mittel zu diesem Zweck.

Die zwei weiteren *präventiven* Begründungsstränge treten für das Schuldstrafrecht also nur, aber immerhin, ergänzend hinzu, die General- und die Individualprävention. Sie wiederum beherrschen die Maßregeln der Besserung und Sicherung und das gesamte polizeiliche Recht der Abwehr zumeist akuter Gefahren.

³⁰⁰ Absprache – Entscheidung, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs. Nr. 55.

2. Die „Generalprävention“ enthält in einer immer noch grundlegenden Synopse des *Bundesverfassungsgerichts*³⁰¹ drei Unterprinzipien:

Zunächst fordert das Verfassungsgericht den allgemeinen Schutz „elementarer Werte des Gemeinschaftslebens“ ein. Das deutsche Strafrecht spricht insofern und analog dazu vom Strafrecht als „Rechtsgüterschutz“. Nach diesem generalpräventiven Ansatz wird der Täter mit dem Verlust seiner Fortbewegungsfreiheit etc. bestraft, um eine gleichsam heilige Güter- und Werteordnung³⁰² zu erhalten. Auch ist auf dem zweiten Blick in diesem Ausgleichsopfer an persönlichen Freiheiten ein Sühneelement erkennbar.

Die Idee der Generalprävention beinhaltet zudem die sogenannte positive Generalprävention. Danach unterstützt die Strafe die „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“. Sie trifft also isoliert betrachtet den Täter, damit nicht etwa er, sondern damit die Allgemeinheit rechtstreu bleibt. Assoziationen an die Opferung von unwichtigen Sündenböcken zum Wohl des gesamten Volkes drängen sich auf.

Die negative Generalprävention bildet im Wesentlichen die disziplinierende Umkehr dieses Ansatzes, und zwar in der Form der Abschreckung von Tatgeneigten. Danach allerdings wird der eine Täter ebenfalls nur bestraft, damit die anderen nicht straffällig werden. Im Sinne einer politischen Sozialsteuerung trifft ihn die Strafe nur als ein lebendes Beispiel.

Diese Art der Strafbegründung würde deshalb für sich allein und ohne das Schuldprinzip gegen die Menschenwürde der Verurteilten verstoßen, weil allein aus generalpräventiver Sicht der Täter damit zum bloßen Objekt der Staatspolitik gemacht werden würde.

Für die Notfälle des Schutzes der Allgemeinheit, insbesondere bei Maßregel bezüglich *Geisteskranker* und der *Sicherungsver-*

³⁰¹ BVerfGE 45, 187 ff., 253 ff.

³⁰² Dazu aus der Sicht des Staatsrechts: Scholz, Grundgesetz, 1998, 11 ff.

wahrung, schwenkt das Verfassungsgericht dann ohnehin, wie zu zeigen war, von der Menschenwürde weg. Es greift das alte Menschenbild auf, das dem Gemeingefährlichen soziale Pflichten und mithin Sonderopfer auferlegt und erklärt dann:

*„Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen einen gemeingefährlichen Straftäter auch durch einen lang andauernden Freiheitsentzug zu sichern.“*³⁰³

Not- und Nützlichkeitsabwägungen und das Gemeinwohl schränken insofern also die Freiheitsrechte des Gemeingefährlichen ein. Ihr Übergewicht hebt die Absolutheit der Schuldidee auf und verengt damit den Wirkungsbereich der Grundidee der Menschenwürde, etwa auf die Art und Weise des Vollzuges der Sicherungsverwahrung.

Insofern ist zu konkretisieren: Das *Schuldstrafrecht* bildet die Regel und dominiert das *Strafrecht im engen Sinne*. Aber das Kernstrafrecht wird ergänzt um das *rein präventive* Ausnahme- und „*Notrecht*“ der *Gefahrenabwehr*. Inhaltlich mögen die Maßregeln der Besserung und Sicherung gemäß §§ 61 ff. StGB zwar eher dem Polizeirecht zugehören. Aber formal, und zwar wegen des inneren Zusammenhanges mit (nachzuweisenden) Straftaten und wegen des ausgefeilten Strafverfahrensrechts einerseits und andererseits wegen der schwer zu bestimmenden Grenzlinie zwischen Schuldfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit und wegen der Evaluation der Persönlichkeit des Täters für die Straftaten und die Maßregeln gehören die Maßregeln der Besserung zum „erweiterten Strafrecht“.

Betrachtet man das derart um das staatliche Notrecht „erweiterte Strafrecht“, so schwindet der Vorrang des Schuldprinzips und alle drei großen Strafbegründungsstränge verfügen über in etwa das gleiche Gewicht. Für das deutsche Strafrecht ist also mit dem Gesetz „zweispurig“ vorzugehen. Den Regelfall, aber nicht mehr bildet das *Tatschuldstrafrecht*, es steht im Mittelpunkt des Strafrechtssystems.

³⁰³ BVerfG, Beschluss vom 8.11.2006 - 2 BvR 578/0, Absatz-Nr. 71 (juris), u. Hinw. auf: BVerfGE 45, 187, 24).

3. Die Spezial- oder Individualprävention trennt das *Bundesverfassungsgericht* mit der weiterhin herrschenden Meinung in ähnlicher Weise auf:

Die positive Individualprävention, die wie die positive Generalprävention den Kern bildet, zielt auf die Wiedereingliederung des Täters durch die Strafe und auch durch den Strafvollzug. Die gesamte Art und Weise des Vollzuges in den Justizvollzugsanstalten wird zumindest nach dem Gesetz von dem Ziel der Wiedereingliederung regiert. Zudem haben Haftanstalten nach dem Gesetz und der Art ihrer Baulichkeiten erkennbar auch den Schutz der Allgemeinheit zum Gegenstand (vgl. §§ 2 ff. StVollzG). Negativ gewendet soll der Täter mit der Strafe vom Rückfall abgeschreckt werden.

Die Wiedereingliederung findet in den Vollzugsanstalten durch Angebote zur Schuldverarbeitung und zur Ausbildung statt. Der Täter ist also auch insofern nicht lediglich Opfer einer Zwangssozialisierung. Aus der Sicht des Sühnevertrages handelt es sich also um die Option zur Versöhnung mit der Gesellschaft und gegebenenfalls auch zur Versöhnung mit dem individuellen Opfer oder seinen Angehörigen.

4. Auf der gesamten präventiven Denkebene tritt das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das ebenfalls Verfassungsrang besitzt und ohnehin das gesamte (sonstige) öffentliche Recht durchwaltet, an die Stelle des Schuldprinzips:

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet – bei Androhung von Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 II 2 GG³⁰⁴, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient.“³⁰⁵

Nützliche Schutz- „Zwecke“ sind danach die Rechte der anderen Menschen und die der Allgemeinheit. Zumindest aus der deutschen Sicht bezieht sich die Verhältnismäßigkeit des Staatshandelns auf die Art und Weise, in der der Staat seinen vor allem

³⁰⁴ Vgl.: BVerfGE 90, 145 ff., 172.

³⁰⁵ Vgl.: BVerfGE 90, 145 ff., 172; siehe auch: BVerfGE 27, 18 ff., 27; BVerfGE 39, 1 ff., 46; BVerfGE 88, 203 ff., 257.

polizeilichen Schutzaufgaben nachkommt. Soweit die Strafe also auch dem Schutz von Werten des Einzelnen oder der Allgemeinheit gilt, bildet dieses Abwägungsprinzip, das insbesondere das Übermaß und die Willkür verbietet, also einen originären Teil des staatlichen Strafsystems.

5. Aber vorrangig dient die Strafe im deutschen Sinne dem Schuldausgleich. Welche und wessen Schutzwerte der Täter immer auch insgesamt verletzt hat, hat er die Verletzungshandlung zu verantworten, was in der Regel der Fall sein wird, so hat er damit Schuld auf sich geladen, die er zu sühnen hat. Es überwiegt somit im Sinne des rechtsphilosophischen Idealismus des 19. Jahrhunderts der „Sinn“. Die Zweckerwägungen, also Nützlichkeitsabwägungen treten für die Begründung der Strafe ins zweite Glied zurück. Aus der Sicht des Strafrechts können und dürfen deshalb etwa schuldunfähige Personen, wie Geisteskranke, nicht bestraft werden. Für diese Ausnahmefälle existiert deshalb das Sonderrecht der „Maßregeln der Besserung und Sicherung“, §§ 61 ff. StGB.

Die Schuld des Täters bildet das von ihm verschuldete Unrecht, das die gesetzlichen Tatbestände umschreiben. Das verschuldete Unrecht bestimmt nicht nur den „Schuldspruch“, sondern bildet darüber hinaus auch die „*Grundlage für die Zumessung Strafe*“ § 46 I Satz 1 StGB. Aus ihm ergibt sich innerhalb der weiten Strafrahmen der Gesetze eine Art von vagem, aber etwas konkreterem „Schuldrahmen“. Art und Umfang der konkreten Tat und die individuelle Persönlichkeit des Täters bestimmen die Tatschuld. Vorstrafen steigern sie, Bemühungen um Wiedergutmachung senken sie. Dieser konkrete *Schuldrahmen* darf aus den beiden *präventiven* Gründen nicht überschritten und wohl auch nicht einmal unterschritten werden.

Individualpräventive Gründe nennt das Gesetz selbst und zwar mit den Worten, „Die Wirkungen, die für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen, § 46 I Satz 2. *Generalpräventive* Erwägungen, sind aber ebenfalls mit einzubeziehen³⁰⁶, auch weil der Gesetzgeber sie

³⁰⁶ Dazu ausführlich mit einer Analyse der Rechtsprechung, Czupryniak, Berücksichtigung, 2010, 70 ff („Voraussetzungen und Grenzen der generalpräventive (abschreckenden) Strafzumessung“,

auch an anderer Stelle anspricht, etwa wenn die „Verteidigung der Rechtsordnung“ die Vollstreckung der Strafe gebiete, §§ 56 III, 47 I oder die „Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit“ einer bedingten Entlassungen entgegenstehen, § 56 I Satz 1 StGB oder das „öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung eine Einstellung ohne eine Auflage, wie eine Geldbuße, verhindert, 153 a StPO.

Mit der Tatschuldstrafe wird das dem Täter vorwerfbare Unrecht ausgeglichen. Dazu wird ihm ein sühnendes Opfer abverlangt, das neben dem sittlichen Makel des „Schuldspruchs“ vor allem im Übel der „Freiheits- oder Geldstrafe“ besteht.

6. Dabei enthält der Begriff des Schuldausgleichs³⁰⁷, was bislang vielleicht nicht hinreichend offenbar war, vier Aspekte, zwei unmittelbare und zwei mittelbare:

- Das Wort „Ausgleich“ steht für die Idee der strengen Gerechtigkeit.
- Das Wort „Schuld“ bezieht sich auf den Grad der freien Verantwortlichkeit des Täters als dem Selbst- und Freiheitssubjekt Mensch.
- „Schuld und Sühne“ bilden zudem eine ethisch-religiöse Wortpaarung.

So folgt aus dem derart gedeuteten Schuldausgleich mittelbar auch das Gebot des Sühnens. Das Ver-Sühnen trifft den würdigen Menschen, der für seine Tat mit „dem Seinen“ einsteht, also mit dem Opfer an eigenen Freiheiten.

Allerdings folgt daraus ein weiteres:

insbesondere 77 ff (zum „Verbot der Überbewertung des generalpräventiven Gesichtspunktes“), sowie 279 ff (zu verschiedenen Deliktgruppen siehe auch die Zusammenfassung für das deutsche Recht; zudem 423 ff. (zugleich rechtsvergleichend zur „Generalprävention in Polen“).

³⁰⁷ Zur Differenzierung der Strafbegründungen, und zwar auch innerhalb der (deutschen) Schuldidee, siehe: Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff., 392 ff.

Diejenigen Rechtssubjekte, die von Ihregleichen das Sühnen zwangsweise einfordern, haben auf sich und ihr demokratisches Selbstbild zu achten. An dieser Stelle werden sie, sobald sie sich auf das staatliche Gewaltmonopol berufen und es ausüben, im Wortsinne zu Gewalt-Tätern. Auch für sich und ihr Strafen haben sie die Leitidee des würdigen Menschen und die des universellen Menschseins mit zu bedenken. Aus der Sicht der demokratischen Allgemeinheit ist deshalb mit dem Zwang zur Sühne auch das Angebot der „Versöhnung“ zu unterbreiten. Die Todesstrafe scheidet danach etwa aus.

Damit ist der deutsche Hauptansatz, die Strafe mit der Schuld zu verbinden, im Groben umrissen.

4. Europäisches Verhältnismäßigkeitsprinzip und transnationale Vereinigungstheorie

1. Die Europäischen Grundrechtecharta von 2009, die allerdings unmittelbar nur für die Europäische Union gilt, hat in Art. 49 auch das Strafrecht grundrechtlich geregelt.

Der Lissabon-Vertrag greift zunächst den Nullum-Crimen-Satz in Art. 49 I auf und passt sich damit dem Art. 7 EMRK an. Danach erklärt die Charta in Art. 49 II noch die Strafbarkeit „*nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen*“. Sie setzt damit auf eine Art gesamteuropäische Schutz- und Wertewelt, die nach allgemeiner Ansicht mit Strafe bewehrt sein darf. Aber in Art. 49 III heißt es dann nur noch: „*Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein*“. Von einer Schuldangemessenheit im deutschen Sinne ist also nicht, zumindest nicht ausdrücklich die Rede.

2. Aber der Begriff der *Verhältnismäßigkeit* ist zunächst zu betrachten. Er ist jedenfalls vom Wort her für *jeden Maßstab offen* und erlaubt damit auch, die gesamte deutsche Vereinigungstheorie mit einzubeziehen. Denn danach kann die Verhältnismäßigkeit zwar auch Art und Ausmaß des verschuldeten Unrechts bilden. Aber ebenso kann den Maßstab Art und Ausmaß eines Eingriffs bilden, der dazu dient, die generalpräventiven Bedürfnisse zu befriedigen oder auch der individuellen Gefährlichkeit des Täters etc. zu begegnen. Auch die zusammenfassende Bündelung der drei großen Ansätze kommt in Betracht.

Auf die grobe *Deckungsgleichheit* weist jetzt auch etwa *Kaspar*³⁰⁸, hin, der seinerseits die Idee der Verhältnismäßigkeit für aussagekräftiger hält und ihr im Vergleich einen „Kontrollüberschuss“ zubilligt. *Kaspar* geht dabei vom Schutzgedanken aus und befürwortet folgerichtig *Präventionsstrafrecht*, das, jedenfalls aus der Sicht der hoch dogmatischen deutschen Diskussion, eher zum *gesamteuropäische* Hintergrund passt, aber das deutsche Schuldstrafrecht nicht grundsätzlich ausschließt, sondern nur *überwölbt* und damit dann in die zweite Reihe drängt.

Seinem vorrangig *generalpräventiven* Grundansatz nach werden dessen Strenge (und Emotionalität) durch das Schuldprinzip *gemildert*. Da die Schuld die Strafe nicht begründet, sondern nur noch *mildern* soll, kann auch die Willensfreiheit zugunsten des Täters unterstellen werden. Adressiert ist das Strafen dabei an die *Allgemeinheit*, und damit setzt diese Strafbegründung die beiden eng verwandten Blickwinkel des *Sozialen* und der *Politik* absolut.

Das erscheint konsequent, wenn man das Recht (und analog die EU Grundrechtcharta) vor allem als *System von Schutznormen* deutet, und zudem die *abstrakten Grundwerte* oder wie im Strafrecht also den *Rechtsgüterschutz* an die erste Stelle setzt. Dann verfügt man auch über einen *Maßstab* für die Frage nach der Verhältnismäßigkeit. Der Einzelnen tritt dahinter zurück. sein Einzelfall wird nur darunter subsumiert und dabei wird vor allem die Art und Umfang der Verletzung der *Allgemeinheit*, und insbesondere die ihrer Rechtstreue, ermittelt.

Vereinfacht regiert nach diesem - wie allen anderen entsprechenden Ansätzen- *eine* der drei großen Strafbegründungen. Hiernach

³⁰⁸ Unter dem Titel „Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht“: *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, 2014, 338 ff; siehe auch zu 273 ff (Zum Einbau des Schuldprinzips zur „Sanktionslimitierung“, aber nicht zur Begründung“), damit wirkt dann auch die Willensfreiheit nicht mehr strafbegründend. Zudem: 861 ff (als „Zusammenfassung“, die „These, dass als übergreifender Zweck im gesamten Strafsystems letztlich nur die Generalprävention in ihrer negativen wie positiven Variante in Betracht kommt“), sowie 862 („Die „Spezialprävention“ mit ihren drei Aspekten der Abschreckung, Resozialisierung und Sicherung hat als eigenständiger Strafzweck keine Bedeutung. sondern wird nur mittelbar relevant.“).

dominiert es also nicht das Schuldprinzip, sondern die Generalprävention. Diese jeweils eine Leitidee saugt, um an geistige Kraft zu gewinnen, Elemente der anderen beiden in sich auf. Dies geschieht auch bei der in Deutschland vorherrschende Idee des Tatschuldausgleichs, indem sie über den Ausgleich die mächtige „Rechtsidee“ vereinnahmt. Bei der Generalprävention findet die Vereinnahmung durch das erhöhte Gewicht der Bestrafung zu „Erhaltung und Bekräftigung der Rechtstreue der Allgemeinheit statt. Die anderen jeweils beiden anderen Ansätze dienen nur, aber immerhin gemeinsamen als Gegengewicht, wie bei *Kaspar* etwa zur Korrektur der Generalprävention durch die Schuldidee, oder zu deren mittelbaren Unterstützung.

Dabei die Verhältnismäßigkeit als solche blind, und nur eine Form der „Gleichheit“. Die Generalprävention erweist sich zudem, sobald man auf die Dreifaltigkeit von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ zurückführt, als Ausdruck der Solidarität.

3. Damit ist auf die Frage nach der Bedeutung des *Einzelnen* und seiner *Freiheit* und *Würde* überzuleiten.

Aus der politischen Sicht ist bleibt die Frage nach dem Wesen des souveränen Gesetzgebers zu stellen, wer schützt wen? Und die Antwort lautet für die westlichen Demokratien, es ist die *zivilen und demokratischen Allgemeinheit*, die aus „würdigen, freien, gleichen und solidarischen Menschen“ (oder deren Zusammenschluss als Völker) besteht. Sie hat sich ihr Rechtssystem selbst, etwa im Sinne eines Selbstschutzvertrags, gegeben. Wer die *Politik* oder wer den *Liberalismus der Freien*, die sich in den Präambeln ausdrücken, über das *Recht* stellt und das Recht nur *als Mittel* der Sozialpolitik betrachtet und es in dieser Weise nutzt, der wird diesen Weg sogar gehen müssen. Ein Volk, das dagegen, das wie das deutsche, seine Politik *in das Recht einbindet*, dass sich die Veränderung der Grundsätze der Art 1 und 20 GG mit der Ewigkeitsklausel des Art 79 III GG verbietet und das zudem den gesamten Staat zum Rechtsstaat erhebt, wählt einen anderen Weg. Es verrechtlicht die Idee vom würdigen, freien, gleich und solidarischen Menschen und zügelt damit die Politik. Es verbindet also die Einzelnen mit dem Recht, setzt also vor allem auf die „Freiheit“, die es mit dem Recht stärkt.

Die deutsche Verfassung leitet aus der Menschenwürde (Art. 1 I GG), aus dem Freiheitsbegriff (Art. 2 I) und aus dem Rechts-

staatsprinzip (Art 20 III) die Stellung als geistig-sittliches *Subjekt* mit Freiheitsrechten und Freiheitspflichten ab. Dieser individualistische Ansatz ist dann auch bei der *Begründung* des Strafens zu beachten, weil der Menschen „nicht bloß als Objekt“ zur Befriedigung und der Erziehung der „Allgemeinheit“ degradiert werden darf.

Von dem auf der europäischen Ebene gut vertretbaren *sozialpolitischen* Ansatz (oder auch von ansonsten noch möglichen *liberal-utilitaristischen* Credo) wollte sich das deutsche Bundesverfassungsgericht offenbar mit dem Lissabon-Urteil dadurch absetzen, dass es auf Subsidiarität der Grundrechtcharta verweist und indem es unter anderem aus der *Idee der Menschenwürde* das Bild vom Menschen als geistig sittliche und damit auch zu Schuld und Sühne fähigem Wesen herleitet.

Zwar könnte man zur Übertragung des (deutschen) Schuldprinzips aus deutscher Sicht auf die Überschrift des gesamten Titel I der Europäischen Grundrechtcharta verweisen. Denn jener ist mit „*Die Würde des Menschen*“ überschrieben, deren Inhalt Art. 1 Satz 1 der Charta auch gleich hervorhebt, im Übrigen anlog zum Deutschen Grundgesetz. „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, lautet auch er. Ausgeschlossen erscheint es also nicht, das Schuldprinzip in der Grundrechtcharta verankert zu sehen.³⁰⁹ Allerdings werden in den nachfolgenden Artikeln konkrete Menschenrechtsverletzungen aufgeführt, sodass man die Idee von der Unantastbarkeit der Menschenwürde auch als bloßes *objektives* Prinzip verstehen kann, das ohnehin nicht in allen nationalen Verfassungen auftaucht oder mit einem solchen hohen Gewicht, wie in Deutschland oder in der neuen Europäischen Grundrechtcharta versehen ist.³¹⁰

³⁰⁹ Zu „Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit“ aus staatsrechtlicher Sicht, siehe die Gegenüberstellung von: Kunig, Menschenwürde, 2011, 152 ff.

³¹⁰ Calliess, Menschenwürde, 2009, 133 ff. , 137 (Sie ist grundsätzlich vorhanden Verfassungen von Belgien 1994, Finnland 1999, Frankreich 1946/ 1958, Griechenland 1975, Irland 1937, Luxemburg 1868, Österreich 1988, Portugal 1976; Schweden 1975, Spanien 1978, Italien 1947, sowie in Ansätzen auch die osteuropäischen Staaten, 1947). Dabei wird auch offenbar, dass Menschenwürde und Würde der *Person* ineinander übergehen; siehe auch 156 ff („Zur Konkreti-

Mit *Calliess*³¹¹ ist, jedenfalls bis zur Konkretisierung und Umsetzung der EU-Grundrechtcharta durch die EU-Rechtsprechung, festzuhalten: „Jedes Land trifft seine eigene Auslegung und Interpretation geprägt von Tradition, Moral und sittlichem Verständnis, sodass die Würde der Person je nach Land eine andere Relevanz hat“.

5. Das gilt dann auch bis auf Weiteres auch für die deutsche Strafrechtskultur.

Die Verwendung der Verhältnismäßigkeit als ein bloßer *Oberbegriff* kommt jedoch der deutschen Vereinigungstheorie zu „Sinn und Zweck des Strafens“, die dem Schuldprinzip den Vorrang einräumt, immerhin entgegen. *Subsidiär* jedenfalls ist ohnehin die EU-europäische Idee der *Verhältnismäßigkeit* zur Strafbegrenzung im Blick zu behalten. Sie ergibt sich zudem ohnehin aus dem deutschen Grundgesetz. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt ferner vor allem im polizeirechtsähnlichen *Maßregelrecht* des Strafgesetzbuchs ebenso zur Anwendung, wie es die *strafprozessualen Eingriffsrechte* mitbestimmt und sich im der Verfassungsprinzip der *Effektivität der Strafrechtspflege* ausdrückt.

6. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat die EU-Charta aus *deutscher Sicht* nur an die Stelle des Sonderprinzips der Schuldangemessenheit der Strafe gesetzt. Der Sache nach handelt es sich beim Verhältnismäßigkeitsprinzip um ein Abwägungsgebot, wel-

sierung der Menschenwürde in der Grundrechtcharta“. Und dort auch zur „*Untrennbaren Einheit von Menschenwürde und Lebensrecht*“ (Zur Frage nach der Rechtfertigung von Eingriffen in der Menschenwürde), 165 (Die Europäische Sicht: Menschenwürde wohl nur *objektiv und nicht als subjektive Recht* und als „*Gattungswürde*“) - Das liegt auch deshalb nahe, weil Art. 2 ff EU-Charta, dann *konkrete Menschenwürdeverletzungen* wie Folter gesondert regelt-. Siehe auch 171 f (Zur Reichweite der EU-Charta: auf die *Gemeinschaftsorgane*), aber auch: 172 f. (*Die „Objektformel ist ... durchaus richtungsweisend. Der so zu definierende europäische Menschenwürderahmen hat Maßstabwirkung.... Dies allerdings nur in der Form eines europäischen Mindeststandards, der auf die mitgliedstaatlichen Menschenwürdekonzeptionen Rücksicht nimmt.*“)

³¹¹ Calliess, Menschenwürde, 2009, 133 ff. , 147

ches zweckoffen die „Angemessenheit“ zum Gegenstand hat. Es bildet eine Ausprägung des formalen Gleichheitsgebotes und setzt inhaltlich eine Werteordnung als Maßstab voraus. Vor allem mit dem Übermaßverbot ist staatliche Willkür zu bekämpfen. In der Strafrechtsdogmatik heißt es analog dazu, dass die Strafe immer nur das letzte Mittel sein dürfe, *ultima ratio*. Aber auch dabei wird deutlich, dass nach dem „Zweck“ der Strafe gefragt ist.

Vom Zweck ist aber der „*Sinn*“ des Strafens zu unterscheiden. Der Sinn beinhaltet aus der Sicht der Zwecklehren einen höchsten „Selbstzweck“. Sinnvoll ist die Strafe etwa als Teil der ausgleichenden Gerechtigkeit. Danach hat der Ausgleich des verschuldeten Unrechts durch die Strafe auch nicht um des „Friedens“ willen zu erfolgen, sondern schlicht um der „Gerechtigkeit“ (auf der Welt) selbst willens stattzufinden, von der die deutsche Verfassung im Art. 1 II GG spricht.

Aber mit dem Aspekt der Autonomie des Menschen ist die Idee der Gerechtigkeit auch im Menschen selbst angelegt. Diese Grundfähigkeit ist Teil seiner Würde und äußert sich auch in seiner „Eigenverantwortlichkeit“. Die Verantwortung für das Eigene, hier seine Straftaten, freiwillig zu übernehmen (oder übernehmen zu müssen), ergibt sich danach nicht aus einem höheren Zweck. Das Strafgebot und dessen Umfang folgen aus dem „vernünftigen Wesen“ des Menschen. Damit handelt es sich um eine Sinnfrage. Die Strafe folgt konkret aus seiner „Schuld“. Deshalb ist diejenige Strafe sinnvoll und insofern dann auch „verhältnismäßig“, die der Art und der Höhe der verschuldeten Wertverletzung „angemessen“ ist.³¹²

³¹² Aus den „Qualitäten“ werden „Quantitäten“. Als Quantitäten lassen sich die Dinge dann miteinander vergleichen. Jede menschliche Bewertung nach bloßen Graden des Guten wie des Bösen beruht auf einer solchen Umwertung. Auch das alte Bild der Waage nutzt diese Art der Reduktion. Zum Problem der nur im Groben möglichen Umwertung von Tatübel in Strafübel: Montenbruck, *Abwägung*, 1989, 22 ff. sowie zur Strafzumessung *umfassend*: Giannoulis, *Studien*, 2014, 7 ff („... Grundlagen“), 251 ff („Umwertung der Deliktsin Strafschwere“), 315 ff. („Decisions-Support-System für die Eigentums- und Vermögensdelikte“)

6. Aber andere *westliche Rechtskulturen*, die die Strafe zur „Verteidigung“ einsetzen und die etwa vom „*war on crime*“ sprechen oder auf die Idee der *Staatsraison* setzen und das Gebot der „*sozialen Verteidigung*“ herausheben, werden die Schuldidee zurück und in die zweite Reihe drängen. Sie richten sich dann vor allem an dem „Zweck“ der Verteidigung gegen gefährliche Angriffe aus.

Dahinter steckt vor allem das Naturrechtsdenken im Sinne von *Hobbes*, der das Chaos des (Bürger-) Krieges aller gegen alle mit Hilfe des übermächtigen Ordnungs- und Friedensstaates beseitigen will. Bei der sozialen Verteidigung gilt es dann, dem Angriff auf die demokratische Zivilgesellschaft zu begegnen. Den „Sinn“ und damit den Selbstzweck der gerechten und humanen Schuldstrafe verdrängen diese Strafphilosophien in die zweite Reihe. Der Sinn der Strafe unterstützt nur noch die Schutz- und Friedensideen der Gefahren- und der Chaosabwehr.

Dafür sind diese Rechtskulturen dann auch nicht gezwungen, wie in Deutschland ein rein präventives Sonderstrafrecht der Maßregeln der Besserung und Sicherung zu entwickeln. Aber sie verfügen auch nicht über die rechtsethischen Grenzen, die das gerechte und humane Schuldstrafrecht dem Strafen nach Art und Höhe zu setzen vermag.

Die deutsche Idee des *Feindstrafrechts* bildet eine der Ausformungen der Ideenfamilie der Verteidigung. Sie wird in Deutschland diskutiert. Aber sie wird eher zu Erläuterung von Sondernormen herangezogen, wie denen zur Terrorismusbekämpfung. Als Grundhaltung wird sie weitgehend abgelehnt. Das Denkmotiv, den Täter als Feind zu deuten, hat umgekehrt dazu geführt, diesem Ansatz die Ideen vom „Freundstrafrecht“³¹³ gegenüberzustellen. Aus der humanistischen Sicht könnte man auch und besser von der Idee des „Nächstenstrafrechts“ sprechen...

Rückblickend verfügt das „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ zwar anders als das Schuldprinzip nicht über einen eigenen Maßstab. Aber auf der europäischen Ebene hat es auf alle Werte und die Struktur der Grundrechtecharta von 2009 abzustellen. Das Ver-

³¹³ Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff., vgl. etwa: 146.

hältnismäßigkeitsprinzip gestattet damit immerhin auch, die Schuldidee mit zu bedenken, und die Charta selbst beginnt mit dem Würdeprinzip.

7. Transnational und von weitem betrachtet, regieren *drei große Leitideen* gemeinsam. Sie bestimmen die Philosophie, das Recht und die Politik und damit auch die Strafrechtsphilosophie, das Strafrecht und die Strafpolitik.

Es sind die drei Ideenfamilien

- der idealen Selbstsubjektivität und der pragmatischen Selbstgesetzgebung, der materiellen Autonomie oder der *Freiheitsidee*,
- der abstrakten Gerechtigkeit und des konkreten Gerade-Richtens, des formalen Ausgleichens oder des *Gleichheitsprinzips*
- des allgemeinen Friedens und der zivilen Konfliktlösung oder des Versöhnens oder der *Solidaritätsgedanke*.

Zusammengesehen gelesen bilden sie eine Art von zivilreligiöser Trinitätslehre.

Auf das Strafen heruntergebrochen und unter anderem um die Grundelemente der linearen Zeitachse ergänzt, heißen sie dann

- die gegenwärtige persönliche „Eigenverantwortung“,
- die rückwirkende, gerechte „Vergeltung“ und
- die in die Zukunft gerichtete, abwehrende „Vorbeugung“.

Die Ideen von Eigenverantwortung, Vergeltung und Vorbeugung stehen hinter den Thesen von der persönlichen Schuld, dem Ausgleich des Unrechts, zusammengefasst zum „Schuldausgleich“, und von der Verteidigung. Aber aus *nationaler* Sicht geht es insofern offenbar auch nicht ohne den Vorrang *einer Leitidee*, die sich allerdings gern mit anderen Elementen zu einer Art von „Vereinigungstheorie“ auflädt. Das nationale deutsche Strafrecht bietet dafür ein Beispiel.

5. Synoptische Zusammenfassung

1. Mit den drei folgenden Stichwortgruppen ist zu versuchen, das gleichwohl hoch komplexe Strafrecht in seiner deutschen Ausprägung zu skizzieren, Andere nationale Strafrechte werden vor allem die Reihung umstellen.

2. Im Einzelnen:

A. Rechtsphilosophische Grundlagen: „Gerechte und vernünftige“ Strafe als „Sinn und Zweck“ des Strafens:

(I) Sinn der Strafe:

- Tat-Schuld-Ausgleich,
- Schuldprinzip als Schuldangemessenheit der Strafe,

(II) Zweck der Strafe: Generalprävention:

- Schutz der elementaren Werte,
- Erhaltung der Rechtstreue,
- Verhinderung von Selbstjustiz,
- Abschreckung von Tatgeneigten.

(III) Zweck der Strafe: Individualprävention:

- Schutz durch Einwirkung auf den Täter,
- Re-Sozialisierungsangebote,
- Sicherung durch Strafgefängenschaft.

3. Den „Sinn und Zweck“ der Strafe „an sich“ ergänzt und begrenzt dann das demokratische und humanistische deutsche Verfassungsrecht. Die Todesstrafe ist schon von Verfassungswegen abgeschafft Art. 102 GG.

Die Leitbegriffe der Verfassung sind überwiegend schon angesprochen. Hinzu gesellt sich das allgemeine Verbot von unverhältnismäßigen Eingriffen. Zu seinem Umfeld gehört auch der Gedanke vom Strafrecht als letztem Steuerungsmittel des Staates, als ultima ratio des Gesetzgebers. Doch besitzt die demokratisch gewählte Legislative für ihre Rechtssetzung zugleich einen weiten Gestaltungsraum. Hinzu tritt auch das allgemeine Verfassungsprinzip der „Effektivität der Strafrechtspflege“³¹⁴. Zwar vereint es viele Gesichtspunkte. So lässt sich die Einstellung des Verfahrens mit ihm ebenso begründen wie das auch menschenrechtlich absicherte Beschleunigungsgebot. Mit der Effektivität wird aber zugleich auch der Staat als solcher geschützt. Dieser Grundsatz verlangt zwar eine Gesamtabwägung, aber er erlaubt es dem Gesetzgeber auch, seine kollektiven Interessen und auch seine Ressourcen mit zu berücksichtigen. So ist dem Angeklagten zum Beispiel auch bei drohender Geldstrafe in der Regel kein Pflichtverteidiger beizuordnen. Die Zusammenfassung ergibt dann folgendes Schaubild:

B. Verfassungsstrafe: Menschenwürde und Rechtsstaat:

(I) Positiver Menschenrechtsansatz: humane und Rechtsstaatliche Strafbegrenzung:

- „Nächsten-“ oder „Freund“- Strafrecht, (negativ: kein „Feind“-Strafrecht):
- Menschenwürde bleibt unangetastet und entsprechende Rechtstellung auch im Vollzug,
- Strafrecht nur „ultima ratio“,
- stets Aussicht auf Entlassung,

³¹⁴ Zur „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, ohne die die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden könnte, als eigenständiges Verfassungsprinzip: BVerfGE 33, 367 ff., 283; 44, 353 ff., 374; 46, 214 ff., 222; 74, 257 ff., 262.

- Angebote zur Hilfe bei der Resozialisierung (kein reiner Verwahrvollzug, statt Geldstrafe: Gemeinnützige Arbeit, Täter-Opfer-Ausgleich und soziale Trainingskurse),
- Grundsatz der Einsperrung im Inland und in der Nähe.
- Angebot der Zwei-Drittel-Verbüßung, (zum Teil mit strafähnlichen Auflagen, Geldbußen, und Weisungen zur Lebensführung), Strafaussetzung zu Bewährung zur Vermeidung des Vollzuges von kürzeren Strafen bei günstiger Prognose,

(II) Negativer Menschenrechtsansatz: verbotene Strafarten

- keine Misshandlungen (keine Körperstrafen),
- keine zwangsweise Arbeitsstrafe (keine Ausbeutung),
- keine Todesstrafe (keine Lebensstrafen),
- keine Deportation von Deutschen ins Ausland (aber Ausweisung bei Ausländern).

(III) Utilitaristischer Ansatz: „Effektivität der Strafrechtspflege“

- als staatstragendes Abwägungsprinzip,
- als Idee: sozialökonomische Schutz-, Sicherheits- und sonstige Gemeinwohlaspekte,
- als Maßstab: das (öffentlich-rechtliche) Verhältnismäßigkeitsprinzip,
- zur Verfahrensbeschleunigung etc.: Absprachen, Kronzeugenregelungen, abgekürzte Urteile,
- bei Bagatellen: Strafbefehlsverfahren, Einstellung von Verfahren und von Verfahrensteilen,
- beim Vollzug: einschränkende Vollzugordnungen, bedingte Entlassungen, Bewährungshilfe,

- zur Gefahrenabwehr: Sondernormen der Maßregeln der Besserung und Sicherung, bis hin zur Sicherungsverwahrung.

4. Das Strafverfahren selbst ist mit Lasten verbunden, die das Verfahrensrecht in (sub-)systemisch fairer Weise zu verteilen sucht.

C. Rechtsverfahren: Systemische Lastenverteilung

- staatliche Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsrechte- und -pflichten,
- private Anzeige- und Antragsrechte, begrenzte Festnahmerechte, Verbot der Selbstjustiz,
- Beschuldigung, Untersuchungshaft und sonstige Grundrechtseingriffe,
- Fiktion der Unschuldsvermutung als Ausgleich für die Beschuldigung,
- Beschuldigtenrechte, Rechtsmittel der Beschweren,
- Überzeugung des Gerichts als an Sicherheit grenzende Gewissheit, Wiederaufnahme des Verfahrens, vor allem nach rechtskräftiger Verurteilung,
- Zeugenpflichten und Zeugenrechte,
- Opferschutz, Opferrechte, Täter-Opfer-Ausgleich,
- Öffentlichkeitsrechte und Einschränkungen.

Mit dieser Synopse soll versucht sein, das westliche staatliche Strafrecht am Modell des deutschen Strafrechts zu umreißen.

7. Kapitel

Humane Strafe und Strafwirklichkeit

I. Deutsche Verfassungsstrafe: ethische „Menschenwürde“ und soziales „Menschenbild“

1. Unantastbare Menschenwürde, antastbare Freiheit

1. Bevor auf das nationale deutsche Strafrecht und dessen verfassungsrechtlichen Hintergrund einzugehen ist, ist es vermutlich sinnvoll, sich des unvermeidbaren Schleiers der Kulturabhängigkeit bewusst zu werden. Es gibt kein kulturunabhängiges konkretes Rechtssystem. Lediglich die allgemeinen Rechtsprinzipien, die aber dann immer noch in die westliche Wertegemeinschaft eingebunden sind, bieten eine Art von transnationalem westlichem Meta-Recht. Aber schon die Betonung des Wortes Recht, vor allem als bürgerliches Individualrecht, und damit die Zurückdrängung des Begriffs der Pflicht, etwa als Sozialpflicht, beinhaltet ebenso eine kulturelle Wertung wie die in der Demokratie gegründete Lockerung der Beziehung zur außerstaatlichen Sittlichkeit.

Jede westliche Rechtskultur prägt als Teil der nationalen Zivilisation ihre *nationalen Besonderheiten* aus und richtet sie zudem an einer meist einzelnen besonderen Leitidee aus, die ihre besondere Identität widerspiegelt. So ist zumindest aus der vereinfachenden Sicht des gebildeten Demokraten das Leitmodell des angloamerikanischen Strafens vor allem an der Paarung von „Freiheit und Haftung“ ausgerichtet. Das rechts-idealistischere deutsche Strafen betont dagegen „Schuld und Menschenwürde“. Das französische Leitmodell greift auf die politischen Gedanken der „Sozialverteidigung und der Solidarität“ zurück.³¹⁵

Zu vermuten ist dabei jedoch auch, dass jedes demokratische Rechtssystem solche Leitideen, die es aus transnationaler Sicht

³¹⁵ Dazu zunächst: Montenbruck, Naturrecht, 2010, 147 ff., 157 ff., Rn. 515 ff.

betrachtet, eigentlich einseitig und vor allem öffentlich-*symbolisch überbetont*, und diese Idee zugleich weit weniger öffentlich zum Teil jedenfalls mit „*Sonderregelungen*“ wieder ausbalanciert. Jedenfalls verfügt das deutsche Schuldstrafrecht nebenher über ein eigenständiges Maßregelrecht, das vor allem, wie der französische Ansatz, auf die soziale Gefährlichkeit setzt. Es hat inzwischen auch die Absprachen im Strafprozess, eine Leitidee des freiheitlichen angloamerikanischen Rechts, formal anerkannt und normiert.

Geboten erscheint es also, sich zumindest immer auch an den rechtlichen Feinheiten und der Praxis eines konkreten nationalen Rechtssystems auszurichten.

Deshalb ist zu versuchen, das deutsche Strafrecht einerseits als eine konkrete nationale Strafrechtskultur vorzustellen. Andererseits ist dieses Strafrecht aber auch aus einer solchen allgemeinen zivil-demokratischen Sicht heraus zu betrachten, die den vor- und überstaatlichen Gesichtspunkt der „Versöhnung“ weiter zu verfolgen sucht.

2. In der deutschen Normenhierarchie bilden die Grund- und Menschenrechte den Überbau. Mit ihnen ist deshalb, wenngleich auf der nationalen Ebene, fortzufahren. Zu untersuchen ist, ob und inwieweit das Strafen mit einer dreifaltigen Formel zu erfassen ist, die lautet:

(1) Die, wie anzufügen ist, vorstaatliche, naturrechtliche und metaphysische *Menschenwürde* ist und bleibt unantastbar, Art. 1 I GG (vgl. auch Art. 1 EU-Grundrechtecharta),

(2) aber die *Freiheit* ist, wie schon *Kant* anmerkt ³¹⁶, einschränkbar, (Art. 1 I, II, 2 I, II GG) und zwar vor allem weil, wie im Sinne von Art. 6 der EU-Grundrechtecharta zu ergänzen ist, das „Recht auf Freiheit und Sicherheit“ eine bipolare Einheit bildet.

³¹⁶ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331.

(3) Das ergibt sich aus dem – gesonderten – Menschenbild vom sozial- und damit opferpflichtigen Menschen, dem alten Modell des Menschen als „*sozialem Wesen*“.

3. Die ursprünglich christliche Idee der Humanität als „Nächstenliebe“ besteht darin, jedem Menschen schon als Menschen als Seinesgleichen und damit als seinen „Nächsten“ zu behandeln. Aus weltlicher Sicht beruht sie vor allem auf der Idee des „individuellen Selbstzwanges“³¹⁷. Denn diese Fähigkeit verleiht dem Menschen, wie überhaupt jedem Herrn, erst die wahre Majestät und Souveränität. Andersfalls wäre er von fremden Trieben bestimmt und somit nicht Herr seiner selbst. Die religionsnahe Askese, also der Verzicht und die Beherrschung von mächtigen, natürlichen Beweggründen, wie etwa des auf Vergeltung ausgerichteten Strafbedürfnisses, begründen die Humanität, die ihrerseits die Grundlage für die Menschenwürde und die Demokratie darstellt.

Ebenso zeigt sich der Strafvollzug nach dem deutschen Strafvollzugsgesetz. Er bietet ein ständiges Angebot zur Resozialisierung, in religiösen Begriffen gefasst, eine Art der Versöhnung durch die Nachsicht von Nächsten als „Brüder und Schwestern“. Das deutsche Verfassungsrecht wirkt sich dabei unmittelbar auf den staatlichen Vollzug aus. Verdichtet regiert den Vollzug und seine konkrete Ausgestaltung die Idee der „Menschenwürde“, Art. 1 I GG.

Zu verfolgen ist dazu eine umfangreiche neuere Leitentscheidung des *Bundesverfassungsgerichts*, die sich zugleich mit dem Ausnahmefall der zusätzlichen Sicherungsverwahrung nach einer bereits voll verbüßten Strafe beschäftigt, §§ 66 ff. StGB.

In ihr erklärt das Verfassungsgericht³¹⁸ für alle Formen der Freiheitsentziehung durch den Staat: und offenkundig in Anlehnung an die moralische Rechtslehre von *Kant*,³¹⁹

³¹⁷ Zur Individualisierung als Projekt der Moderne: Faulstich-Wieland, *Individuum*, 2000, 34 ff.

³¹⁸ BVerfGE 109, 133 ff., 134 f.

³¹⁹ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331.

„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 (...).“

An der ersten Stelle steht also die „Subjektqualität“ als Kern der Würde des Menschen. Aber das Gericht gestattet es mit seiner Deutung und mit dem schon bei *Kant* zu findenden Wort vom „bloßen Objekt“³²⁰ zumindest nachrangig dann doch, *auch* den Straftäter zum Objekt des Staates zu machen, etwa um mit dem Strafrecht die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen, die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten oder den Straftäter zugleich einer Behandlung auszusetzen, etwa mit Maßnahmen zur Resozialisierung oder zur Sicherung der Allgemeinheit vor ihm, sofern nur seine Menschenwürde gewährleistet bleibt.

Auf die Strafen und auf die sichernden Maßregeln des Strafrechts gemünzt, betont das *Bundesverfassungsgericht* ferner zugleich das Verfassungsverbot des Art. 104 GG (ebenso Art. 3 EMRK).

„Für die Strafrechtspflege bedeutet das Gebot zur Achtung der Menschenwürde insbesondere, dass grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind.“

Aber das Strafen selbst ist damit offenbar nicht nur erlaubt, sondern erweist sich auch als eine derartige Selbstverständlichkeit, dass es dazu keiner positiven Regelung bedarf. Nur gesetzlich bestimmt muss das Strafrecht sein (Art. 103 II GG, Art. 7 EMRK, Art. 49 Grundrechtecharta). Und erneut fügt das Gericht an:

Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden.“

³²⁰ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331. („*niemals bloß als Mittel ein anderes Gute zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft*,):

Außerdem betont es für schuldunfähige Rechtsbrecher:

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

Selbst durch „unwürdiges“ Verhalten geht die Menschenwürde also nicht verloren. Sie kann keinem Menschen genommen und auch nicht durch ihn verwirkt werden.

Sozialreal gewendet räumt das *Bundesverfassungsgericht* dann doch eine Art der „relativen Freiheitsunwürdigkeit“ des Straftäters ein. So erklärt es:

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

Vereinfacht erweist sich also zwar die Freiheit als Kern der bürgerlichen Personalität des Menschen und der Anspruch auf sie als einschränkbar. Aber die Trägerschaft der Grund- und Menschenrechte, insbesondere diese Rechtsstellung, verbleibt auch dem Mörder, der sich im Strafvollzug befindet.

2. Menschenwürde-Strafrecht und Notwendigkeit einer Freiheitsoption

1. Aus der Idee der Menschenwürde ergeben sich für das *Bundesverfassungsgericht* zudem Folgerungen zur Art des Vollzuges und auch zur Dauer des Freiheitsentzuges.³²¹

Es erklärt für die Art des Vollzuges:

„Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssen auch dann erhalten bleiben, wenn der Grundrechtsberechtigte seiner freiheitlichen Verantwortung nicht gerecht wird und die Gemeinschaft ihm wegen begangener Straftaten die Freiheit entzieht.“

³²¹ BVerfGE 109, 133 ff., 134 f.

Das individuelle und das soziale *Existenzminimum* muss dem Straftäter also erhalten bleiben.

Als Grund für die Strafe gibt das Gericht an, dass der Täter, dessen Menschenwürde unantastbar ist, „seiner freiheitlichen Verantwortung nicht gerecht“ geworden sei. Damit ergibt sich aus der Menschenwürde die Grundfähigkeit des Menschen zur freiheitlichen Verantwortung und aus ihr der Strafgrund aus Sicht der Menschenwürde.

Der Freiheitsentzug, den der Gefangenen erleidet, spiegelt zudem perfekt den Strafgrund im Sinne der Wechselseitigkeit von Aktion und Reaktion. Inhaltlich impliziert das Gericht mit dem Wort vom Nicht-Gerecht-Werden auch, dass hier Unrecht wieder (gerade) gerichtet werden soll.

Strafendes Subjekt ist hiernach die „Gemeinschaft“, und zwar offenbar die Zivilgemeinschaft der einzelnen würdigen und verantwortungsvollen Menschen. Das Wort von der Gesellschaft vermeidet das Gericht, vermutlich, weil es zu kollektivistisch (oder auch sozial) ausgerichtet ist.

Das Gericht fügt überdies an: „Aus Art. 1 I GG folgt“ - dann auch unmittelbar und als subjektives einklagbares Grundrecht eines jeden Gefangenen in Deutschland- „die Verpflichtung des Staates, auch die Freiheitsentziehung menschenwürdig auszugestalten.“³²²

³²² BVerfGE 109, 133 ff., 134 f. (In Beziehung zur Sicherungsverwahrung).

Zur Vollstreckung (in zu kleinen Zwei-Personen-Zellen) sowie nachfolgend (Hervorhebungen nicht im Original), zunächst wörtlich ebenso wie oben zitiert, und dann: „Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip folgt die Verpflichtung des Staates, den *Strafvollzug menschenwürdig* auszugestalten, mithin das *Existenzminimum* zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht (vgl. BVerfGE 45, 187 <228>; 109, 133 <150>; BVerfGK 7, 120 <122 f.>). *Die Menschenwürde ist unantastbar und kann deshalb auch nicht auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung eingeschränkt werden* (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Februar 2002 - 2 BvR 553/01 -, NJW 2002, S. 2699 <2700>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom

Außerdem schließt das *Bundesverfassungsgericht* für den engen Zusammenhang von Würde und Freiheit des Menschen:

*„Mit der Garantie der Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne dass zumindest die Chance für ihn bestehen würde, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden.“*³²³

2. Die Freiheitsoption bleibt also auch dem Mörder, der an sich zur lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt ist, § 211 StGB. Er muss dafür aber vor allem mit seinem Verhalten im Vollzug zeigen, dass er ungefährlich ist, § 57a StGB. Die Menschenwürde regiert gleichwohl nicht nur die Art, sondern sie begrenzt auch die Dauer des Vollzuges, vorausgesetzt der Täter zeigt sich im Vollzug erkennbar bereit, seine „freiheitliche Verantwortung“ künftig wieder zu übernehmen.

Insofern kann man insgesamt von einem *Menschenwürde-Strafrecht* sprechen.

3. Sicherungsverwahrung: Sozialpflichtiges und personales „Menschenbild“

1. Den Gegenpol zur Freiheitsoption des Täters bildet die Pflicht der Gesellschaft, in Notlagen im Interesse der potentiellen Opfer und der Gesellschaftsordnung insgesamt handeln zu müssen.

Die unmittelbare „Notwendigkeit“ von Schutzmaßnahmen ergibt sich in akuten Notlagen. Die Not muss dann im Wortsinne gewendet werden. Diese Notlage besteht aus der Sicht des Strafrechts vor allem bei hoher Rückfallgefahr. An dieser Stelle fließen das Notwehrrecht des Privaten, das polizeiliche Recht zur

22. Februar 2011 - 1 BvR 409/09 -, NJW-RR 2011, S. 1043 <1044>).

http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/11/rk20111107_1bvr140309.html Abs. Nr. 37.

³²³ So für die Dauer der Sicherungsverwahrung: BVerfGE 109, 133 ff., 134 f. Ebenso schon zur an sich „lebenslangen“ Freiheitsstrafe: BVerfGE 45, 187 ff., 229.

Gefahrenabwehr der Exekutive und das bürgerliche Strafrecht zusammen. Das deutsche Strafrecht verfügt für diese Notlagen über die gesonderten Maßregeln der Besserung und Sicherung. Dieses Normensystem steht den Organen der Strafrechtspflege neben der Tatschuldstrafe im engeren Sinne zur Verfügung. Die Maßregeln ermöglichen es vor allem, nicht strafbare Schuldunfähige und solche hoch gefährlichen Hang- und Wiederholungstäter in Haft zu bringen und zu halten, bei denen die Strafzeit nicht ausreicht, um die Allgemeinheit vor zu erwartenden Rückfalltaten zu schützen, §§ 61 ff., 63, 66 ff. StGB. Auf der prozessualen Ebene genügt dabei als typischer Einstieg der dringende Tatverdacht. Genügt die Untersuchungshaft nicht, so kommt eine einstweilige Unterbringung in Betracht, §§ 112 ff., 112a, 126a StPO.

Von menschenrechtlicher Bedeutung erweist sich insbesondere die „Sicherungsverwahrung“. Denn die gesetzlich vorgesehenen strafpolizeilichen Maßregeln der Besserung und Sicherung und vor allem die Sicherheitsverwahrung erlauben es dem demokratischen Rechtsstaat (derzeit sogar) bei andauernd gefährlichen Wiederholungstätern den Freiheitsentzug auch nach Verbüßung der Schuldstrafe notfalls unbegrenzt fortzusetzen, §§ 66 ff. StGB.

Gesondert und neben dem ethischen Grundmodell der „Menschenwürde“ und dem dazu gehörenden „Schuldstrafrecht“ angesiedelt und aus der Sicht der Demokraten weit in dessen Schatten, hat das Verfassungsrecht für derartige Fälle die gesonderte Idee des „Menschenbildes“ entwickelt und mit ihm die präventiven Not-Maßregeln begründet.

Die Maßregel der Sicherungsverwahrung rechtfertigt das *Bundesverfassungsgericht* in diesem Sinne in der bereits zitierten Entscheidung mit den folgenden Worten:³²⁴

³²⁴ BVerfGE 109, 133 ff., 135. Als Institut grundsätzlich akzeptiert aber als Strafe im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention ge- deutet von EGMR Urteil vom 17.12.2009 (Az.: 19359/04), Absatz- Nr.: 120 ff. Aber das Bundesverfassungsgericht schränkt auch ein, und es greift dabei zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung der deut- schen Verfassung insoweit auf die Europäische Menschenrechtskon- vention und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg zurück, wenn es jüngst (BVerfG, 2

„Das Grundgesetz hat die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und der Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten (...).

Vor diesem Menschenbild ist die Sicherheitsverwahrung auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit mit dem Grundgesetz vereinbar“.

Dazu verweist das Gericht nachfolgend auf die gesetzlich vorgesehene, regelmäßig verrechtlichte Form der gerichtlichen „Überprüfung“ des Fortbestandes der Gefährlichkeit. Auf diese Weise bleibt die Freiheitsoption auch dem zur Sicherungsverwahrung Verurteilten eröffnet.

BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Leitsätze) erklärt: *„Der in der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) ist nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Wahrung strenger Anforderungen an die zugrundeliegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Dabei sind auch die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen“.* Außerdem fügt das Gericht sofort an: *„Die Sicherungsverwahrung ist nur zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber bei ihrer Konzeption dem besonderen Charakter des in ihr liegenden Eingriffs hinreichend Rechnung und dafür Sorge trägt, dass über den unabdingbaren Entzug der ‚äußeren‘ Freiheit hinaus weitere Belastungen vermieden werden. Dem muss durch einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug Rechnung getragen werden, der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht“.*

In einem weiteren Leitsatz betont das Gericht noch einmal den präventiven und damit rein öffentlich-rechtlichen Hintergrund der Sicherungsverwahrung: *„Der in der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung liegende, schwerwiegende Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises ist angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig. Das Gewicht der berührten Vertrauensschutzbelange wird durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 EMRK verstärkt“.*

2. Die argumentative Bedeutung des gesonderten Menschenbildes besteht in der Betonung der Sozialpflichtigkeit des Menschen. Jenem wird auf diese Weise die Rolle eines „sozialen Wesens“ zugeschrieben und die Einordnung als „Person“, die nicht nur Rechte besitzt, sondern auch Pflichten zu tragen hat, noch weiter abgerundet. Das Menschenbild, das die altbekannte Spannung von Einzelmensch und menschlicher Gemeinschaft aufgreift,³²⁵ ist seinerseits durch die Unantastbarkeit der (verbleibenden) Würde und vor allem durch die Rechtssubjektivität des Gefangenen begrenzt. Die Todesstrafe, die auch die Freiheitsoption aufheben würde, hat die Deutsche Verfassung ohnehin verboten, Art. 102 GG, ebenso Art. 1 des EMRK Zusatzprotokolls Nr. 6 (Ausnahmen in Kriegszeiten, Art. 2) sowie grundsätzlich: Art. 2 II EU-Grundrechtecharta. Aber das hehre Schuldprinzip wird dabei für Einzelfälle aufgeben. Wie bei jeder Gefährlichkeits-Prognose treffen sie und ihre schweren Haftfolgen immer auch einige Menschen, die in Wirklichkeit ungefährlich sind. Zumindest sie haben dann „Sonderopfer“ für die Sicherheit der Allgemeinheit zu erbringen. Die Schuldstrafe gilt also nur, aber immerhin noch für den typischen Regelfall des Strafens. Auch erlaubt sie in diesem Bereich mildere, also „humanere“ Strafen. So wären aus der Leitsicht der amerikanischen Strafkultur ohnehin und vor allem beim zweiten Rückfall von vornherein längere Strafzeiten zu verhängen. Bei ihnen würde die ungünstige Prognose dann dazu führen, dass keine vorzeitige Aussetzung zur Bewährung gewährt werden würde.

Die Sicherungsverwahrung wird, obgleich es sich nicht um eine Strafe im engeren Sinne handelt, dennoch und trotz des „Abstandsgebotes“³²⁶ zwischen Strafe und Unterbringung gemeinsam

³²⁵ Aus der Sicht der Soziologie zu „Individuum und Gemeinschaft als Pole von Sozialisationsprozessen“: Faulstich-Wieland, Individuum, 2000, 23 ff.; zum Individuum mit den Varianten: Person, Persönlichkeit, Selbst, Subjekt und Identität, 23 ff.; zur Sozialisation als Vermittlung zwischen Individuen und Gesellschaft“, 74 ff. Zur „Einheit von Freiheit und Sozialität“ aus der Sicht der Rechtsphilosophie, siehe: Zacyk, Einheit, 2005, 1111 ff.

³²⁶ BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Leitsätze: „Die Freiheitsentziehung ist – in deutlichem Abstand zum Strafvollzug („Abstandsgebot“, vgl. BVerfGE 109, 133 <166>) – so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt.“

mit den anderen Maßregeln der Besserung und Sicherung als Teil des Strafrechts im weiteren „verfassungsrechtlichen Sinne“ begriffen.³²⁷ Den betroffenen Bürger schützen deshalb auch die alten bürgerrechtlichen Vorgaben der Strafprozessordnung. Dasselbe gilt auch für die Unterbringung von gefährlichen geisteskranken Straftätern in eine geschlossene psychiatrische Anstalt, § 63 StGB.

Dennoch gilt, dass mit der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung nach dem Strafrecht und wohl auch zumindest mit der erleichterten Untersuchungshaft bei Tötungsdelikten, § 112 III StPO, das deutsche Strafrecht über Elemente eines Polizeistrafrechts verfügt, die der gegenwärtigen „Staatsraison“ dienen. Diese besteht derzeit im Schutz der (demokratischen) „Allgemeinheit“. Vorgänger dieser Art des Not-Strafrechts waren die kaiserlichen Polizeistrafrechte und das absolutistische Fürstenstrafrecht.

4. Deutsche Kernidee und Tradition des Humanismus

1. Einige Gesichtspunkte sind in Form von Thesen herauszufiltern.

³²⁷ Zur Zweispurigkeit von Schuldstrafe einerseits und den (eher polizeirechtlichen) Maßregeln, die der Gefahrenwehr dienen, andererseits, siehe auch: BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr 101: „Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 5. Februar 2004 ausgeführt, dass nicht die Schuld, sondern die in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit bestimmend ist für Anordnung, zeitliche Dauer und vor allem die Ausgestaltung der Maßregel der Sicherungsverwahrung (BVerfGE 109, 133 <174>). Die Anlasstat ist bloßer Anknüpfungspunkt für das Merkmal der ‚Gefährlichkeit‘ im Sinne der Anordnungsvoraussetzungen der Sicherungsverwahrung, nicht deren Grund“. Das Bundesverfassungsgericht geht wie selbstverständlich und mit dem Strafgesetzbuch davon aus, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung gleichwohl um eine strafrechtliche Rechtsfolge handelt, wenn anschließend ausführt: „Nach der Konzeption, die dem zweispurigen Sanktionensystem des Strafgesetzbuchs zugrunde liegt, dient der Freiheitsentzug des Sicherungsverwahrten nicht der Vergeltung zurückliegender Rechtsgutsverletzungen, sondern der Verhinderung zukünftiger Straftaten, deren Eintritt sich zwar sorgfältig, aber regelmäßig nicht sicher prognostizieren lässt“.

(1) Gleichgültig, ob die Idee der Menschenwürde oder die Vorstellung vom Menschenbild auf die strafrechtlichen Sanktionen des deutschen Strafrechts zu übertragen sind, im Kern wird ein humanes Strafen eingefordert, das dem Betroffenen einen Rest an Persönlichkeit und auch an Handlungsmacht, und zwar selbst noch im Vollzug, überlässt.

(2) Insofern wird also insbesondere der Täter einer schweren Gewalttat nicht einfach ebenso behandelt, wie er seine Opfer behandelt hat. Im Interesse ihres eigenen Menschenmodells, das auch jeden Täter noch als Mitmenschen begreift, verzichtet die strafende Staatsgesellschaft auf die volle Vergeltung. Deutlich wird dieses insbesondere beim Verzicht auf die Todes- und Körperstrafen.

(3) Die heutigen Demokratien verhängen und vollstrecken, zumindest aus ihrer Sicht und im Vergleich mit vielen grausamen geschichtlich belegten Lebens- und Leibesstrafen berechtigterweise eine humane Verfassungs- oder auch „Menschenrechtsstrafe“. Diese belässt selbst dem Mordtäter weiterhin die Menschenwürde und eine Art von Menschenrechtsstellung. Ferner bietet sie selbst demjenigen Mitmenschen, der andere Menschen grausam ermordet hat, für spätere Zeiten die Aussicht auf „Versöhnung“ an.

(4) Zu bedenken bleibt aber auch, dass zumindest unter Freien und Sippen stets schon ein anderes Strafsystem galt. Nach ihm konnten sich die Täter und ihre Clans mit Sühneverträgen von Bluttaten freikaufen. Hingegen waren Sklaven völlig rechtlos gestellt, sodass ihnen historisch betrachtet erst die christliche Idee der ewigen Seele, der religiösen Urschuld und der Chance auf Vergebung zu einer Art von „Gottesstrafrecht“ verhalf.

(5) Beide Ideenstränge, das politische Freienrecht und das religiöse Seelenstrafrecht, fasste dann der europäische Humanismus im Laufe der Jahrhunderte auf der menschenrechtlichen Ebene zusammen. Auch vermittelte er zwischen den beiden „Auswüchsen“, dem Sklaventum und der Verdrängung der Strafe ins Jenseits. Jeder Mensch gilt aus westlicher Sicht als ein Freier, Gleicher und Nächster. An die Stelle der göttlichen Seele tritt seine irdische Würde. An die Stelle der Gottesstrafe tritt die Vernunftstrafe. Von ihr kann sich üblicherweise kein Mordtäter mehr völlig freikaufen. Denn die Familienverbände, und ihrer Nachfolger

die Nationalstaaten, begeben sich unter das semireligiöse Dach der Weltbinnenidee der universellen Menschheit.

Die Menschenrechte erscheinen aus der Sicht des demokratischen Humanismus als natürliche Binnenrechte. Auf der Kehrseite lösen sie entsprechende Solidaritätspflichten aus. Die rechts-ethische Menschenwürde, vor allem die Ideen der Willensfreiheit und der Autonomie des Menschen, sind es, die sich auf die Arten und den Umfang der Strafe auswirken. Sie begründen für den Straftäter das Gebot, sich den jeweiligen nationalen Ausprägungen einer „Strafvernunft“ zu beugen, der die Demokratien formale „Rechtskraft“ verliehen haben.

2. Damit sind die theoretischen Erwägungen zur Strafe abzuschließen.

II. Strafwirklichkeit aus der Sicht der Rechtspolitik und der Kriminologie

1. Weitgehender Verzicht auf Freiheitsstrafe

1. Zu fragen ist, inwieweit sich diese Humanität in der Strafrechtspraxis widerspiegelt. Die empirische Seite der Strafwirklichkeit³²⁸ und deren Deutung über den demokratischen Humanismus als praktizierte Staatsvernunft ist erneut am deutschen Beispiel zu umschreiben.

Den dogmatischen Kern der heutigen Strafsanktionen bildet aus der Sicht der staatlichen Grund- und der allgemeinen Menschenrechte diejenige Freiheitsstrafe, die eine langjährige Strafgefängenschaft in einer Strafvollzugsanstalt bedeutet. Diese Art des Freiheitsentzugs betrifft „schwere Gewaltdelikte und die „besonders hartnäckigen Wiederholungstäter“. Aber diese Kernstrafe erteilt in Deutschland überhaupt nur rund 7 % aller verurteilten Personen bei jährlich rund 700 000 Verurteilungen.

³²⁸ Zur kriminologischen Sanktionsforschung siehe Meier, Sanktionen, 2015, 2.3.3. (27).

2. Um dieses Kernstrafrecht herum erstreckt sich ein zumindest dreischichtiges sonstiges Strafrecht.

(1) So existiert erstens das schon breitere Nahfeld der sofortigen Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung, und zwar mit und ohne Strafauflagen oder Weisungen zur Lebensführung. Sie betrifft rund 13 % der jährlichen Verurteilungen.

(2) Die staatlichen „Geldstrafe“ umfasst dann zweitens den gesamten Rest mit rund 80 % der Verurteilungen.

(3) Hinzu tritt drittens noch die analoge vorzeitige Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit, und zwar ohne oder auch gegen eine Geldbuße.³²⁹

Ferner sind viele Bagatellrechtsverstöße als „Verwaltungsunrecht“ in das sogenannte Ordnungswidrigkeitsrecht abgeschoben. Ihnen fehlt vor allem der sittliche Makel, der einer schweren Wertverletzung innewohnt, so dass diese Rechtsbrüche eine eigene Sanktionsklasse darstellen. Sie gelten deshalb in Deutschland nicht als Straftaten im engen Sinne des Strafrechts, wengleich die grundrechtliche Leitnorm, keine Strafe ohne Gesetz, auch bloße Ordnungswidrigkeiten umfasst, Art. 103 II GG, Art. 7 EMRK.

2. Geldstrafe als Buße, Denkkzettel und Vorstrafe

1. Im Groben ist zwischen der höchstpersönlichen „Freiheitsstrafe“ und der „Geldstrafe“ zu trennen.

Die Geldstrafe im engeren Sinne und auch die verwandte Geldbuße, die auch als Auflage bei der Strafaussetzung und nicht nur bei Einstellungen oder Ordnungswidrigkeiten eingesetzt wird, besitzen die ökonomischen Elemente der alten Sühne durch Buße. Das alte Wort vom „Vergelten“ birgt den Begriff des „Geldes“ noch in sich und meint den Ausgleich mit einer Art Markt-

³²⁹ Zum Phänomen der über Jahrzehnte stabilen Grundsituation, die sich im Einzelnen in den jährlichen Angaben des Bundesamtes für Statistik niederschlägt, siehe etwa: Meier, Sanktionen, 2009, 44 ff (Die quantitative Bedeutung des Strafens).

wert. Die Grundidee der ökonomischen Kompensation ist dem Wort des Vergeltens als „verdiente Strafe“ eigen. Auch ist es weder unüblich, noch strafbar, dass und falls andere Personen, wie Familienmitglieder oder Arbeitgeber für den Täter die Geldstrafe oder die Geldbuße entrichten. Deshalb erweist sich die strafweise Geldzahlung erkennbar als mit ähnlichen Bußleistungen des alten privatrechtlichen Sühnevertrages verwandt.

2. Im Vergleich mit der Freiheitsstrafe handelt es sich bei der Geldstrafe eher um eine symbolische Strafe. Die kriminologische Sanktionsforschung spricht deshalb zu Recht gelegentlich von einer „Denkzettelstrafe“.³³⁰ Die Geldstrafe wird aber zugleich als eine potentielle „Vorstrafe“ für eine nächste Verurteilung registriert. Wiederholungstäter erhalten mit Hinweis auf ihre Uneinsichtigkeit dann für eine an sich gleich schwere Tat eine deutliche erhöhte Strafe bis hin zur zu vollstreckenden Freiheitsstrafe.

3. Vereinfacht zeigt der Blick auf die statistische Rechtswirklichkeit

- den „humanen Verzicht“ auf die harte Strafgefängenschaft für den gesamten großen Bereich der mittleren und leichteren Kriminalität.
- Er offenbart dort auch die regelmäßige Reduktion der Strafe auf eine vergleichsweise symbolische, also tadelnde Verwarnung, als Buße und Denkzettel.
- Erst den hartnäckigen Wiederholungstätern, die das Rechtssystem insgesamt in Frage stellen, droht die Freiheitsstrafe.

3. Private Vertrags-, Vereins- und Betriebsstrafen

1. Andererseits ist die Strafe auch als Strafe nicht auf das staatliche Strafrecht beschränkt. Unterhalb der staatlichen existieren private Sanktionen, etwa als vereinbarte Vertragsbußen und Vereinsstrafen, die auch die symbolischen Geldbußen kennen, die

³³⁰ Meier, Sanktionen, 2009, 55 (zur Geldstrafe als „Denkzettel“). Aus einem rechtssoziologischem Blickwinkel, vgl.: Killias, Strafe, 1984, 135 ff.; Lüderssen, Strafrecht, 1975, 244 ff., 244 ff.

der Genugtuung dienen. Diese privaten Strafsanktionen der Vereinigungen reichen ebenfalls bis hin zum Ausschluss etwa aus Parteien oder der kirchlichen Exkommunikation.

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen einer Straftat, und zwar im Betriebe oder auch außerhalb desselben, besitzt ebenfalls den Charakter einer privaten „Hausstrafe“.

Ebenso gilt es auch im Familienrecht, etwa bei Ehescheidungen, Verletzungen von Ehepartner aufzufangen. Auch die Ehe- und Scheidungsverträge beinhalten deshalb häufig Elemente von Sühnevereinbarungen. Mit der staatlichen Geldstrafe teilen sie die ökonomische Grundausrichtung.

Die gesamten Rechtsformen der Mediation, der privaten Schlichtung und auch noch der Vergleiche vor Gericht besitzen ebenfalls den Charakter von Versöhnungsverträgen. Jeder typische Vergleich beinhaltet einen subjektiven Rechtsverzicht, also eine Art der Buße zugunsten der Versöhnung.

2. Die Zivilgesellschaft kennt also immer noch private Strafen und die Versöhnung, und das Recht bietet dazu vor allem den Rahmen von privaten Verträgen. Allerdings sind diese privaten Strafen aus dem heute üblichen, dem vor allem hoheitlichen Verständnis der Strafe ausgeblendet.

4. Strafverzicht, selektives Strafen, egoistisches Anzeigeverhalten und Vorrang der Geldstrafe

1. Dennoch dürfte auf den zweiten und empirischen Blick eine breite Brücke zwischen privatem und staatlichem Strafen bestehen.

So erweist sich das *Dunkelfeld* der Kriminalität bekanntlich als außerordentlich hoch. Außerdem ist das tatsächliche Strafen hoch *selektiv*. Im Bereich der leichteren und mittleren Kriminalität wird auch die Aufklärung, anders als bei Tötungs- und sonstigen schweren Gewaltdelikten, auch nicht um jeden Preis betrieben. Vielmehr spielen die zufällige Entdeckung am Tatort und das dann naheliegende Geständnis eine erhebliche Rolle. Das gilt insbesondere im Bereich der Eigentums- und der Vermögensde-

likte, wie Diebstahl, Betrug und Sachbeschädigung, einerseits und den Verkehrsdelikten andererseits, die etwa drei Viertel aller registrierten Delikte „im Hellfeld“ der Kriminalität ausmachen.

Dazu passend werden auch seit mehreren Jahrzehnten mehr als drei Viertel der Taten mit Geldstrafen geahndet. Das konkrete Übel der Strafe erscheint in den Fällen von Eigentums- und Vermögensdelikten der Art des Übels der Straftat besonders angemessen zu sein. Denn Gleiches wird der Art nach mit Gleichem vergolten.

Die registrierten Gewaltdelikte betragen nur unter einem Zehntel der Gesamtzahl der Delikte.

Geldstrafe ist zwar eine Strafe, aber sie ist ökonomischer Art. Sie kann und wird, zumindest faktisch, auch von anderen, etwa der Familie, erbracht werden. Insofern besitzt sie also nicht den höchstpersönlichen Charakter der Freiheitsstrafe. Andererseits beinhaltet faktisch auch der gesamte Prozess bis zum Urteil ein höchstpersönliches Element und stellt eine Art von ein Übel für den Täter dar, die Schuld des Angeklagten einmal vorausgesetzt. Anderenfalls würde es sich um ein verdachtsindiziertes Sonderopfer, aber eben doch auch um ein Opfer eines Unschuldigen zugunsten der demokratischen Strafrechtspflege handeln.

Der Missachtung der Rechtsstellung, etwa des Eigentümers durch den Täter, entspricht dann der Schuldspruch, der als sittlicher „Makel“ gilt.

Die Geldstrafe bildet also eine Brücke zwischen dem Zivil- und dem Kernstrafrecht.

2. Für das Strafrecht bedeutet dies zudem:

(1) Es ist grob zu trennen, zwischen (a) der *Schwerkriminalität*, die zu vollstreckende Freiheitsstrafen über 2 Jahre nach sich zieht und (b) den *Geldstrafe-Delikten*. Allerdings ist auch häufig bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe Ersatz-Freiheitsstrafe zu vollstrecken. Dazwischen liegt (c) eine *Grauzone*, in der Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren zur Bewährung ausgesetzt und zudem häufig Geldbußen als Auflagen verhängt werden. Allerdings droht dann bei Widerruf, zumeist aufgrund neuer Straftaten und

damit für die *Wiederholungstäter*, die Vollstreckung, dann auch meist mehrerer ausgesetzter Strafen.

(2) Die Idee der Gleichheit des Strafens gilt also vor allem für die Strafandrohung durch das (allgemeine) Strafgesetz.

(3) Die Idee der Gleichheit gilt vereinfacht auch für die Strafverfolgung von *Schwerkriminalität*.

(4) Außerdem, und das wird weniger bedacht, ist zu vermuten, dass das Strafrecht trotz hoher Selektivität ansonsten hartnäckige *Wiederholungstäter* erfasst und sie vermutlich, und zu Recht, auch vor allem im Blick hat. Die Geldstrafen-Urteile dienen aus dieser Sicht vor allem als *Vorstrafen*, um die unverbesserlichen Wiederholungstäter herauszufiltern, die danach auch noch die Bewährungsstrafen sich nicht zur Warnung dienen lassen, §§ 56 ff. StGB, um sie dann in den Vollzug zu bringen.

(5) Auch im Vollzug besteht ferner noch das Angebot fort, bei günstiger Prognose ein Drittel der Strafe auf Bewährung ausgesetzt zu erhalten, § 57 StGB. Dass dennoch die Rückfallquote hoch ist, belegt zwar die Problematik der Resozialisierung im Vollzug, zeigt aber durchaus auch die „versöhnende“ Wirkung der bloßen Geld- und der nicht widerrufenen Bewährungsstrafen.

(6) Zu vermuten ist nach allem, dass das Strafrecht nicht nur aus den *utilitaristisch-ökonomischen Gründen* des rationalen Ressourcenverbrauchs oder aus Gründen der „*Effektivität der Strafrechtspflege*“ oder wegen der Problematik der *Resozialisierung* im Vollzug faktisch auf den vollen Einsatz staatliche Strafgewalt verzichtet, sondern auch weil es dem demokratischen Rechtsstaat als „verträglicher“ erscheint. Es existiert neben der pragmatischen immer auch eine ethische Sichtweise, die auf die Abwägung der eigenen nationalen Verfassungswerte ebenso setzt wie auf diejenigen der inter- oder transnationalen Menschenrechtskonventionen. Insofern ist vereinfacht von einem *humanen*, brüderlichen, solidarischen oder auch Nächsten-Strafrechtssystem zu sprechen.

3. Zudem dürften auch viele Konflikte, gerade im Bereich der Eigentums- und Vermögenskriminalität privat geregelt werden.

Große Teile der Wirtschaftsstraftaten³³¹ gehören zum Beispiel dazu. Selbst die Steuerbehörden des Staates haben vor allem Interesse an der widerstandlosen Nachzahlung von Steuern.³³²

Die Vermutung lautet deshalb, dass zu einem beachtlichen Teil erst umgekehrt die Frustration über die Unmöglichkeit, private Sühneverträge zu erlangen, viele Bürger zu Strafanzeigen treibt.

Die durch Anzeige aufgedeckten Delikte betreffen dabei rund 90 %³³³ der registrierten Kriminalität der polizeilichen Kriminalstatistik.

Anzufügen ist, dass die Versicherungen etwa für Wohnungseinbrüche und Fahrraddiebstähle Strafanzeigen verlangen, um Ersatzleistungen auszukehren. Das Versicherungssystem setzt damit indirekt das staatliche Strafrecht in Gang, obwohl am Ende ein privater Ausgleich erstrebt wird, für den das Opfer zudem selbst vorgesorgt hat. Die Selektivität der Strafverfolgung erweist sich nicht nur als außerordentlich hoch, sie ist vielfach auch von privaten Interessen geprägt.

Umgekehrt sind ferner die sogenannten „Privatklagedelikte“, die zumeist ohnehin Strafanträge des Verletzten verlangen und häufig emotional gefärbte Nachbarschaftsdelikte betreffen, dadurch

³³¹ Zur empirischen Seite der Wirtschaftskriminalität: Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 47, Rn. 24 ff.; zur geringen Anzeigebereitschaft in Teilbereichen, etwa des Kreditbetruges, Rn. 26; zu den Insolvenzdelikten, Rn. 40 ff. mit Erl. 33. Verdacht besteht zwar schon bei jedem 9. Fall aber mutmaßlich liegt bei $\frac{3}{4}$ aller Insolvenzen ein strafrechtlich relevantes Verhalten vor. Ermittelt wird insbesondere in Fällen, in denen Sozialversicherungsbeiträgen nicht abgeführt wurden.

³³² Aus rechtssoziologischer Sicht erscheint die Wirtschafts- und Korruptionskriminalität sogar nur als „im Rahmen der Konventionalität illegal“. Sie bildet wertfrei betrachtet sogar selbst einen „Teil des sie schützenden Systems“, Trotha, Recht, 1982, 68.

³³³ Der Umfang ist nur mit älteren Einzelstudien belegbar, aber mutmaßlich auch von den Versicherungsbedingungen abhängig; vgl.: Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 26, Rn 19 ff. Sowie zur „geschädigtengesteuerten“ Kriminalitätsstatistik: Albrecht, Kriminologie, 2005, § 11, C I 1., sowie 2. (zu den Motiven, nicht anzuzeigen).

gekennzeichnet, dass die Staatsanwaltschaft trotz eines erfolgten Strafantrags des Verletzten das „öffentliche Interesse“ an der staatlichen Strafverfolgung prüft. Der Staat steuert also mit den Mitteln der Zivilgesellschaft gegen. An dieser Stelle sieht das Strafverfahrensrecht überdies die Hürde eines so genannten Sühneverfahrens vor. Bevor der Verletzte bei Privatklagedelikten in die Rolle des Staatsanwaltes einrücken kann, hat er den Sühneversuch bei einer von privaten Schiedsleuten besetzten Vergleichsbehörde zu durchlaufen, §§ 374 ff., 380 StPO.

Aus kriminologischer Sicht liegt deshalb zum einen die Zuspitzung nahe, dass das staatliche Strafrecht insbesondere für den Bereich der *Eigentums- und Vermögensdelikte* zum Teil die Frustration auffangen muss. Vergeblichkeitsgefühle ergeben sich daraus, dass der Opferseite keine „Selbsthilfe“ erlaubt ist, dass sie keinen „Sühnevertrag“ mit einem, möglicherweise schon bekannten Täter abschließen konnte.

4. Noch einmal aus der Sicht der mittelalterlichen Privatstrafe betrachtet, bedient die heutige staatliche Geldstrafe also die vielen Fälle, in denen ein „befriedigender“ Sühnevertrag nicht zu Stande kommt. Sie verhindert damit die Ausprägung einer großen privaten Gegenkultur, etwa der wilden Selbstjustiz durch organisierte Privatvollstrecker.

5. Staatliche Strafe als Teil der Staatsgewalt, Rückblick

1. Die staatliche Strafe, die einen schweren Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen darstellt, muss der demokratische Staat seinen demokratischen Bürgern und somit auch dem Straftäter und seinen Angehörigen gegenüber rechtfertigen.

Grundsätzlich dient zunächst jede staatliche Strafe aus der egoistischen Eigensicht des Staates auch ihm selbst, also der Aufrechterhaltung von „Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt“.³³⁴

³³⁴ Zu dieser Standarddefinition des Staates ausführlicher: Montenbruck, *Zivilisation*, 2010, 49 ff., Rn. 75 ff, siehe auch: 143 ff., Rn. 327 ff. (zu „Gewalt, Recht und Strafrecht“).

Dabei befördert die staatliche Strafgewalt aus der Sicht des Staates selbst vor allem die Sicherung des staatlichen Gewaltmonopols. Private Gewalt, vor allem eine hoch emotionale Selbstjustiz, soll vermieden werden. So würde der absolute Staat auch aus seiner kollektiven Sicht notfalls einen unschuldigen, menschlichen Sündenbock³³⁵ stellvertretend³³⁶ bestrafen wollen. Dieser Akt genügt zur „Aggressionsabfuhr“ im Sinne der Kanalisierung der zornigen Rache³³⁷, wenn sonst „Selbstjustiz und Chaos“ drohen würden. Strafe verkommt danach zu einer Art des willkürlichen „Haus- und Disziplinarstrafrechts“. Absolute Fürstenstaaten, faschistische Diktaturen und sozialreale sozialistische Volksdemokratien, die alle die liberale Eigenverantwortung des Bürgers ablehnen, neigen zu dieser Sichtweise. Dahinter steckt in vielerlei Varianten das soziale Familien- und Vatermodell. Diese bilden dabei einen lockeren Ideenverbund mit dem psychologischen Determinismus.

„Genausowas der Vater das unschuldige Kind bestraft, wenn es sich schlecht benimmt, und es durch Liebesentzug zur Unterdrückung derjenigen Triebe zwingt, die dem Kind selbst oder anderen schaden ..., greift auch der Staat zur Strafe“, schreibt Gimbernat-Ordeig.

Strafe sei deshalb sogar etwas Rationales. Allerdings wird dabei die nächste Denkebene übersehen. Danach tritt der strafende „Vater“ immerhin als politischer Akteur und Subjekt auf. Damit bleiben die Fragen unbeantwortet, wie der Vater mit sich selbst umgeht oder mit anderen Vätern verfährt.

³³⁵ Bibel, Matthäus, Kapitel 7, Verse 3-5; siehe dazu aus der Sicht der Moral: Frey-Rhon, Böse, 1961, 161 ff., 182; aus dem Blickwinkel der Psychologie: Fromm, Psychologie, 1982, 115 ff.; vom Standpunkt der Kriminologie aus: Jäger, Psychologie, 1975, 107 ff.

Aus einem rechtssoziologischem Blickwinkel vgl.: Killias, Strafe, 1984, 135 ff.; Lüderssen, Strafrecht, 1975, 244 ff., 244 ff.

³³⁶ Vgl. den Überblick bei: Kaiser, Kriminologie, 1996, Einführung, 155, u. Hinw. auf: Mitscherlich, Weg, 1963, 104 f., 144 f.; Naegeli, Gesellschaft, 1969, 40 ff., 50; sowie: Herren, Freud, 1973, 79.

³³⁷ Siehe: Baumann, Strafe, 1984, 27 ff., 32, u. Hinw. auf: Freud, Totem, 1912/13, unter anderem 82. Vgl. auch: Lüderssen, Freiheitsbegriff, 1983, 67 ff., insbes. 74 ff.; Haffke, Tiefenpsychologie, 1976, unter anderem 62 ff.: wichtig sei, dass wir uns unserer dunklen Motive beim Strafen vergewisserten.

2. Der Kollektivismus bietet aber auch eine andere Logik. Aus der Sicht eines als *höchstwürdige* kollektive (Wir-) „Person“ gedachten Staatsvolkes, etwa analog zum alttestamentarischen Volk Israels, würde dieses Gesamtvolk ein Unrecht auszugleichen suchen. Es würde mit dem menschlichen Sündenbock oder wie Abraham mit seinem unschuldigen Sohn ein einzelnes Mitglied und damit einen wertvollen „Teil seiner und seines Selbst“ opfern.³³⁸ Aus dieser kollektivistischen Volkssicht würde das Volk insgesamt ein wirkliches Opfer für eine „Kollektivschuld“ erbringen können. Diese könnte mit Begriffen aus den gegenwärtigen Strafgründen darin bestehen, bei der „Sozialisierung“ des Täters versagt zu haben. Auch birgt die generalpräventive Idee, den Täter zu strafen, um die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten, den Gedanken, die Strafe gegen einen Mitmenschen als Mittel zu einem sozialen Zweck einzusetzen. Jener wird, zivilreligiös gesprochen, nicht seiner Verantwortung für die Unrechtstat wegen bestraft, sondern zur Befriedigung der heiligen Anforderungen „geopfert“, die die hohe Idee der Gerechtigkeit verlangt. Insofern, und nur insoweit der Täter schließlich auch wegen seiner Gefährlichkeit eingesperrt wird, handelt es sich bei der Strafe um eine Form der „Sicherungsverwahrung“. Diese Sanktion der Gefahrenabwehr trifft eine Person, nach deren Schuld nicht gefragt wird. Mit dem *Bundesverfassungsgericht* stellt jedenfalls die Sicherungsverwahrung „*im Interesse der Allgemeinheit gleichsam ein Sonderopfer*“ des Eingesperrten dar.³³⁹ Wer also mit dem Strafen zumindest auch Gefahrenabwehr betreibt, kommt eigentlich nicht umhin, diese grundrechtliche Folgerung -insoweit- mit zu bedenken.

³³⁸ Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1974, 151 ff., 160; siehe auch: Gimbernat Ordeig, Strafrechtsdogmatik, ZStW 82 (1970), 379 ff., insbes. 390 f.

³³⁹ BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. 101: „*Der in der Sicherungsverwahrung liegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht ist daher auch deshalb äußerst schwerwiegend, weil er ausschließlich präventiven Zwecken dient und dem Betroffenen – da der Freiheitsentzug stets nur auf einer Gefährlichkeitsprognose, nicht aber auf dem Beweis begangener Straftaten beruht – im Interesse der Allgemeinheit gleichsam ein Sonderopfer auferlegt*“. Was gilt also, wenn der Eingriff als Freiheitsstrafe stattfindet, und deshalb zwar vorrangig dem Tatschuldausgleich, aber eben auch der Gefahrenabwehr dient, müsste dann nicht differenziert werden? Zur Differenzierung, und zwar auch der Schuldidee, siehe: Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff., 392 ff.

Eine derartige kollektivistische Sichtweise versperrt aber der humane Individualismus, der die Grund- und Menschenrechte auszeichnet und zugleich davon ausgeht, dass der Mensch grundsätzlich für sein Verhalten verantwortlich ist. In den westlichen Demokratien regiert eben nicht das Volk als eine soziale Einheit, sondern die Allgemeinheit der einzelnen Rechtspersonen, etwa als „zivile“ (Wahl-)Bürger. Aber wer eine staatliche Demokratie will, muss dazu dennoch immer auch den demokratischen „Gewaltstaat“ mit seiner Gewaltenteilung, wollen, womit er dann auch „die Allgemeinheit“ als solche schützen muss. Diese kollektivistischen Beweggründe muss der Individualismus entweder als Nebengründe offen dulden, oder er muss sie mit in sich aufnehmen. Wer etwa vom „Tatschuldausgleich“ spricht, hat damit das eher objektiv-systemische Grundprinzip der Gerechtigkeit, das Ausgleichen mit der Idee der individuellen Schuld verknüpft.

3. Aus der Sicht des demokratischen Staates dient die heutige Tatstrafe zwar auch dem Schutz der Identität als „demokratischer Staat“ und damit auch eine Art von „Vater Staat“. Aber aus der Sicht der westlichen Demokratien ereilt die Strafe vorrangig einen zur Mitherrschaft würdigen Mitmenschen. Vereinfacht trifft die demokratische Strafe aus der Sicht der mittelalterlichen Clans einen dem Vater bereits ähnlichen freien Sohn oder aus der Sicht des frühstaatlichen Absolutismus einen „königlichen Mit-Herrscher“.

4. Damit ist das Umfeld der Strafe mit den folgenden Eckpunkten umrissen:

Angesprochen ist die humane, normative Seite, die Idee der Menschenwürde, aus deren Sicht sich das Schuldprinzip ergibt. Aufgezeigt ist das ebenfalls normative Menschenbild vom sozialen Wesen, das Opfer zugunsten der Sicherheit einfordert.

Hinzu gehört die empirische Seite der Strafwirklichkeit, die im Verzicht auf die Todesstrafe besteht, die grausame Strafen verbietet, die Verdrängung der Freiheitsstrafe zugunsten der Geldstrafe offenbart und die stets die Aussetzung zur Bewährung als ein humanes und sinnvolles Angebot in Aussicht stellt. Aber auch die Selektivität des Strafens gilt es zu beachten und daraus Folgerungen, etwa für die rationale Notwendigkeit und die Höhe von Strafen zu ziehen.

Ferner waren kurz die Staatssicht und diejenige der Demokratie einzunehmen, also die Staatsstrafe und die demokratische Strafe zu beleuchten.

Das Hauptergebnis lautet, Art und Dauer der demokratischen Strafe sind, zumindest in Deutschland, in hohem Maße von der humanistischen Idee der Menschenwürde geprägt. Das Strafsystem erweist sich insofern auch aus rechtstatsächlicher Sicht als human ummantelt.

Offen ist die private Seite der Strafe, die zumal dann in den Vordergrund rückt, wenn die Opfer natürliche Personen sind und wenn sie aufgrund von Gewalttaten schwere körperliche und psychische Schäden erlitten oder den Tod von Angehörigen zu ertragen haben.

8. Kapitel

Strafe – Versöhnungselemente und Verfassung

I. Private Opferrechte, Strafe als Sühneopfer

1. Opferschutz außerhalb des Strafrechts

1. Zunächst sind die verschiedenen Sichtweisen auf das *Opfersein* zu bedenken. Oben im allgemeinen Teil zur Versöhnung war die Opfersicht schon in dreierlei Weise aufzutrennen gewesen. Diese Sichtweisen sind noch einmal kurz zu überdenken:

Die *zivilreligiöse* Sicht hat vor allem den Aspekt der Aufhebung der Konfliktlage im Blick, die vereinfacht bei gegenseitigen Achtungs- und Demutsgesten mit dem Verzicht auf Maximalforderungen einhergeht, um zum einen wieder in den für beide Seiten vorteilhaften Zustand der Kooperation einzutreten (utilitaristisch) und zum anderen sich gemeinsam derselben Leitidee zu unterwerfen (wertethisch). Aus der Sicht von Prinzipien handelt es sich um zwei Gerechtigkeitsprinzipien, die dann allerdings im Einzelnen noch weiter zu vertiefen sein werden: die goldene Regel der Wechselseitigkeit zwischen Gleichen und Freien und die Idee, den Nächsten und seine Freiheitsrechte zu achten. Utilitaristisch betrachtet ist das Prinzip der Nächstenliebe darin gegründet, dass die Nächsten das „eigene“ Umfeld bilden und idealistisch gelesen handelt es sich um den eigentlichen Kern des kategorischen Verallgemeinerungsprinzips. So gilt es danach nur, die jeweilige Allgemeinheit, beziehungsweise die Nächsten zu bestimmen. Aus der Sicht des Einzelnen sind es wie im Wortsinne nicht nur die Mitglieder des eigenen privaten Netzwerkes, sondern nahe sind uns alle Menschen, die man trifft.

Die dort angesprochene *politische* Sicht, mit dem Stichwort Wahrheitskommissionen, richtet sich nicht so sehr am Einzelnen aus, sondern betrifft vielmehr die Situation des Bürgerkrieges oder etwa mit Blick auf die Aussöhnung zwischen Deutschland und Frankreich nach dem zweiten Weltkrieg die Aussöhnung zwischen Nachbarstaaten. Auch insofern geht es, wenngleich auf der kollektiven Ebene und damit auch weitgehend symbolhaft

um Konfliktlösung und Konfliktvermeidung, und zwar mit den Mitteln von Achtung und Verzicht und dem Ziel wechselseitiger Vorteile einerseits und semireligiöser Wertestiftung und -achtung andererseits.

Die *psychoanalytische* Sicht hat sich dann vor allem mit den Traumata der Opfer beschäftigt. Deren psychischen Schäden zu heilen, steht dann im Mittelpunkt. Aus der Sicht des Rechts wird versucht, den Betroffenen einen anerkannten Opferstatus anzubieten. Aus ihm ergibt sich die Subjektstellung, die zu verschiedenen Rechten führt. Auf der Rechtsebene findet also eine Art von Kompensation statt. Die *Passivrolle* des Opfers wird durch Aktivrechte ausgeglichen.

Bei Tötungen erhalten die Angehörigen des Getöteten zwar eine solche Rolle. Diese ist aber auf den zweiten Blick nicht mit derjenigen des Opfers vergleichbar. Auch wenn die engsten Angehörigen vielfach unter eigenen Traumata leiden, so sind sie nur die Nächsten der Opfer, deren Traumata im Übrigen im Falle des Überlebens des Opfers von den aktiven Nächsten vielfach in den Hintergrund gedrängt wird.

Bei *Tötungen* verschieben sich also die Gewichte. Es handelt sich zum einen um Nächsten-Rechte. Zum anderen besteht ein Abstand zur Tat und den Tatfolgen, der eher den Ruf nach Rache wach werden lässt als bei persönlich schwer geschädigten Personen, die vor allem darauf dringen, das Geschehene ihnen begreiflich zu machen. Das vorstaatliche Ver-Sühnen im Rahmen von Sühneverträge betrifft typischerweise die Verhandlung zwischen familiären *Personenverbänden*, also zwischen Kollektiven.

Das Neue des westlichen Rechtshumanismus besteht nun für die Opferrolle darin, sich von diesem alten Familien-Modell abzuwenden und als Grundfall des Täter-Opfer-Ausgleichs auf die Sicht des individuellen (Gewalt-) Opfers abzustellen. Das Opfer soll selbst auftreten, wenn auch mit rechtskundiger Hilfe. Tötungsfälle, die vorher das Bild bestimmten, sind nur analog zu behandelt.

Mitbetroffenen im weiteren Sinne sind aber alle, die sich als solidarische Nächste begreifen, und zwar auf der lokalen, regionalen und nationalen Ebene oder im Sinne der Menschenwürde und der

Menschenrechte auf der weltweiten Ebene. Auch sind sie als Rechtsgenossen und Mitglieder einer Wertegemeinschaft durch den (Menschen-) Rechtsbruch sowie eine Werteverletzung durch die Tat und den Täter selbst mitbetroffen. Das Gefühl der Sympathie im Wortsinne, das Mit-Leiden löst bei ihnen zusammen mit dem Umstand der Selbstbetroffenheit als Teilhaber an gemeinsamen Rechten und Werten ein Gerechtigkeitsgefühl aus, das auf einen Ausgleich drängt. Dabei müssen sich diese zivilen Nächsten die Frage stellen lassen, ob sie dabei auch mit dem Täter (als Bruder) als Nächstem mitfühlen können. Die Ritualisierung und Streckung der jeweiligen rechtlichen Verfahren, etwa als Strafrecht gegen den mutmaßlichen Täter, dienen der Zivilisierung der Reaktion auf die Tat.

Dabei haben die Gewaltopfer selbst in der Regel erhebliche Mühe, sich an einer aktiven Reaktion zu beteiligen.

Aus der Sicht des Juristen existiert dabei heute ein hochkomplexes Rechtssystem. Überwölbt wird das nationale *Strafrecht* nicht nur von den nationalen Grund- und den übernationalen Menschenrechten. Binnenstaatlich bildet es auch nur ein Drittel in einem gesamten Geflecht von drei Subkulturen des Rechts, des Zivilrechts, des Strafrechts und des Verwaltungsrechts.

2. Im Einzelnen:

- Der Opferschutz und die staatliche Fürsorge finden zumindest auch neben dem Strafrecht statt. Opferrechte sind insbesondere im Zivilrecht, und zwar als allgemeines Delikts- und Schadensersatzrecht angesiedelt.
- Allgemeine zivilrechtliche Unterlassungsklagen verschaffen unmittelbare Abwehrrechte für die Zukunft. Bei Gewaltdelikten hilft außerdem seit 2002 ein gesondertes Gewaltschutzgesetz.
- Das hoheitliche Verwaltungsrecht des Staates hält ferner zur Abwehr unmittelbarer Gefahren von Bürgern das staatliche Polizeirecht vor. Solidarische Leistungen bietet das deutsche Rechtssystem schließlich in Notfällen mit dem allgemeinen Sozialrecht. Ein gesondertes Gewaltopferentschädigungsgesetz besteht seit 1976.

- Das Recht verleiht dem Bürger ferner im Sinne eines vorstaatlichen Naturrechts trotz des grundsätzlichen staatlichen Gewaltmonopols das Sonderecht zur Abwehr unmittelbarer Angriffe, die privaten Selbsthilferechte. Im Mittelpunkt steht das weite deutsche Notwehrrecht, das jeder Mensch in der Regel zugunsten aller privaten Werte und Interessen wahrnehmen darf, §§ 227 BGB, 32 StGB.
- Die hoheitliche Strafverfolgung des Staates kann der Bürger zudem mit seinem Festnahmerecht auf frischer Tat betroffener Tätern sofort auslösen und unterstützen, § 127 I StPO. Opfer und ihre Helfer können auf diese Weise gleichzeitig ihre privaten Interessen sichern und dadurch selbst ein aufklärendes öffentliches Gerichtsverfahren herbeiführen.
- Die Zivilgesellschaft hat zudem eigene allgemeine Kranken-, Unfall-, Lebens- und Rentenversicherungen entwickelt.
- Gemeinnützige und karitative „Nicht-Regierungs-Organisationen“, zum Beispiel der Kirchen und Gewerkschaften, bieten grundsätzliche Hilfe in Notfällen an. Konkret wendet sich etwa die Opferhilfe „Weißer Ring“³⁴⁰ an Gewaltopfer.

3. Auch das vorstaatliche Mittelalter, in dem die Idee von Personalverbänden das Gesellschaftssystem beherrschte, kannte nicht nur ähnliche karitative Aufgaben, sondern nahm sie auch in ähnlicher Weise wahr. Für die Sühneverträge bedarf es jedoch dann, wenn kein eigenes Vermögen und keine hinreichende Handlungsmacht zur Verfügung stehen, der staatlichen oder karitativen Unterstützung einerseits und der Strafverfolgung samt der Androhung und der Vollziehung der Geld- und der Freiheitsstrafe andererseits. Andererseits verfügt aus der westlichen Sicht jeder Mensch über die Grund- und Menschenrechte, deren verfügbarer Kern mit dem Begriff der Freiheit zu umschreiben ist.

³⁴⁰ Zu den opferbezogenen rechtspolitischen Forderungen des WEISSEN RING: Böttcher, Forderungen, 2006, 15 ff., 15 (2.900 ehrenamtliche Mitarbeiter, 420 Außenstellen), 18 (60.000 Mitglieder, Hilfe in 30 Jahren an 200.000 Opfer).

2. Freiheitsstrafe und Straftat als Rechts-, Freiheits und Identitätsoffer

1. Vom Opferaspekt her könnte die Freiheitsstrafe ein Rechts- und Freiheitsopfer darstellen. Der Doppelbegriff der „staatlichen Strafe“ hat jedenfalls jenseits des allgemeinen Staatsschutzes vor allem in seinem Strafteil eine Übelzufügung wegen einer Wertverletzung zum Gegenstand. Insofern ist er dann mit der Buße zu vergleichen, die sich aus der Verletzung eines hohen Einzelwertes, wie dem Eigentum oder auch eines Höchstwertes, wie der „Existenz des würdigen Menschen“ ergibt, und vom Täter verlangt, einen Teil seiner „Rechtspersönlichkeit“ zu opfern.

Für jeden Freien bildet die Freiheit ein Höchstgut. Die heutige Freiheitsstrafe birgt dabei ein individualethisches, eine grund- und ein menschenrechtliches Kernelement. Denn die Freiheitsstrafe setzt die Idee der „Freiheit des Freien“ voraus. Ohne die Freiheit, so zeigte die Strafrechtsgeschichte, hatten die Rechtskulturen zu Lebens-, Leibes- und Arbeitsstrafen zu greifen.

Ebenso offenkundig beschneidet die Strafe dem Freien, dem Bürger und dem Menschen zumindest die Fähigkeit zur Ausübung seiner Freiheit in einem weiten Bereich. Aus der Sicht der Sühne handelt es sich dabei um ein Opfer, das dann aber, weil es zugleich einen Ausgleich darstellen soll, auch den Sinn der Versöhnung haben müsste.

Weniger bedacht ist zudem, dass die Strafe auch einen seelischen Schmerz, ein soziale Übel oder ein allgemein ein Opfer darstellt. Dies Opferlogik legt nahe, diejenigen Erkenntnisse auf die *Täterpsyche* zu übertragen sind, die die Viktimologie (die Lehre vom Opfer) für die Psyche der Tatopfer ermittelt.

Bisher wird die psychische Wirkung des *Strafvollzugs* zwar mit durchaus ähnlichen psychologischen Ansätzen anerkannt, aber doch von der Opferidee weitgehend getrennt erörtert. Der Unterschied zwischen der Straftat und der Reaktion mit Strafe besteht zwar in der Bewertung als Unrecht beziehungsweise Recht. Aber die Wirkungen der *Gefangenschaft* auf die *Psyche* der Strafgefangenen, etwa als „*Deprivation*“ stellen sich in ähnlicher Weise. Dabei ist vor allen der weitgehende Verlust der Privatheit gemeint, die zu einer Art von Hospitalisierung führt. Der Voll-

zugsalltag verändert die Identität des strafgefangenen Menschen zumindest derart, dass dieser sich vorrangig als ein „Gefangener“ versteht und sich auch derart selbst stigmatisiert.

Dabei hat das *Bundesverfassungsgericht* diese Frage grundsätzlich als diejenige der möglichen *schweren Persönlichkeitsveränderung* durch den Vollzug erkannt und sie bezüglich der lebenslangen Freiheitsstrafe aufgrund einander insofern widersprechenden Fachgutachten offengelassen. Aber es hat dann ohnehin die Aussicht auf bedingte Entlassung eingefordert und dann mit § 57 a StGB auch bewirkt.³⁴¹ Das Wort stammt dabei, durchaus passend vom lateinischen „berauben“. Auch findet nach der Freilassung eine Art weitere soziale Stigmatisierung als „Viktimisierung“ („Er war im Knast“) statt etc. Im (längeren) Strafvollzug wird die „Seele“ im Sinn der *inneren Identität* des Strafgefangenen, im groben analog zur derjenigen Tatopfers, nachhaltig beeinträchtigt.

Auch stellt das gesamt Strafverfahren von Rechts wegen eine Form der „Viktimisierung“ des Täters dar. Das Schuldprinzip sieht den ersten Akt in der Tat selbst. Denn mit ihr verdient er die Strafe und wird im Fall von echter Reue auch dieser Selbstverletzung gewahr. Er wird seine *Identität* als rechtstreuer Mitbürger und Mitmensch als beschädigt empfinden oder muss zumindest versuchen, seine Tat vor sich selbst zu rechtfertigen. Er bleibt in seinem Selbstbild aber auch ein „Täter“, privat gerechtfertigt oder nicht. Die nächsten schmerzhaften Stufen bilden dann trotz der Idee der Unschuldsvermutung erstens die *Beschuldigung* im Ermittlungsverfahren, bei Schwerekriminalität verbunden mit Untersuchungshaft, zweitens der *Schuld- und Strafausspruch* im Hauptverfahren und drittes der gesamte *Strafvollzug*

Die Erweiterung des Opferaspekts vom Tatopfer auf den Täter ergibt sich aus den Gerechtigkeitsgedanken der Vergeltung mit dem Gleichen, der Wechselseitigkeit oder auch Reziprozität, und zwar in der Form der Sühne. Man mag die psychischen Folgen des Vollzuges als einen „Kollateralschaden“ des bloßen Freiheitsentzuges ansehen, der eigentlich gemeint sei. Aber die Strafgefangenschaft trennt von der Freiheitsberaubung nur, aber

³⁴¹ BVerfG 45, 187 ff. (Abs. Nr. 147 ff.).

immerhin, die rechtliche Bewertung. Selbst wer sich zu seiner Tat bekennt und sie ernsthaft bereut, wird nicht nur sehen, dass er in der Außenwelt seine Freiheitsrechte nicht mehr selbst ausüben kann, sondern den Vollzug auch als einen staatlichen Gewaltakt, als Deprivation erleben sowie als „Leid“ begreifen und sein Selbstbild dem anpassen oder dem gegenhaltend einsetzen müssen.

2. Das bedeutet dann auch, dass alle „Personen“, die der Täter mit seiner Tat verletzt, nicht nur Opfer sind, sondern dass sie alle auch eigene Strafansprüche nach dem Prinzip der Wechselseitigkeit erheben dürften, die dann der Rechtsstaat für sie wahrnimmt. Die Summe dieser Strafansprüche prägt dann auch die verschiedenen Ausrichtungen und Elemente der gerechten Strafe.

So kann sich auch der Rechtsstaat als kollektives Opfer begreifen. So stellt die Straftat immer eine schwere *Rechtsverletzung* dar und bildet eine schwere Beschädigung der Kernidentität des demokratischen Staates als Rechtsstaat. Der Rechtsstaat verlangt dann folgerichtig, und zwar schon sobald er sich als verletzte „Person“ begreift, auch Sühne. Wiederherzustellen ist seine Identität als dem inneren Frieden dienender Rechts- und Gesetzesstaat. Dasselbe gilt im Übrigen auch für das vorstaatliche Mittelalter. Auch dessen typische personalen Gesellschafts- und Rechtssysteme haben als herrschendes vorstaatliches „Binnenrechtssystem“ ein jeweils eigenes systemisches Interesse an einem Opfer, das der Befriedung dient.

Damit ist der Opferbegriff noch einmal aufzufächern.

- Opfer von Straftaten sind also zunächst individuelle und konkrete kollektive Personen, ihre Freiheitswerte und ihre subjektiven Rechte. Damit dient die Strafe auch deren Befriedigung. Die Nebenklage sichert ihnen eigene Verfahrensrechte zu.
- Mitbetroffen sind ferner als „Allgemeinheit der Freien“ die Zivilgesellschaft und ihr privates Rechtssystem, und auch sie verlangt nach versöhnendem Ausgleich. Diese Ansprüche des Volkes nimmt der demokratische Staat als sein „erster Diener“ wahr.

- Zudem ist der Staat in seiner Identität als demokratischer Rechtsstaat und vor allem mit seinem Anspruch auf das Gewaltmonopol auch selbst verletzt, und er hat, deshalb und insofern einen wirklich eigenen Strafanspruch.
- Außerdem ist zumindest mit jeder schweren Straftat auch die universelle Freiheits- und Rechtsidee der Menschenrechte mit beeinträchtigt, und auch diese Idee, durch wen auch immer vertreten, verlangt nach Befriedung.

Diese Verletzungen gilt es zu heilen, sie sind zu „ver-sühnen“, allerdings mit psychischen und sozialen Opfern auf der Täterseite, die wie beim Tatopfer faktisch auch dessen *Familie und Freunde* miteinschließt.

Das Freiheitsrecht des Freien, die Grundidee der Versöhnung und das Prinzip des Rechts eines Rechtsstaates und, wie anzufügen ist, auch der alte Gedanke des *Sühneopfers*, stehen also hinter der heutigen staatlichen Strafe. Die Versöhnung verlangt zwar eine Art von Ausgleich, aber zumindest nicht in erster Linie das Strafen als Selbstzweck, sondern die „Heilung“ der Verletzung, unter anderem durch solche Sühneopfer, die mit der Menschwürde des Strafgefangenen (noch) vereinbar sind.

3. Damit ist das gesamte Umfeld des Strafens im Sinne des westlichen und insbesondere deutschen Strafrechts weiträumig umrissen. Aber der Betroffene der Strafe ist zunächst einmal der Verurteilte. Die Strafe stellt eine Übelzufügung dar, die einen Mitbürger und Mitmenschen trifft. Diesen Umstand hat das demokratische Strafrecht zunächst zu bedenken. Auch wenn das Hauptziel der Strafe die Versöhnung sein könnte, hat das Strafrecht zunächst einmal das Strafen als Grundrechtseingriff zu regeln.

3. Staatlicher und ziviler Strafanspruch

1. Zweifelhaft ist, inwieweit der demokratische Staat denn einen, wie es das deutsche *Bundesverfassungsgericht* immer wieder

einmal formuliert, eigenen „staatlichen Strafanspruch“ besitzt³⁴², obwohl doch die Menschenwürde zumindest auf der Täterseite im Mittelpunkt steht, und der Vorrang dieser individualistischen Sicht dann auch für die Opferseite zu gelten hätte, soweit jedenfalls das Strafrecht Individualrechtsgüter schützt.

Dabei ist zu unterscheiden:

Einen eigenen materiellen Anspruch im üblichen, also zivilrechtlichen Sinne kann der Staat nur insoweit innehaben, als er *eigene* Interessen verfolgt. Soweit er die „Allgemeinheit“ schützt und sich als Verfassungsstaat im weiteren Sinne versteht, könnte er einen solchen haben, weil er die Zivilgesellschaft als genuinen Teil seiner selbst begreift.

Soweit der Verfassungsstaat die Interessen der einzelnen *Menschen* schützt, kann es sich nur um eine Art von Stellvertretung handeln. Denn im *zivilen* Sinne verfügt immer nur der *Verletzte* über einen Anspruch auf Gerechtigkeit, die aus der Sicht des vor- und überstaatlichen Naturrechts auch die Strafgerechtigkeit miteinschließt. Insofern kann der Staat sich nur auf eine ihm übertragene „*Strafverfolgungsbefugnis*“ berufen und sie dann als eine abgeleitete „Pflicht“ wahrnehmen, die aus seinem Gewaltmonopol und dem Verbot der Selbstjustiz folgt.³⁴³

³⁴² So BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 56 (Hervorhebungen nicht im Original): „Aufgabe des Strafprozesses ist es, den *Strafanspruch des Staates* um des Schutzes der Rechtsgüter *Einzelner* und der *Allgemeinheit* willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten.“

Der Strafprozess hat das aus der *Würde des Menschen* als eigenverantwortlich handelnder Person und dem *Rechtsstaatsprinzip* abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 80, 244 <255>; 95, 96 <140>), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen.“

³⁴³ Sieh erneut zum Begriff des staatlichen Strafanspruchs: Scheffler, Dauer, 1991, 141, der generell von einer „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht. Diesen Gedanken regelt der Staat auch im das Zivilprozessrecht mit dem Einsatz von staatlichen Gerichtsvollziehern für zur Durchsetzung von privaten Ansprüchen.

Soweit der Staat allerdings auf der nächsten Ebene mit den konkreten Rechten und Interessen von Allgemeinheit und Einzelem zugleich auch das *Recht* und die Grundwerte als solche (als Ordnung, als System etc.) schützt, verfolgt er als „Rechtsstaat“ wiederum auch einen *eigenen* Strafanspruch. Jener steht dann aber neben den Strafansprüchen der einzelnen Opfer, und es wäre die Frage zu klären, welchem Anspruch der Vorrang gebührt. Im Hinblick auf die Bedeutung des Individuums in der Demokratie und dessen Recht dürfte der Vorrang dem Strafanspruch der Einzelnen zukommen. Aber gleichgültig, ob es sich um die bloße Strafverfolgungsbefugnis handelt, die dem Staat zusteht oder ob es sich um einen eigenen Strafanspruch des demokratischen Verfassungsstaats handelt, der seine Verfassung schützt, das Gewaltmonopol liegt beim Staat, und der muss es monopolisieren, weil mächtige Einzelne anderenfalls zum Mittel der Gewalt greifen würden.

2. An anderer Stelle war deshalb schon die These aufzustellen: „*Der Staat besteht nicht ohne Strafanspruch*³⁴⁴, aber die Idee der Strafe besteht als Naturrecht ohne den Staat“.

II. Geständnis als versöhnendes Strafoffer

1. Geständnis als Beichte in (semi-) religiöser Verwendung

1. Die semi-religiöse Versöhnungsidee könnte sich aber auch unmittelbar im deutschen Strafprozess und Strafvollzug niederschlagen, und zwar durchaus auch im Sinne eines faktischen *Strafverzichts* oder sogar als ausdrückliche *Strafnachlassvereinbarung*.

Im Mittelpunkt steht dabei das *Geständnis*. Dagegen sind Institute wie der zivile Täter-Opfer-Ausgleich oder die gesonderte Kronzeugenregelung zunächst auszuklammern. Beide setzen zwar in der Regel ein Geständnis voraus und führen ebenfalls zu einer Strafmilderung. Aber sie gehen in ihren Voraussetzungen und Intentionen weit über ein solches hinaus.

³⁴⁴ Zum vorstaatlichen Strafanspruch aus der Strafrechtsgeschichte: Weigend, *Deliktsoffer*, 1989, 28 ff., 191.

Zu beginnen ist mit dem Blick auf die semireligiöse Herkunft und Verwendung des Geständnisses als Beichte, wie auch die religiöse Seite der Idee der Versöhnung eng mit der Beichte und der Reue verbunden ist.

Sprachlich ist der Begriff des Geständnisses eng mit dem Eingestehen als dem Einräumen einer Übeltat verbunden.³⁴⁵

Zur *Beichte* und ihrem so wirkungsmächtigen Umfeld heißt es bei *Wikipedia*

„In der römisch-katholischen Kirche versteht man unter Beichte entweder das Sündenbekenntnis als solches oder den Gesamtvorgang der Spendung des Bußsakramentes. Das Bußsakrament bewirkt die Wiederherstellung der Taufgnade, die für das ewige Leben bei Gott notwendig ist.“

Danach bewirken also die Beichte und die Buße die Gnade des Herrn.

Weiter:

„Für eine gültige Beichte müssen fünf Voraussetzungen gegeben sein: Gewissenserforschung, Reue, guter Vorsatz, Bekenntnis und Wiedergutmachung (Katholischer Erwachsenenkatechismus).“

Diese fünf Merkmale entsprechen dem idealen Geständnis im Strafverfahren. Auch die Alternative, die sehr wohl auch als Warnung oder Drohung wirken kann, gehört zum Hintergrund der Beichte. Das ewige Leben bei Gott ist in Gefahr.

„Somit kann keine wirksame Lossprechung bekommen,

wer keine Reue über seine Sünden empfinden will,

wer die nächste Sünde oder die Gelegenheiten zur Sünde nicht meiden will.“

³⁴⁵ Grimm/ Grimm, Wörterbuch, 1854-1961, Band 5 Sp. 4200: Für das Strafrecht rezipiert von Sicker, Geständnis, 2014, 21 ff., (Etymologische Betrachtungen); 23 ff. (Strafrechtliches Verständnis).

Auch besteht ein dreifaches Sondergebot bezüglich der Feinde, hinsichtlich der fremden Ehre und in Bezug auf den Ausgleich anderen Unrechts. Keine Lossprechung bekomme,

„wer seinen Feinden nicht verzeihen, fremde Ehre nicht wiederherstellen oder anderes Unrecht nicht ausgleichen will, obwohl er es könnte.“

Die Beichte von Sünden bildet im Christentum also den Einstieg in die Sühne und führt zur Versöhnung. Das Geständnis bildet unverkennbar die weltliche Ausprägung der Beichte. Ihrerseits stellen Beichte und Buße eine religiöse Art der demütigen Unterwerfung und der Leistung eines Opfers dar. Aus der Sicht der Verhaltensbiologie löst die demütige Unterwerfung eines Unterlegenen eine „limbische“ Art von Beißhemmung beim Übermächtigen aus.³⁴⁶ Stattzufinden hat das säkulare „Geständnis“ folglich vor den übermächtigen weltlichen urköniglichen Richtern. Jene verfügen in den westlichen Staaten über das Ansehen, das Gewaltmonopol und ein begrenztes Gnadenrecht. In der Demokratie muss das Geständnis auch deshalb, allerdings vorrangig zur Kontrolle der staatlichen Repräsentanten, möglichst öffentlich abgegeben werden. Wie Beichte und Buße lösen dann das irdische Geständnis und das weltliche Sühneangebot den Anspruch auf ein gnädiges Urteil aus. Die freiwillige Strafbuße fällt im Vergleich mit der Strafe für nichttreuige Täter, die sie dann zwangsweise von höchster Hand verhängt erhalten, weit geringer aus.

2. Die „confessio“ bildet die historische Brücke zwischen der Beichte und dem Geständnis. Sie tritt als Schuldbekennnis ansatzweise in der Republik und dann im spätrömischen Strafprozessrecht auf. Dort zeigt sie eine das Verfahren beendende Wirkung und beinhaltet auch eine Art von (Selbst-) Verurteilung. Von *Seneca dem Älteren* (30 v. Chr.) ist bereits der Satz überlie-

³⁴⁶ MacLean, *Mind*, 1978, 308 ff., 326 ff.; MacLean, *Dimensionen*, 1983, 111 ff.; siehe auch: Schurig, *Überlegungen*, 1983, 68 ff. Montenbruck, *Zivilisation*, 2010, 277, Rn. 731.

fert: „*Confessio consentiae vox est*“ (Das Geständnis ist die Stimme des Gewissens).³⁴⁷

Die confessio greift danach Elemente der religiösen Beichte auf und wird als Geständnis zum idealen hochmittelalterlichen Formalbeweis, der unbestreitbar war. Das Gewissen als Teil der Seele war die Brücke zu Gott. Zudem war und ist es auch vernünftig, auf das Geständnis abzustellen. Denn wer, wenn nicht der Täter kennt seine Tat und seine Beweggründe. Das Geständnis war als Beweismittel jedem Zweikampf, jedem Leumundsbeis und jedem Gottesbeweis überlegen. Technische Beweismittel fehlten zudem. Die Folge war, dass das Geständnis zum Idealbeweis werden musste. Wenngleich nur bei Tatverdacht, musste es im nächsten Schritt deshalb auch mit dem Mittel der Folter erzwungen werden können.

Ferner waren Augenzeugen, auch heute noch wichtige Beweismittel, damals keine unabhängigen Personen. Die Menschen galten einzeln, und damit als Augenzeugen, wenig. Sie waren fest in familiären Lehns- und sonstige Treuebeziehungen eingebunden. In der Logik des heutigen Strafrechts hätten den Augenzeugen vermutlich Aussageverweigerungsrechte eingeräumt werden müssen. Denn noch gab es keine Aufklärung, geschweige denn einen bürgerlichen Staat, der die Augenzeugen wie alle anderen Menschen von der Macht der ländlichen Familienverbände, der städtischen Zünfte, den Klosterregeln etc. befreite. Aber es gab den Glauben. Vor Gott hatten alle Menschen ihre Seele und Stimme. So setzte das kirchliche Bußrecht früh schon auf die Freiwilligkeit und die innere Umkehr. Die confessio galt im kirchlichen Denken als eine vom Gewissen getriebenen „Selbstanklage“. Diese Idee strahlte in einer Gesellschaft, die hoch vereinfacht von einer „Zwei Schwerer Lehre“ ausging und die weltliche Gerechtigkeit mit der Göttlichen verband, auf die weltliche Seite aus.

Aus der wirkungsmächtigen kirchlichen Sicht war es ohnehin der weltliche Arm, der am vergänglichen Körper der Menschen die

³⁴⁷ Annaeus Seneca Maior, *Controversiae*, VIII, 1. Zur confessio im römischen Recht, siehe: Kunkel/Schermeier, *Rechtsgeschichte*, 2001, 41 f. Zugleich zu den Wirkungen der Verfahrensbeendigung und der Verurteilung: Soden, *Confessio*, 2010, 175.

irdische Seite der an sich göttlichen Strafe vollstreckte. So war das „Geständnis“, die confessio, im Hochmittelalter *„gleichzeitig auch immer reuige Beichte vor Gott und musste - weil Stimme der Seele und des Gewissens- als bestes Mittel höchster richterlicher Gewissheit dienen“*.³⁴⁸

3. Mit den Ideen der Würde, der Freiheit und der Rechtspersönlichkeit des einzelnen Menschen wandelt sich das Rechtssystem nach und nach zu einem demokratischen. Das mittelalterliche Strafrecht etwa entwickelt sich hin zu einem Diesseitigen und es dient auf der weltlichen Seite auch nicht mehr allein dem Landesschutz. An die Stelle des Inquisitionsprozesses, der zwar Leib und Leben, aber nicht unmittelbar die Seele betraf und nach dem Anfangsverdacht auf Gottes- und Leumundsbeweise ausgerichtet war, tritt nach und nach ein Vernunftrecht ans Licht, das auch auf die Aufklärung des Sachverhaltes ausgerichtet ist.

Auch gewinnt mit diesem Menschenbild und den aufkommenden Bürgerechten der Beweis mittels eines neutralen Augenzeugen an Bedeutung. Der nunmehr ebenfalls als würdiger und vernünftiger Mensch auftritt. Zudem kann der Zeuge nunmehr mit seiner Freiheit für die Wahrheit seiner Aussagen haftbar gemacht werden. Ferner erhielt auch der Täter, der nunmehr auch im irdischen Diesseits als im Willen freier Mensch zu verstehen war, in etwa diejenige Bedeutung, die er als Gläubiger vor Gott schon zuvor besaß und die ihm davor in etwa das römische Recht als Bürgerrecht zuerkannt hat.

Verantwortlich war und ist der aufgeklärte, im Willen freie Mensch nun vor allem in dreierlei Ausrichtung, zunächst einmal sich selbst gegenüber, dann gegenüber Seinesgleichen (den Peers) und zudem dem „demokratischen Recht“ als solchem gegenüber. Dieses „Selbst“, das ihn und Seinesgleichen auszeichnet, zeigt den Menschen im Einzelnen als ein zwar freies, aber auch autonomes oder sittliches Wesen, das sein Verhalten in vernünftiger Weise vor allem an den Höchstideen der Demokratie,

³⁴⁸ So als Schlusssatz in seiner dogmengeschichtlichen Zusammenstellung unter dem Titel „Confessio zwischen Beichte und Geständnis“: Soden, *Confessio*, 2010, 175. Zum Schuldbekenntnis und seinen Begrifflichkeiten im Kirchenrecht, siehe: Bürki, *Schuldbekenntnis*, 1993/2001, Sp. 284 f.

der Gerechtigkeit und der Humanität ausrichten kann. Bei willentlichen Verstößen gegen die Gebote der Demokratie, der Gerechtigkeit und der Mitmenschlichkeit hat dieser Mensch mit seiner Freiheit einzustehen.

Gesteht der Täter in den Demokratien grobe Normverstöße, also solche gegen die Gerechtigkeit, die Mitmenschlichkeit und die demokratischen Normen, so klagt er, als Demokrat und Mitherrscher, *sich selbst* an. Er übernimmt die Verantwortung für sein Tun. Damit zeigt er sich zur Rückkehr zur politischen „Vernunft“ bereit. Um der (vor allem ausgleichenden) Gerechtigkeit und des (positivistischen) Demokratieprinzips Willen, die er beide nunmehr selbst wieder zu achten bereit ist, muss der Täter dann Buße zu Sühne auf sich nehmen. Dann allerdings kann und darf er auch die mitmenschliche Nachsicht von Seinesgleichen erwarten, und zwar in der Art und dem Umfange, die das demokratische Recht dafür vorsieht.

4. Das Geständnis steht aus rechtlicher Sicht zugleich dafür, dass der Straftäter, von dem wir verlangen, dass er bei Rechtskraft seiner Verurteilung als freie Person die Verantwortung für seine Tat übernimmt, diese nun auch tatsächlich für die Straftat tut. Insofern kommt dem Geständnis aus Sicht des *Schuldstrafrechts* und damit aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verankerung in der *Menschenwürde* und in der Eigenverantwortung als Kehrseite der *Freiheit* dogmatisch eigentlich eine herausragende Bedeutung zu. Idealerweise handelt es sich um den Modellfall des Schuldstrafrechts und nicht etwa nur um einen bloßen Sonderfall.

Aber das sozialreale Recht ist anders ausgerichtet. Aus dem Grundsatz des Gesetzlichkeitsprinzips heraus geht das Strafrecht vom jeweils schärfsten Eingriff in Grundrechte aus. Er ist vom Gesetzgeber zu legitimieren. Das Strafrecht regelt also das worst-case-Szenario, dass der Staat dem leugnenden Täter die Tat nachzuweisen hat. Auch der Rechtsstaat geht davon aus, dass den Beschuldigten vor allem im Erkenntnisverfahren keine Rechtspflicht zur Selbstbelastung trifft. Das Strafrecht bedenkt zugleich den Fall, dass dieser möglicherweise unschuldig ist, was ein reuiges Geständnis ebenfalls ausschließt. So sorgen also unter anderem der nemo-tenetur-Grundsatz einerseits und die Unschuldsvermutung andererseits dafür, dass das Geständnis zumindest bis zur Rechtskraft und faktisch auch noch im Strafvollzug eine Sonderstellung einnimmt.

2. Geständnis: als Beweismittel, als Selbstverurteilung und als Teil konsensualer Gerechtigkeit

1. *Rechtsdogmatisch* dagegen hat das Geständnis, wie Sickor in seiner umfangreichen Schrift, die das „reformierte Strafverfahren“ zum Gegenstand hat, belegt, keine eigenständige Rolle erlangt.³⁴⁹ Nur der jeweilige Sinn und Zweck der Normen bestimmen dessen Bedeutung und Zuschnitt. Es fehlt also bislang ein Überbau, der dann jenseits des herkömmlichen Verständnisses des Strafverfahrens zu suchen ist.

Das Geständnis selbst bildet im herkömmlichen deutschen Strafverfahren zunächst einmal ein bedeutendes *Beweismittel*. Damit erwächst eine bestimmte Art von Einlassung des Beschuldigten zu einem „Mittel“. Das Geständnis als solches wird zu einem Werkzeug und erhält eine eigene Objektqualität.

So gesehen erscheint es in seltsamer Weise von der Person und der prozessualen Rolle des Erklärenden getrennt, der doch als Beteiligter am Strafverfahren auftritt. Insoweit gilt er als Rechtssubjekt und verfügt von Verfassungs wegen über den Anspruch, dass die Staatsgewalt seine unantastbare Menschenwürde zu achten hat. Doch sobald der Angeklagte in der Hauptverhandlung öffentlich sein Geständnis wiederholt, verweben sich wieder das objektive Geständnis und die Subjektrolle.

Das Strafverfahrensrecht geht zwar auf diese Doppelstellung mit großen Schutznormen ein wie den Belehrungspflichten und dem Nötigungsverbot, die mit strengen Folgen verbunden sind, §§ 136 ff. StPO und zum Kerngehalt des Rechtsstaates gehören.

Aber das Zwangs- als Selbstbelastungsverbot des Satzes „nemo tenetur se ipse accusare“ (Niemand ist gehalten, sich selbst zu belasten) besagt im Gegenschluss offen, was ein Geständnis typischer Weise zunächst einmal bedeutet: Es findet eine Selbstbelastung statt.

³⁴⁹ Sickor, Geständnis, 2014, 489 (Als Teil seines Ergebnisses... „Eine Reflexion über die *grundsätzliche* Bedeutung des Geständnisses für das reformierte Strafverfahren ist deshalb kaum anzutreffen“ (Hervorhebung im Original).

Um das Geständnis herum legt das herkömmliche deutsche Strafverfahren, das dem Rechtsstaat die Hoheit überträgt (zunächst der Staatsanwaltschaft, dann dem Gericht und dann den Vollstreckungsbehörden) zwar einen Mantel an hoheitlichem Recht. Aber es ist noch ein Schritt weiter zu gehen, es handelt sich nicht nur um eine Selbstbelastung. Mit dem Geständnis ist üblicherweise und somit *faktisch* verbunden, dass der *Beschuldigte sich selbst verurteilt und bestraft* oder wenigstens dabei mithilft.

Aus der klassischen hoheitlichen Sicht eines Rechtsstaats, der für sich mit dem Gewaltmonopol auch einen höchstgelegenen Strafanspruch wahrnehmen will, wird man aus dogmatischer Sicht den Aspekt der *Selbstverurteilung* zumindest weit zurückdrängen, wenn nicht gar leugnen wollen. Aber wer die Beteiligtenrolle und die Subjektstellung des Beschuldigten ernst nimmt, wird zumindest einräumen, dass der Beschuldigte an seiner Verurteilung und damit *an seiner Bestrafung mitwirkt*.

Wie nun seine Mitwirkung einzuschätzen ist, ob nur gleichsam als Gehilfe oder als Mittäter, hängt dabei dem Grundsatz nach von dem Gewicht ab, das man der Beteiligtenstellung im hoheitlichen Rechtsstaat einräumt und wie man den staatlichen Strafanspruch ausdeutet. Wer keinen Strafanspruch hat, kann analog zum Strafrecht zwar auch *von Rechts* wegen nicht als Täter mitwirken, er kann aber als Teilnehmer mitwirken.

Konkret wäre dann auch, die übrige Beweislage mitberücksichtigen. Wer aber seine Tat und sich selbst anzeigt, bedient sich gleichsam des Rechtsstaates als Werkzeug. Das Gericht selbst ist an das Gesetz gebunden, sodass der Beschuldigte sich in derartigen Fällen gleichsam in *mittelbarer Täterschaft* selbst verurteilt.

An der *Mitwirkung* an der eigenen Verurteilung jedenfalls sollte man nicht zweifeln. Hinzu tritt der Umstand, dass der demokratische soziale Rechtsstaat diese Option faktisch und von Rechts wegen jedem Beschuldigten anbietet und jeder Verteidiger mit dem Beschuldigten zusammen darüber zumindest kurz nachdenkt.

Das Schuldprinzip beruht ohnehin vor allem auf der Menschenwürde, also der Subjektstellung, und auf dem Gedanken der Ei-

genverantwortung des Täters. Danach müsste die Idee vom *Angebot der freiwilligen Selbstverurteilung* sogar den Vorrang vor der hoheitlichen Fremdverurteilung genießen.

2. Man solle dann auch nachfragen, was dies für das Wesen des so genannten „staatlichen Strafanspruchs“ bedeutet. Dabei ist diese Frage hier vor allem vom Staat her zu beantworten und zudem die *zivile* Sicht einzunehmen³⁵⁰, dass nur einem Verletzten ein eigener (subjektiver) Anspruch zustehen kann.

Im Kern geht es dem Staat, wie die hoheitliche Vollstreckung in den privaten Zivilsachen zeigt, aber zunächst einmal nur um die Gewährleistung des staatlichen Gewaltmonopols. Er verfügt also, wie *Uwe Scheffler*³⁵¹ zu Recht betont und wie es auch bei *Feltes* zum Teil zu finden ist, (zumindest) über die alleinige „Strafverfolgungsbefugnis“. So weist auch das *Bundesverfassungsgericht* auf den „verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch des Staates auf Strafverfolgung“ hin.³⁵²

Es muss sich also *nicht* wirklich um einen eigenen Anspruch handeln. Analog regelt § 7 II StGB etwa die *stellvertretende Strafrechtspflege* für den Strafanspruch souveräner fremder Staaten gegenüber nicht auslieferbaren deutschen Bürgern, an deren Bestrafung für Taten gegen fremde Interessen im Ausland der deutsche Staat kein unmittelbares eigenes Interesse besitzt, die er

³⁵⁰ Siehe umfassend Feltes, *Strafanspruch*, 2007, 15 ff., der aus der Position des staatlichen Strafanspruchs seine „Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafens“ anstellt. Zum Meinungsstand und zur Tradition der subjektiven oder auch ursprünglich rein zivilrechtlichen Deutung des „staatlichen Strafanspruchs“, etwa als „*ius punendi* (insoweit als ein eher materiellrechtlicher Begriff), siehe Feltes, *Strafanspruch*, 2007, 16 ff., 19 ff., 25 ff. Siehe auch 32 ff. (zur anderen eher hoheitlichen Deutung und dem Gegensatz zum „*ius punendi*“ -über die Betonung des objektiven Rechts- als „*ius poenale*“), Auch Feltes bekennt sich zum Vorrang der rechtssubjektiven Deutung als *ius punendi* (S. 32).

³⁵¹ Ebenfalls grundlegend und im Einzelnen zu Recht kritisch zum Begriff des staatlichen Strafanspruchs: Scheffler, *Dauer*, 1991, 141, der generell von einer „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht.

³⁵² BVerfG 55, 175, 183. Zur Verwendung des Begriffs siehe schon seit langem: BVerfG 51, 176, 199; 51, 324, 347; 57, 152, 161; 64, 261, 294; 74, 358, 371, zudem den Überblick über die Verwendungsweisen bei Feltes, *Strafanspruch*, 2007, 15 ff.

aber für sich auch geschützt sehen will und deshalb innerstaatlich gesetzlich geregelt hat.

Beim „staatlichen Strafanspruch“ dürfte es sich bei diesem zivilen und damit auch allgemein sprachlichen Verständnis des Wortes vom Anspruch auf den zweiten Blick um eine Gemengelage handeln, die sich zumindest auch aus den *Strafgründen* ergibt.

- Der staatliche Strafanspruch besteht zum einen aus einem (*generalpräventiv* begründeten) Anspruch der demokratischen *Allgemeinheit*, und zwar soweit das staatliche Recht als solches verletzt ist. Diesen Anspruch auf Ausgleich setzt der Staat als „erster Diener“ (*maior domus*) der Allgemeinheit für deren Wohl und auch für deren Rechtsgüter stellvertretend für diese durch.

- Soweit er zur *individualpräventiven* Gefahrenabwehr straft, nimmt der Staat einen originären *eigenen Anspruch* wahr. Denn den Schutz seiner Bürger zu gewährleisten, weil er das Gewaltmonopol an sich gezogen hat, bildet eine seiner Hauptaufgaben.

- Daneben übernimmt der demokratische Staat es, inzwischen auch *zivil*, das Aufklärungs- und Strafbedürfnis der *Opferseite* mit zu vertreten. So haben die Strafverfolgungsorgane auch auf den Täter-Opfer-Ausgleich hinzuwirken und die Vertretung der Opferseite im Strafprozess zu achten.

Im Hinblick auf den besonders gewichtigen Ansatz des Tatschuldausgleichs ist zu differenzieren.

- So ist zu fragen, wie denn die Idee des Schuldprinzips und von der *Schuld* her gedacht der Forderung der Strafe zum Schuldausgleich prozessual umzusetzen ist. Hier bleibt, wenn man die Idee der *Eigenverantwortung* ernst nimmt, nur der Weg hin zum dann auch verfassungsrechtlich abgesicherten *Angebot* des strafenden Volkes zur prozessualen Mitwirkung an der *Selbstbestrafung* des Täters. Wer im Prozess *gesteht*, der begibt sich auf diesen Weg.

- Vor allem steckt im Gebot des Tatschuldausgleichs die *Rechtsidee* der materiellen Gerechtigkeit. In seiner Form als *Rechtsstaat* (Art. 20 III) kann der deutsche Staat dann sehr wohl davon sprechen, dass er insoweit und dann auch *vorrangig* ein originäres eigenes Interesse durchsetzt. Das Recht gehört zum Wesen des

Rechtsstaats. Über den Begriff des Rechtsstaats und mit ihm über die Idee der materiellen Gerechtigkeit zu gehen, bildet einen einfachen Weg, um den vor allem staatlichen Strafanspruch zu begründen.

Allerdings kann man auch nachfassen und zwischen dem Staatsbegriff und dem Recht trennen. So meint der Rechtsstaat eine besondere Form von Staat, der als Staat selbst aber vereinfacht aus Staatsgewalt, Staatsvolk und Staatsgebiet besteht und der immer zusätzlich einen geistigen Überbau (eine Staatsräson und eine „politische oder zivile Religion“) erfordert, dem er dient. Zu diesem hier nun zivilen Überbau gehört neben der Demokratie und den einzelnen Grund- und Menschenrechten die *Eigenständigkeit* der Idee des Rechts. Zu ihr zählt etwa auch eine Minimalethik oder die Idee der Gerechtigkeit ebenso wie die Selbstverpflichtung, alle wesentlichen Regelungen von der Ebene der Verfassung an in *Rechtsform* zu treffen.

Derart betrachtet *unterwirft* sich der Rechtsstaat dem *Fundamentalismus* von Recht und Gerechtigkeit. Selbst die erste große westliche Leitidee, die der Demokratie, vermag bei der demokratischen Gesetzgebung den Kerngehalt der Gerechtigkeit, die Minimalethik im Recht, etwa im Sinne der Menschenrechte, außer Kraft zu setzen und zum Beispiel die Sklaverei wiedereinzuführen, modernisierte Hexenverfolgung zu betreiben oder die Folter zur Strafverfolgung wiedereinzusetzen.

So kann der demokratische Staat auch nicht im zivilen Sinne insoweit über den Strafanspruch frei verfügen, wie ein Eigentümer vorgehen und *nach Belieben* übermäßige oder überhaupt keine Strafen verhängen, auch wenn er auf anderer Ebene „Gnade“ üben kann.

Soweit der Strafanspruch sich aus der Gerechtigkeit ableitet, und sie bildet zumal im Rechtsstaat immer noch den Kern der Strafbegründung, handelt es sich um einen *nicht personalen, dafür aber universellen* Anspruch, der aus einer *höchsten Idee* folgt. Man mag insofern von einem *objektiven* Recht zum Strafen sprechen und daraus, falls andere Rechtswege die Gerechtigkeit herzustellen nicht ausreichen, etwa über das Zivilrecht oder das Sozialrecht, auch von einer Pflicht zu strafen und zur Strafverfolgung sprechen. Aber es handelt sich letztlich nicht um einen eigenen Anspruch des Staates (als einfachen Staat), sondern um

einen aus der „objektiven“ *Höchstidee* der Gerechtigkeit auf dem Wege über das Rechtsstaatsprinzip³⁵³ *abgeleiteten* Anspruch.

Mehr noch, auch die *Allgemeinheit*, um deren Rechtstreue es auch geht, beruft sich ebenso auf die *Gerechtigkeit* wie aus ihrer Sicht die individuelle *Opferseite*. Auch der geständige Täter, der an seiner Verurteilung mitwirkt, unterwirft sich in der Regel grundsätzlich wieder dem Recht und damit auch der Idee der Gerechtigkeit, die ihn dann in der Art der Wechselseitigkeit und als Tatschuldausgleich als ein „Übel“ trifft.

Alle Seiten entwickeln dabei eine eigene Vorstellung von der *konkreten Gerechtigkeit*, eingefärbt durch ihr „Wesen“ und ihre Rolle im Prozess:

- als *Staat* mit einem Gewaltmonopol und einer allseitigen Schutzpflicht,
- als mitfühlende *Allgemeinheit* mit einem emotionalen Strafbedürfnis, die aber zugleich den Missbrauch der Strafbefugnis des Staates fürchtet,

³⁵³ Siehe zunächst nur Jahn, *Konsensmaxime*, ZStW 118 (2006), 427 ff., 427 ff.

Vgl. Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/12/rk20141218_2bvr020914.html, Abs. Nr. 34, siehe dort zum Begriff des "staatlichen Strafanspruchs" und mit Bezug zum Rechtsstaat auch den Kontext des Ausnahmefalles der rechtswidrigen Tatprovokation (Hervorhebungen nicht im Original): "In der bisherigen Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde offen gelassen, ob die Mitwirkung eines polizeilichen Lockspitzels bei der Überführung eines Straftäters überhaupt geeignet sein kann, die *Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegen den Betroffenen* zu hindern. Auch der vorliegende Fall erfordert keine Entscheidung dieser Frage. Selbst wenn man ein Verfahrenshindernis aufgrund *rechtsstaatswidriger* Tatprovokation im Grundsatz für möglich erachten wollte, könnte ein derartiges *Verbot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs* nur in extremen Ausnahmefällen aus dem *Rechtsstaatsprinzip* hergeleitet werden, weil das *Rechtsstaatsprinzip* nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an *einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung* schützt.")

- als *Menschen* auf der Opferseite, die auch Aufklärung und nicht nur Vergeltung einfordern und die vielfach ebenfalls traumatisiert sind,
- als *Nächste* des Täters, die sich um Machtmissbrauch und einseitige Ermittlungen sorgen, die nach entlastenden Erklärungen suchen, nach Gnade und Hilfe statt Strafe fragen und vielfach auch mit sozialer Ächtung umgehen müssen,
- als einzelner vom Rechtsstaat beschuldigter *Mensch* und mutmaßlicher Täter mit einem großen Interesse an einer aktiven oder passiven Mitgestaltung des Verfahrens, vielleicht auch in der Form eines Geständnisses.

Sie alle erstreben durchweg -auch- Gerechtigkeit. Lässt sich daraus ein *Konsens* herstellen, so handelt es sich um eine Art von Versöhnung. Bewirkt wird auf diese Weise eine Art von „*konsensualer Gerechtigkeit*“, deren feste Struktur aber die ansonsten vage und „objektive Idee“ von der Gerechtigkeit bleibt.

Maßgeblich ist dafür zwar der *grundsätzliche* Wille aller Seiten zum Konsens, des Staates, der damit einen Teil seiner Hoheit abgibt, sowie der Allgemeinheit, vertreten durch den Staat, die auch den Beschuldigten als Mitmenschen und Rechtssubjekt und nicht als Unmenschen begreift. Erforderlich ist zudem die Einsicht der Opferseite, die den Täter ebenfalls als Inhaber von Bürgerrechten versteht und ihn bis zur Rechtskraft des Urteils als nicht überführt begreifen muss und eben auch der Wille des Täters, an der eigenen Bestrafung aktiv mitzuwirken.

3. Als unabdingbar erweist sich, dass der Beschuldigte sich selbst belastet und seine Tat oder wesentliche Teile von ihr gesteht.

Hier ist dogmatisch anzusetzen. Die gesamte *Konstruktion* des deutschen *Strafverfahrensrechts* lässt sich sehr wohl auch vom Angebot des Geständnisses her denken.

Diese Ideen vom Geständnis, die bislang offenbar *keine besondere wissenschaftliche* Rolle spielen, haben schon lange ihren Niederschlag in den *prozessualen Fragen* der oft verräterischen, weil progressiven Praxis gefunden.

So trennt man in der Strafrechtspraxis schon lange zwischen dem pragmatisch-kommunikativen *Konsens-* und dem rechtstaatlichen strengen *Konfliktverfahren*.³⁵⁴ Der Konsens geht üblicherweise mit einem Geständnis oder zumindest einem Teilgeständnis einher. Aus „ziviler“ Sicht handelt es sich dabei um das *anzustrebende* Verfahren. So verlangt auch der Gesetzgeber inzwischen, den Täter-Opfer-Ausgleich zu fördern, § 155 a StPO, und gestattet es dem Gericht, zwischendurch den Verfahrensstand, vor allem mit Blick auf eine „Verständigung“ gem. § 257 a stopp, zu erörtern.³⁵⁵ Auch der geständige Täter, der an seiner Verurteilung mitwirkt, unterwirft sich in der Regel grundsätzlich und auch ganz konkret der Idee der Gerechtigkeit.

Insofern kann man auch das *Konsensverfahren als das Ideal* begreifen und streitige Verfahren „über alle Instanzen“ als eine Art von *Notverfahren* verstehen. Regel und Ausnahmen wären damit umgekehrt. Dabei handelte es sich zwar auch um einen sozialrealen Aspekt. Eingenommen wäre aber vor allem ein ganzheitlicher vorrangig *außerrechtlicher* und *ziviler* (Präambel)- Blickwinkel.

³⁵⁴ Siehe zunächst nur Jahn, *Konsensmaxime*, ZStW 118 (2006), 427 ff., 427 ff.

Tritt man aber einen Schritt zurück, liegt allem eine Abwägung zugrunde. Dabei ist jeweils – auch – mit zu gewichten, dass und wie möglichst schnell Rechtsfrieden geschaffen werden kann. Verfassungsrechtlich betrachtet greift hier auch der Grundsatz der „Effektivität der Strafrechtspflege“. Das deutsche Verfassungsrecht ist dabei, was die Frage der offenen und kultivierten Abwägung von Werten und Prinzipien angeht, viel weiter fortgeschritten als das idealistische deutsche Strafrecht. Jenes ist aber eigentlich auch nur auf dem Wege, sich ehrlich zu machen und einen Teil der üblichen Praxis zu verrechtlichen. So begrenzt das Bundesverfassungsgericht gelegentlich auch die Wirkungsmacht der Idee der Effektivität, zum Beispiel bezüglich der Untersuchungshaft (BVerfG: zur Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes, NJW 2005, 2289 ff., darüber dürfe nicht „allein nach Gesichtspunkten der Opportunität oder Effektivität der Strafrechtspflege entschieden werden“ – aber offenbar doch auch nach diesen Gesichtspunkten).

³⁵⁵ Zur Verständigung im Strafverfahren und vor allem zum Verständigungsgesetz siehe den Überblick bei Krause, I., *Verständigung*, 2013, 9 ff. (Gesetzesgeschichte), 27 ff. (Überblick über die betroffenen Verfahrensprinzipien), 171 ff. („Rechtsvergleich mit dem anglo-amerikanischen Recht, Spanien, Italien und Frankreich“, die ähnliche Konsens-Lösungen vorhalten, die letztlich aus dem *Parteiverfahren* stammen).

Dennoch ist für das *Verfahrensrecht*, dessen Wesen die rechtsstaatliche Ausrichtung darstellt, vereinfacht das Abwehrrecht gegenüber möglichem Missbrauch der Staatsgewalt als *Hauptlinie* weiter zu verfolgen. Es ist also vor allem als ein Notrecht gemeint.

Aber es ist zu ergänzen, dass der Weg der *Versöhnung* als Teil der vorrechtlichen Idee der Zivilität und die Konkretisierung des Humanismus in der Verfassung also versuchen, das *Geständnis* aufzuwerten. Sie bedienen sich des Grundgedankens der alten *Beichte*, die nach innen eine Reinigung von Schuld und Scham bewirkt und nach außen eine Unterwerfung unter die moralischen Regeln des (nunmehr demokratischen) Oberherrn und die Idee der Gerechtigkeit darstellt. Diese säkulare Beichte ist dann mit der Erwartung von teilweiser Vergebung (Gnade) im Falle von Buße verbunden.

Politisch müssen die Familien- und Freundeskreise nicht nur des Opfers befriedigt, sondern auch diejenigen des Täters Beachtung erfahren und zum allgemeinen Wohl in der Gesamtgesellschaft gehalten werden.

Herunter gebrochen auf das Strafrecht lauten die Leitthesen:

Die Praxis und das gesetzte Recht sind, wie so häufig im Verfahrensrecht, der Dogmatik vorausgeeilt. Auch die *Strafrechtswissenschaft* sollte die Faktenlage anerkennen, sie deuten und dabei schlicht dogmatisch komplexer ansetzen. Aber sie sollte gleichwohl die Haupt- und Nebenrollen möglich klar trennen. Die Gesetzgebung zur Vereinbarung im Strafverfahren gem. § 257 c StPO und die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* dazu geben bereits gute Handreichungen.³⁵⁶

Die aufgeklärte deutsche Leitidee des reformierten hoheitlichen Ermittlungs- und Gerichtsprozesses stellt im 19. Jahrhundert einen großen Fortschritt dar, in dem er nunmehr mithilfe des übermächtigen Rechtsstaates und seiner Leitidee der Gerechtigkeit nach der absoluten Wahrheit strebte.

³⁵⁶ Siehe zunächst nur allgemein das Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm,

Doch ist er inzwischen um gleich *drei* weitere Unterelemente angereichert.

So zwingen sich seit langem schon, und zwar auch mit dem „fairen Verfahren“ und einer gestärkten und frühen Verteidigung der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 7) Elemente des zivilen oder auch adversatorischen³⁵⁷ (Partei-) Verfahrens in das hoheitliche Strafverfahren. Die Subjektrolle des Beschuldigten wird damit nicht nur gegenüber den (exekutiven) Ermittlungsorganen, sondern auch gegenüber dem unbefangenen Gericht gestärkt.

Zudem bezieht das öffentliche Strafverfahren den *Opferschutz* mit ein. Die Subjektstellung des Opfers erhält den Rang und das Angebot einer Nebenrolle. Das Geständnis eröffnet, ohne und mit dem Täter-Opfer-Ausgleich, zudem eine Art von *Sonderbußrecht*. Die Opferseite tritt als eine Art von dritter Partei ein, die das Angebot zur Versöhnung konkretisiert, symbolisiert und auch verwaltet. Auch der Beschuldigte erfährt Mitgefühl, wenn dieses auch für die Opfer eingefordert wird. Das Strafverfahren wird *menschlicher*.

Ferner erwächst dem Gericht eine erhöhte *Fürsorgepflicht* zugunsten der nicht gesondert anwaltlich vertretenen *Öffentlichkeit*. Deren demokratische Kontroll- und Informationsrechte müssen zumindest außerhalb von Bagatelldelikten gewahrt bleiben.

Insgesamt liegt es also nahe, den vorrechtlichen und vorstaatlichen Begriff der *Versöhnung* zu aktivieren. Man kann auch von einer „*Ethisierung des Rechts*“ sprechen³⁵⁸, die über die stärkere

³⁵⁷ Sickor, Geständnis, 2014, 397 (adversatorische und inquisitorische Prozessmodell,) 498 f. (das inquisitorische als das „Normalverfahren“).

³⁵⁸ Unter dem Titel „Ethisierung des Rechts/Ethics and Law - The Ethicalization of Law - Grundlagen, Gefahren und Chancen in interdisziplinärer Perspektive“ siehe das Symposium von 2011 und den Sammelband, den das deutsche Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht im Jahre 2011 veröffentlicht hat. Zum Unbehagen (letztlich des Rechts und seiner Vertreter darüber) siehe aus dem Sammelband „Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts/Ethics and Law - The Ethicalization of Law“, das Vorwort von Vöneky, Vorwort, 2013, V ff., V.

Personalisierung zu einer zusätzlichen *Humanisierung* des ansonsten weiterhin rituellen Strafverfahrens führt.

Dabei nehmen die Staatsanwälte, die Strafverteidiger, die Opferanwälte und das Gericht vor, in und neben dem Hauptverfahren *Stellvertreterrollen* wahr, die auch der Vermittlung und damit in diesem Sinne auch der *Mediation* dienen.

3. Geständnis und seine mildernden Strafrechtsfolgen

1. Wie wird und wie darf, so lautet die konkrete Frage, die *Strafrechtspraxis* der heutigen deutschen Gerichte mit einem „voll geständigen und wirklich reuigen“ Täter verfahren?

Inzwischen scheint in der deutschen Rechtspflege eine Art von *Paradigmenwechsel* stattgefunden zu haben, indem die alte eher heimliche große Berücksichtigung von Geständnis und Reue nunmehr offen stattfinden kann, und zwar nachdem die Vereinbarung im Strafverfahren gem. 257 c StGB auch vom Bundesverfassungsgericht akzeptiert worden ist. So erklärt *Fischer*, wenn gleich kritisch in seinem weit verbreiteten Praktikerkommentar³⁵⁹, es „erscheint...als sei die Geständnisbereitschaft des Beschuldigten *zum geradezu zentralen Strafzumessungsgesichtspunkt* aufgestiegen... Zeitersparnis und „praktische Erleichterung“ gelten aus sich selbst heraus als gewichtige Gründe“.

Aber zunächst ist einmal das Faktum des großen Gewichts für die Praxis festhalten. Dann jedoch auf der dogmatischen Ebenen zu vermuten, dass das große Gegengewicht der *strengen moralische Gerechtigkeit* des Tausgleichs erheblich geringer geworden zu sein scheint und es also weit weniger an Sperrwirkung bereit zu stellt. Parallel dazu erscheint die Bedeutung des Bruchs „*hoheitlichen staatlichen Rechts*“ gesunken und dafür das „*liberale Gewicht von Täter und Opfer*“ gestiegen zu sein, und zwar ohne dass aus der empirischen individualpräventiver Sicht die *Gesamtkriminalität* deshalb erkennbar gestiegen ist.

³⁵⁹ Ausführlich und kritisch zur Rechtsprechung Fischer, Strafgesetzbuch, 2016, § 46, Rn. 50..

Vielmehr meint „Zeitersparnis“ auch, dass zumeist sofortiger *Rechtsfrieden* eintritt und das ökonomischer Argument steht unter dem Schutz des Verfassungsprinzips der *Effektivität der Strafrechtspflege*.

Vor diesem Hintergrund sind zur Rechtfertigung für die Strafmilderung die herkömmlichen Strafbegründungen durch zu gehen. Zu fragen, wie sie im Lichte dieser faktischen Entwicklung zu deuten sind.

- Aus der Sicht der Schuldstrafe handelt es sich, jedenfalls von außen und aus der Laiensicht betrachtet, um eine Art der immerhin teilweise wirksamen „*Entschuldigung*“ nach außen.
- Das reuige Geständnis spricht dafür, dass der Täter bereits in die Phase der *persönlichen Verarbeitung seiner Schuld* eingetreten ist.
- Zudem *unterwirft* sich der Täter mit Reue und Geständnis öffentlich in der Hauptverhandlung der staatlichen *Rechts-* und der dahinterstehenden *Werteordnung*.
- Die Straffidee der *Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit* erlaubt ebenfalls eine mildere Strafe. Denn der Täter bildet kein „lebendiges Beispiel“ mehr für die Verleugnung der geltenden Rechts- und Werteordnung.
- Ebenso scheint die *Resozialisierung* bereits ohne die Einwirkung des Strafvollzuges vom Täter selbst in die Wege geleitet, so dass in der Regel zumindest eine günstigere Rückfallprognose geboten ist.

Der quantitative Strafnachlass, den die Judikative in Deutschland gewährt, wie das *Bundesverfassungsgericht* jüngst, jedenfalls für die formelle Vereinbarung im Strafprozess, hat empirisch ermitteln lassen, liegt nach Auffassung der beteiligten Juristen als „*Strafrabatt*“ ... zumeist zwischen 25 % und 33,3 % der wahrscheinlich zu erwartenden Strafe nach „*streitiger*“ Verhand-

lung“.³⁶⁰ Damit ist auch der Rahmen für ein sonstiges Geständnis vorgegeben, etwa eines, das der Täter gleich bei seiner Ergreifung abgegeben hat, bei dem er ordnungsgemäß belehrt auf einen Verteidiger verzichtet hatte.

Soweit das *Bundesverfassungsgericht* in seinem Absprache-Urteil dabei das Wort „Strafrabatt“ verwendet, deutet es dasselbe an, was auch im Begriff „Strafnachlass“ steckt. Es handelt sich offenbar um einen Verzicht auf die an sich verwirkte Strafe.

2. Die üblichen *Strafrechtsfolgen* des Geständnisses sind, zum Teil schon seit längerem:

Beachtliche Strafmilderung der Schuldstrafe: So werden die Strafgerichte die Strafe für einen „geständigen und reuigen Täter“ – auch ohne jede gesonderte prozessuale Vereinbarung – in nicht unerheblichem Maße *mildern* und zu mildern haben.³⁶¹

³⁶⁰ Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, Abs.-Nr. 49: „Der „Strafrabatt“ nach einem im Anschluss an ein absprachegemäß abgelegtes Geständnis liegt nach Angaben der Befragten zumeist zwischen 25 % und 33,3 % der wahrscheinlich zu erwartenden Strafe nach „streitiger“ Verhandlung.“ Diese Quote gilt zwar nicht als eine Regel, die bei einer Abweichung von ihr im Einzelfall mit der Revision zu rügen ist, weil die Abweichung nicht oder nicht hinreichend begründet sei, aber sie bildet eine Art von Faustformel. Dazu Schäfer / Sander / van Gemmeren, Praxis, 2012 , Rn 680; BGH v. 20.10.2010 – 1 StR 400/10, NStZ 2011, 592 (594).

³⁶¹ Legt der Angeklagte ein Geständnis ab, so stellt dies regelmäßig einen zu seinem Vorteil erheblich ins Gewicht fallenden bestimmenden Strafzumessungsgrund dar, auch wenn seine Gewichtung unterschiedlich sein kann, so BGH v. 28. 8. 1997 – 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195 (209). Siehe auch Stree/Kinzig, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2014 , § 46, Rn 41 b.(„strafmildernde Wirkung eines Geständnisses *jedenfalls dann gegeben, wenn es auf eine geringe Tatschuld, auf Einsicht in das begangenen Unrecht, und auf eine Distanzierung von der Tat sowie auf Reue schließen lässt*“ (Anmerkung: Dieser Gedanken spiegeln, die wohl herrschende Meinung, aber die Rechtsprechung, auf die hier vor allem abzustellen ist geht über diesen Idealfall hinaus weiter, so etwa erklärt auch Kinzig unter Hinweis auf BGH NStZ 2000, 366) „Selbst ein nicht auf Einsicht und Reue abgelegtes Geständnis kann nach der Rechtsprechung dazu angetan sein, *zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens beizutragen*

Ausgangspunkt sind „Schuld und Sühne“. So heißt es in der Kernnorm für die Strafzumessung, § 46 I Satz 1 StGB: „*Die Schuld ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*“, und das *Bundesverfassungsgericht* weist dem Schuldprinzip zudem Verfassungsrang zu.³⁶² Jeder, zumindest jeder erhebliche Strafnachlass muss also, mit welcher strafrechtlichen Konstruktion auch immer, die Schuld des geständigen Täters und damit auch eine Art von Sühne beinhalten.

3. *Strafvollzug*. Begründete Aussichten auf weitere Vergünstigungen treten allerdings auf der Ebene des Vollzuges hinzu:

- So wird und muss der spätere Vollzugsplan diesen Gesichtspunkt als einen Schritt zur Resozialisierung mitberücksichtigen. Der Einstieg des Gefangenen in den Vollzug ist damit ein günstigerer.
- Vollzugslockerungen bis hin zum offenen Vollzug eröffnen sich diesem mutmaßlich ungefährlicheren Strafgefangenen als bald.
- Schließlich kann aus demselben Grunde auch die Freiheitsstrafe, die an sich vom Schuldrahmen eingengt ist, bei einer güns-

und eine Genugtuungswirkung für das Opfer wie auch für die Allgemeinheit zu entfalten“ (Hervorhebung nicht im Original).

³⁶² So BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 56 (Hervorhebungen nicht im Original):

Der Strafprozess hat das aus der *Würde des Menschen* als eigenverantwortlich handelnder Person und dem *Rechtsstaatsprinzip* abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 80, 244 <255>; 95, 96 <140>), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen.

Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des *wahren Sachverhalts*, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 118, 212 <231>; 122, 248 <270>; 130, 1 <26>). Dem Täter müssen *Tat und Schuld* prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 74, 358 <371>). Bis zum Nachweis der Schuld wird seine *Unschuld vermutet* (vgl. BVerfGE 35, 311 <320>; 74, 358 <371>).“ Siehe auch BVerfG, 2 BvR 1119/05 vom 9.7.2009, Absatz-Nr. (1 - 52), Abs.-Nr. 43.

tigen Rückfallprognose um ein Drittel reduziert und zur Bewährung ausgesetzt werden, §§ 57 ff. StGB.

4. *Ermittlungsverfahren*. Auch auf der prozessualen Schiene vermindert das Geständnis die Lasten, die ein Beschuldigter typischerweise auf sich zu nehmen hat. Schon während des Ermittlungsverfahrens wirkt sich ein frühzeitiges Geständnis zum Vorteil des Beschuldigten aus. In der Regel können die Ermittlungsbehörden dann auf schwere und faktisch schon stigmatisierende Grundrechtseingriffe verzichten. Dazu gehören die zwangsweisen Vorführungen, die Befragungen von Zeugen aus dem Nahfeld des Verdächtigen, die Beschlagnahmen und Wohnungsdurchsuchungen.

Vor allem aber wirkt sich ein Geständnis im Ermittlungsverfahren im Hinblick auf die drohende *Untersuchungshaft* aus. Der Haftbefehl wegen Verdunklungsgefahr ist in der Regel nicht mehr geboten, §§ 112 ff. StPO. Bei dem geständigen Täter, der sich stellt, ist üblicherweise auch die Fluchtgefahr gemindert.

Ein Geständnis während der Untersuchungshaft kann vor allem bewirken, dass der Haftrichter einen bereits vollstreckten Haftbefehl, der auf Flucht- oder Verdunklungsgefahr beruht, aufhebt oder, wie für die Praxis besonders relevant³⁶³, ihn außer Vollzug setzt, § 116 StPO.

Vollstreckungshaft.³⁶⁴ Nach dem rechtskräftigen Urteil muss sich die Strafhaft ferner auch nicht sofort anschließen. So bedarf es in diesen Fällen aus Sicht der zuständigen Staatsanwaltschaft häufig nicht mehr der unmittelbaren Ladung zum Strafantritt.³⁶⁵ Der Verurteilte kann dann seine Angelegenheiten in Ruhe regeln. Aus

³⁶³ Meinen, *Untersuchungshaft*, 2008, 321 ff., IV, Rn. 106 („...kommt in der Praxis eine *überragende Bedeutung* zu.“- Hervorhebung im Original).

³⁶⁴ Dazu aus der Sicht der Praxis: Meinen, *Strafvollstreckung*, 2008, 1127 ff., XII Rn. 28 ff., 54 ff., 81 ff. (Zur gnadenweisen Unterbrechung nach Landesrecht).

³⁶⁵ Zur Ladung eines Verurteilten, der sich auf freiem Fuß befindet, mit Fristsetzung siehe ebenfalls: Meinen, *Strafvollstreckung*, 2008, 1127 ff., XII Rn. 45 ff. (zumindest eine Woche zur Ordnung der eigenen Angelegenheiten).

organisatorischen Gründen ist Aufschub zudem möglich, wenn nicht die „öffentliche Sicherheit entgegensteht“, § 455a, eine Bewertung der Strafverfolgungsbehörden auf die auch das Geständnis erheblichen Einfluss hat (vgl. auch § 456 StPO, der eine allgemeine Kann-Regelung für den Aufschub bei wichtigen Gründen vorsieht wie etwa dem Schulabschluss).

Jeglicher Aufschub bedeutet zugleich auch, dass der Täter sich bis zum Beginn des Strafantritts durch straffreies Verhalten noch weiter in Freiheit „bewähren“ kann. Damit beeinflusst der Verurteilte die Art der Vollstreckung seiner Strafe,

Bewährt sich der Verurteilte in der Zeit bis zum Strafantritt, so kann auch dieser Umstand den *Vollzugsplan* und über ihn die Vollzugsart etc. mit beeinflussen. Denn Vollzugslockerungen bis hin zum Freigang setzen eine günstige Rückfallprognose voraus.

Auch steigert der Beschuldigte durch sein Geständnis wie durch gute Führung nach der Tat noch seine Aussicht auf einen *gnadenweisen Straferlass*, den jedes Landesrecht wie schon zu Zeiten der absoluten Herrscher noch zusätzlich vorsieht.³⁶⁶

4. Gründe der Strafmilderung und Elemente eines informellen Sühnevertrages

1. Nunmehr ist die Frage zu stellen, ob oder inwieweit es sich bei einem Geständnis, das Strafmilderung und andere günstige Strafrechtsfolgen auslöst, nicht zumindest auch um einen *verdeckten gesetzlichen Sühnevertrag* handelt.

Nahe liegt es für den *deutschen Rechtskreis*, der im Strafrecht vorrangig auf die Gewährleistung objektiver Gerechtigkeit setzt und damit die angloamerikanische Vorrangstellung des Autonomieprinzips ablehnt, aus rechtlicher Sicht von einer besonderen Art eines öffentlich-rechtlichen *Mischvertrag* auszugehen.

³⁶⁶ Meinen, *Strafvollstreckung*, 2008, 1127 ff., XII Rn. 91 ff. („Bewährt“ sich der Verurteilte nach der Entlassung auf Grund von § 455a StPO, kann dies in einem späteren Gnadenverfahren zum Straferlass führen“).

Dabei liegt dann im Geständnis des Beschuldigten der Verzicht auf die Geltendmachung seines Grund- und Menschen Rechts auf die *Selbstbelastungsfreiheit*.

Dabei ist zu versuchen, zunächst noch einmal die formelle Vereinbarung gemäß § 257 c StPO auszuklammern, auch wenn die aussagekräftige Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* zum Rechtsstaatsprinzip diesen Fall oder die Entscheidung zum *Schuldprinzip* die Sicherungsverwahrung betrifft.

Wichtig ist zunächst aber, dass für das Strafrecht alle vier großen Ideen eng miteinander verbunden sind, und zwar

- das straftheoretische Schuldprinzip,
- die ethische Idee der Gerechtigkeit,
die politische Idee der Gleichheit und
- das allgemeine Rechtsstaatsprinzip.

Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: *„Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (...) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (...). Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen auch im Schuldgrundsatz aufgenommen.“*³⁶⁷

Gerechtigkeit im Hinblick auf die Schuld meint dabei den Ausgleich der Schuld durch Strafe. Zudem soll die Schuldstrafe für alle Täter gleichermaßen gelten.

Hinzu tritt ein fünfter Aspekt. So ist mit allen vier Ideen auch die Forderung verbunden, dass im gesamten Erkenntnisverfahren grundsätzlich die „objektive“ Wahrheit von „objektiven“ Straf-

³⁶⁷ So in seinem Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 55.

verfolgungsorganen zu ermitteln ist und die gerechte Schuldstrafe allein von diesem Sachverhalt abhängig sein soll.³⁶⁸ Der Amtsermittlungsgrundsatz, § 244 II StPO, das Legalitäts- und das Akkusationsprinzip, die zur Anklage verpflichten und ein neutrales Gericht verlangen, stehen unter anderem für diese objektive Sicht, vgl. §§ 151 ff. StPO.

2. Negativ gelesen geht es aus der straftheoretischen Sicht des Schuldprinzips also grundsätzlich zum einen, wenn auch immer mit Ausnahmen, nicht um ein am Zivilrecht und am Zivilprozess angelehntes privates oder auch „subjektives“ *Aushandeln der Schuld und der Schuldstrafe*, des Sachverhalts und der Bewertung desselben, etwa zwischen dem Staat und dem Beschuldigten. Zum anderen ist damit ebenso prinzipiell, wenn auch mit Ausnahmen, auch die soziale oder „kollektive“ *Zuschreibung der Schuld* ausgeschlossen, wie es aus *generalpräventiver* Sicht naheliegt, etwa wenn das Strafziel vorrangig in der Erhaltung der Rechtsreue der Allgemeinheit gesehen wird und mit der Strafe vor allem die Abwehr von sozialen Feinden betrieben werden soll (Feindstrafrecht).

Angelpunkte des deutschen Strafrechts sind also in diesem Sinne „Schuld und Sühne“. So heißt es in der Kernnorm der Strafzumessung, § 46 I Satz 1 StGB: „*Die Schuld ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*“, und das *Bundesverfassungsgericht* weist diesem, wie gezeigt, Verfassungsrang zu.

³⁶⁸ So BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 56 (Hervorhebungen und Absätze nicht im Original):

Der Strafprozess hat das aus der *Würde des Menschen* als eigenverantwortlich handelnder Person und dem *Rechtsstaatsprinzip* abgeleitete Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 80, 244 <255>; 95, 96 <140>), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen.

Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des *wahren Sachverhalts*, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 118, 212 <231>; 122, 248 <270>; 130, 1 <26>). Dem Täter müssen *Tat und Schuld* prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden (vgl. BVerfGE 9, 167 <169>; 74, 358 <371>). Bis zum Nachweis der Schuld wird seine *Unschuld vermutet* (vgl. BVerfGE 35, 311 <320>; 74, 358 <371>). Siehe auch BVerfG, 2 BvR 1119/05 vom 9.7.2009, Absatz-Nr. (1 - 52), Abs.-Nr. 43.

Daraus folgt, dass jeder, zumindest jeder erhebliche Strafnachlass, mit welcher strafrechtlichen Konstruktion auch immer die Schuld des geständigen Täters und damit auch eine Art von Sühne beinhalten muss.

Was bedeutet diese Sicht aber für das Geständnis? Die zunächst wohl evidente *These* lautet, dass das ideale volle Geständnis und die glaubwürdige Reue des Täters einen beachtlichen *Strafnachlass* und sonstige positive Rechtsfolgen nach sich ziehen müssen.

3. Nunmehr aber beginnen die Probleme, die der (deutsche) Blickwinkel des Rechtsstaates mit sich bringt.

Auf den zweiten Blick und aus der hoheitlichen Sicht des *Rechtsstaates* handelt es sich beim Strafnachlass nämlich *nicht* um eine Art von *Geschäft* mit dem geständigen Täter und auch nicht um einen (kollektiven) Gnadenakt der Allgemeinheit vertreten durch den Staat. Vielmehr lässt der Täter mit seinem Geständnis eine neue Situation entstehen. Der Rechtsstaat hat sie gesetzlich schon grob als strafmildernd vorbewertet, und zwar, weil es sich bei einem Geständnis um ein für die Strafzumessung relevantes „*Verhalten nach der Tat*“ im Sinne des § 46 II StGB handelt. So wie der Täter mit seiner Tat die „automatisch“ gesetzlich vorherbestimmte Strafe und deren Strafraum auslöst, so bewirkt er mit dem Nachtatverhalten *Geständnis* eine Strafmilderung. Das Gericht gewährt aus der Sicht des Rechtsstaates also keinen Strafnachlass. Es stellt vielmehr nur die jeweilige Rechtslage fest und bewertet pflichtgemäß die konkreten Umstände einschließlich des Nachtatverhaltens.

Feinsinnig heißt es dabei in der Leitnorm der Strafzumessung § 46 I StGB: „*Bei der Zumessung wägt das Gericht, die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab*“, und zwar „*namentlich*“ eben auch „*sein Verhalten nach der Tat*“. Innerhalb der Abwägung erscheint das Geständnis also als ein „strafmildernder Umstand“, der üblicherweise auch ausdrücklich so benannt wird und im Urteil als solcher zu erscheinen hat, § 267 III StPO. Das Gericht hat die Umstände anzuführen „welche für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind“.

Dennoch, so ließe sich einzuwenden, könnte es sich aus der Sicht des Täters um eine Art von „gesetzlichem Vertragsangebot“ han-

deln, das er mit seinem Geständnis auch konkludent annimmt. Denn das Nachtatverhalten des Geständnisses betrifft eigentlich nicht mehr die Tatschuld, sondern einen *gesonderten Akt* des Täters, post factum.

So steckt schon im Wort von der Straf-Milderung die Idee des Strafnachlasses gegenüber einer hypothetischen Ausgangsstrafe, die der Täter eigentlich mit der Straftat selbst verwirklicht hat. Diese Sichtweise von einem nachträglichen Strafnachlass seitens des Staates entspricht vermutlich zumindest der Sicht der einfachen Staatsbürger als Strafrechtslaien.

Die Binnenlogik des idealen *Tatschuldstrafrechts* sieht aber das Problem der Zweiaktigkeit von Tat und Nachtatverhalten, und mit dem Wort vom „Verhalten nach der Tat“ zeichnet sich auch die Lösung ab, das Nachtatverhalten mit der Tat selbst zu verbinden.

Zunächst einmal zwei Modelle bieten sich an, die am besten beide miteinander zu verschmelzen sind. Zum einen zieht man sich auf das Gesetz zurück und versteht das Nachtatverhalten als Teil der erweiterten „Strafzumessungsschuld“ des Täters, §§ 46, 54 StGB.³⁶⁹ Denn die Schuld bildet die „Grundlage“ der Strafzumessung, sodass alle Gründe, die die Strafe maßgeblich beeinflussen Schuld-elemente sein müssen, und zwar nicht nur wegen der Formulieren des Schuldgrundsatzes in § 46 I Satz 1 StGB, sondern auch wegen des Verfassungsranges des Schuldprinzips. Aus dem Wort Nachtat ergibt sich dann eine Art von „erweiterter Tatschuld“.

Zum anderen kann man auch insofern auf den Grundgedanken der Schuldstrafe zurückgreifen, als dass man für den Grad der Vorwerfbarkeit auch die „Person“ des Täters mitberücksichtigt. Dessen Einstellung zum Recht und dessen Gefährlichkeit sind

³⁶⁹ Zur komplexen strafrechtswissenschaftlichen Dogmatik siehe Schäfer / Sander / van Gemmeren, Praxis, 2012, zum Geständnis als mildernden) *Handlungsunwert*: Rn 679. Zur gesonderten *Strafzumessungsschuld*, Rn 1700. Zum *Nachtatverhalten* allgemein Rn. 640 ff, 667 ff. Zudem m Hinblick auf die Höchststrafe für den Mord, ausführlicher: Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff., unter anderem 380 ff.

eben dann auch (rückwirkend) anhand des nachträglichen Geständnissen zu ermitteln und mitzubewerten. Bei der Tat selbst war der Täter also jemand, der in seinem Wesen die Fähigkeit zu Geständnis und Reue in sich trug. Das Nachtatverhalten bildet also ein Indiz für die Einstellung des Täters bei Begehung der Tat (personenbezogene *Indizlösung* mit Rückwirkungscharakter).³⁷⁰

Mit beiden Konstruktionen, die auch gut miteinander kombiniert werden können, wandelt sich das Verständnis vom Strafnachlass. Die mildere Strafe wird zur gerechten und der Schuld angemessenen. Die Strafe, auf die das Gericht erkennt, beinhaltet danach also *keinen gesonderten Strafnachlass* mehr, sondern nur seine ihm von Gesetzes wegen oder als Person angemessene Schuld-Strafe.

Am Ende bleibt es dennoch beim Widerspruch zwischen Laiensicht und Gesetzesrecht.

Denn aus der zivilen Sicht des Demokraten löst der Täter mit seinem Geständnis, das er erst nach der Tat abgibt, eine Strafmilderung aus und kann sich damit die (erheblich) mildere Strafe „erkaufen“. Gesetz und Rechtsprechung haben aus der Sicht des Laien diesen „Preis“ als Belohnung ausgesetzt.

³⁷⁰ Dazu Stahl, Strafzumessungstatsachen, 2015, 169 ff („Indizkonstruktion“ der Praxis), sowie Schäfer / Sander / van Gemmeren, Praxis, 2012, 641 („Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedient sich insoweit... der „Indizkonstruktion“. Danach sind auch Umstände, die vor oder nach der Tatbestandsverwirklichung liegen, bei der Strafzumessung unter Schuldgesichtspunkten zu berücksichtigen, wenn und soweit sie „in einem *inneren Zusammenhang* mit dem konkreten Schuldvorwurf stehen“ (unter Hinweis auf: BGH NJW 1979, 1835; NStZ 1984, 259; StV 1984, 21; siehe auch BGH NStZ-RR 2002, 364.) ...und deshalb *Schlüsse auf den Täter und seine Einstellung zur Tat* zulassen. Diese Auffassung erscheint vor allem psychologisch plausibel, denn die Tat steht niemals allein; sie lässt sich nur vor dem *Hintergrund der ganzen Täterpersönlichkeit* durch eine *Gesamtwürdigung* bewerten.“). Damit verwenden auch sie den entscheidenden Begriff der „Täterpersönlichkeit“, die offenbar als ein Kontinuum Haupttat und Nachtat verbindet, und erklären den Sinn auch mit der „Psyche“, indem sie auf die Psychologie verweisen. (Hervorhebungen nicht im Original).

Aus der Sicht des *Rechtsstaates* aber kann es kein „Preis“ für ein Geständnis sein, weil ja seine Strafe (angeblich) seiner Tatschuld angemessen ist, weil auch das Nachtatverhalten und die Person des Täters bei der Bemessung der Schuldstrafe mit zu berücksichtigen ist.

Mit der Konstruktion der Rückwirkung vermeidet das staatliche deutsche Strafrecht, das dem öffentlichen Recht zugehört, die zivilrechtliche Sichtweise, dass es sich um einen *von Gesetzes wegen* angebotenen *Sühnevertrag* handelt.

4. Eine dritte Lösung bildet die „Wiedergutmachungslösung“, mit der der Täter sich nachträglich „entschuldigt“. Diese Deutung erlaubt das Gesetz ebenfalls, denn es nennt als ein typisches Beispiel für das Nachtatverhalten des Täters „*sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen*“, § 46 II StGB.

Mit dem Rechtsstaatsprinzip ist dieser Ansatz immerhin dann zu vereinbaren, wenn man mit diesem Gedanken *pragmatisch* umgeht und ihn als eine Leitidee betrachtet, die eben auch *Ausnahmen* für dann besonders zu begründende Sachverhalte zulässt. So stellt sich als der *gesetzliche Regelfall* als derjenige des „worst case“-Denkens dar, dass ein beschuldigter Mitbürger und würdiger Menschen nicht gesteht und dass ihm die Tat, derer er beschuldigt wird, von Seiten des Rechtsstaates prozessordnungsgemäß nachgewiesen werden muss. Auf diesen Fall sind Gesetz und Recht im Straf- und im Strafverfahrensrecht ausgerichtet. Die Verfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention gehen sogar noch weiter und haben auch den Missbrauch des Strafrechts seitens des Staates im Blick.

Für den Gedanken des Strafnachlasses greift das Rechtsstaatsprinzip dann erst wieder, wenn es zu Lasten des einzelnen Beschuldigten intendiert missbraucht wird, etwa um ihn zum Geständnis zu nötigen oder wenn die Idee des Strafnachlasses durch massenhaften Missbrauch dazu dient, die Leitidee des Rechtsstaates auszuhöhlen, wie das *Bundesverfassungsgericht* es bezüglich der „Vereinbarung“ im Strafprozessrecht zu prüfen für notwendig befunden hatte.

Unter diesem Aspekt einer *Ausnahmeregelung* ist der Gedanke der Wiedergutmachung durch ein Geständnis dann weiter zu verfolgen. Zu fragen ist, inwieweit denn aus diesem Nachtatverhalten bestimmte Arten von *Wiedergutmachung* herauszulesen sind. Dabei ist nach Adressaten zu trennen:

Aus der Sicht des hoheitlichen *Rechtsstaates*, sei es aus eigenem staatlichen Strafanspruch, als zur alleinigen Strafverfolgung befugtes Organ oder aus beiden Gründen, *unterwirft* sich der Täter mit dem Geständnis (wieder) der Rechtsordnung,

Gegenüber der *demokratischen Gesellschaft* übernimmt der Täter (teil-) freiwillig den *sozialen Makel*, der mit der Tat verbunden ist und den das Gericht mit dem Schuldspruch ausspricht. Damit sühnt er insofern seine Tat, indem er den Makel trägt und erträgt. Auch erklärt er sich mit dem Geständnis typischerweise bereit, eine allerdings geminderte Strafe (teil-) freiwillig auf sich zu nehmen.

Zudem begibt sich der Täter sofort teil-freiwillig auf den Weg zu seiner *Re-Sozialisierung* im Vollzug, um zum eigentlichen Vollzugsziel (vgl. § 2 StVollzG) aktiv beizutragen. Mit dem Geständnis allein ist dieses Ziel zwar nicht erreicht. Die Prognose Gefährlichkeit besteht fort, aber die Rückfallgefahr erscheint immerhin gemindert. sodass bei schweren Gewalttaten nur, aber immerhin die begründete Aussicht auf gelockerten Vollzug angezeigt sein wird. Bei mittelschweren Taten liegt aus denselben Gründen die Strafaussetzung zur Bewährung nahe, oder es ist auch nur noch die Verhängung eine bloße Geldstrafe angezeigt und sei es auch nur als Umwandlung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe, § 47 StGB.

Diese Art der aktiven Sühne richtet sich also zumindest an den Rechtsstaat und an die Gesellschaft der Mitmenschen und Demokraten.

Die Entschuldigungslösung enthält damit deutliche Merkmale eines *Sühnevertrages*, bei dem der Täter Wiedergutmachungsleistungen anbietet und dafür belohnt wird. Allerdings ist einzuschränken, dass dieser Sühnevertrag vereinfacht höchstens „ein Drittel“ des Strafanspruchs betrifft. Dementsprechend ist auch die „Freiwilligkeit“ begrenzt. Zu „zwei Dritteln“ bleibt es danach

ein rechtsstaatlicher Hoheitsakt. Auch insofern regiert die Rechtsstaatsidee also grundsätzlich fort, weshalb sich diese zivile Ausnahmenregelung, wenn man sie denn als eine solche deutet, nicht als harter Systembruch erweist.

Zu dieser normativen Deutung des Geständnisses als (teilweiser) ziviler „Wiedergutmachung“, die einen Teil der staatlichen Strafe durch echte Sühne ersetzt, tritt die Praxis hinzu, die womöglich auch Elemente eines *Geständnisvertrages* offenbart, und zwar jenseits einer formellen Vereinbarung im Strafprozess gemäß § 257 c StPO.

So dürfen und werden die Strafverfolgungsorgane dem Beschuldigten, insbesondere im Ermittlungsverfahren auf die positiven Auswirkungen eines raschen und umfassenden Geständnisses hinweisen. Sie stellen ihm damit gesetzlich vorgesehene *Vorteile* in Aussicht. Die Ermittlungsorgane verfügen zwar nicht über die Vorteile, sie zu gewähren steht nicht in ihrem Belieben. Insofern handelt es sich nicht um einen echten Vertrag zwischen autonomen Rechtspersonen. Aber aus zivilrechtlicher Sicht betrachtet agiert in diesen Fällen der Staat über seine Amtswalter von Gesetzes wegen, und zwar als *Monopolist* und deshalb für alle Betroffenen gleich. Der Staat eröffnet gesetzlich vor allem demjenigen Beschuldigten, der zweifelt, ob der gestehen soll, wozu er nicht verpflichtet ist (*nemo tenetur se ipse accusare*), eine Art von „Geben und Nehmen“. Weisen also die Strafverfolgungsorgane *ausdrücklich* auf die rechtlichen Vorzüge des Geständnisses hin und gesteht der Beschuldigte dann -zumindest auch- wegen der in Aussicht gestellten Vorteile, dann handelt es sich *faktisch* um einen „Geständnis-Vertrag“.

Es bleibt aber anzuerkennen und festzuhalten, dass es sich bei dem Geständnis auch aus der Sicht einer Wiedergutmachungslösung, die dies als eine Art „verdeckten gesetzlichen Sühnevertrag“ deutet, zumindest dann, wenn dennoch *Freiheitsstrafe vollstreckt* wird, *im Wesentlichen* um einen hoheitlichen Zwangsakt handelt, der aus deutscher Sicht vom *Rechtsstaatsprinzip* regiert wird.

5. Wie stellen sich diese Umstände aus der Sicht der *vorrechtlichen* Idee der zivilen Versöhnung dar?

Diese Sicht begreift den Beschuldigten als freien und autonomen Demokraten.

Je nach Sichtweise besteht der Sühnevertrag im *gegenseitigen Verzicht* auf Rechtspositionen, auch wenn der Staat selbst hoheitlich denkt und diesen Verzicht damit begründen wird, dass die Anwendung von Zwangsmaßnahmen sich nicht mehr als „notwendig“ erweist oder dass eine Strafe in dieser Höhe nicht mehr durch den Strafsinn geboten ist. Im Vergleich mit einem nicht geständigen und reuigen Täter verzichtet der strafende demokratische Staat vor allem bei der Strafzumessung auf einen beachtlichen Teil der bei einem nicht geständigen Täter verwirkten Strafe. Bei der bedingten Entlassung liegt ein „bedingter Verzicht“ auf die Strafsühne vor. Der Verurteilte muss dann allerdings das Seine leisten und sich nachfolgend noch bewähren.

Auch bleibt zu bedenken, dass die zivilen Verträge typischerweise vor der *Drohkulisse* der Alternative des Nichtabschlusses des Vertrages stattfinden. Zum *Vorteil*, den man verliert, gesellt sich in der Regel auch eine *Notlage*, die andernfalls entsteht. Die Freiwilligkeit, Verträge abzuschließen, besteht nur auf dem Markt der vielen Käufer und Verkäufer und dort auch für den Bedürftigen nur insoweit, als er die Partner auswählen kann, aber zahlen muss er einen Preis oder geben muss er die Ware. Beim mittelalterlichen Sühnevertrag drohen zudem andernfalls Ansehensverlust und Blutrache, und er betrifft einen Vertrag, mit dem ein „einseitiges Vorverhalten“ ausglich werden soll.

6. Da also die Straforgane, einschließlich des Verteidigers auf diese Vorteile hinweisen dürfen und werden, hält das Rechtssystem, und zwar *aus der Sicht der zivilen Mediation* für den Beschuldigten ein generalisiertes und verrechtlichtes Angebot bereit, dass er annehmen oder ablehnen kann.

Der geständige und reuige Täter verzichtet seinerseits in der Regel auf eine gründliche Hauptverhandlung, die ihn in seinen Bürgerrechten schützen will und auf weitere Rechtsmittel. Er nimmt diese, allerdings vergleichsweise deutlich verminderte Strafe als die Seine an. Auf diese Weise entsteht für diese Fälle bereits eine Art von „*Versöhnungsvertrag*“ mit dem demokratischen Staat. Dieser Vertrag bezieht auch konkrete Opfer mit ein, weil und sofern der Staat sie als Sachwalter und Inhaber des Gewaltmonopols mit *vertritt*, wenn und weil es ihm auch um den Schutz der

„anderen“ Personen geht und nicht nur um den Schutz der Allgemeinheit.

7. Betrachtet man das Geständnis und die Reue darüber hinaus als Grundelemente der christlich geprägten Idee der *Versöhnung* und sieht das deutsche staatliche Strafrecht einmal nur als ein Beispiel für das *westliche Recht*, dann erscheint, jedenfalls für das Strafen „an sich“, die folgende zivile *These* begründet:

Aus der Sicht der vor-, neben- und überstaatlichen Idee der Versöhnung betrachtet, integriert die staatliche Strafe die „mittelalterliche“ Aufgabe der Versöhnung in das staatliche Recht.

III. Geständnis, Vertrags- und Gerechtigkeitsidee

1. Formelle Vereinbarung, Schuldausgleich und Rechtsstaatsprinzip aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts

1. Inzwischen hat der Gesetzgeber in das deutsche Verfahrensrecht auch das Institut einer vertragsähnlichen „Vereinbarung“ oder auch „Absprache“ eingefügt, an der alle Beteiligten am Strafverfahren mitzuwirken haben. Denn sie sind gemeinsam die Rechtspersonen, die das Verfahren betreiben. Diese formale Absprache bietet dem Angeklagten für den Prozess und seinen Ausgang, jedenfalls von Gesetzes wegen, den Vorteil weitgehender Rechtsicherheit im laufenden Verfahren.

Faktisch haben in Deutschland die professionellen Beteiligten am Strafprozess schon lange intern Absprachen gesucht und abgeschlossen. Dahinter steckt auch das gemeinsame Rollenbild des deutschen Juristen. Alle vereint die gemeinsame Ausbildung in einem (rechts-) staatlichen Referendariat. Das zweite Staatsexamen verleiht allen die Befähigung zum Richteramt. Auch das Studium ist vor allem an der Idee der Rechtsstaatlichkeit ausgerichtet. Insofern verdrängen die Beteiligten an den Absprachen die Gefahr, diesen gemeinsamen Boden zu verlassen, oder sie pflegen dieses Brauchtum offen und mit dem Grundgefühl, einer Art von ihnen angemessen erscheinendem Richterrecht zu folgen. Sie rechtfertigen die informellen Absprachen damit, dem Rechtsfrieden und der Verfahrensbeschleunigung sowie mit dem Geständnis auch der Wahrheitsfindung zu dienen.

Faktisch wurde also schon lange unter dem Mantel des hoheitlichen Rechtsstaatsdenkens das zivile Konsensverfahren betrieben, und zwar außerhalb des Gerichtssaals und je nach Ortsüblichkeit, persönlicher Einstellung, Bekanntheit und Vertrauen der Beteiligten. Die Beschuldigten und die Opfer wurden nur mittelbar miteinbezogen.

Staatspolitisch betrachtet steht also dem (abstrakten) Rechtssystem einer demokratischen *Legislative* die (konkrete) Praxis der *Judikative* gegenüber, die dazu eine eigene Juristen-Ethik der Absprachen ausgebildet hat.

Den verfassungsrechtlichen Hintergrund dafür bildet immerhin die Verfahrensmaxime des Art. 101 I GG mit dem Satz „*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*“. Die angloamerikanischen Ideen der Gleichberechtigung und der Wechselseitigkeit bringt zudem Art. 6 EMRK mit ein, wenn er ein „*faïres*“ Verfahren einfordert. Entscheidend ist aber die Frage, ob das Gericht selbst sich vor dem Urteil festlegen darf. Andererseits ist es ohnehin dazu gehalten, Geständnisse in aller Regel als erheblich strafmildernd zu bewerten, und es kann auch auf diese Rechtslage hinweisen.

Nach gesetzlich geregelten *Vorstufen* mit Elementen der Absprache, und zwar beim Strafbefehlsverfahren, §§ 407 ff. StPO, bei der Strafaussetzung zur Bewährung, §§ 56 ff. StGB und bei der Einstellung des Strafverfahrens gegen eine Geldbuße, § 153 StPO hat sich der Gesetzgeber im Jahre 2009 dieser alten Praxis der Absprachen angenommen und die Vereinbarung im Strafprozess in § 257c StPO mit Gesetzeskraft versehen. Einerseits hat er die Absprachen auf die Rechtsfolgen beschränkt. Andererseits verlangt er aber zusätzlich, dass die staatlichen Strafverfolgungsorgane die Anwendung dieses Institutes prüfen (§§ 160b, 202a, 212, 257b StPO). Außerdem erklärt er: „*Bestandteil soll ein Geständnis sein*“, § 257c II S. 2.

Der wesentliche Inhalt einer solchen Erörterung in der Hauptverhandlung ist dann jeweils aktenkundig zu machen. Er ist in deren Protokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 1 Satz 2 StPO). Diese Vereinbarung betrifft also die Strafhöhe und hat öffentlich im Rahmen der Hauptverhandlung stattzufinden.

2. Das *Bundesverfassungsgericht* begreift diese Regelung in ihrer gesetzlichen Form als verfassungskonform, erachtet aber die nicht unübliche Praxis der informellen Absprachen, und zwar solcher, die über die Strafhöhe hinausgehen und andere Fragen, wie den Rechtsmittelverzicht oder die Nichtverfolgung von Taten oder Tatteile mitregeln, in seiner Grundsatzentscheidung als verfassungswidrig.

Diese Entscheidung dokumentiert und verfestigt die vorherrschende Rechtsidee der Rechtsstaatlichkeit nachdrücklich, die ihrerseits im Strafrecht mit dem *Schuldprinzip* verbunden sei. In seiner dogmatischen Begründung verweigert das *Bundesverfassungsgericht* dem Gesetzgeber für das Kernstrafrecht die *Dispositionsfreiheit* über das Schuldprinzip. Doch hält es den Weg des Gesetzgebers für verfassungskonform, das Konsensverfahren³⁷¹ zu integrieren. „Niemals alleinige Urteilgrundlage“ dürfe die Vereinbarung sein. Aber damit, so ist zu folgern, darf es eben doch „auch“ Grundlage sein.³⁷²

³⁷¹ Zum damals „neuen“, weil nunmehr gesetzlich anerkannten Konsensverfahren, siehe: Jahn, Konsensmaxime, ZStW 118 (2006), 427 ff., 427 ff. (mit dem neuen Verständigungsgesetz sei die Konsensmaxime „gleichberechtigt“ neben die Inquisitionsmaxime getreten; vgl. auch: Jahn/Müller, Gesetz, NJW 2009, 2625 ff. Siehe zudem mit Beispielen aus der Praxis: Strate, Ende, NSTZ 2010, 362 ff., 364 (Zuspitzend und aus der Sicht eines Systems, das bislang die Wahrheitssuche, § 244 II StPO, als alleiniges höchstes Ideal begriffen hat: „Mit dem Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren hat das sog. Konsensprinzip seine Gewaltherrschaft angetreten. Da, wo der Konsens gelingt, werden die Revisionsgerichte nichts mehr zu entscheiden haben. Da, wo er scheitert, werden die Revisionsgerichte untersuchen müssen, ob dem Misslingen des Konsenses Regelverletzungen zu Grunde liegen. Werden sie verfahrensrechtlich beanstandet, wird das Revisionsziel auf das Einfordern des Konsenses und des mit ihm erstrebten Strafmaßes, jedenfalls des durch Ober- und Untergrenze ursprünglich markierten kleinen Strafrahmens, hinauslaufen“.), siehe auch: 365 („Die Zuerkennung von Strafen unabhängig von Schuld und Aufklärung wird noch skurriler, ja gespenstischer, wenn sich das Verständigungsprozedere des § 257c StPO verbindet mit der sog. Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten i.S.d. § 46b StGB. Das Verständigungsergebnis kommt hier im Wege einer protrahierten Geburt zu Stande.“).

³⁷² Absprache-Urteil, BVerfG 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132) ,

Tritt man einen Schritt zurück, liegt allem eine Abwägung zugrunde. Dabei ist jeweils – auch – mit zu gewichten, dass und wie möglichst schnell Rechtsfrieden geschaffen werden kann. Verfassungsrechtlich betrachtet greift hier auch der Grundsatz der „Effektivität der Strafrechtspflege“. Das deutsche Verfassungsrecht ist dabei, was die Frage der offenen und kultivierten Abwägung von Werten und Prinzipien angeht, viel weiter fortgeschritten als das idealistische deutsche Strafrecht. Jenes ist aber eigentlich auch nur auf dem Wege, sich ehrlich zu machen, und einen Teil der üblichen Praxis zu verrechtlichen. So begrenzt das Bundesverfassungsgericht gelegentlich auch die Wirkungsmacht der Idee der Effektivität, zum Beispiel bezüglich der Untersuchungshaft.³⁷³ Darüber dürfe nicht „allein nach Gesichtspunkten der Opportunität oder Effektivität der Strafrechtspflege entschieden werden“ – aber offenbar doch auch nach diesen Gesichtspunkten.

Am Ende handelt es sich um eine Mischkonstruktion, die auch im Sinne der Opfer sein kann. Das Geständnis, das zumeist Gegenstand einer Vereinbarung ist, darf nicht nur formal ausfallen, sondern es muss dann auch nur der Wahrheitsfindung dienen.

Dabei war zumindest aus der Sicht des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* in seinem Abspracheurteil lediglich die rechtsstaat-

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, Abs.-Nr. 65 „Das Verständigungsgesetz statuiert nach dem in seinem Wortlaut und Normgefüge zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers (a) *kein neues*, „*konsensuales*“ *Verfahrensmodell*. Vielmehr *integriert es die von ihm zugelassene Verständigung* mit dem Ziel in das geltende Strafprozessrechtssystem, weiterhin ein der Erforschung der materiellen Wahrheit und der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe verpflichtetes Strafverfahren sicherzustellen. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich klargestellt, dass eine Verständigung als solche *niemals alleinige Urteilsgrundlage* sein kann, sondern das Gericht weiterhin an die in § 244 Abs. 2 StPO niedergelegte Amtsaufklärungspflicht gebunden ist und die rechtliche Würdigung nicht der Disposition der Beteiligten an einer Verständigung unterliegt“. Das gilt offenbar nicht für Bagatellen. So kennt das Gesetz dann doch auch *eigenständiges Konsensmodell*, der Verzicht auf Strafverfolgung und Aburteilungen gem. § 153 a StPO, der Einstellung vor allem gegen eine Geldbuße.

³⁷³ BVerfG: zur Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes, NJW 2005, 2289 ff.

liche Problematik zu bedenken. Das übliche (Teil-) *Geständnis* und seine Auswirkung auf die Schuld des Täters spricht das Gericht nicht an. Für die Strafhöhe stellt es nur noch einmal und in prägnanter Form die Grundsätze der Strafbemessung zusammen.³⁷⁴ Gestützt hat das Gericht sich insoweit auf das Prinzip der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und das Beschleunigungsgebot.³⁷⁵ Nicht ausdrücklich erörtert hat es zunächst die

³⁷⁴ Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, (Hervorhebungen nicht im Original): 109: "Dem Gericht ist es nicht gestattet, im Wege der Verständigung seine Wertungen an die Stelle derjenigen des Strafgesetzgebers zu setzen. Dabei ist zu beachten, dass eine maßgebliche Bedeutung insoweit den *gesetzlichen Strafrahmen* zukommt, die mit ihren nach Straftat und Strafhöhe gestaffelten Sanktionen die Abstufung der verschiedenen Straftaten nach ihrem *Unrechtsgehalt* erst zum Ausdruck bringen (vgl. BVerfGE 27, 18 <29>). Tatbestand und Rechtsfolge sind wechselseitig aufeinander bezogen und müssen - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - sachgerecht aufeinander abgestimmt sein. Einerseits richtet sich die *Strafhöhe nach dem normativ festgelegten Wert des verletzten Rechtsgutes und der Schuld des Täters*. Andererseits lässt sich das Gewicht einer Straftat, der ihr in der verbindlichen Wertung des Gesetzgebers beigemessene Unwertgehalt, in aller Regel erst aus der Höhe der angedrohten Strafe entnehmen. Insofern ist auch die Strafandrohung für die Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestandes von entscheidender Bedeutung (BVerfGE 25, 269 <286>; 27, 18 <29>). Erst von einer differenzierenden Bewertung des Unwertgehaltes der verschiedenen Straftaten her wird die Abstufung der strafrechtlichen Sanktionen verständlich und sachlich gerechtfertigt (BVerfGE 27, 18 <29>). Innerhalb eines Deliktstypus kommt die *differenzierende Bewertung des Unwertgehaltes vor allem durch Qualifikations- und Privilegierungstatbestände zum Ausdruck*. Aber auch die Sonderstrafrahmen für besonders schwere und minder schwere Fälle nehmen an dieser Abstufung teil...".

³⁷⁵ Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, (Hervorhebungen nicht im Original): Abs.- Nr. 57: „Der Staat ist von Verfassungen wegen gehalten, eine *funktionstüchtige Strafrechtspflege* zu gewährleisten, ohne die der *Gerechtigkeit* nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272>; 130, 1 <26>.“ Abs. Nr. 59: Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, verletzen daher nicht schon dann den grundrechtlichen Anspruch auf ein *faireres Strafverfahren*, wenn *verfahrensrechtliche Po-*

Frage nach der Schaffung alsbaldigen Rechtsfriedens und gar nicht die Opferinteressen am Geständnis des Täters oder den Opferschutz durch Verzicht auf wiederholte Vernehmungen. Mittelbar mögen diese Gesichtspunkte mit angerissen sein, weil im Vordergrund die Leitidee des deutschen Strafprozesses stehen soll, die Wahrheit zu ermitteln, die sich wiederum auch aus dem Schuldprinzip ergebe.

Das *Bundesverfassungsgericht* trennt zudem offenbar einen *unteren Bereich*, zu dem auch das Institut des Strafbefehls nach Aktenlage gehört, das von der Erwartung ausgeht, dass gegen ihn Einspruch eingelegt wird, §§ 407 ff., 410 StPO, offenbar von einem *Kernstrafrecht* ab.³⁷⁶ Jenes wird ihm zufolge vom Schuld-

sitionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei eine Zurücksetzung zugunsten einer wirksameren Strafrechtspflege erfahren (BVerfGE 122, 248 <273>). Das Beschleunigungsgebot ist bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 41, 246 <250>; 63, 45 <68 f.>; 122, 248 <273>), denn unnötige Verfahrensverzögerungen stellen nicht nur die *Effektivität des Rechtsschutzes* (vgl. BVerfGE 60, 253 <269>; 88, 118 <124>; 93, 1 <13>) und die Zwecke der Kriminalstrafe in Frage, sondern beeinträchtigen, da die Beweisgrundlage durch Zeitablauf verfälscht werden kann, auch die Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Pflicht zur *bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit* (vgl. BVerfGE 57, 250 <280>; 122, 248 <273>; 130, 1 <27>).“

³⁷⁶ Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, Abs.-Nr. 103 (Hervorhebungen nicht im Original): „Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip steht *nicht zur Disposition des Gesetzgebers* (vgl. BVerfGE 123, 267 <413>). Dies schließt es nicht aus, den Strafverfolgungsbehörden Möglichkeiten zu einem Absehen von der Strafverfolgung zu eröffnen, namentlich in Fällen *geringfügiger Kriminalität*, in denen der *Rechtsfrieden* nicht ernsthaft beeinträchtigt und eine Kriminalstrafe *zum Schuldausgleich nicht zwingend geboten* ist, so dass ein *öffentliches Interesse* an einem Schuldspruch nicht besteht oder durch die Erfüllung von Auflagen oder/und Weisungen beseitigt werden kann.“

Also vor allem der *Rechtsfrieden*, der dann auch das öffentliche Interesse bestimmt, wird anders als bei schwereren Delikten nicht ernsthaft gestört. Außerdem ist die Frage der Strafe überhaupt offenbar doch im freien Gestaltungsspielraum des demokratischen Gesetzgebers (oder sonstigen Staatsorgane), wenn auch stets rational, zu beantworten. Aber zu beachten ist die Rechtsförmigkeit: So heißt es

prinzip beherrscht, das den auf der prozessualen Ebene vollen Nachweis der Schuld verlangt und damit die Einhaltung des *Amtsermittlungsgrundsatzes* im Rahmen einer Hauptverhandlung einfordert.

3. Die Einschränkung der Absprachen auf die Strafbemessung, und zwar bezogen auf das Kernstrafrecht, ist also als Verfassungsgebot zu begreifen. Das Schuld- und das Rechtsstaatsprinzip lassen dem demokratischen Gesetzgeber insofern keinen Spielraum mehr.

2. Freiwilliger Grundrechtsverzicht, gestaltbares Allgemeininteresse und minimaethische Gerechtigkeit

Aus verfassungsrechtlicher Sicht drängt sich die Frage nach dem Grundrechtsverzicht auf, die hier nur anzureißen ist.

Mit dem Geständnis und jeder formellen Vereinbarung verzichtet der Beschuldigte auf grundrechtlich geschützte *Verfahrensrechte*, etwa auf das Privileg, sich nicht selbst belasten zu müssen, und erleichtert es dem Staat, ihn zur *Strafe* zu verurteilen.

Der Grundrechtsverzicht beinhaltet üblicherweise den *Gebrauch einer Freiheit*, etwa das Einwilligen in die Durchsuchung einer Wohnung. Sie stellt deshalb auch bei der Einwilligung in die Verletzung der körperlichen Integrität keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne des Strafrechts dar, etwa bei einem Strafgefangenen, der eine Krankheit simuliert, in deren Rahmen eine Blutentnahme angezeigt ist.

weiter: „Solche *Ausnahmen* dürfen die *Geltungskraft des Schuldprinzips* nicht in Frage stellen und bedürfen stets einer *gesetzlichen Regelung*, wie sie der Gesetzgeber etwa in den §§ 153 ff. *StPO* getroffen hat. Als *Ausnahmen* von der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs sind sie fest zu umgrenzen und bedürfen jeweils einer *eigenständigen Legitimation* (vgl. zu Beschränkungen der Sachverhaltsaufklärung BVerfGE 33, 367 <382 f.>; 46, 214 <222 f.>; 49, 24 <54>; 51, 324 <344>; 129, 208 <260>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. August 2000 - 1 BvR 77/96 -, NStZ 2001, S. 43 <44>).“

Im Sinne der *Einheit der Rechtsordnung* gelten jedoch die üblichen „zivilen“ Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit der Einwilligung.

So muss zunächst einmal zumindest das natürliche Bewusstsein vorliegen, durch eine solche Einwilligungserklärung auf den ansonsten bestehenden Grundrechtsschutz konstitutiv zu verzichten.³⁷⁷

Vor allem aber muss Freiwilligkeit gegeben sein, und an dieser fehlt es zumeist bei Täuschung, Drohung oder Zwang.³⁷⁸

Bei der Drohung ist einzuhaken und nachzufragen: Die Vereinbarung oder auch allgemeinen das Geständnis erscheint als Nötigung und Reaktion auf die Beschuldigung mit einer konkreten Straftat, die als Rechtsfolgen die Bemakelung mit Schuldspruch sowie Freiheits- oder Geldstrafe vorsieht. Ohne die Vereinbarung droht zudem eine umfangreichere öffentliche und „streitige“ Beweisaufnahme, die eine zusätzliche Prangerwirkung beinhalten könnte und typischerweise die Gefahr der Verlängerung des Verfahrens sowie gegebenenfalls zusätzliche Untersuchungshaft und höhere Verfahrenskosten in sich birgt. Die Notlage erweist sich in den Fällen als besonders akut, in denen das Gericht Untersuchungshaft angeordnet hat.

Handelt es sich nun überhaupt um eine Nötigung? Zwar könnte man erklären, dem Betroffenen werde keine Freiheit genommen, sondern vielmehr nur ein zusätzlicher Weg eingeräumt, der seine Freiheit sogar erweitere. Auch kann man in ähnlicher Art darauf verweisen, dass der Betroffene, der sich ja mit dem Geständnis selbst als Täter offenbare, schon damals, und zwar mit der Tat

³⁷⁷ Sachs, Verfassungsrecht, 2003, 115; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 2014, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 36 a; Seifert, Problemkreise, Jura 2007, 99 ff., 102; Fischinger, Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff., 809.

³⁷⁸ Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff., 68; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 2014, Vor Art. 1 Rn. 56; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 2010, Art. 1 Rn. 300; Fischinger, Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff., 810; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 2014, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 36 a; Laber, Verwertbarkeit, 1995 97 ff.

eine bestimmte und höhere Strafe verwirkt habe. Ihm werde also eine Vergünstigung angeboten, ihm widerfahre keine unverdiente Belastung. Die erlittene Untersuchungshaft werde ja auch auf die Strafe angerechnet.

Aber einmal zum Gesetz erhoben gilt das Rechtsstaatsprinzip. Der Täter erhält kein Gnadenangebot, sondern er verfügt über einen Rechtsanspruch.

Faktisch zumindest, und das ist entscheidend, fühlt sich fast jeder Beschuldigte in einer Zwangslage. Er ist der Staatsmacht derart ausgeliefert, dass das gesamte Strafgesetzbuch und auch das Erkenntnisverfahren zunächst einmal als ein *Schutzrecht* der Bürger gegen den Missbrauch dieser Macht konzipiert ist, vgl. Art. 103 I, II GG; Art. 7 I, II EMRK.

Unter anderem gilt jeder Beschuldigte auch deshalb bis zur Rechtskraft als unschuldig, und selbst ein Straftäter hat in einer solchen vielfach existentiellen Krisenlage den Anspruch auf einen neutralen Verteidiger. Spuren auf andere Verdächtige, die nicht sofort weiterverfolgt werden, erkalten sonst. Ein frühes Geständnis lässt den Ermittlungseifer in der Regel erlahmen. Insbesondere Zeugen tendieren nun dazu, bei zweiten und dritten Vernehmungen auf den ersten Aussagen zu beharren, weil sich die Bilder, die sie vor ihrem geistigen Auge haben, verfestigen oder sich dann verflüchtigen, so dass sie etwa mit dem Vorhalten von Protokollen ihrer ersten Aussagen daran erinnert werden müssen, was sie einmal ausgesagt haben. So ist auch anzunehmen, dass manche tatsächlich unschuldigen Personen den Ausweg wählen, ein falsches Geständnis abzulegen, um der krisenhaften Drucksituation der Vernehmungen zu entgegen und auch später von ihrem Verteidiger dahin beraten werden, eine Vereinbarung abzuschließen oder bei ihrem Geständnis zu bleiben. Die Strafprozessordnung selbst kennt schließlich die Wiederaufnahme des Verfahrens *zugunsten* von rechtskräftig Verurteilten.

Aus strafrechtlicher Sicht ist dieses Problem seit langem bekannt, nur die „rechtswidrige“ Nötigung ist strafbar. So hat der Gesetzgeber des Strafgesetzbuches eine solche Drucklage nicht anders

als mithilfe einer *die Strafbarkeit begrenzenden*, den Betroffenen also begünstigenden *Generalklausel*³⁷⁹ zu lösen vermocht:

„Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.“

Dies ist dann der Fall, wenn ein *ziviler Konsens* als „die sozial-ethische Missbilligung des für den Zweck angewandten Mittels“³⁸⁰ zu konstatieren ist. Mit anderen Worten entscheidet die „Sozialethik“ über die Strafbarkeit einer Drohung als Nötigung.

Deshalb ist zwar auch im Sinne des Strafrechts von einer Nötigungslage auszugehen, die das Gesetz und damit der demokratische Gesetzgeber aufbauen. Aber es ist sogleich zu fragen, ob sie eine *verwerfliche* Lage beinhaltet, so dass am Ende auf der *verfassungsrechtlichen* Ebene die Frage nach der Statthaftigkeit eines solchen Grundrechtsverzichts nur in eine schwierige *Gesamtabwägung* einmünden kann. Eine solche Rationalisierung haben der demokratische *Gesetzgeber* und auch das *Bundesverfassungsgericht* vorgenommen.

Im Falle des Angebotes einer Vereinbarung oder der Belehrung über die günstigen Folgen eines Geständnisses, die sich aus dem Gesetz ergeben, hat der demokratische Gesetzgeber diesen Konsens herbeigeführt, und das *Bundesverfassungsgericht* hat keine Verfassungswidrigkeit darin erblicken können. Diese im Kern strafrechtlichen, aber doch auch alten und ausdiskutierten Erwägungen zur Verwerflichkeit lassen sich nun auf dem Wege über den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung auf den Aspekt des Grundrechtsverzichts übertragen. Danach wird zunächst einmal die Problematik und *geistige Zwangslage* deutlich, die Sozial-ethik bemühen zu müssen, dann aber doch auch die pragmatische

³⁷⁹ BVerfG 73, 206, 255. „Das Bundesverfassungsgericht hat schon entschieden, dass auch die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird. Dabei hat es darauf abgestellt, dass diese Klausel von den Strafgerichten als tatbestandsregulierendes, den Täter begünstigendes Korrektiv behandelt wird, das strafbarkeitsbeschränkend wirkt (vgl. BVerfGE 73, 206 <238 f.>).“

³⁸⁰ Vgl. BGH St 39, 133, 136 ff.; BGH St 35 270, 276.

Art der Auflösung über den Gesetzgeber und das Verfassungsgericht.

Weiter muss auch eine grundsätzliche *Dispositionsbefugnis* über das Grundrecht³⁸¹ bestehen. Diese Frage kann man zwar auch in die Gesamtabwägung miteinbeziehen. Aber herkömmlicherweise bietet es sich an, über sie *gesondert* nachzudenken.

Im Hinblick auf die Dispositionsbefugnis wird zumeist nach dem Sinn und Zweck des betreffenden Grundrechts differenziert³⁸². Dient das Grundrecht vor allem der individuellen Freiheit, wie z.B. die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG, das Gleichheitsgebot, Art. 3 Abs. 1 GG, das Brief-, Post und Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG, die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, das Eigentum, Art. 14 GG, das Asylrecht Art. 16 Abs. 1 GG, so soll ein Verzicht grundsätzlich zulässig sein.³⁸³

Aber umso stärker das betroffene Grundrecht nicht nur den Schutz des jeweiligen Grundrechtsträgers betrifft, sondern auch den Schutz der Allgemeinheit in den Blick nimmt, umso enger seien die Grenzen der Dispositionsbefugnis zu ziehen³⁸⁴. Auf die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG, und die Versammlungsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG, den Schutz der Familie, Art. 6 Abs. 2 GG,

³⁸¹ Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff. , 63 ff.; Fischinger, Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff. , 809, 811. Vgl auch Beschluss vom 07. November 2011 - 1 BvR 1403/09 http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/11/rk20111107_1bvr140309.html Abs. Nr. 42 (Hervorhebungen nicht im Original): „Zum anderen haben Landgericht und Oberlandesgericht nicht geprüft, ob die *Menschenwürde überhaupt ein disponibles Grundrecht ist, das einen Grundrechtsverzicht zulässt* (vgl. ablehnend: BVerwG, Urteil vom 17. Oktober 2000 - BVerwG 2 WD 12/00, 13/00 -, NJW 2001, S. 2343 <2344>; BSG, Urteil vom 6. Mai 2009 - B 11 AL 11/08 -, juris, Rn. 25).“

³⁸² Siehe unter dem Titel: „Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen“, Amelung, Probleme, StV 1985, 257 ff. , 258; Merten, Der Grundrechtsverzicht, in: Recht im Pluralismus, FS Glaeser, 53 (58), Piroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 2014 , Rn. 150.

³⁸³ Seifert, Problemkreise, Jura 2007, 99 ff. , 103.

³⁸⁴ Fischinger, Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff. , 812.

oder das Wahlrecht, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, kann deshalb nicht verzichtet werden.³⁸⁵

Unverzichtbar ist auch das Recht auf Leben, schon wegen seiner Nähe zum Anspruch auf die Achtung der Menschenwürde.

Im gesamten strafrechtlichen Erkenntnisverfahren droht der Staat, jedenfalls mit dem Strafgesetzbuch immer an erster Stelle, dem *Beschuldigten* mit dem Entzug der Fortbewegungsfreiheit.

Zivilrechtlich gewendet würde es zwar gerade nicht gegen die Sozialethik verstoßen, wenn jemand zur privaten Buße Geld oder Vermögenswert auf das Opfer oder dessen Familien übertragen würde. Aber es wäre ein grober Verstoß gegen das Gebot, die Menschenwürde zu achten und zu schützen, wenn ein Staat es dulden würden, dass sich jemand zum Beispiel in langjährige private Strafgefängenschaft des Opfers oder dessen Familie begeben würde.

Zwar ist umstritten, ob die Menschenwürde und der aus ihr abgeleitete Kernbereich privater Lebensgestaltung der Dispositionsbefugnis des Betroffenen entzogen sind. So hat es das *Bundesverfassungsgericht* es in seinem Lügendetektor-Beschluss dahinstehen lassen, ob dem Beschwerdeführer insofern die Dispositionsmacht über seine Rechte zusteht, aber verlangt dann später doch, auch diese Frage zumindest zu prüfen.

Nach dem obiter dictum des *Bundesverfassungsgerichts* an anderer Stelle schützt Art. 1 Abs. 1 GG aber gerade die Verfügbarkeit über sich selbst.³⁸⁶ Art. 1 Abs. 1 GG solle nicht der Einschränkung, sondern dem Schutz der Würde des Menschen dienen, wozu die grundsätzliche Freiheit gehört, über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten zu können.³⁸⁷ Danach müsste eigentlich die Einwilligung in die Verwertung als Ausübung der Menschenwürde, mithin als Akt des Grundrechts-

³⁸⁵ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 2014, Rn. 149; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 2014, Vor Art. 1 Rn. 57.

³⁸⁶ BVerfG NStZ 1981, 446 (447).

³⁸⁷ BVerfGE 49, 286 (298); Jahn, Beweiserhebung, 2008, C 1 (C 113); Laber, Verwertbarkeit, 1995/97; Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff., 64.

gebrauchs zu verstehen sein.³⁸⁸ Sinnvoll erscheint es danach, dem Modell der Trennung von Körperverletzung und Lebensschutz zu folgen. Auch insofern ist dann wieder (zumindest) zweistufig vorzugehen und zwischen einem disponiblen Rand- und einen unverfügbaren, weil für die Menschenwürde konstitutiven Kernbereich zu trennen.

Für den Parallellfall des § 136 a StPO, der von einer Unverfügbarkeit ausgeht, kann man auch feinsinnig differenzieren: Dem Verwertungsverbot stehe zwar aus strafverfahrensrechtlicher Sicht der Wortlaut des § 136 a Abs. 3 S. 1 und S. 2 StPO entgegen,³⁸⁹ der dem Betroffenen ausdrücklich die Dispositionsbefugnis entziehe, aber jener enthalte nur ein *einfachgesetzliches* Verbot des Grundrechtsverzichts.³⁹⁰ Auch das ausnahmslose Verbot des Grundrechtsverzichts in § 136 a Abs. 3 S. 2, so könnte man folgern, bedürfe und erlaube also eine *verfassungskonforme* teleologische Reduktion³⁹¹.

Doch aus verfassungsrechtlicher Sicht bietet es sich auch für diesen etwas anders liegenden Fall der Einwilligung in die Verwertung an, zu fragen, ob nicht auch Allgemeininteressen mitgeschützt werden dürfen, für welche der demokratische Gesetzgeber das Gestaltungsrecht besitzt. Dafür spricht, dass es sich um ein allgemeines *Verfahrensrecht* handelt und mit der strengen Form auch der Gefahr des nur schwer nachweisbaren Missbrauchs entgegengewirkt werden soll.

In diesem Falle konkurriert, wenn man denn einen Verstoß gegen das Gebot der staatlichen Achtung der Menschenwürde annimmt, die *individualethische Menschenwürde* mit dem *sozialethischen* Interesse am *Rechtsstaat*. Deshalb ist nach der praktischen Konkordanz zu suchen, wobei das „Menschenbild“ heranzuziehen ist,

³⁸⁸ Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff. , 58 ff.

³⁸⁹ Jahn, Beweiserhebung, 2008, C 1, C 113.

³⁹⁰ Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff. , 66; Laber, Verwertbarkeit, 1995, 96.

³⁹¹ Siehe zum verwandten Problem der „Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zugunsten des Angeklagten und deren Grenzen“, Amelung, Verwertbarkeit, StraFo 1999, 181 ff. , 181 ff.; Zudem; Roxin/Schäfer/Widmaier, Mühlenteichtheorie, 2006, 435 ff. , 436.

dass dem Menschen konstitutiv Gemeinschaftspflichten auferlegt weiß und ihn als soziales Wesen begreift. Aber die Dispositionsbefugnis über Allgemeininteressen und auch die Pflicht zur vernünftigen Abwägungen sowie die Konsenssuche liegen zunächst einmal in den Händen des demokratischen Gesetzgebers. Er verfügt insbesondere bei den formstrengen Verfahrensrechten über der *Gestaltungsfreiheit*. Er könnte sich auch für die Einschränkung des Verwertungsverbotes entscheiden.

Analog dazu hat der Gesetzgeber sich im Rahmen seines Gestaltungsrechts dafür entscheiden, jedem Beschuldigten das Angebot zu unterbreiten, eine Vereinbarung abzuschließen, die in der Regel mit einem Geständnis verbunden ist. Bei dieser Offerte hat er die Vorzüge einer solchen Norm mit den Gefahren einer solchen Regelung hinreichend abgewogen.

Zudem steht im Hintergrund die Rechtsfolge der *Strafe*. Auf sie ist das Strafverfahren insofern mit ausgerichtet, als die Strafidée dem Verfahren und seinen Zwängen überhaupt erst die gebotene Rechtfertigung liefert. Dabei ist das Wesen Strafe zumindest auch durch die generalpräventiven Interessen der Allgemeinheit mitbestimmt. Jedenfalls insoweit kann der demokratische Gesetzgeber darüber verfügen. Zudem besitzt er auch einen Beurteilungsspielraum dafür, inwieweit ohne empirische Belege und also „im Zweifel“ davon auszugehen ist, dass die individuelle Gefährlichkeit eines geständigen Täters in der Regel deutlich niedriger ist als die eines nicht geständigen.

Schließlich „verfügt“ der demokratische Gesetzgeber auch über eine gewisse Deutungshoheit darüber, inwieweit das Geständnis und vor allem der Täter-Opfer-Ausgleich bereits als ein Teil des gebotenen „Schuldausgleichs“ zu verstehen ist.

Unverfügbar erscheint allerdings nach dem deutschen rechtskulturellen Selbstverständnis und aus dem Sinn des Rechtsstaatsprinzips die Vorstellung von der freien demokratischen Verfügung über die Grundelemente der *materiellen Gerechtigkeit*. Auch insofern ist das ethische Minimum an „gerechter Strafe“ zu gewährleisten.

Schließlich ergibt sich die schuldangemessene Strafe auch nicht nur aus der Rechtsidee der materiellen Gerechtigkeit (Art 20 III

GG), sondern auch aus der im Kern zumindest unverfügbaren Menschenwürde in Verbindung mit dem Prinzip der Eigenverantwortung, Art. 2 I GG. Dazu gehört das Bild vom Menschen als einem *geistig-sittlichen (Vernunft-)Wesen*, das als solches grundsätzlich fähig ist, persönlich das Unrecht einzusehen und auch um den Sinn und Nutzen einer materiellen Gerechtigkeit weiß, die die Individualität des Menschen berücksichtigt und von einem demokratischen Staat ausgeübt wird.

Aus einer liberalen und pragmatischen Sicht, so ist noch anzufügen, hat sich jeder Erwachsene, der in einem bestimmten Verfassungsstaat verbleibt, obwohl er etwa auswandern könnte, schon faktisch mit dessen Grundregeln und der Vorherrschaft von dessen jeweiligem (hier dem moralischen) Selbstbild *einverstanden* erklärt.

Am Ende regiert das Verfassungsrecht auch insoweit also ein Konglomerat aus *Freiheit*, hier als freiwilliger Grundrechtsverzicht, aus *Gemeinwohl-Denken*, als demokratisch gestaltbares Allgemeininteresse und aus *unantastbarer Rechtsidee* der minimalen Gerechtigkeit.

Soweit der *demokratische Konsens* sich dahin wandelt, das *Allgemeininteresse* an der „zivilen“ Seite des Rechts gegenüber dessen hoheitlichen Ordnungsfunktion stärker zu gewichten, kann der Gedanke der vor- und überrechtlichen Versöhnung auch das Strafrecht erreichen und etwas liberaler umformen. Es kann dabei die Alternative einer langwierigen, aufwendigen und hoch rituellen Umsetzung des *strengen Gesetzesrecht* selbst im Strafrecht als Drohungspotential vorsehen und den harten Streitfällen vorbehalten und die Vereinbarung selbst in Strafsachen als vorteilhafte Verlockung ausgestalten.

3. Integriertes Konsensverfahren und These vom ausgehandelten Sühne-Vertrag

1. Wie ist dieses deutsche Rechtsinstitut der „Vereinbarung“ aus der Metasicht der Rechtsphilosophie zu bewerten?

Auf der deutschen Gesetzesebene hat mit der *Integration des Konsensverfahrens* eine leichte, aber noch rechtsstaatlich ausbalancierte Annäherung an das angloamerikanische Verfahrens-

recht mit seinem Parteiverfahren stattgefunden. Schon die Verstärkung der Opferrechte bewirkte eine solche „Zivilprozessualisierung“ des Strafverfahrens. Es bietet dem Beschuldigten neben einer streitigen Konfliktverhandlung auch die Konsenslösung an.

Das Problem, das das deutsche Strafrechtssystem mit dem Konsensverfahren hat, besteht in seiner Herkunft aus dem Rechtsidealismus. Über Gerechtigkeit, so heißt es, kann man nicht verhandeln. Der Mensch ist ihr vielmehr unterworfen. Er kann deshalb – offenbar auch in einer Demokratie – nicht völlig frei über das Recht verfügen. Diese Sicht ist aus der moralischen Rechts- und Freiheitsphilosophie des deutschen Idealismus des 19. Jahrhunderts gewachsen und von ihm weiterhin geprägt. Insofern bedarf es stets zusätzlicher rechtlicher Erwägungen, um den Strafnachlass zu rechtfertigen. „Sinn und Zweck des Strafens“ oder auch Verfassungsprinzipien wie die „Effektivität der Strafrechtspflege“ müssen diese Milderung begründen.

Auch setzt das deutsche Grundrechtssystem, und damit das gesamte öffentliche Recht, auf die Vorstellung von einer wenigstens „minimalethischen“ Gerechtigkeit. Im Strafrecht prägt sich dieser Gedanke, und zwar schon seit dem vorkonstitutionellen 19. Jahrhundert, im Schuldprinzip aus. Danach muss die Höhe der Strafe der Tatschuld zumindest gerade noch angemessen sein, § 257c IV StPO. Die nationale Bedeutung des deutschen Schuldprinzips hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner berühmten Lissabon-Entscheidung, in der es sich mit der Europäischen Grundrechtecharta auseinandersetzt, ausdrücklich herausgestellt.³⁹²

³⁹² Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 22. Zu den Folgen der Lissabon-Entscheidung des BVerfG für das Strafrecht vgl.: Ambos/Rackow, Überlegungen, ZIS 2009, 397 ff.; Kubiciel, „Lissabon“-Urteil, GA 2010, 99 ff.; Meyer, Lissabon-Entscheidung, NStZ 2009, 657 ff.; Allgemein zu den Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, vgl.: Bogdandy, Prinzipien, NJW 2010, 1 ff.; Vogel, Strafrecht, GA 2010, 1 ff.; Beukelmann, Europäisierung, NJW 2010, 2081 ff., 2082 („Die Sorge vieler ist, dass das fein ziselierete deutsche Strafrecht auf dem Altar europäischer Harmonisierung und dem

Deshalb muss das *Geständnis* auch die Strafzumessungsschuld mildern. Diese hat die konkrete Tat und die Person des Täters zusammen zu gewichten. Das Geständnis lässt dann rückwirkend die *Persönlichkeit des Täters* in einem anderen Licht erscheinen, denn die Person des Täters wird offenbar einerseits als konsistente Identität des damaligen Täters begriffen, die aber auch durch Erfahrungen, etwa auch im Rahmen des Strafprozesses, zur eigenen Fortentwicklung und „geistig-sittlicher“ Selbststeuerung fähig ist.

Doch auch der demokratische *Rechtsstaat* zieht als solcher seinen Gewinn aus der Vereinbarung. Denn der öffentliche Rechtsstreit um die Schuld des Angeklagten findet bei einer Vereinbarung zumeist mit einem Rechtsmittelverzicht seinen sofortigen Abschluss. Der *Rechtsfrieden* ist wiederhergestellt. Dieser Umstand bildet dann auf die drei Begründungsstränge der deutschen Straftheorien übertragen zumindest einen wichtigen *generalpräventiven* Grund für eine Strafmilderung, der jedenfalls innerhalb des weiten Schuldrahmens mitberücksichtigt werden darf.

Auch verwirklicht sich typischerweise ein weiteres Ideal. Mit dem Geständnis räumt der Angeklagte in der öffentlichen Verhandlung also zumindest eine „Teilwahrheit“ ein. Dies geschieht durch den „Tätermund“, also durch das schon zu Zeiten der religiösen Inquisition allerhöchste Beweismittel.

2. Welches Gewicht besitzt nun die Vereinbarung im Rahmen eines rechtsstaatlichen Schuldstrafrechts?

Hoch vereinfacht bietet sich in der Regel das *Dritteln an*. Das Tat-Schuld-Strafrecht muss alle grundlegenden Abweichungen mit schuldbezogenen Begründungen rechtfertigen und im Übrigen einen Schuldrahmen einhalten. Die Untergrenze der nach der Tatschuld angemessenen Strafe werden die deutschen Gerichte zwar auch bei formellen Vereinbarungen nicht unterschreiten. Aber sehr vergrößert wird die Strafhöhe im fiktiven Vergleich mit einem nicht geständigen Täter immerhin um „ein Drittel“ gemildert.

Rennen nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner geopfert wird... Droht gar ein Präventiv- oder Interventionsstrafrecht?").

Zusätzlich kommt noch die „*Aussetzung zur Bewährung*“ in Betracht, und zwar bei *mittelschweren* Delikten als sofortige Aussetzung (einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren) bereits durch das Tatgericht selbst oder als bedingte Entlassung nach verbüßten *zwei Dritteln* einer längeren Freiheitsstrafe, über die ein gesondertes Vollstreckungsgericht später entscheidet.

Für den *Mord* gilt eine Art von Sonderrecht. Denn kommt bei einer Verurteilung wegen Mordes keine Strafmilderung in Betracht, etwa wegen erheblich verminderter Schuldfähigkeit, so hat das Gericht stets zunächst auf eine „lebenslange Freiheitsstrafe“ zu erkennen, §§ 211, 57a StGB. Falls es nicht auch noch auf die „besondere Schwere der Schuld“ erkennt, hat der Verurteilte erst nach *15 Jahren* und bei guter Prognose Anspruch darauf, dass seine Reststrafe zur Bewährung ausgesetzt wird. Auch Vollzugslockerungen sind für lange Zeit ausgeschlossen. Ein offener Vollzug kommt allerdings nach 10 Jahren in Betracht. Grundsätzlich muss aber, so hat das *Bundesverfassungsgericht* eben mehrfach mit Hinweis auf die unantastbare Menschenwürde erklärt, jeder zur Strafe verurteilte Mensch die Chance haben, „je wieder der Freiheit teilhaftig“ zu werden.

Selbst im hoheitlichen deutschen Strafrecht finden also, jedenfalls unterhalb des klaren Mordes, erlaubte und ständig praktizierte Absprachen statt, die den Charakter eines formalen und ausgehandelten Sühnevertrages besitzen. Beim Mord sieht das Strafrecht immerhin die Möglichkeiten des offenen Vollzuges und der bedingten Entlassung vor, die in der Regel durch ein *Geständnis* faktisch befördert werden.

3. Aber es bleibt dabei, dass das Geständnis, die Reue und die prozessuale Vereinbarung einen wesentlichen Teil der deutschen Strafrechtspflege ausmachen, vereinfacht vielleicht erneut ein Drittel. Hat im Prozess eine Vereinbarung stattgefunden, hat der Angeklagte infolge dessen wenigstens ein Teilgeständnis im Hinblick auf einen wesentlichen Teil der angeklagten Taten abgelegt, so erfolgt ein Spruch des Gerichts, den es öffentlich und ausdrücklich „*im Namen des Volkes*“ verkündet. Das demokratische und damit auch zivile Element eines Urteils, das nicht nur, aber auch, auf einer Vereinbarung des *Verfassungsstaates* mit dem *Täter* beruht, erhält dadurch seine Notifizierung.

Das deutsche Strafrecht täuscht nur deshalb über diese weit verbreitete Rechtspraxis hinweg, weil es in seinen Gesetzbüchern sinnvoller Weise vor allem die Fälle des *streitigen Verfahrens* vorrangig und ausführlich gesetzlich regelt.

Als *Thesen* drängen sich nach allem die folgenden auf:

Die gesetzliche geregelte Vereinbarung bildet einen *straf- und auch fast staatsrechtlichen Versöhnungsvertrag* zwischen dem Täter und der demokratischen Zivilgesellschaft. Der Staat tritt hier als ganzheitlicher Verfassungsstaat auf, der die drei Gewalten in sich bündelt und zugleich das „Volk“, also die Zivilgesellschaft als „deren erster Diener“ vertritt. Als quasi-staatsrechtliche Vereinbarung erscheint diese Art von Vertrag zum wechselseitigen Nutzen, weil und soweit der Staat vorgibt, über einen eigenen Strafanspruch zu verfügen.

Der private Täter-Opfer-Ausgleich kann dabei vom Staat mit „vermittelt“ werden und dann auch mit in das vor allem aber rechtsstaatliche Strafen und sein Verfahren einbezogen werden. Aber die vorrangig zivile Seite findet ihren eigenen Raum in einem anderen Sub-Rechtssystem, dem des zivilrechtlichen Schadensrechts.

Auf einige strafverfahrensrechtliche Besonderheiten, die der *Opferseite* einen Rechtstatus verleihen, ist nachfolgend einzugehen. Insofern ist wie stets zu bedenken, dass Rechtskulturen sich zwar nach bestimmten großen Leitideen ausrichten, wie in Deutschland der Idee der Rechtsstaatlichkeit, sie aber in der Regel im Konkreten eine Vielfalt an Rechtsinteressen und Rechtsrollen vorhalten und pflegen.

IV. Thesen und Sonderregelungen: Hoheitliche Effektivität der Strafrechtspflege, privater Täter-Opfer-Ausgleich

1. Verfahrenseinstellungen und Kronzeugenregelung

1. Aber auch die Vorgaben für das Geständnis sind eingebettet in ein *komplexes Rechtssystem*, das auch sonst noch fein gewobene ideale Regeln und allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze mit

pragmatischen Ausnahmen verknüpft, die es ihrerseits aus komplementären Maximen ableitet.

2. So ist die Regelung der Absprache gemäß § 257 c StPO zwar auf die Rechtsfolgen begrenzt. Aber auf welche *Taten* und welche gesetzlichen *Tatbestände* sich die Amtsermittlungspflicht bezieht, ist gleichwohl, wenn auch *jenseits der Vereinbarung*, Gegenstand eines weiten Beurteilungsspielraums, den der Gesetzgeber in den §§ 154 ff. StPO regelt.

Wie es die klare Trennung von Schuldstrafrecht und Maßregelrecht im materiellen Strafrecht methodisch erlaubt, die reine Schuldidee zum Leitprinzip zu erheben, so kann im Prozessrecht etwa die für das rechtsstaatliche Strafrecht atypische „Vereinbarung“ auf die Strafzumessung begrenzt werden. Denn den Gegenstand des Prozesses können die Strafverfolgungsorgane aus *hoheitlichen* Gründen mit dem rechtsstaatlichen Verfassungsgebot der *Effektivität der Strafrechtspflege* reduzieren. Dabei haben sie zugleich das *menschenrechtliche* Beschleunigungsgebot mit zu bedenken, Art. 6 I EMRK.

So können die Strafverfolgungsorgane von der Verfolgung einer Tat absehen, wenn sie für die Rechtsfolge, also vor allem für die Strafe „*nicht beträchtlich ins Gewicht fällt*“, § 154 StPO. Aus denselben Gründen können sie auch von der Verfolgung von Tatteilen absehen, § 154a StPO. Das Verfassungsprinzip der „Effektivität der Strafrechtspflege“ regiert diese Regelungen, die aber ebenfalls durch die *Bemessung der Schuldstrafe* begrenzt werden.

Insbesondere bei einer *Mehrheit von Taten* wird vom reinen Tatprinzip auf das personale Element der Bewertung der Einstellung des Täters übergewechselt. Denn die „Person“ des Täters ist neben der Tat selbst das zweite wesentliche schuldbezogene Strafzumessungselement. Sie regiert auch die Bildung einer Gesamtstrafe aus *mehreren Einzelstrafen*, §§ 46, 54 StGB, wenn der Gesetzgeber vorgibt: „*Dabei werden die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend gewürdigt*“. Denn die Banalität lautet: Bestraft werden „Menschen und nicht Taten“, aber eben die Täter wegen ihrer Taten.

Bei hundert Diebstählen oder Körperverletzungen reicht es unter Umständen aus, nur fünf von ihnen zu verfolgen, und zwar dann typischerweise diejenigen, die am besten nachzuweisen sind. Bei der Strafzumessung ist dann die rechts-(guts-)feindliche Einstellung Täters zu solchen Straftaten *strafschärfend* mit zu berücksichtigen, die sich schon allein aus den nachgewiesenen fünf Straftaten ergibt. Strafmildernd wiederum kann dann auch jenseits einer Vereinbarung das Geständnis im Hinblick auf die fünf Taten gewichtet werden.

Den Umfang der Taten „kann“ die Staatsanwaltschaft, später das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft also in erheblichem Maße gemäß § 154 StPO vor allem aus Effektivitätsgründen begrenzen. Aber sie kann auch die verschiedenen Arten und die Zahl der Taten aus Gründen des öffentlichen Interesses in vollem Umfange anklagen, etwa auch mit Rücksicht auf die Interessen der Opfer.

Ein *Teilgeständnis*, sei es von Tatteilen oder von einigen Taten aus einer größeren Anzahl, kann also aus der Sicht der Strafbemessung und vor allem bei der Bildung einer Gesamtstrafe ausreichen. Die Bedingung „nicht beträchtlich ins Gewicht fällt“ eröffnet der Staatsanwaltschaft und Gericht also auch insofern eine *beachtliche Gestaltungsfreiheit*.

Über die Einstellung nach §§ 154 ff. dürfen die Strafverfolgungsorgane nicht unmittelbar verhandeln und jedenfalls *keine Vereinbarungen* treffen. Doch haben sie dem Beschuldigten und seinem Verteidiger auch insofern *rechtliches Gehör* einzuräumen. Und *alsbaldigen Rechtsfrieden* zu schaffen, ist wiederum ein gewichtiger Aspekt für das hoheitliche Gebot, für die „Effektivität der Strafrechtspflege“ zu sorgen.

Der hoheitlich agierende Rechtsstaat erweist sich auf diesem Wege auf den zweiten Blick als flexibel genug, um auch die Taten und Tatteile mit zu berücksichtigen, wenngleich zum Teil auf einer anderen, der hoheitlichen und zugleich allgemein menschenrechtlichen Ebene.

Ohnehin gibt es zwar neben dem idealen Geständnis des reuigen Täters Konfessionen von unterschiedlichem Gewicht für die Strafzumessung. Der Zeitpunkt spielt eine Rolle und das drü-

ckende Gewicht anderer Beweise für die Schuld des Täters, ebenso die Einschätzung der Ernsthaftigkeit der Reue etc. Aber in der Regel schafft ein Geständnis sofortigen Rechtsfrieden, jedenfalls in einem wesentlichen Teilbereich, weil es den Beschuldigten insoweit als *Täter* rechtskräftig ermittelt, ihn insofern mit einem Schuldspruch bemakelt und auch ansonsten, wenn auch milder, bestraft. *Einschlägige Vorstrafen* bewirken dagegen in der Regel eine erhebliche Strafschärfung, weil sie im Rahmen der Beurteilung der Persönlichkeit des Täters bei der Begehung der neuen Tat das Maß von deren Vorwerfbarkeit und damit die *Schuld* steigern. Der Täter habe sich, so heißt es dann, bei Begehung der neuen Tat seine Vorstrafen nicht zur Warnung dienen lassen. Aber die gebotene Strafschärfung vermag dann wiederum ein Geständnis, jedenfalls in der Regel, abzumildern.

3. *Sondervereinbarung der Kronzeugenregelung*. Zudem existiert eine umfassende Kronzeugenregelung im Strafgesetzbuch (§ 46 b StGB), auf die an anderer Stelle, und zwar bei der Suche nach der *verfassungsrechtlichen Höchststrafe* schon einmal einzugehen war.³⁹³

Danach führt die „Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten“, und zwar „durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens“, wenn sie noch im Stadium des Ermittlungsverfahrens „wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung aufgedeckt werden“ konnte, zum Absehen von Strafe oder zu einer fakultativen Absenkung des Strafrahmens, und zwar auch bei Mord auf 10 Jahre. Es muss sich nicht einmal um ein umfassendes Geständnis handeln. Zwar trägt der Gestehende das Risiko des Erfolges,³⁹⁴ doch bei Erfolglosigkeit wird das Gericht das Geständnis dann immer noch bei der einfachen Strafzumessung zu berücksichtigen ha-

³⁹³ Fischer, Strafgesetzbuch, 2016, § 46b Rn. 10, 13; Hardingham, Strafzumessung, 2015, 5 ff („Begriffsbestimmung“), 15 ff („Erfahrungen im Ausland“), 165 ff (zu den dogmatischen Problemen der „Systemkonformität“). Frahm, Kronzeugenregelung, 2014, 167 ff („Vereinbarkeit mit prozessualen und verfassungsrechtlichen Prinzipien“), 285 ff („...aus der Sicht der Praxis“). Vgl. zu dieser Norm auch Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff., 392 ff.

³⁹⁴ Fischer, Strafgesetzbuch, 2016, § 46b Rn. 10, 13.

ben. Auch die sonstigen oben genannten Folgen hat sich der Beschuldigte mit dem Geständnis eröffnet.

Die Kronzeugenregelung kann man einerseits als eine Sonderregelung der „Vereinbarung im Strafverfahrensrecht“ verstehen, die aus einem staatlicher *Ermittlungsnotstand* entspringt. Andererseits belegt diese Vorschrift aber auch, in welchem Maße der *Rechtsstaat* grundsätzlich bereit ist, einen *Strafnachlass* zu gewähren, der das *Nachtatverhalten* berücksichtigt. Auch die gesetzlichen Strafrahmen stehen danach zu etwa „einem Drittel“ zur *Disposition*. Faktisch handelt es sich dabei auch für den Mord um eine Art von gesetzlichem Strafmilderungsgrund.

Dass damit für den Mord das Äußerste an Strafmilderung erreicht ist, das die (hoheitliche) allgemeine *Rechtsstaatsidee*, etwa als Minimaethik im Recht erlaubt und die das besondere strafrechtliche *Schuldprinzip* mit dem Berücksichtigen von Nachtatverhalten gerade noch zulässt und mit ihr auch das (kollektive) allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der Allgemeinheit wohl noch zu erdulden vermag, ist offenkundig.

2. Externer, aber anzurechnender Täter-Opfer-Ausgleich, strafprozessuale Opferrechte

1. Das deutsche Strafrechtssystem erweist sich als noch komplexer, indem es auch die Opferseite in vielfältiger Form mit bedenkt, aber ihr und damit dem *zivilen* Anliegen insgesamt betrachtet nur eine *Nebenrolle* einräumt, denn im Mittelpunkt steht die Wahrung der Bürgerechte des Beschuldigten, die das Grundgesetz, die Europäische Menschenrechtskonvention und nunmehr auch die Europäische Grundrechtcharta regeln, vgl. Art. 101 ff. GG, §§ 5 ff. EMRK.

Das staatliche Straf- und auch das Strafverfahrensrecht umfassen zudem das Angebot eines externer durchzuführenden, aber intern bei der Strafzumessung anzurechnenden Täter-Opfer-Ausgleichs sowie gesonderte strafprozessuale Opferrechte. Insgesamt ergibt sich schon jenseits des gesonderten Täter-Opfer-Ausgleichs die folgende bunte Liste:

(1) Schon die *Vereinbarung* gemäß § 257 c StPO wirkt sich je nach Deliktsart auch auf die Opferseite aus und eröffnet auch ihr

und den Opferanwälten die Teilnahme an der formellen Absprache.

Denn bei den Gewaltdelikten, die sich typischer Weise gegen individuelle Opfer richten, werden bei einer solchen Vereinbarung oder einem sonstigen informellen (rechtzeitigen) Geständnis die Opferzeugen von einer Aussage befreit oder zumindest nicht einer kritischen Befragung durch die Verteidigung ausgesetzt. Die, wie es heißt, zweite oder dritte „Viktimisierung“ der Gewaltopfer lässt sich auf diese Weise vermeiden. In solchen Fällen nimmt also „das Volk“, in dessen Namen das Urteil gesprochen wird, bereits von sich aus auf die Belange der Opfer Rücksicht.

(2) Die Formen der „*Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren*“ regelt die Strafverfahrensordnung nicht nur ausdrücklich, sondern sogar *gesondert* im fünften ihrer sieben Unter-Bücher. Aber vorangehend und im Kern regelt das deutsche Strafprozessrecht das Verfahren gegen einen Mitbürger als Beschuldigten und anschließend auch kurz die Vollstreckung der Strafen gegen ihn. Die Opfer können danach auch selbst und notfalls auch durch beigeordnete Opferanwälte als eigenständige „Nebenkläger“ im Prozess auftreten, §§ 395 ff. StPO. Die Opferanwälte nehmen in der Regel aktiv an außergerichtlichen Absprachen teil. Verfügt der Nebenkläger über eigene Rechtsmittel, so kann der sofortige *Rechtsfriede* also nur mit ihrem Einverständnis eintreten.

(3) Ferner kann die *zivilrechtliche Entschädigung* des Verletzten bereits im Strafverfahren mit geregelt werden, §§ 403 ff. StPO, sodass die Opferanwälte auch diese Frage mit einbringen können.

(4) Im Sinne der Strafzumessungsregelung des § 46 II StGB, genügt jedes Nachtatverhalten, das der *Wiedergutmachung* mit den Verletzten dient. Unter dem zivilen Aspekt der Versöhnung handelt es sich je nach der Art der Wiedergutmachung um eine Art von *Sühnevertrag* und um ein solches Angebot.

2. Den noch größeren Schritt, und zwar hin zu einem *eigenständigen*, privaten Sühnevertrag des Täters mit dem Opfer, hat das deutsche Strafgesetzbuch mit dem „Täter-Opfer-Ausgleich“ gesetzt.

Eine sogar sprunghafte Absenkung von Strafrahmen sieht es für den Fall vor, dass bereits außerhalb des Verfahrens ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich stattgefunden hat, §§ 46a, 49 StGB. Dabei wechselt auch das Strafrecht gelegentlich auf die konflikttheoretische Sicht über, wenn es etwa heißt, es müsse die „Wiedergutmachung in der Absicht einer Lösung des der Tat zugrundeliegenden Gesamtkonfliktes geschehen“.³⁹⁵

Die Staatsanwaltschaften sind zudem gehalten, während des Ermittlungsverfahrens in allen geeigneten Fällen auf einen solchen Täter-Opfer-Ausgleich hinzuwirken, § 155a StPO. Für das Jugendstrafrecht gilt entsprechendes, §§ 45 II, 47 I JGG.³⁹⁶

Kommunale oder sonstige ausgebildete *Mediatoren* werden eingeschaltet, sobald sich der Täter zu einem solchen Verfahren bereit erklärt. Es verlangt ihm eigene Anstrengungen ab und wirkt selbst bereits erzieherisch. Die Mediatoren werden mit dem Opfer Kontakt aufnehmen. So kann der in der Regel voll geständige Täter neben einem symbolischen Schadensersatz, vor allem die schriftliche Erläuterung seiner Tat und seiner Aggressionsmotivation sowie auch den freiwilligen Eintritt in ein längeres Anti-Gewalt-Training anbieten.

³⁹⁵ Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2015, § 46 a Rn 5; BGH NStZ 2002, 646 ff, Vgl. zudem Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2015, § 46 a Rn 6, häufig, aber nicht zwingend mit einem „uneingeschränkten Geständnis“ verbunden. Zur strittigen Frage, ob § 46 a auch bei Delikten anwendbar ist, die Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Staats schützen, bejahend BGH NStZ 2000, 205; differenzierend Maier in: Münchner Kommentar II, 2012, § 46, 3; Fischer, Strafgesetzbuch, 2016 § 46, 8. Grundsätzlich aber kann auch der Staat als *Person* auftreten, und somit auch ein „Verletzter“ sein, und er kann auch die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen.

³⁹⁶ Zum Problem der überaggressiven Jugendlichen, siehe: Auchter, Gewalt, 2002, 595 ff., 603 („Die massiven psychophysiologischen Veränderungen in der Adoleszenz destabilisieren und bedrohen das Selbstgefühl und das Selbstbewusstsein mit *Depersonalisierung* und *Derealisierung*“ (Hervorhebungen im Original). Auchter fügt sofort an: „vor allem der Bearbeitung von partieller Desintegration und Destabilisierung, der Abwehr von Ängsten vor Fragmentierung und Körperzerfall dient das *Agieren* (...) der Adoleszenten“. Diese Grundelemente hat jede Großgesellschaft mit ihrem Anteil an Jugendlichen zivil zu verinnerlichen – oder aber sie kann es ideologisch oder auch religiös missbrauchen.

Aber mit der Praxis ist zu trennen. Ein solcher Ausgleich wird in der Regel bei Vergehen, wie der Körperverletzung, gesucht und von Staatsseite unterstützt. Bei schweren Gewaltdelikten, wie der Vergewaltigung, findet es in der Regel nicht statt, obwohl es auch dort nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Insofern droht in der Regel nur Geldstrafe oder eine bei nunmehr günstiger Prognose noch zur Bewährung aussetzbare Freiheitsstrafe. In leichteren Fällen kann der gelungene Täter-Opfer-Ausgleich auch zur Einstellung des Verfahrens führen und dann also die staatliche Strafe durch privat vereinbarte Bußleitungen voll ersetzen.

Der private Täter-Opfer-Ausgleich, den der demokratische Staat selbst unterstützt und auch überwacht, bildet also in der Praxis einen möglichen Ersatz für die staatliche Geldstrafe. Die Kriminologie begreift ihn als wichtige Unterform der „Diversion“ der leichteren Strafen.³⁹⁷

Im *Kernbereich der Freiheitsstrafen* aber, für die ihn der Gesetzgeber auch eröffnet, führt der *Täter-Opfer-Ausgleich* nur, aber immerhin, zu einer deutlichen Absenkung der staatlichen Strafe, §§ 46a, 49 StGB.

Hoch vereinfacht senkt diese private Vertragsstrafe die zeitige Freiheitsstrafe, die im Höchstfalle bis zu 15 Jahren reicht, um rund „ein Drittel“ und bietet zudem auch noch die bedingte Entlassung nach zwei Dritteln der im Vergleich mit nicht geständigen Tätern schon reduzierten Strafe an. Dass auch ein solcher Versöhnungsvertrag in der Regel vor dem Hintergrund einer objektiven Warnung vor der anderenfalls gebotenen strengeren Strafe und den Folgen der schlechteren Prognose stattfindet und dieser Umstand vom Täter subjektiv empfunden als Drohung einer strengeren Bestrafung und längerem und härteren Vollzug begriffen wird, erscheint offenkundig.

Aber erneut ist darauf hinzuweisen, dass die Drohung mit dem hoheitlichen Recht oder mit der vorstaatlichen Selbsthilfe ebenso zur Realität einer jeden Art von sozialrealen Sühneverträgen gehört, wie der Umstand, dass die „Dritten und Nachbarn“ der

³⁹⁷ Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 27, Rn. 16, 75, 96, § 43, Rn. 8 f., 48.

Streitenden immer auch ein eigenes Interesse am Rechtsfrieden besitzen und deshalb auch auf beide Seiten einen sozial-informellen Druck ausüben. Hinter dem Druck steckt wiederum auch ein vages Rechtsgefühl der Allgemeinheit, das unter anderem von der Frage der „Verallgemeinerbarkeit“ von Entscheidungen gespeist sein dürfte. Dieses insofern dann kollektive Grundbedürfnis nach vernünftigem und zudem einverständlichem Ausgleich, bei dem alle Seiten nachgeben, bedient auch jede Art von „Volksrecht“. Es beeinflusst die mittelalterliche „heilige Ordnung“, die absolutistische Idee des landesherrlichen Gnadenrechts und den common sense einer von Laien mitbestimmten Rechtsprechung.

3. Thesen: Versöhnen durch Strafrecht, Zweispurigkeit des deutschen Strafrechts, mit und ohne nachträglicher Unrechtseinsicht, dreifaltige Strafbegründung

1. Auf die Frage nach der Versöhnung im deutschen Strafrecht lassen sich also die folgenden „zivilen“ Antworten geben, und zwar auf vier Ebenen:

(1) Als Teil der *materiellen Gerechtigkeit* und damit zugleich auch als Teils des *hoheitlichen Rechts* dient die Strafe grundsätzlich und *ohne Unrechtseinsicht*, Geständnis und Reue in Anlehnung an *Hegel* der Heilung eines Rechtsbruchs.

Die Zivilgesellschaft hat sich in demokratischer Weise ein Rechtssystem gegeben, das auf der *kollektiven* Ebene der, wie es im Strafrecht heißt, der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit, dient, indem sie etwas Krummes geradebiegt. *Es versöhnt sich die Gesellschaft mit sich selbst*. Denn es herrscht Unruhe, was gilt denn nun, lautet die Frage, darf man jetzt unge-sühnt töten? Müssen wir jetzt selbst Gerechtigkeit üben oder steht weiterhin der Staat dafür ein? Diese Art der Versöhnung zielt auf die Wiederherstellung des gestörten *Rechtsfriedens*.

Dies geschieht durch ein *Freiheitsopfer*, das sie einem Mitglied auferlegt, mit dem sie aber -auch- sich *selbst bestraft*. Die Allgemeinheit oder auch das Volk könnte (gnadenweise) darauf verzichten; insofern handelt es sich für sie um ein freiwilliges Sühneopfer (im alttestamentarischen Sinne opfert sie eines ihrer

Kinder); aber sie will dieses eigene Übel zur höheren Heilung des Rechtsbruchs.

Mit dem Gegenübel, so sieht es in ähnlicher Weise die Rechts-
theorie, bekräftigt die Allgemeinheit die *soziale Geltungskraft*,
der vom Täter mit seiner Tat in Frage gestellten einzelnen Nor-
men und die Gültigkeit des Rechts insgesamt. Der Täter wird da-
bei zum „Objekt“ und reinen Mittel zum Zwecke der Versöhnung
mit sich selbst.

(2) Damit aber nun aber das demokratische Volk nicht einen
würdigen Mitmenschen verfassungswidrig zum „bloßen Objekt“
degradiert wird, genügt es, wenn das allgemeine Strafrecht *zu-*
dem und in *beachtliche Maße* auf den Täter auch als *Subjekt* zu-
geht, etwa in der Form der Schuldstrafrechts, und es beim Strafen
auch die subjektiven Bedürfnisse der Opferseite mit beachtet.

Zur (alten) sozialen Sichtweise tritt nunmehr die (menschenrecht-
liche) Versöhnung auf der individuellen Ebene hinzu:

Bei nachträglicher Unrechtseinsicht, Geständnis und Sühne des
Beschuldigten findet eine vergleichsweise erhebliche Milderung
der ansonsten zu verhängenden Strafe statt. Alle drei Straf-
begründungen legen eine solche Absenkung nahe oder erlauben sie
wenigstens.

Diese Strafmilderung wird bei verteidigten Angeklagten vielfach
außerhalb der Hauptverhandlung vorbereitet. Alle am Prozess
Beteiligten treffen dann eine vertragsähnliche „Vereinbarung“. Diese
Absprache wird das Gericht als Untersuchungs- und Ver-
handlungsführer im deutschen Hauptverfahren anschließend im
rituellen, mündlichen und öffentlichen Hauptverfahren offenle-
gen.³⁹⁸

³⁹⁸ Zumindest sind die Gerichte dazu aus der Sicht des Bundesgerichts-
hofes in Strafsachen verpflichtet. Die Tatsachengerichte meinen al-
lerdings vielfach, derartige intersubjektive Formen der Wahrheits-
findungen der Öffentlichkeit auf diesem Forum nicht voll vermitteln
zu können. Sie fürchten den emotional verständlichen, aber an sich
unberechtigten Vorwurf des Handels („Deal“) zulasten einer im

Für den Strafvollzug tritt die begründete Aussicht auf bedingte Entlassung und Vollzugserleichterungen wegen der nunmehr in der Regel günstigeren Rückfallprognose hinzu.

Daneben bietet das Strafrecht einen gesonderten staatlich geförderten intersubjektiven Täter-Opfer-Ausgleich an, der insbesondere statt Geldstrafe im Betracht kommt.

(3) Aus *intersubjektiver und demokratischer* Sicht dienen *Geständnis und Reue* eines freien *Mitsubjektes* ebenfalls der Versöhnungsidee des Rechtsfriedens.

Ein langwieriges weiteres und vor allem *streitiges Verfahren* entfällt. Deshalb können nach der sofortigen Rechtskraft des tatrichterlichen Urteils zum einen die Verletzungen der Beteiligten, vor allem die der Opferseite zu heilen beginnen. Die Heilung betrifft insofern die verletzten objektiven Rechts- und Werteordnungen. Verletzt ist ferner die gesamte humane „Verfassungsgesellschaft“, etwa wegen der Achtungsverletzung der demokratischen Trinität „Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“. Bei Gewaltdelikten ist schließlich auch der exekutive demokratische Staat wegen der Verletzung seines staatlichen Gewaltmonopols mitbetroffen.

Dieses *Angebot zur Versöhnung* hält die demokratische Zivilgesellschaft, die, wie mit dem Wort „im Namen des Volkes“ deutlich wird, der eigentliche Souverän ist, dauerhaft aufrecht. Auch das demokratische legitimierte Strafvollzugsrecht betrachtet den Verurteilten als ein würdigen Mitsubjekt und hält eine Zwei-Drittel-Verbüßung, die typischer Weise mit der Unrechtseinsicht verbunden sind, die dann zu einer günstigen Prognose führt. Das „Volk“ bieten auch danach noch Wiedereingliederungshilfen deshalb an, weil es den Täter als würdigen Mitmenschen begreift, der seine Tat mit der, wie es heißt „verbüßten“, Strafe gesühnt hat.

Im Übrigen kann auch die Zivilgesellschaft als solche eine kollektiv-personale Opferrolle einnehmen, etwa bei den sogenannten *Gemeinschaftswerten*, die etwa die Straßenverkehrs- und die

deutschen Strafverfahren „objektiv“ gedachten Gerechtigkeit (BGH NJW 2005, 1440 ff.).

Geldfälschungsdelikte schützen. Bei den Rechtspflegedelikten ist der Rechtsstaat mitbetroffen. Bei den Staatsschutzdelikten stellt der Staat die verletzte Person dar. Eine symbolische Verletzung von Achtungsansprüchen liegt im Übrigen aus der Sicht der deutschen Strafrechtsdogmatik auch schon dann vor, wenn der Täter nur eindrucksvoll, aber dennoch untauglich versucht hat, irgendeinen der im Strafrecht geschützten Rechtswerte anzugreifen (vgl. § 23 StGB).

(4) Schließlich gilt aus der höchstpersönlichen *moralischen* Perspektive des Täters das Gleiche wie aus der Sicht der strafrechtlichen Forderung nach Tatschuldausgleich und wie auch aus der psychologischen Sicht. Der geständige und reuige Täter *versöhnt sich mit sich selbst* und bestärkt damit aus psychologischer Sicht seine *Grundidentität*.

2. Das deutsche Strafrecht lässt sich dabei aus *zivilier Sicht* insgesamt folgendermaßen deuten:

(1) Das gesamte deutsche Strafrecht bildet im Kern ein humanes „Nächstenstrafrecht“, das im Übrigen alle Strafgesetze, die konkreten Gerichtsurteile und den praktischen Vollzug umfasst.

(2) Als „liberales Bürgerschutzrecht“ dient das gesetzte Strafrecht überwiegend ohnehin nicht der Bestrafung, sondern als Menschen-, als Beschuldigten- und als Gefangenenschutz vor Staatswillkür. Doch achtet es inzwischen auch die Rechte der Opferseite.

(3) Für den zweiten und eigentlichen Strafteil des Strafrechts gilt dann hoch vergrößert der Leitsatz, dass die Freiheitsstrafe „zu einem Drittel“ ein humanes Versöhnungsangebot beinhaltet, das auf dem Schuldgedanken von „Beichte und Reue“ beruht, das von der Individualprävention und ihrer Grundidee zur Resozialisierung gespeist wird und der Generalprävention, vor allem in der Form der Erhaltung der Rechtstreue der Bevölkerung. Bei Geldstrafe vermag sogar die private Versöhnung allein auszureichen.

3. Aus der Sicht des *deutschen Strafrechts, des Strafprozessrechts und des Strafvollzugsrechts* ist zudem die These aufzustellen:

len, dass es sich nunmehr offen zur *Zweispurigkeit der Schuldstrafe* bekennen sollte.

Es existiert also grob geteilt

- (1) „*ein Schuldstrafrecht mit nachträglicher Unrechteinsicht und Geständnis*“ und
- (2) „*ein Strafrecht ohne nachträgliche Unrechtseinsicht und ohne Geständnis des Täters, aber mit dem fortwährenden Angebot zur Versöhnung*“.

Aus dieser Sicht kann man auch ebenso schlüssig statt von einer Strafmilderung bei einem Geständnis auch von einer *erheblichen Strafanhebung* sprechen, die den Täter beim *Unterlassen* der Erklärung seiner Unrechtseinsicht und bei Verzicht auf das Geständnis trifft. Das *Unterlassen* dieses *Nachtatverhaltens* erwächst dann zum eigentlichen Strafgrund für die Steigerung des Übels.

Dabei ist das Recht *formal* derart ausgelegt, dass es von vom „schlimmsten Fall“ ausgeht und den *schwersten Eingriff* in die Freiheitsphäre als *Hauptfall* gesetzlich regelt. So ziehen alle Straftatbestände zunächst einmal die zu *vollstreckende Freiheitsstrafe* Sanktion nach sich, auch wenn weniger als zehn Prozent der Strafe derart auffallen.

Aber ein konsequentes Schuldstrafrecht müsst eigentlich umgekehrt ansetzen, und aus der persönlichen Schuld, deren Kern das Strafrecht im *Unrechtsbewusstsein* des Täters sieht (§§ 17-21 StGB) auf die *persönliche Unrechtseinsicht*, mit der Folge eines Geständnisses und auf die persönliche Sühne setzen.

Wer mit dem Bundesverfassungsgericht auch den Straftäter als *geistig-sittliches* Wesen begreift, erwartet zunächst einmal Reue und Sühne.

Die Verweigerung führt dann im Rahmen eines *reinen* Schuldstrafrecht dazu, die Schuld des Täters *nachträglich* zu vergrößern. Aber in einem Schuldstrafrecht bleibt das *Angebot* zur Versöhnung dauerhaft fortbestehen.

Man kann diese Nachtat-Schuld mit der Rechtsprechung auf die Tat *fiktiv* zurückrechnen und als Indiz für seine damalige Einstellung zur Tat deuten.

Man kann aber auch die neue trotzige Verweigerungs-Tatschuld *offen* mit der Person des Täters verbinden und sich dann zu gemischte *Tat- und Täter-Persönlichkeitsstrafrecht* bekennen. Dann allerdings muss man den Preis entrichten, die *Unschuldsvermutung*, die immerhin bis zur Rechtskraft gilt, dogmatisch zu beschädigen. Aber der Täter hat es in der Hand, welchen Weg er wählt.

Dogmatisch einfacher ist, das Nachtatverhalten der fehlenden Unrechtseinsicht wegen des *Rechts sich nicht selbst belasten* zu müssen, aus dem Schuldstrafrecht herauszunehmen, diesen Umstand vor allem *präventiv* zu betrachten und es dann als ein starkes Indiz für die (künftige) nicht durch ein Geständnis geminderte Gefährlichkeit des Täters zu begreifen, Jener hat deshalb mit einer *schlechteren Prognose* zu rechnen, die die Voraussetzung für die Bewährung oder auch die vorzeitige bedingte Entlassung darstellt.

4. Das pragmatische Recht und damit auch das Strafrecht folgt aber nicht einer reinen Lehre. Die ideale Strafbegründung ist vielmehr gegeben, wenn die Strafe *dreifach* gerechtfertigt ist,

aus den *sozialen* Gründen der Generalprävention,

und aus den *empirisch-biologischen* Gründen der individualpräventiven Gefahrenabwehr

und auch aus den *idealistisch-moralischen* des gerechten, aber auch humanen Schuldausgleichs.

Legt man kulturelle das Schwergericht auf die *Schuldstrafe*, weil man den Menschen als würdig erachtet und als ein geistig-sittliche Wesen erachtet, so *balancieren* die beiden präventiven Ausrichtungen *gemeinsam* in etwa deren Gewicht aus.

5. Allen drei Strafbegründungen beruhen aber auf dem *Prinzip des Ausgleichens*.

Denn auch die Erwartung einer (künftigen) Gefahr bildet schon in der *Gegenwart* eine Belastung. Sie muss vermindert werden und mit dem Rest muss „man“ (die Gesellschaft, die konkret Gefährdeten und auch der Täter mit seinem mutmaßlichen Aggressionspotential) leben.

Ebenso aber erfolgt auch die Schuldstrafe zwar „wegen“ der Tat in der Vergangenheit. Aber deren negative Auswirkungen setzen sich in der *jeweiligen Gegenwart* fort. Aber zumindest ein *symbolisches Ausgleichen* und die Bekräftigung der Geltung des Rechts ist ebenso möglich wie Ermittlung der *Wahrheit*. Daran kann auch der Täter mit der Erklärung seiner Unrechtseinsicht teilhaben, zur der Wahrheitsfindung mit seinem Geständnis beitragen und dann auch die (verminderte) Strafe auf sich nehmen.

6. Damit ist das Strafrecht im Hinblick auf seine Strafseite und deren Versöhnungselemente ausgeleuchtet. Zudem war im Vergleich mit den mittelalterlichen Sühneverträgen auf die sonstigen Rechtsgebiete, wie das zivile Schadensersatzrecht oder die staatlichen Opferhilfen hinzuweisen.

9. Kapitel

Strafrechtskulturen und Geständnis

I. Rechtskulturelles zum strafenden Rechtsstaat

1. Deutscher Rechtsstaat, angloamerikanische Vertragsidee und französisches Solidaritätsdenken

1. Die Idee des Versöhnungsvertrages, die bei schweren Straftaten ohnehin nur grob ein Drittel der an sich verwirkten Strafe betreffen kann, dürfte, so lautet die nach allem vermutlich schon selbst evidente These, nur eine Art von Subsystem innerhalb der vorherrschenden deutschen Rechtsidee darstellen. Aber insofern handelt es sich eben um eine nationale Eigenheit.

2. *Deutsches Rechtsstaatsmodell.* Der Vertragsidee steht, wie vom *Bundesverfassungsgericht* immer wieder angesprochen und für das deutsche Recht systemprägend, der Gedanke des Rechtsstaates gegenüber. Im Strafrecht findet das Rechtsstaatsprinzip seinen Ausdruck zugleich auch im *Schuldprinzip*, dessen nationale Eigenständigkeit das *Bundesverfassungsgericht* in seinem Lisabon-Urteil mit Blick auf die Grundrechtcharta der Europäischen Union ausdrücklich betont hat.

Recht und Gesetz dominieren jedenfalls das deutsche Selbstbild, und diese rechtskulturelle Entscheidung ist auch prinzipiell zu akzeptieren. Der Ausweg besteht deshalb darin, die *vorrechtliche* Ebene des *Demokraten* mit einzubeziehen und sie zu einem halb-autonomen Subsystem auszubauen.

Somit ist weiter auszuholen.

Anzusetzen ist aus diesem Grunde auf der gesamtwestlichen Ebene der *Rechtskulturen* und sich dann über die großen Kulturmodelle zu verständigen.

Schon grundsätzlich liegt es für alle „humanen Systeme und deren Subsysteme“ nahe, (zumindest) die drei Blickwinkel zu trennen, den *hoheitlichen*, den *privaten* und den *kollektiven*.

Die beiden Leitgedanken formuliert der *deutsche* Verfassungsgeber in Art. 20 GG. In seinem zweiten Absatz äußert er sich zur Staatsgewalt und zum Demokratieprinzip („*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus*“). Dann folgt die Bindung an das Recht im dritten Absatz mit den Worten „*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*“

Staat und Recht sind dabei dann wieder für die Idee des „Rechtsstaates“ zusammenzufügen. Vom Staatsvolk geht zwar alle Gewalt aus, aber das Staatsvolk selbst ist ein immanenter Teil des (demokratischen) Staates. Die unmittelbare Ausübung übernimmt aber letzterer durch seine drei Teile, Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Hoch vereinfacht agiert der „Rechtsstaat“ nach innen hoheitlich und zunächst einmal schlicht deshalb, weil er die kollektive Person ist, die die Staatsgewalt ausübt. Als ein solcher Staat handelt der Rechtsstaat „monokratisch“, und zwar als die „eine“ souveräne Person, die über das Gewaltmonopol verfügt.

Als Rechtsstaat unterwirft er sich dabei selbst der Idee des *Rechts*, sei es als „verfassungsmäßige Ordnung“ oder als „Recht und Gesetz“. Dieser Rechtsstaat verlangt dabei von den einzelnen Demokraten ebenfalls, dass sie sich individuell, wie er selbst, dem Recht, aber auch ihm als dem Rechtsstaat und damit seinem Gewaltmonopol *unterwerfen*. Vereinfacht unterwerfen sich die Demokraten kollektiv ihrem eigenen Recht. Insofern beherrschen sie sich dann auch kollektiv selbst. Individuell muss allerdings Gewalt angedroht und gelegentlich auch eingesetzt werden. Privat wiederum kann jeder Einzelne über das Seine, insbesondere sein Eigentum und sonstige Freiheitsrechte, nahezu frei und nach seinen eigenen Regeln, also autonom verfügen.

Ethisch handelt der demokratische Rechtsstaat vor allem, indem er Recht und Gerechtigkeit dem Einzelnen über seine drei Gewalten, die Legislative, die Judikative und die Exekutive *zuteilt*, aber weder das Recht, noch gar die Gerechtigkeit mit dem Einzelnen aushandelt.

Über das Staatelement des Staatsvolkes kann der Rechtsstaat dann auch kollektivistische Gedanken mit einbeziehen. So sprechen die rechtsstaatlichen Justizorgane „im Namen des Volkes“ Recht, lassen aber das Volk nicht selbst Recht sprechen. Viel-

mehr werden, etwa im Strafverfahrensrecht die Schöffen mit den Staatsrichtern gleichgesetzt. Auch mit dem Strafgedanken der Generalprävention fließt ein kollektivistischer Aspekt mit in das Rechtsdenken ein, wenn man formuliert, das Strafen diene insofern der „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“.

Dadurch, dass der Rechtsstaat auch die „Allgemeinheit“ fürsorglich vertritt, entsteht aus der Dreiteilung vereinfacht die bekannte *Zweiteilung* von hoheitlicher und privater Sichtweise. Und die Idee des Rechtsstaates gewinnt auf diese Weise in Deutschland ein zusätzliches Gewicht.

Demokratisches Vertragsmodell. Der Leitidee des hoheitlichen Rechts steht der zivile Standpunkt gegenüber. Er legt vereinfacht nicht das Rechtsgerüst der Verfassung zugrunde, sondern beruht auf der *demokratischen* Position, die sich in den *Präambeln* der Verfassungen als vorrechtlich offenbart. Diese Sicht setzt auf den Fortbestand der Idee des Freien und Gleichen, der sich des demokratischen Rechtsstaates als seinem „ersten Diener“ bedient. Die eigene Gerechtigkeitsidee der Freien und Gleichen ist diejenige der strengen *Wechselseitigkeit* der „Goldenen Regel“.

3. Damit ist ein kurzes Schlaglicht auf zwei andere große Rechtskulturen zu werfen:

Ziviler Liberalismus. In den USA regiert der vor allem private und vorrechtliche Ansatz, alles zunächst aus der Sicht der Freien und Gleichen zu betrachten. Diese Freien und Gleichen bekennen sich zur Verfassung als einer Art von nützlichem Gesellschaftsvertrag. Mit ihm schaffen sie ihr eigenes Recht, das aber immer noch in der Hand der Demokraten verbleibt.

Dieses liberale Denken nimmt dann ebenfalls gern kollektivistische Gedanken in sich auf wie etwa den Gedanken des common sense, den alle Demokraten verinnerlicht haben (sollten). Als Spruchkörper tritt zudem unmittelbar die Jury der Freien und Gleichen auf, die aus Laien besteht. Aber dieses Kollektivorgan steht eigentlich für die kommunale Gemeinschaft aus der die Laien zu stammen haben, und sie sprechen nicht in erster Linie für sich selbst. Diese Jury wird nur durch den staatlichen Berufsrichter, der das Verfahren fair regelt, unterstützt, aber nicht von ihm beherrscht. Diesem Modell entspricht es, wenn der Ange-

klagte zunächst gefragt wird, ob er sich selbst für schuldig bekennt. In diesem Falle kann auf einen Prozess verzichtet und in Verhandlungen über einen Sühnevertrag eingetreten werden.

Politisches Solidaritätsdenken. Regiert dagegen der common sense selbst, etwa als (französischer) Gemeinsinn der *volonté général*, dann regiert das demokratische Gesetz in seinem Wortlaut und dennoch zugleich auch in seiner forensischen Handhabung. Auch liegt dann der Schwerpunkt bei der Solidarität und der Generalprävention.

4. *Nationale Systeme und Subsysteme.* In der Wirklichkeit ergänzen sich zwar überall alle großen Konzepte. Aber national betrachtet muss *eines* die Oberhand gewinnen, und zwar schon deshalb, um über ein höchstes Leitbild seine Identität als eine zwar bunte, aber doch auch eingefasste *einheitliche* Kultur auszuprägen. Jedes nationale Leitkonzept „integriert“ im Übrigen dann gern auch Elemente der anderen großen beiden Leitbilder.

Wichtig ist zu erkennen, dass es auch andere westliche Kulturen gibt als die deutsche, die vom Rechtsstaat geprägt ist. Vereinfacht steht neben ihr das „zivile“ oder das vorrangig „privat“ ausgerichtete Rechtssystem der USA und das vorrangig von Solidarität und Politik beherrschte Staatssystem Frankreichs.

5. Die Komplexität erhöht sich für das deutsche Recht noch. So war im Übrigen ohnehin schon und auch für den *deutschen* Rechtsstaat und sein Strafrecht erneut eine Dreiteilung vorzunehmen. Die weitgehend öffentlich-rechtliche Ausrichtung des deutschen *Strafrechts* bildet nur einen Teil des Strafens und begrenzt schon deshalb Art und Umfang der Versöhnung (oder Ver-Sühnung) im Strafrecht.

So ist im Strafrecht *nicht* auf den *zivilrechtlichen* Täter-Opfer-Ausgleich zu blicken, vor allem das Schadensersatzrecht, sondern lediglich auf den strafenden demokratischen *Rechtsstaat* und sein gesamtstaatliches Strafverständnis. Auch geht es nicht um eine gesellschaftliche oder eine *sozialstaatliche* Betrachtungsweise, bei der die Idee der Solidarität im Mittelpunkt steht.

Aber zumindest bei *schweren Rechtsverletzungen* steht dennoch vermutlich in allen Rechtskulturen die Strafe und ihr Recht im

Mittelpunkt, weil die übrigen Rechtsformen offenbar nicht ausreichen, um einen schweren Rechtsbruch verwirklicht durch einen würdigen Mitmenschen, der zugleich Rechtsperson und Demokrat ist, zu verarbeiten.

Aufgegriffen sind jedoch im deutschen System dann vor allem der „Rechtsstaat“ und seine „Rechtsidee“ und nicht etwa vorrangig die Freiheitsidee des Staates der Freien oder die Idee der Solidarität des hochpolitischen staatlichen Gemeinwesens.

Dennoch durchdringt die prinzipielle Dreiteilung von *hoheitlichen*, *privaten* und *kollektiven* Aspekten auch das *Rechtsstaatsdenken*, das neben seinem grundsätzlich hoheitlichen Charakter auch die beiden anderen Gesichtspunkte mitbedient.

Dabei neigt die Teilidee des Rechts als „Ordnung“ (oder als „Metasystem“) ohnehin dazu, Rechtsgruppen und Untergruppen zu bilden und diese in eine interaktive Beziehung zueinander zu setzen. (Insofern könnte man statt von Unterordnungen auch von Untersystemen sprechen.) So beeinflussen sich das materielle Recht, das gerichtliche Verfahrensrecht und auch das hoheitliche Vollstreckungsrecht untereinander. Dasselbe gilt für die einfache andere Dreiteilung von Zivilrecht, Strafrecht und öffentlichem Recht. Auch wenn eine Rechtsordnung wie jede Ordnung typischerweise von normativer und hoch abstrakter Art ist, sie zudem auf feste Beziehungen setzt und die wechselseitige Abhängigkeit und Beeinflussung verdrängen will, so sind mit dem alten Begriff der Ordnung doch wesentliche Elemente des *systemischen* Denkens oder auch des Denkens in Kulturen und Subkulturen verbunden.

Rechtordnungen pflegen seit jeher als historisch gewachsene Gedankengebilde begriffen zu werden, die in bestimmten irdischen Institutionen geerdet, mit sozialen Rollen verbunden und vor allem im *Freien-*, im *Richter-* und im *Herrscherbild* verankert sind. Dabei treten der Freie, der Richter oder der Herrscher wiederum häufig auch nur als Stellvertreter und Verkörperung einer Lebensgemeinschaft, etwa als *pater familias*, auf.

Mit diesem rechtskulturellen Vorverständnis ist dann das Wesen der „Strafmilderung“ für ein jedenfalls im Kern zunächst einmal hoheitliches deutsches Strafrecht (rechtskulturell) zu deuten

2. Rechtsstaat und Gesetzesrecht, Gerichtsrecht, Vollstreckungsrecht

1. Das Strafrecht stellt einen Teil des gesamten Rechts dar. Wer also etwa nach „*Recht und Gerechtigkeit*“ ruft und damit auch das Strafrecht meint, der sollte deshalb die Angebote des gesamten „Rechtsstaates“ betrachten.

Der Rechtsstaat bildet zunächst einmal eine rechtliche Einheit, aber er ist auch ein Staat. Das zwar gefährliche, aber offenbar auch vorteilhafte absolute Gewaltmonopol des Staates hat die Demokratie vorsorglich aufgebrochen. Der Bürgerstaat hat die übermächtige Staatsgewalt geerbt. Er ist sich, wie die nationalen Verfassungen belegen, bewusst, dass die exekutive Gewalt nicht nur wie eine Waffe zu allen, auch eigensüchtigen Zwecken ihrer Verwalter einsetzbar ist, sondern dass sie auch dazu neigt, wie jedes soziale System zu agieren und soziale Ressourcen in hohem Maße zur Aufrechterhaltung ihres eigenen Monopols zu verbrauchen.

Die Demokratie hat die Staatsgewalt deshalb zunächst klassisch in Gesetzgebung, Justiz und Vollstreckung zerlegt. Die Gesetzgebung und die Justiz kennzeichnen das demokratische Recht, das die Exekutive, also den Staat im engeren Sinne beherrschen und ordnen soll. Ferner hat sich das Bürgervolk mit der Zivilgesellschaft ein großes privates Gegengewicht zum alten Hoheitsstaat „geschaffen“.³⁹⁹ Mit einer gleichsam vierten Verfassungsgewalt hat sie ihre eigene zivile Öffentlichkeit ausgestattet, die nicht nur die Politiker, wie auf einem antiken Forum, zur Kommunikation mit ihr nötigt, sondern unter anderem auch die öffentlichen Gerichtsverfahren kontrolliert. Als Rechtsadressat beherrscht die Öffentlichkeit der Bürger, und zwar zumindest aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*, den Grundrechtsrahmen der Rechtsgewalt. Als Kontrolleur und als Rechtsadressat müssen im Übrigen auch die Mitglieder dieses Staatsvolkes über ein informelles „Demokratenrecht“ verfügen, das sie als

³⁹⁹ Zur Staatsidee als einer bestimmten „sozialen Konstruktion von Wirklichkeit“, etwa als einer Art der (verobjektivierten) Erscheinung, und aus soziologischer Sicht mit dem Begriff der „Leitidee“ verwandt: Stölting, *Machtbildung*, 1999, 111 ff., 112 f.; zur Folge und Grund einer Leitidee als „informelle Machtbildung“: 124 ff.

„Rechtsgefühl“ verinnerlicht haben und das insbesondere von einem „Unrechtsbewusstsein“ und dem Gedanken der „Ungleichheit“ bestimmt ist. Auch Recht stellt dabei, als Teil der praktischen Politik begriffen, eine Form von Gewalt dar.⁴⁰⁰ Denn es richtet das Krumme gerade, und es gestaltet das soziale Leben.

Um das politische Recht zu erfassen, sind vor allem die verschiedenen Ausrichtungen der drei Gewalten zu trennen. Sie bilden drei wichtige Unter-Kulturen des Rechtssystems, zu denen auch drei Arten von Repräsentanten gehören.

2. Insofern ergibt sich, etwa auch für das Strafen, die folgende Sicht auf das Rechtssystem:

Deutscher Rechtsstaat: Das Recht bietet dem Staat einen *hoheitlichen* Ordnungsrahmen. Mit dem gesamten Strafrecht begründet der Staat zudem aus der Sicht des vorstaatlichen Freienrechts das Gewaltmonopol. Dafür aber muss der Rechtsstaat dann aber auch die Hauptaufgaben anbieten, die das Mittelalter für die Familienverbände vorsah: Die gewaltsame Vergeltung als Selbsthilfe, die Vorbeugung durch Androhung von Gewalt und die Sühne als Friedensvertrag.

Vor allem die deutsche Rechtsstaatsidee beruht auf der Verabsolutierung des Gedankens der *Gleichheit*. Deshalb *verobjektiviert* der Rechtsstaat die Konflikte, er *versachlicht sie zu Gegenständen des Rechts*, *verallgemeinert* sie, und er *rationalisiert* sie. Das allgemeine Gesetz, das typisierte Sachverhalte und Taten sanktioniert, ist sein Mittel.

Das materielle Strafrecht steht im Mittelpunkt des Rechtsstaatsprinzips. Jenem dienen der auf (objektive) Wahrheit ausgerichtete-

⁴⁰⁰ Aus der Sicht des Staatsrechts und der Gewaltenteilung: Möllers, Gewaltengliederung, 2005, 82 ff.: „Gewalt als Erzeugung von Rechtsfolgen“, als „einseitige Erzeugung von Recht“, 843 („Auch Gerichtsurteile und Verwaltungsakte erzeugen Recht.“). Als verwandt begriffen mit der Idee des „legal realism“ im amerikanischen Common-Law-Denken. Siehe auch: Duxburg, Patterns, 1995, 32 ff. Dazu gehört auch der ganzheitliche oder gemeinsame Ansatz der „Auslegung als Normkonkretisierung“ (Seiler, Auslegung, 2000, 38 ff.); gegen eine Gewaltenhierarchie: Möllers, Gewaltengliederung, 2005, 93 f.

te Prozess, geführt von neutralen Richtern, und auch der gesetzlich geregelte emotionsfreie Strafvollzug, durchgeführt von neutralen Amtswaltern. Die „Tatschuld“ ist vor allem zu sanktionieren, also nicht in erster Linie der Täter (kein Täterstrafrecht) und nicht die Abwehr einer sozialen Gefahr (kein Polizeirecht).

Das Rechtsstaatsprinzip führt negativ betrachtet also zur *Ent-Individualisierung* und zur *Ent-Solidarisierung*, letzteres gemeint im Sinne von leidenschaftlichem Mitfühlen.

Das eine Gegenmodell bildet das angloamerikanische Personalitätsprinzip, das auf der Idee der Freiheit beruht und zu einer Versubjektivierung des Rechts führt. Die Rechtssubjekte bestimmen das Recht. Das zivilistische *Vertragsdenken* dominiert das Recht; seine Inhalte sind durch ihre *Individualität gekennzeichnet*. Gesetze entstehen vertragsähnlich. Sie kommen aufgrund von Vereinbarungen der Parlamentarier zustande und betreffen einzelne Sachverhalte, und zwar vor dem Hintergrund von einzelnen Interessen. Diese Leitidee drängt nach innen das hoheitliche Rechtsstaatsdenken ebenso zurück wie die Idee der kollektiven Solidarität. Nach außen agiert ein solcher Staat wiederum aufgrund seiner Interessen und meidet transnationale Rechtssysteme.

Die andere (französische) Leitidee überhöht die Idee der humanen Sozialisierung, die auf das Mitgefühl setzt und vor allem den Gedanken der Solidarität heiligt. Die Politik des empathischen Konsenses und der Teilhabe steht im Mittelpunkt. Das Gesetz erweist sich vor allem als Ausdruck der Politik.

Wer sich diese drei Systeme vor Augen führt, wird einerseits verstehen, welche grundsätzlichen Probleme dem deutschen Strafrecht die vertragsähnlichen Vereinbarungen im Strafrecht und auch die Einbeziehung des zivilen Täter-Opfer-Ausgleichs bereiten muss. Man kann schwer mehreren Herren oder auch Höchstideen gleichzeitig dienen. Die pragmatische Lösung liegt deshalb darin, sich zunächst zur *Einseitigkeit* des Rechtsstaatsprinzips zu bekennen, um sich dann um die Ausbildung von halbautonomen *Subsystemen* samt eigener Binnen-Ethiken zu bemühen. Letzteres geschieht in Deutschland etwa mit der gesetzlichen Regelung von *Vereinbarungen* im Strafrecht, mit dem *Täter-Opfer-Ausgleich* samt Opferanwälten und seit langem schon mit den *Maßregeln der Besserung und Sicherung*. Es fehlt aber wohl

noch die Einsicht in die, allerdings zwangsläufige, Einseitigkeit des Übergewichts der Idee der *Rechtsstaatlichkeit*.

Mit dem deutschen Vorrang des Rechtsstaates liegt das Schwergewicht auf den Ideen von „Recht und Gesetz“.

Strafgesetze: Die Strafgesetze dienen als *Gesetze* vor allem der Generalprävention, und zwar zum Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens und der Rechtstreue als solcher. In der Form von gesamten Gesetz-Büchern stützt sich die weltliche Strafrechtsidee auf eine eigene gleichsam bibelähnliche und ethische Normenwelt. Ihr altes Vorbild sind die „Gesetzestafeln“.

Strafjustiz: Die urkönigliche Justiz betrachtet zwar den individuellen Streitfall. Die Strafgerichte legen bei streitigen Verfahren das Gewicht auf den Nachweis der mutmaßlichen Tat-Schuld des Beschuldigten. Mit Wahrheitssuche im Streitfalle und dem Schuld- und Strafausspruch dienen sie in einer öffentlichen Verhandlung der Wahrung des Rechtsfriedens, mit der „abgesprochenen Gnade“ bei Geständnis und Reue ebenfalls. Aber die Justiz ist eingebunden in allgemeingültige verobjektivierende Gesetzssysteme, die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Die Rechtspersonen werden zu „Beteiligten“ am (verobjektivierten) Prozess. Richterrecht dient vor allem der Konkretisierung von Recht, gelegentlich zwar der Neugestaltung auf dem Wege zur Kodifizierung, aber selten als dauerhaftes Richterrecht.

Strafvollzug: Im Vollzug findet die Ausübung (die Exekutive) des staatlichen Gewaltmonopols statt. Dieses Subrechtssystem wird von einer Ausprägung der (hoheitlichen) *Verwaltung* betrieben, die von Verwaltungsrechtsdenken beherrscht wird

Die Art und Weise der Vollstreckung bestimmt der Gedanke der *Individualprävention*, und zwar über die Idee der Resozialisierung des Täters und als Schutz der Allgemeinheit vor dem Täter.

Das gesamte Verwaltungsrecht und damit auch das Vollzugsrecht werden dabei durch die Grundrechte begrenzt und ausgeformt. Der Strafvollzug, bei dem der Freiheitsentzug ohnehin schon gesetzlich vorgegeben ist, wird vor allen unmittelbar durch die Menschenwürde überdeterminiert.

Diese drei Staatsgewalten bilden gleichfalls drei große Untersysteme. Beherrscht werden sie aber ebenfalls von der Idee des Rechtsstaates.

II. Rechtskulturen und Strafrecht

1. Rechtspolitisches: Westliche Demokratie und Strafrecht

1. Aus demokratischer Sicht ist der Idee vom demokratischen Rechtsstaat Folgendes anzufügen:

Staatsvolk: In den Demokratien herrscht das Staatsvolk, offenbar mit dem Recht und privat eben auch neben dem Recht. *Demokratie* und *Recht* bilden vereinfacht offenbar beides, eine Einheit und auch eine dialogische Paarung. Am besten ist dabei nach den drei demokratischen Grundbegriffen von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ zu trennen. Denn diese politische Dreifaltigkeit zeichnet den westlichen „Staatsherrscher“ nach seinem Selbstverständnis aus, und zwar in etwa folgendermaßen:

Liberale Demokraten: Als Freie betonen die liberalen Demokraten die Haftung des Menschen für das eigene und damit auch für die Gefahren, die von seinen Taten ausgehen. Die reinen Liberalen fordern die kalte Strafgefängenschaft des Verurteilten, sie „verwahren“ einen gefährlichen Herrn über das Eigene zum Schutze der anderen Freien, und zwar solange es ihnen nützlich erscheint.

Solidarische Demokraten: Mitleid, Furcht und würdige Mitverantwortung bestimmen diese emotionale Bürgersicht. Diese drei emotionalen Elemente sind deshalb von einem „Recht des Konsenses“ mit zu befriedigen und zu kanalisieren. Die Versöhnung des Täters mit der Gesellschaft und mit der Opferseite wirkt auf dieser „zivilen“ Ebene.

Gerechte Demokraten: Die Suche nach dem gerechten Recht bildet sowohl ein Rechtsgefühl, als auch eine verinnerlichte Moral, die vermutlich vor allem in der formalen Idee der „Gleichheit“ der Menschen wurzelt. Da jeder Ausgleich rückwärtsgewandt ist und den alten Zustand wiederherstellen will, handelt es sich um den „konservativen“ Ansatz.

Politische Teile als Parteien: Die großen politischen Parteien in vielen westlichen Ländern betonen gern eine dieser drei Leitideen. Sie belegen damit, dass die westliche Demokratie als solche immer noch nach der Gesamtheit der alten politischen Dreifaltigkeit verlangt. Die derart vereinfacht als „dreifaltig“ zu deutenden „Demokraten“ bilden dann diejenigen Rechtspersonen, ohne deren Rollen eine faire Versöhnung offenbar nicht stattfinden kann. Damit ist der Hintergrund noch einmal angeleuchtet, vor dem die westlichen Streitlösungsversuche, jedenfalls auf der Ebene des Rechtsstaates, stattfinden.

2. Grundsätzlich geht es jedem westlichen nationalen Staat aber zunächst darum, eine eigene zumeist über Jahrhunderte ausge-reifte Staatskultur weiter zu pflegen.

Innerhalb derselben ist dann zu versuchen, eine Balance zwischen den drei demokratischen Leitlinien zu finden und am Ende keine ganz allein regieren zu lassen. Sie lauten

- Freiheit und zugleich Selbstverantwortung,
- Gleichheit vor dem Gesetz, aber auch Billigkeit im Einzelfall, sowie
- Solidarität als Grundmodell für einen Staat der Nächsten, die Hilfe und Versöhnungsangebote erwarten dürfen, und zwar um des Humanismus Willen.

Das deutsche Staatswesen legt vermutlich aus der Sicht des angloamerikanischen Liberalismus, der in der Regel mit einem Utilitarismus einhergeht, ein zu starkes Gewicht auf den ethischen Gesetzesstaat und auf den fürsorgenden Sozialstaat und lässt der ökonomischen Freiheit, aber auch der Haftung von Unternehmen mit hohen Strafgeldern zu wenig Raum.

3. Dennoch bilden diese drei Elemente, wie auch immer sie national genutzt werden, die Grundbausteine der westlichen demokratischen Staatswesen. In sie hat sich dann auch das staatliche Strafrecht einzupassen.

Versöhnungselemente anzubieten, dient einerseits immer auch dem humanen Selbstverständnis einer demokratischen Gesellschaft.

Umgekehrt führt offenbar die Idee der Versöhnung in nicht demokratischen Staaten oder nach Bürgerkriegen hin zur Entwicklung der Staatsform eines demokratischen Humanismus.

Der deutsche demokratische Humanismus offenbart sich in der liberalen Verfahrens- und der solidarischen Gefängniskultur, kurz: in einem „Nächsten“-Strafrecht sowie in der privaten, der sozialen und strafrechtlichen Opferhilfe.

2. Kulturvergleich: Humane Nächstenstrafe, Sozialverteidigung und Unschädlichmachung

1. Die nationalen westlichen Rechtssysteme unterscheiden sich jedoch. Das deutsche Strafrecht bietet nur eine bestimmte Art von Recht. Alle Nationen besitzen, schon als eigene Rechtskulturen, verschiedene Schwerpunkte. Zu versuchen ist, kurz noch einmal auf rechtsvergleichende Weise „von oben“ auf das deutsche Staats-Strafrecht zu sehen und zumindest zwei sozialreale Alternativen zum „Nächstenstrafrecht“ zu betrachten.

Zwei hoch vereinfachte Gegenmodelle bildet zum einen die französische Schule der Sozialverteidigung (*défense sociale*), die Feinde der Allgemeinheit bekämpft und deshalb wie im Kriege die Schuld des Täters als weniger wichtig erachtet. Zum anderen bietet sich die angloamerikanische Idee der Unschädlichmachung (*incapacitation*) an, die utilitaristisch-liberal ansetzt. Der im Willen freie Mensch hat in der Kenntnis der drohenden Strafen, und zwar bis hin zur Todesstrafe, gesetzliche Straftatbestände verwirklicht und damit das Strafrisiko frei auf sich genommen. Ihm müssen nunmehr seine Kapazitäten durch eine Art der Sicherungsverwahrung genommen werden.

2. Beim gegenwärtigen deutschen Kernstrafrecht handelt es sich im Regelfall weder um eine reine Art des kalten „Feindstrafrechts“, noch um die bloße Verwahrung von gefährlichen Perso-

nen. Vielmehr regelt es ein Strafrecht, das dem Täter die Menschenwürde und sogar dem Mörder eine Freiheitsoption belässt.⁴⁰¹ Das deutsche Verfassungsrecht begreift jeden Strafgefangenen also weithin als „Nächsten“ oder „Bruder“ im Sinne von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit“. Aber insbesondere die Terrorismusabwehr, die die strafprozessualen Ermittlungsrechte des Staates ausdehnt und damit Bürgerrechte einschränkt, ordnet die deutsche Strafrechtswissenschaft zu Recht als Form des „Feindstrafrechts“ ein. Ferner kennt das deutsche Strafrecht auch die Ausnahme- und Notnormen der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in eine geschlossene psychiatrische Anstalt. Insbesondere die Sicherungsverwahrung, die nach verbüßten Strafen einsetzt und ebenfalls in den Justizvollzugsanstalten vollstreckt wird, dient der „Unschädlichmachung“, indem der demokratische Staat diesem als hoch gefährlich eingeschätzten Mitmenschen die Fähigkeit nimmt, in Freiheit wieder rückfällig zu werden.

Diese Art der deutschen Humanität bildet also nur zu einem Teil einen höchsten Selbstzweck, zum anderen erweist sie sich offenbar zumindest nicht als gesellschaftsschädlich, sondern mutmaßlich sogar als „nützlich“.

3. Aus der Sicht der deutschen Demokratie, die mit der Idee der Menschenwürde den Humanismus in den Vordergrund schiebt,

⁴⁰¹ Zum Seitenblick auf die *defense sociale* und zur Unschädlichmachung, siehe: BVerfGE 45, 187 ff., 257 ff. Zur viel diskutierten These vom Feindstrafrecht durch Jakobs, die im Kern eine *sozialreale Analyse* einer doppelspurigen deutschen Kriminalpolitik darstellt, aber bei Jakobs auch von einer besonderen systemischen und generalpräventiven Deutung des Strafrechts im Sinne von Luhmann begleitet ist: Jakobs, *Kriminalisierung*, ZStW 97 (1985), 735 ff. („Rechtsgutsfeind“ in Abgrenzung zum „bürgerlichen Strafrecht“ (783) etwa bei der Terrorismusabwehr, wie auch bei bloßen Rechtsfriedensstörungen). Siehe auch: Saliger, *Feindstrafrecht*, JZ 2006, 756 ff., 757, zu Jakobs Ansatz des Feindstrafrechts: („holistischer“ Vermengung von Bewertung und Beschreitung vom Sinne Hegels); 759 ff. (zum kritisch-analytischen Wert des „Feindstrafrechts“); 761 ff. (zum „totalitären“ Charakter des „Feindstrafrechts“, aber auch zur „legitimen Koexistenz von Bürgerstrafrecht und Feinstrafrecht“); letztlich handelt es sich um die alte Verwicklung von Prävention und Schuldstrafrecht. Zum Überblick siehe auch Rudolphi/Jäger in: *Systematischer Kommentar-StGB*, 2014, , Vor § 1, Rn. 27.

ergibt sich, etwa im Vergleich mit den Vereinigten Staaten⁴⁰² und ihrem strengen liberal-utilitaristischen Ansatz⁴⁰³ oder erst recht im Vergleich mit den südamerikanischen Großstaaten mit ihren Binnenkriegskulturen⁴⁰⁴, der Umstand, dass das humane Strafrecht zwar zunächst einmal einfache logische Alternative kennt, nämlich ein „*nichthumanes Strafrecht*“. Es setzt dann auf die Unschädlichmachung (incapacitation) und soweit nötig auch auf die bewaffnete private Verteidigung (gegenüber out-laws).

Dennoch gehört immer auch der Gedanke der *Verteidigung* gegen Angriffe auf den demokratischen Rechtsstaat zum Strafrecht, und zwar deshalb, weil und sobald er mit dem Strafrecht „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“ schützen will, die ihrerseits einen *konstitutiven* Teil der verfassungsrechtlichen Identität des jeweiligen Verfassungsstaates darstellen. Mord, Raub und andere Gewaltdelikte greifen *auch* den Bürgerrechts- und den Menschenrechtsstaat an.

Sobald eine demokratische Staatskultur die kollektive Seite des Volkswillens betont (*volonté général*), tritt der Ansatz der effektiven Verteidigung der Volksgemeinschaft gegen innere „Feinde“ in den Vordergrund.⁴⁰⁵ Aber genauso erweist sich dann die eben-

⁴⁰² Zum staatsrechtlichen Überblick über die Verfassungsentwicklung in Nordamerika: Jellinek, Erklärung, 1904, 11 ff.; für Kontinentaleuropa: Jellinek, Erklärung, 1904, 7; Eckhard, Grundrechte, 1913, 6; sowie auch: AK-GG (Azzola), 1989, Art. 104, Rn. 2.

⁴⁰³ Zur These von der „liberal tradition“ der USA, siehe: Vorländer, Wertvorstellungen, 1995, 39 ff., 44 ff. etwa im Sinne des „bürgerlich-kapitalistischen Ethos“, der angereichert ist um die demokratische und politische Dimension der „individuellen Freiheit, politischen Gleichheit und eine starke anti-staatliche und anti-autoritäre Grundorientierung“. Zur Bedeutung von ethischen Loyalitäten und religions-moralischen Vorstellungen beim persönlichen Wahlverhalten, die zum *Konservatismus* führen: 47 ff. Zum klassischen Liberalismus als politische und gesellschaftliche Bewegung gegen den politischen Absolutismus und für wirtschaftlichen Liberalismus gesetzt: Siems, Idee, 2004, 1 ff., 2 ff.

⁴⁰⁴ Trotha, Ordnungsformen, 1995, 129 ff., 130.

⁴⁰⁵ Zur Diskussion, ob das Volk mit seinem „*volonté générale*“ tatsächlicher Urheber der Gesetze oder „der Idee nach“ ist zum Beispiel: Ladeur, Staat, 2006, 10 mit Hinweis auf die Grundidee des Gesellschaftsvertrags bei Hobbes und auf die Idee der „Rechtsperson“.

so öffentliche, kollektive Solidarität als ein Element, das über politische Gnadenakte zu einem humanistischen Korrektiv führt.

4. Das amerikanische „Gerichtsrecht“ betont dagegen den zivilrechtlichen Charakter der Haftung des Freien. Es begreift auch das Strafrecht als ein Parteiverfahren. Ein Bundesstaat klagt etwa einen namentlich benannten Menschen als Täter an und räumt ihm ein ausgefeiltes Recht zu seiner Verteidigung ein, das auch eigene Ermittlungsrechte miteinschließt. Über den Täter und Mitbürger sitzen, jedenfalls nach dem Jurymodell, dann auch Seinesgleichen (Peers) zu Gericht. Die Jurymitglieder kommen aus seiner Kommune und sind also zugleich auch seine Nächsten, seine Nachbarn einerseits wie auch die Nächsten der Opferseite andererseits.⁴⁰⁶ Ihr eigenes kleines Interesse besteht in der Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Die Idee der Staatsferne, die auch die Versöhnung kennzeichnet, kommt diesem kommunalen Ansatz also am nächsten. Der Preis erweist sich aus der deutschen Sicht allerdings als recht hoch. So erlaubt die amerikanische Grundidee der absoluten Freiheit an sich auch, über die eigene Freiheit zu entscheiden. Bestimmt die freie Gesellschaft die Todesstrafe und den harten Verwahrverschluss als angemessenen Preis, dann hat der Mörder sich frei für sie als sein Tatrisiko entschieden.

Für die Humanität und die Solidarität sorgt zum Beispiel eine zivile Kultur der karitativen Netzwerke, die ihren moralischen Akteuren zumindest informelle Achtung verschafft. Auch weiß dieses Rechtssystem um die Nützlichkeit der Aussicht auf bedingte Entlassung (probation).

⁴⁰⁶ Zum angloamerikanischen „Community policing“ in Deutschland und unter dem Ansatz: „Der Bürger zwischen Partizipation, Gemeinschaft und Instrumentalisierung“, siehe: Ooyen, Sicherheit, 2007, 119 ff., 120 f. (als Landespolizei), 121 ff. (als freiwillige „Hilfspolizei“ unter anderem als Bürgerwehr), 126 ff. (i.S. von „Präventionsräten“), 129 ff. (als „Polizeibeiräte“). Die Partizipation (dazu 133) sieht den Bürger als Demokratie. Auch die Laienrichter (Schöffen) gehören ebenso zu dieser Rolle wie die ehrenamtlichen Vollzugsbeiräte im Strafvollzug). Die Gemeinschaft zielt m.E. auf den Blickwinkel der „Kollektivierung“ im Sinne der Schaffung eines „kommunalen kollektiven Bewusstseins“, die „Instrumentalisierung“ nimmt die Verwaltungssicht der staatlichen Exekutive ein. Der Bürger wird auf diese Weise zum Organ der Exekutive.

5. Jedes Rechtssystem verfügt auf den zweiten Blick immer auch über eine eigene Art der Harmonisierung, die entweder den Zuspitzungen in der Realität wieder einen Teil ihrer Schärfe nimmt oder aber umgekehrt, wie im deutschen Strafrecht die humane Regelstrafe mit Formen von Notstandsrechten ausgleichen soll.

3. Geständnis und drei Sub-Rechtskulturen: vermittelnder Konsens, ethisches Werturteil, politischer Gemeinwille

Zu überlegen ist, inwieweit das Strafrecht und seine auch national unterschiedlichen Facetten zu ordnen sind und auch, in welcher Weise darin der Aspekt des Geständnisses zu verorten ist. Dabei ist vom deutschen Strafrecht auszugehen. Zu verfolgen ist zudem der staatspolitische Ansatz, der die Demokratie vor allem als Herrschaftsform des Staates begreift. So ist für den Blick auf das Geständnis etwas weiter auszuholen.

Erste Ebene. Das staatliche Strafen stellt aus der Herrschaftssicht vor allem ein hoheitliches Normensystem dar. Es droht Zwang, also Gewalt an und vollzieht sie, auch wenn deren Ausübung sinnvoll auf drei Gewalten aufgeteilt ist und auch die (zivile) Öffentlichkeit an diesem Vorgang ihren unmittelbaren Anteil nehmen kann.

Die Art der Ausübung der Gewalt ist eine demokratische und rechtsstaatliche. Jeder, also auch der Täter ist also für die Ausübung der Gewalt letztlich mitverantwortlich. Schon deshalb muss seine *Subjektstellung* mitbedacht werden.

Für Beschuldigte, die möglicherweise tatsächlich unschuldig sind und für die Unschuldsvermutung, die bis zur Rechtskraft einer Verurteilung gilt, gilt dies erst recht, Art. 6 II EMRK, Art. 20 III GG, weil tatsächlich unschuldig Beschuldigte eine Art von Sonderopfer zugunsten des demokratischen Rechtsstaates trifft.

Deshalb dient das gesamte Strafrecht vereinfacht in erster Linie dem Schutz der Bürger vor Machtmissbrauch.

Zweite Ebene. Erst in zweiter Linie regelt es die Art und Weise des Strafens, als Schuldstrafrecht, als Out-Law-Strafrecht, als

soziale Verteidigung etc. Insofern ist das gesamte dreiphasige Strafrecht bekanntlich Seismograph der (jeweiligen) Verfassung.

Diese beiden Ebenen tauschen ihre Bedeutung, wenn nicht zunächst nach der Herrschaftsform der Demokratie gefragt, sondern der Maßstab der staatspolitischen Philosophie angelegt wird und das Wesen und der Schutz des *Menschen* im Mittelpunkt stehen.

Auch der geständige und reuige Täter ist grundsätzlich dem staatlichen Zwangsrecht einerseits und andererseits der Höchstidee der Menschenwürde und dem Credo von Freiheit, Gleichheit und Solidarität unterworfen.

Dritte Ebene. Erst in dritter Linie ist die Frage nach der Art und Bedeutung des *Geständnisses* also relevant. Denn das staatliche Strafrecht ist, weil aus der Sicht des Staates zu betrachten, vor allem ein hoheitliches Recht. Jedes Geständnis findet im Rechtsstaat unter der unmittelbaren Drohung mit dem Rechtszwang und der Vollstreckung der gerechten Schuldstrafe statt. In aller Regel legt ein von den Strafverfolgungsorganen „Beschuldigter“ ein Geständnis ab oder ein Mensch, dem die Zuschreibung eine solche Beschuldigtenrolle unmittelbar droht. Ein solcher (würdiger, aber normbrüchiger) Mensch befindet sich, auch wenn er das Risiko der Bestrafung bewusst eingegangen ist, in einer existentiellen Krise und in der Lage der Unterlegenheit gegenüber den Staatsorganen, sodass vielfach erst die Verteidigung durch einen Rechtskundigen ihm wieder hinreichende Souveränität und Autonomie verschafft.

Das Ideal des *rechtlichen Gehörs* durch das neutrale Gericht, das pragmatische Recht auf *Verteidigung* durch einen rechtskundigen zivilen Dritten und die Erwartung von *common sense* auf Seiten der Zivilgesellschaft der Demokraten gehören zusammen.

Mit dem Geständnis, das die Verteidigung versuchen wird, in einer Sühne-Vereinbarung zu verfestigen, verändert der Täter die „Lage“, wenn auch (zumeist) weit nach der Tat.

4. Rückblick und Schluss

1. Was eröffnet nun das Geständnis dem Täter noch einmal zusammengefasst?

Das Geständnis wirkt sich durchgehend in erheblichem Maße entlastend aus, und zwar zunächst

- für die *materiellen Rechtsfolgen* (Strafmilderung, Strafaussetzung zur Bewährung, Strafrahmenabsenkung bei Täter-Opfer-Ausgleich und Kronzeugenregelung),
- für das *prozessuale Erkenntnisverfahren* (formelle Vereinbarung, Verschonung von Untersuchungshaft und von sofortiger Vollstreckungshaft, Abkürzung des Verfahrens: bei leichteren Delikten Einstellung gegen Geldbuße oder schriftliches Verfahren des Strafbefehls),
- für den *Strafvollzug* (günstige Prognose: Zwei-Drittel-Verbüßung, offener Vollzug).

Auch die *Zivilgesellschaft* vermag leichter mit einem geständigen und reuigen Täter umzugehen, und zwar zunächst ebenfalls „auf Bewährung“ und dann deshalb, weil er eine Zeit straffrei unter ihnen gelebt hat. Dabei ist aus *sozial-emotionaler* Sicht zu bedenken, dass für die Unbeteiligten in der Zivilgesellschaft neue Ereignisse die alten überlagern und zu relativieren beginnen. Neue Erfahrungen und Geschichten nehmen den alten nach und nach Teile ihrer Individualität und lassen sie zu Beispielen werden, Wut und Rache, Mitempfinden und Hilfsbereitschaft sinken. In *mittelfristigen Zeiträumen*⁴⁰⁷ von einigen Jahren ändern sich, sichtbar in Wahlperioden, sogar gesamte Gesellschaften und eben auch nach und nach die Lebensphasen der Menschen, und zwar auf der Opferseite ebenso wie auf der Täterseite. Aus akuten Traumata werden für die Opfer posttraumatische Leiden. Der Bezug des Täters zu seiner Tat wird deshalb dünner, weil er auch nicht mehr in vollem Umfang derselbe ist.

⁴⁰⁷ Dazu mit weiteren Nachweisen auch: Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff.

2. Auf der *zivil-kulturellen Ebene* ist dann nach der Art der strafrechtlichen „Subkultur“ zu fragen, die wiederum auch von den jeweiligen (nationalen) verfassungsrechtlichen Leitideen regiert werden. Zwei oder drei Hauptmodelle bieten sich auf den ersten Blick schon an, die vermutlich faktisch alle eine Rolle spielen:

Konsens der freien Personen. Die Vereinbarung im Strafrecht beruht in Kern auf dem zivilen und *demokratischen* Vertragsmodell, das wiederum von einem Konsens ausgeht, zu dem sich souveräne (freie und gleiche) Akteure finden. Dabei geht es um die *intersubjektive* Sicht, bei der sich die Akteure jeweils wechselseitig als Subjekte anerkennen. Aus der Fremdsicht ergibt sich die Selbstsicht, jedenfalls auf dem Markt und in der politischen Versammlung.

Es handelt sich um das horizontal angelegte Marktdenken der Freien und Gleichen, die miteinander *kommunizieren* und dessen Ethik einerseits das Nützlichkeitsdenken, der *Utilitarismus* ist. Aber andererseits dient diese Ethik auch der Höchstidee der Anerkennung der *Souveränität eines Freien*, der zu eigenen Handlungen fähig ist und insofern stets auch als eine mächtige und damit als eine auch künftig nützliche und gefährliche Person gedacht wird. In der Regel handelt es sich bei dem Freien zudem zumeist um einen Nachbarn. Deshalb kann diesem immer auch mit dem völligen Ausschluss aus dem Markt der Kooperation gedroht werden, jenem damit sein Einlenken also auch als Vorteil erscheinen. Der eigentlich freiwillige Vollzug des Vertrages geschieht ebenso unter der latenten Drohung mit dem Ausschluss.

Der offene (Selbst-) Vollzug ist deshalb im Strafrecht auch die angemessene Vollzugsform. Aber im Hintergrund bleibt die Drohung mit dem Aussperren, das in einer globalen Welt noch in einem Einsperren bestehen kann, seinem Wesen nach aber dem Betroffenen zwar nicht einmal die Personalität als Freiem nimmt, aber ihm die Handlungsfreiheit mithilfe der Fortbewegungsfreiheit entzieht. Intersubjektiv formuliert und damit auch zugleich demokratisch gedacht, sieht der Markt-Mensch sich und das Verhalten anderer mit den Augen der (scheinbar) neutralen anderen Dritten, und zwar um damit das Verhalten des Marktes als solchem und die Interessen der unmittelbar nicht beteiligten anderen Mitglieder der Gruppe vorwegnehmen und sich darauf einstellen zu können. Deren Interessen sind relativ eindeutig aber ambiva-

lent. Sie profitieren vom Einhalten und Durchsetzen der Marktregel für den Normalfall, und bei den dennoch zwischen Freien unvermeidlichen Streitigkeiten setzen sie auf das faire Verfahren. Bei Streit unter Mächtigen und bei Streit im Übermaß, die beide das Vertrauen in das System bedrohen, erwarten sie alsbaldigen Frieden.

Aus der Sicht der Gerechtigkeit handelt es sich also um die *formale Gerechtigkeit*, die vor allem an der Fairness des Verfahrens ausgerichtet ist. Die Gerechtigkeit wird durch das gerechte Verfahren erlangt. Doch geht es nicht nur um die Form. Mit dem fairen Verfahren wird die *Souveränität* der Beteiligten, deren Freiheit und Gleichheit gewährleistet und bestätigt.

Werturteil der autonomen Richter. Das andere und das vertikale Grundmodell ist dasjenige des hoheitlichen Richtens. Nicht um des Nutzens wegen reagiert man im Prozess, sondern um den eigenen Wertmaßstäbe gerecht zu werden. Dieses Modell beruht auf dem *Werte- und dem Ordnungsdenken* sowie auf der *Eigenverantwortung*. Jeder Beteiligte wertet das eigene und das fremde Verhalten für sich autonom. Dabei ist davon auszugehen, dass die Grundwerte des Einzelnen verallgemeinerbar sind, schon deshalb, weil das Verallgemeinerungsprinzip Bestandteil der Vernunft des Menschen ist. Insofern existiert eine Art von objektiver Werteordnung, an der sich Menschen auszurichten vermögen.

Als staatspolitische Grundlage steht nicht die forensische Demokratie oder der Markt im Mittelpunkt, sondern die Idee der Würde des Menschen, die mit der Freiheit und der Fähigkeit zur Vernunft verbunden ist und aus der sich dann auch die Herrschaftsform der Demokratie und die Idee des geregelten Marktes erst ergibt.

Konkret ist noch einmal zu differenzieren: Ausgefüllt wird dieses Selbstbild allerdings auch schon durch die Rolle, als Verfassungsperson aufzutreten, etwa als ein dem demokratischen Recht unterworfenen Staatsbürger zu handeln oder als Organ der Rechtspflege. Insofern war an anderer Stelle schon darauf hinzuweisen, dass die Präambel der Europäischen Grundrechtecharta, die auch auf die geistig-sittliche Tradition des europäischen Denkens verweist, zudem in einem Atemzug auch „Menschwürde, Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ benennt. Diese vier Begriffe lassen

sich ebenso sinnvoll abstufen. Am Anfang steht die allerhöchste (monistische) Leitidee der Menschenwürde (dignity of man). Deren Kerninhalt beschreibt das demokratische Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“, das seinerseits eine sachgerechte Reihung erhalten hat. Denn die (politische) Vernunft des geistig-sittlichen Wesens Mensch und damit auch dessen Würde ist vor allem durch die Idee der Freiheit geprägt. Aber deren egoistische Eigenschaften vermag (nicht muss) der würdige Mensch für jede seiner Handlungen mit den beiden anderen Ideen der Gleichheit und der Solidarität auszubalancieren.⁴⁰⁸ Vereinfacht ist zwar die Freiheit des Menschen wesentlich, aber deren Ausübung ist der *Eigenverantwortung*, also der eigenen *Selbstbeurteilung* unterworfen. Um sich vor sich selbst zu verantworten, muss der Mensch sich als *Richter* begreifen. Dazu verfügt er über ein Gewissen oder in Anlehnung an *Freud* steht ihm ein (auch moralisch zu denkendes) Über-Ich zu Verfügung.

Philosophisch betrachtet steht hinter dem Modell der Werteordnung und der Eigenverantwortung die klassische Trennung zwischen Subjekt und Objekt. Jeder Mensch sieht danach sein eigenes Verhalten ebenso wie auch das Verhalten der Anderen als „richtender Beobachter“. Erst danach und auf dieser Grundlage reagiert er auf die jeweils neue Situation.

Die autonomen Menschen kommunizieren nicht oder zumindest nicht mehr. Jedes Urteil, auch ein Zwischenurteil erfolgt auf der Grundlage einer Beratung mit sich selbst oder mit dem Kollektiv. Das bedeutet für den Strafprozess, dass nach seiner Urteilsbildung jeder Beteiligte (zunächst) einmal für sich handelt. Legt der Täter ein Geständnis ab und bereut er die Tat, so handelt er für sich und damit autonom. Die Strafverfolgungsorgane beurteilen dann innerhalb des Rahmens des verfassungskonformen Gesetzes „für sich selbst“ und autonom die Tat des Täters und auch dessen Nachtatverhalten.

Im Mittelpunkt steht damit die materielle Gerechtigkeit. Das Verfahren „dient“ nur dazu, sie möglichst effektiv herzustellen. Die *materielle Gerechtigkeit* aber ist an der Idee des Rechts gebunden und mit ihr an den einfachen minimal-ethischen Werten oder

⁴⁰⁸ Ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, Kap. 9 II, 408 ff.

Leitideen ausgerichtet, so wie sie auch viele nationale Verfassungen und die Europäische Grundrechtecharta konstituieren.

Teilhabe am und Exekution des vernünftigen Gemeinwillens. Natürlich gibt es zumindest eine weitere Leitidee, nämlich die französische soziale Sicht der politischen *Teilhabe*. Der Mensch begreift sich weder als würdiger Rechtsträger, noch als aktiver Freier, sondern als ein Bürger. Er versteht sich als ein wesentliches Mitglied und aktiver Mitträger einer Gemeinschaft, also eines Kollektivs, das sich seinerseits über die wohlverstandene „res publica“ als gemeinsame öffentliche Sache der freien, gleichen und solidarischen Demokaten definiert. Dieser Aspekt führt zu einer Politisierung des gesamten (Straf-) Rechts, indem es hoch vereinfacht um die *Exekution* der Gesetze und des Gemeinwillens geht und sie auf forensische Weise auch vor Gericht gerungen wird.

Westliche Welt und methodischer Rückblick: Die Methode, die hinter diesem Denken steckt, ist nichts anderes als eine Art von überscharfer Dialektik. Rückblickend waren zunächst *zwei Hauptmodelle* zu trennen. Dann war auch noch auf ein drittes hinzuweisen. Die beiden ersten ergänzen sich aber in der Praxis jeweils im Sinne einer schwachen Synthese offen oder verdeckt komplementär, und sie sind zudem, wie der Hinweis auf das Dritte zeigen soll, für weitere Unter-Ideen offen. Sie alle schöpfen aber gleichsam aus demselben gesamtwestlichen Ideenfundus.

3. Dabei bleibt zu bedenken, dass das Bedürfnis nach *Identität*, also nach *Einheit* dazu nötigt, sich auf eine *einzigste höchste Leitidee* zu reduzieren, die aber, wenn auch wegen des hohen Abstraktionsgrades von einer recht vagen Art sein wird:

- die *innere Subjektidee* (als Kern Menschenwürde) gegenüber
- der äußeren *intersubjektiven Personenidee des Freien* und
- der *kollektiv-subjektiven Idee der Teilhaberschaft des Bürgers*.

Der jeweiligen Höchstidee sind dann die anderen Ober-Ideen zuzuordnen, die aber ihrerseits in anderen nationalen Kulturen und deren Menschenbildern die Rolle der höchsten Leitidee einnehmen können. Auch wird man die eine (etwa nationale) Höchstidee gern noch mit Elementen von anderen Leitideen aufrüsten, um ihr mehr Eigengewicht zu verleihen. Auf diese Weise werden

zugleich die Besonderheiten geschaffen, die es mit sich bringen, dass die (ethologischen) Zivilisationen sich zugleich voneinander zu unterscheiden vermögen.

Einen solchen Ideenfundus zur Verfügung zu stellen, bildet die Funktion der *gesamtwestlichen Ideenlehre*. Die europäischen Konventionen, die EMRK und die Grundrechtscharta versuchen sie zudem in Rechtsform zu bündeln und deren Konkretisierung transnationalen Gerichten zuzuschreiben. Deren gesamtwestlicher Kern besteht in der Idee des (würdigen, des freien, des mitbestimmenden) *Subjekts*. Negativ gelesen darf oder kann ein Subjekt nicht (bloß) zum *Objekt* gemacht werden. Positiv tritt ein Subjekt als *aktiver Herr* auf, und zwar als Herr seiner selbst, als Herr gegenüber anderen Herren und als Mitherrscher mit anderen.

Mit der Subjektidee ist semi-religiös gelesen die *Verherrlichung des aktiven Menschen* verbunden. Offen bleibt, ob und inwieweit sich dieser Mensch zudem noch an ein höheres System zurückbindet, ob er sich also einem höheren göttlichen Wesen *unterworfen* weiß, an dessen Bild er aber teilhat, ob er sich zudem als unbedeutenden Teil der Natur versteht oder ob er sich eher passiv mit der gesamten Menschheit in einer globalen sozialen Schicksalsgemeinschaft sieht.

Denn wesentlich ist für den Erhalt des Subjektstatus der einfache *kantsche* Gedanke, den das *Bundesverfassungsgericht* zur Definition der Menschenwürde aufgreift, der würdige Mensch darf „nicht bloß“ zum Objekt gemacht werden. Der Mensch darf also unter anderem dem gerechten Recht, und zwar notfalls mit Zwang unterworfen werden, aber er muss, so ist zu folgern, also unter anderem auch stets das Angebot erhalten, *aktiv beteiligt* zu sein oder sein zu können.

4. Mit diesem Blick auf das Geständnis und auf das Gemeinsame und das Trennende von wenigstens drei großen westlichen Rechtskulturen ist der Panoramablick auf die Strafe abzuschließen. Die Vorstellung von Strafe war dabei mit derjenigen des *Rechts* verbunden und vorwiegend auf die Strafe in und durch einen demokratischen *Staat* ausgerichtet.

Aber schon die mittelalterlichen vorstaatlichen Sühnevereinbarungen waren deshalb sinnvoll und nützlich, weil auch sie unter der Drohung mit einer Gewaltalternative und sonstigen Nachteilen standen. Beim Scheitern der Bußverträge drohte dreierlei, die Verpflichtung der wehrhaften Clans zur *Widervergeltung* in der Form der Blutrache, der *Gotteszorn* und Höllenstrafen im Nachleben und gegenwärtig der irdische *Ansehensverlust* unter den Nachbarn und Gleichen, weil sich die souveränen Familienväter auf der Opferseite weder Barmherzigkeit erwiesen, noch eine vernünftige Friedensbereitschaft gezeigt haben.

Maßgeblich ist für die Jetztzeit jedoch, dass das bildungsbürgerliche Menschenbild und mit ihm die Idee der Demokratie den *Subjektstatus* der *Familienväter*, später denjenigen der absolutistischen Herrscher, auf *alle Menschen* (zumindest auf jede erwachsene und geistig gesunde Person) transferiert hat.

Analog zur christlich gedachten *Seele* des Menschen im Mittelalter gilt heute in der (westlichen) Welt zumindest die (zivilreligiöse) Idee der dem Menschen angeborenen Würde als unantastbar, wenn auch nicht dessen Freiheit.

Aus dem Subjektstatus erwächst dem Beschuldigten das (natürliche) Recht auf Beteiligung am Prozess, und zwar je nach der nationalen Sichtweise erhält er das Recht auf Beachtung und *Bewertung* des Geständnisses, entsteht ihm das zivile Recht auf ein vertragsähnliches *Sühneangebot* oder kommt ihm der demokratische Anspruch auf einen vernünftigen Gemeinwillen zu sowie auf die *Teilhabe* am forensischen Dialog über die Art der Exekution des Gemeinwillens.

5. *Schluss*: Zurück zum Anfang, humanes Strafrecht - Opfer, Geständnis und Versöhnung“ lautet der Titel, und er sollte versuchen, das herkömmliche einfache Bild vom Strafrecht ein wenig zu verändern. Die Diskussionsebene war dabei nicht ausschließlich diejenige der gesamten Strafrechtswissenschaften, sondern im Ansatz und zunächst die „zivile“ Ebene auf dem Forum der idealen Demokraten. Als wache Mit-Herrscher werden und dürfen sie an ihre Universitäten die Fragen nach dem Strafen richten. Bei den Antworten ging es dann allerdings später auch darum, das austarierte Gesamtsystem des modernen deutschen Strafrechts unter Einbeziehung der Rechtspraxis zu betrachten. Das

Geständnis, so schien es schon auf den ersten Blick und zu Recht, spielt eine erhebliche Rolle im Strafrechtssystem.

Es ist mit einem beachtlichen Entgegenkommen des strafenden demokratischen Staates verbunden und schafft einen gewissen Rechtsfrieden.

So ist nunmehr festzuhalten,

- dass das ständige „Angebot des Staates“ auf Strafverzicht vom Ermittlungsverfahren über die Hauptverhandlung bis hin zur Strafvollstreckung das Bild vom staatlichen Strafen ein wenig zu verändern helfen sollte.

- Zwischen der Strafpraxis und dem Gesetzesrecht ist besser zu trennen. Ähnlich wie das gesetzliche Zivilrecht ist das Gesetzes-system des Strafrechts vorrangig am worst-case ausgerichtet, bei dem sich die „Parteien“, zu denen neben dem Beschuldigten und dem strafenden Staat auch die Opfer gehören, nicht „versöhnlich“ einigen können. Aber:

- Der demokratische Staat droht auch häufig und erfolgreich mit der vollen Härte des Gesetzes bis hin zum Einsatz seines Gewaltmonopols, um auch im Strafrecht zu einem „Ver-söhnen“ im Sinne einer Art von Sühnevertrag mit einem straffälligen Mitdemokraten oder auch allgemein mit einem würdigen Mitmenschen zu gelangen.

Bezieht man auch noch mit ein, dass die europäischen Staaten auf die Todesstrafe verzichten, dass jedenfalls in Deutschland jeder Strafgefangene die Chance besitzt, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden und dass der Vollzug menschenwürdig auszugestalten ist, so kann man von einem „humanen Strafrecht“ sprechen.

3. Teilbuch

Gerechtes Recht: Recht und Gleichheit, Humanität und Sinn

10. Kapitel

Gerechtigkeit – Grundverständnis und Umfeld

I. Rechtsphilosophie und Recht

1. Grundverständnisse der Gerechtigkeit, stadantike Rechtsphilosophie und Rückbezug zum Höchsten

1. „Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (...) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (...).“⁴⁰⁹

Im Sinne dieser Worte des *Bundesverfassungsgerichts* ist der Titel „gerechtes Recht“, jedenfalls aus deutscher Sicht, zu verstehen.

Zu fragen ist dabei vor allem nach dem Inhalt der materiellen Gerechtigkeit. Der Untertitel umschreibt mit den Worten „Gleichheit und Humanität“ zugleich thesenhaft einen bipolaren Spannungsbogen.

Die Nachfrage nach dem „Sinn“ von Gerechtigkeit zielt auf die wohl notwendige Suche nach der Verankerung und der Vernetzung der Idee vom gerechten Recht in einigen Gerechtigkeitsphilosophien.

Gewählt wird dabei der rechtsphilosophische Ansatz, und nicht der verfassungsrechtliche Blickwinkel, sodass vor allem und auch zunächst einmal der Inhalt der „Gerechtigkeit“ darzulegen ist und sodass die Bedeutung für das „Recht“ zwar auch anzusprechen ist, aber diese Frage insgesamt in die zweite Linie zurücktritt. Insoweit wird schlicht und vor allem die Sicht des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* zu Grunde zu legen sein. Den

⁴⁰⁹ Siehe (erneut und immer wieder): so in seinem Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html Abs.-Nr. 55.

allgemeinpolitischen Aspekt der „Humanität“ konkretisieren vor allem die Menschenrechtskonventionen.

2. Im Rahmen der ersten Annäherung sind zunächst einmal nur die Grundverständnisse der Gerechtigkeit zu behandeln. Danach ist auf die stadtantike Herkunft der Rechtsphilosophie hinzuweisen und die Frage nach dem Rückbezug zu einem Höchsten zu stellen.

Wie jede hochabstrakte Idee und wie jeder Begriff, den wir als ein letztbegründendes Axiom verwenden, schillert auch derjenige der Gerechtigkeit. Dabei zieht sich die Frage nach der Gerechtigkeit als eine Konstante durch die Geschichte und bildet die oder zumindest eine „Hauptfrage der Rechtsphilosophie“.⁴¹⁰

Aus ethischer Sicht bildet die sogenannte „Goldene Regel“ den Kern der Gerechtigkeit.⁴¹¹ Dieses Prinzip wird in vielerlei Formen offenbar in allen Religionen verehrt.⁴¹² Gemeint ist die Idee der Tauschgerechtigkeit als faire Wechselseitigkeit. Dieses Marktmodell beinhaltet, den Anderen friedlich als Person und also „mit dem Seinen“ zu achten, und zwar als einen „Gleichen“. Besser ist wohl davon zu sprechen, den Anderen als „Gleichen und Nächsten“ zu achten. Denn zumindest im Augenblick des (realen) Austauschs von Aktionen ist der Andere auch räumlich der Nächste. Außerdem erweisen sich die beiden Akteure als „Teilhaber“ an etwas Gemeinsamem. Sie bilden zumindest beim Austausch von Waren und Dienstleistungen eine Art von „Vertragsbund“. In diesem Sinne setzt auch der demokratische Humanismus, und zwar vor allem, wenn man ihn mit dem Dreiklang

⁴¹⁰ Horn, N., Einführung, 2011, 236. Zur Konstanz der Frage nach der Gerechtigkeit und des „Phänomens des Sittlichen“ als Teil der „geschichtlichen Erfahrung“ siehe auch seine Feststellung auf S. 239 „dass die Menschen zu verschiedenen Zeiten und in unterschiedlichen Lebenssituationen immer wieder zu *gleichen oder ähnlichen Antworten* gekommen sind“. Hervorhebungen im Original). Siehe auch S. 245: „*Gerechtigkeit* ist die in jeder Rechtsfrage mitgedacht *Sinnfrage des Rechts*“, Hervorhebungen im Original.

⁴¹¹ Zunächst: Höffe, Gerechtigkeit, 2010, unter anderem 30 ff.; siehe aus der Sicht der Strafrechtsphilosophie auch: Montenbruck, Wie Du mir..., 1995, 13 ff., 13 ff.

⁴¹² Zusammenfassend: Hasselmann, Weltreligionen, 2002, unter anderem 300 ff.

von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ umschreibt, unter anderem auf die Idee der Gerechtigkeit.

Das politische Grundverständnis der Gerechtigkeit gibt *Wikipedia* unter Bezug auf andere deutsche Enzyklopädien für die deutschsprachige Sicht mit folgenden Worten an:

„Der Begriff der Gerechtigkeit (griechisch: dikaiosýne, lateinisch: iustitia, englisch und französisch: justice) bezeichnet einen idealen Zustand des sozialen Miteinanders, in dem es einen angemessenen, unparteilichen und einforderbaren Ausgleich der Interessen und der Verteilung von Gütern und Chancen zwischen den beteiligten Personen oder Gruppen gibt.“

Was ein „idealer Zustand des sozialen Miteinanders“, was anhand welchen Maßstabes „angemessen“ ist und um welche „beteiligte Personen oder Gruppen“ es sich handelt, ist danach offen.

Außerdem heißt es alsbald:

„In den neueren Gerechtigkeitstheorien stehen sich Egalitarismus, Libertarismus und Kommunitarismus als Grundpositionen gegenüber.“

Dahinter verbirgt sich die besondere Betonung jeweils eines der drei Elemente von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“. Aber alle drei Ansätze spielen in den westlichen Demokratien ihre Rolle, nur das Gewicht und vor allem der Ort ihrer Verankerung unterscheiden sich. Ihre Ausprägungen führen zu politischen Auswirkungen, die in der Regel auch als solche gewollt sind. So bestärkt die Betonung des „Liberalismus“ zwar die gerichtliche Streitkultur oder auch die Meinungsfreiheit. Aber dieser Grundansatz neigt auch zum Patriotismus, weil und soweit er auf die Idee der Freien und ihren Wahlentscheidungen in einer nationalen Demokratie ausgerichtet ist. Der „Egalitarismus“ steht dagegen für zwar strenge Universalisierung, aber er fördert auch die Idee einer Globalisierung. Der „Kommunitarismus“ greift den Gedanken der Nächstenliebe als Karitas auf. Doch beschränkt er sich im Kern auf die überschaubare eigene Gemeinde.

Im Übrigen bleibt aus gesamtwestlicher Sicht aber festzuhalten, dass am Anfang der Reihung von „Freiheit, Gleichheit und Soli-

darität“ die Idee der Freiheit steht. Insofern handelt es sich um politische Gerechtigkeitsströmungen, die vor allem in den USA vertreten werden, stets auch die Idee der Freiheit betonen und nur bestimmte Korrekturen des dort vorherrschenden Liberalismus einfordern und anbieten. Andernfalls müsste das notwendigerweise vorherrschende individualistische Rechtsdenken und damit die Idee der westlichen Demokratien aufgegeben werden. An deren Stelle würde eine vorrangig kollektivistische Pflichtenkultur, etwa auch aus Amtspflichten, treten, oder aber es würde ein weitgehend wertfreier, rein systemischer Grundansatz des reinen Ausgleichens entstehen. Die Pflichtenlehren und das Systemdenken existieren zwar. Der würdige Mensch verinnerlicht sie auch. Denn sie sind in jeder Demokratie bedeutsam und zur Ausbalancierung der Gesamtgesellschaft unbedingt notwendig. Aber diese beiden Elemente dominieren die Leitidee der Freiheit nicht. Dennoch ist vermutlich gerade der letzte Ansatz des Ausgleichs in der Idee „der Gerechtigkeit als solcher“ angelegt.

Als weniger weich und deutbar erweist sich dagegen die formale Gerechtigkeitsidee des „Ausgleichs“.⁴¹³ Sie wird näher zu betrachten sein.

Im Vorwege sind aber einige Begrifflichkeiten herauszustellen. So kann die Idee der Gerechtigkeit offenbar für jede Art von Gemeinschaft eingefordert werden; sie ist also nicht von der Idee eines mächtigen, sozialrealen „Staates“ abhängig. Außerdem ist die Gerechtigkeit vom Begriff des „Rechts“ insoweit zu trennen, als jenes das konkrete Recht einer bestimmten Gemeinschaft meint. Damit ist es dieser Idee zugleich möglich, von außen zu wirken und etwa den Staat zum Rechtsstaat auszuformen. Das Recht vermag dann seinerseits die Gerechtigkeit zum „gerechten Recht“ zu erheben, das stets einer verfassungsnahen Minimalethik bedarf, entweder um wirksam zu sein oder überhaupt erst Recht darstellen zu können.

⁴¹³ Wikipedia, „Gerechtigkeit“ (<http://de.wikipedia.org/wiki/Gerechtigkeit>), Stand: November 2010. Zudem: Lumer, Gerechtigkeit, 2005, 464b; Schwemmer, Gerechtigkeit, 1995, 746; Empfänger/Vehrkamp, Gerechtigkeit, 2007, 51; Liebig/Lengfeld, Gerechtigkeitsforschung, 2002, 77 ff., 81; Koller, Semantik, 2001, 19 ff., 24.

Die Idee der Gerechtigkeit stellt aus der Sicht des Juristen einen Kernbegriff der „Philosophie des Rechts“ dar. Seine eigene rechtswissenschaftliche „Rechtstheorie“ spricht dennoch gern vom Paarbegriff „Recht und Gerechtigkeit“. Ohne ein eigenes Grundverständnis des „Rechts“ kommt auch die „Philosophie des Rechts“ aus. Auch die „philosophische Ethik“ wird sich bezüglich des Rechts bei der Rechtswissenschaft zu bedienen haben. Ein Beispiel dafür boten die Ausführungen zum deutschen Strafrecht und seinen rechtsethischen Leitideen. Was, so ist zu fragen, bildet den kulturellen Hintergrund der großen Leitidee der Gerechtigkeit, die offenbar dazu dient, die freie Rechtsschöpfung der Tyrannen und die der Demokraten gleichermaßen zu begrenzen?

3. Aus der säkularen Sicht gehört die Gerechtigkeitslehre zur vorchristlich verwurzelten weltlichen Philosophie.

Der antike stadtstaatliche Hintergrund der Idee von der Gerechtigkeit besteht vor allem in der Rechtsethik und ist mit dem Namen des politischen Philosophen *Aristoteles* verbunden. Seiner frühdemokratischen und pluralistischen Sicht steht *Platons* vorchristlich-kirchliches Ideal der Herrschaft des einen Guten gegenüber,⁴¹⁴ das auch die Herrschaft der Philosophen als einer Art gebildeter Priesterkaste verlangte. Am Anfang der Rechtsphilosophie stand dabei offenbar das „Erleben von Unrecht“.

Die *Rechtsphilosophie*, so heißt es, habe jedenfalls für die Ethik ihren Ursprung nicht im gerechten Recht, sondern in der Ungerechtigkeit und dem Unrecht. Die Ethik sucht die Frage zu beantworten, wie denn die Ungerechtigkeit, und damit der Kern des Unrechts, zu beseitigen ist.⁴¹⁵ Schon deshalb bildet das Strafrecht

⁴¹⁴ Zur Theorie Platons im Verhältnis zur praktischen Vernunft von Aristoteles, siehe: Ottmann, Platon, 2005, 10 ff., Platon („Kulturrevolution“, „Einheitsdenken“, „Expertokratie“ als „Metaphysik“, „Einheit von Theorie und Praxis“) und zwar im Gegensatz zum aristotelischen Denken („Anknüpfung an das Bestehende“, als „Vielheitenschau“, als „Bürgerpolitik“, als „Politik ohne Metaphysik“, als „eigenständige praktische Philosophie“).

⁴¹⁵ Heraclitus, Fragmente, 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:

immer auch einen Prüfstein für die vorherrschende Rechtsphilosophie. Denn es beschreibt das Unrecht in konkreten Tatbeständen (davor in Leitfällen), und es regelt die erlaubte Gegengewalt.⁴¹⁶

Auch die großen drei Religionen setzen sich mit der Frage nach der Sünde des Menschen und dem Verstoß eines gesamten Volkes gegen den göttlichen Willen auseinander. Sie bemühen sich darum, eine Versöhnung mit diesem unbegreifbaren Gott zu betreiben. Daneben steht für die jüdisch-christlichen Buchreligionen zudem bereits der gesetzesförmige, schriftliche Dekalog des Alten Testaments. Wer sich nach diesen Gesetzen gerecht verhält, vermeidet den Sündenfall. Die gemeinsame Grundstruktur von der städtisch-kolonialen Philosophie der Gerechtigkeit und der jüdisch-christlichen Theologie ist dabei aus politischer Sicht, und nach ihrem Selbstverständnis fast durchgehend, auf gesamte König- und Kaiserreiche ausgerichtet. Es handelt sich um den Verbund von „Religion“ und „Reich“.

Auch scheinen Buchreligionen nicht nur die selbstquälerische Seite der Suche und der Rationalisierung der eigenen Verantwortung des Menschen für seine Taten als Eingriff in die Welt aufzuarbeiten. Mit derselben Verantwortung ist vielmehr das bereits selbstbewusste Bekenntnis zur Handlungsfreiheit gemeint und die Loslösung von der Idee einer rein schicksalhaften Verwobenheit des Menschen mit vielen Naturgeistern verbunden. Diese Art der Freiheit des Menschen erlaubt es, wie es schon die Tierzucht, die Landwirtschaft und die Metallgewinnung belegen, von der kolonialen Sachherrschaft über die Welt auszugehen. Wer den prometheischen Status des selbst geschaffenen Hauses, das er auch in der Form von Tempeln und Kathedralen errichtet und mit denen er das Umland beherrscht, erlangt hat, neigt zu einem solchen Selbstbild.

Marcic, Grundlegung, 1989, 13 ff., 14, sowie aus der Sicht der besonderen Strafrechtsphilosophie: Kaufmann, Recht, 1988, 11 ff., 16.

⁴¹⁶ Aus kriminal- und verfassungspolitischer Sicht erklärt Hassemer, in: AK-StGB (Hassemer), 1996, Vor § 1, Rn. 15, für weite Teile der Bevölkerung bis hin zu juristischen Anfängern sei „Recht“ im Wesentlichen gleichbedeutend mit „Strafrecht“. Zur binären Kodierung von Recht und Unrecht, die jedenfalls aus der wertfreien Sicht der Rechtssoziologie sachgerecht erscheint: Luhmann, Codierung, 1988, 337 ff., 340 ff.

4. Ebenso ist offenbar die Schrift, die das Wort ergänzt, vonnöten. Erst um 600 v. Chr. wird das Alte Testament in Jerusalem zu einem Buch zusammengefasst und niedergeschrieben. Auch die griechisch-vorderasiatische Philosophie bedient sich nur wenig später, und zwar in der „Achsenzeit“⁴¹⁷ um 500 v. Chr. und im selben Lebensraum, des mit der Schrift verkörperten Denkens. Die Schrift erlaubt die Tradition der Informationen und über das Mündliche hinaus auch das Haften am geschriebenen Worte. Mit der Schrift werden Traditionen und Gegenwartsdeutungen, und damit auch ihre Regeln, nach dem Prinzip der Gesetzbücher und Gesetzestafeln nicht nur festgeschrieben. Sie verlangen zumindest auch nach einer schriftkundigen politischen Elite. Mit der Verbreitung der Schriftkundigkeit im Volk gewinnt das Bürgertum an Kraft und Geist. Das geschriebene Gesetz verkörpert bereits mit den babylonischen Gesetzesstafeln des Hamurabi (um 1800 v. Chr.) den ersten frühen weltlichen Rechts- und den Bürgerstatus von Menschen. Der alttestamentarische Dekalog verschafft diese Personalität in analoger Weise jedem mittelalterlichen Gläubigen.

Die Schrift und mit ihr die Sammlungen von weisen und heiligen Texten begründet seit und nach der Zeit um 600 v. Chr. eine neue Art der Tradition der Schriftgebildeten, und wie anzufügen ist, ihres entsprechenden neuen „Selbstbewusstseins“ als schriftkundige Deuter. Die „Zivilität“ der Weisheitslehren, im Wortsinne also die Verbürgerlichung der Rechtsphilosophie, scheint somit hoch vereinfacht zumindest auch auf der geistigen Überformung von mündlichen Naturreligionen zu beruhen und die Hinwendung zum städtisch-kolonialen Menschen zum Gegenstand zu haben. Die spätantiken ost- und weströmischen Kaiserreiche und vor allem das christliche mittelalterliche Reichsdenken haben dabei, so scheint es, einen passenden Mittelweg gewählt. Sie betreiben die mündliche Vermittlung und elitäre Verwaltung der

⁴¹⁷ Begriff von: Jaspers, Ursprung, 1955, 11 ff. Aus religions- und kulturvergleichender Sicht zur Achsenzeit, von ca. 900 bis 200 v. Chr., als „fruchtbarste Epoche geistigen, psychologischen, philosophischen und religiösen Wandels“: Armstrong, Achsenzeit, 2006, 8. Armstrong selbst verwendet im englischen Originaltitel das Wort von der „großen Transformation“ (Great Transformation) und beschreibt dort auch den Ursprung der Weltreligionen. Hinzu tritt aber auch die antike Idee der Säkularisierung als Philosophie und gegenwärtig als Privatisierung von Weltanschauungen.

Bibel durch wenige Schriftkundige. Außerdem bauten die mächtigen Klostersysteme die antiken Vernunftlehren in das christliche Denken mit ein.

Die säkulare und bürgerlich-städtische Rechtsphilosophie beschäftigt sich vorrangig mit der Frage, wie mit demjenigen Unrecht umzugehen ist, das Rechtspersonen anderen Rechtspersonen, und zwar in einer bestimmten städtischen menschlichen Gemeinschaft der „Freien, der Gleichen und der Nächsten“ zufügen. Sklaven, Kinder und Frauen bleiben in der alten Bürgergesellschaft weitgehend ausgespart. Insofern handelt es sich bei den antiken Bürgerrechten bis hin zu den mittelalterlichen Adelsgesellschaften und der Bürgeridee der spätmittelalterlichen Städte durchweg um gesamte Personenverbände, etwa Handelshäuser und Handwerksmeister, und weniger um Einzelpersonen.

Noch lange fehlt die politische Umsetzung der Idee der heutigen universellen Menschenrechte, die jedem einzelnen Menschen mit der Geburt einen Menschenrechtsstatus zubilligt. Diese „Universalisierung“ ist im Ansatz schon bei der religiösen Grundidee des einzeln betenden Gläubigen und mit der alten Idee der Geist-Seele vorhanden. Aber auch die Philosophie, die die gesamte wissenschaftliche Welt umfasst und sich ebenfalls mit der Idee der Seele beschäftigt, nimmt schon jeden Denkenden ernst.

2. Heiliger Geist und höchstes System, konkrete Gerechtigkeit und Menschenrechte

1. Die Gerechtigkeit scheint auch die Idee eines allerhöchsten Rechts zu beinhalten, bei dem diese Hoheit zugleich die Rechtsunterwürfigkeit aufdrängt. Der Gedanke vom Höchsten ist mit dem vernunftkritischen Gedanken der „Letztbegründung“ zu umschreiben, die selbst nicht mehr begründbar ist.⁴¹⁸ Gott, Natur, Vernunft und würdiges Menschsein erscheinen als solche Letzt-

⁴¹⁸ Dazu zunächst: Albert, Wissenschaft, 1982, 9 ff., 58 ff. Zum kritischen Rationalismus in seiner empirischen Ausrichtung: Popper, Erkenntnis, 1984, etwa 237.

begründungen⁴¹⁹, die man vielleicht mit dem Gedanken eines jeweils höchsten „heiligen Geistes“ zusammenfassen könnte. Die Rechtsideen, die als Gottes-, Natur-, Vernunft- oder auch Menschenrecht ihren „Rückbezug“ zu einer höchsten Wesenseinheit erhalten, finden in diesen religiösen und weltlichen Höchstideen ihre Begründung.

Bereits die Gerechtigkeit bei *Platon* erscheint als eine verinnerlichte Idee. Ihm gilt Gerechtigkeit als eine dominante Tugend des Menschen.

So hat *Platon* die Gerechtigkeit nicht nur als überwältigende Individualethik und deshalb als Kardinaltugend begriffen. Er hat zudem eine Abwägung verlangt, und zwar eine, die alle drei Seiten des Menschen beachtet. Insofern setzte er nicht nur auf die Vernunft(-Seele) des Menschen, sondern prämodern, beziehungsweise aus heutiger Sicht postmodern, an, weil er den Menschen noch als anthropologische Gesamtheit versteht. Mit modernen Begriffen heißt für *Platon* gerecht zu sein, die Interessen von „Körper, Seele und Geist“ in das richtige Verhältnis zu bringen,⁴²⁰ also abzuwägen.

Auch die Idee der Mitmenschlichkeit weist wieder einen solchen Dreiklang auf. So ist Mitmenschlichkeit nicht nur als Teil der Vernunft im Sinne einer rational-geistigen Vernunft geboten, sondern sie entspringt zumindest auch in der – emotionalen – Empathie. Sieht man zudem etwa den Kern der Menschenrechte im Verbot von Grausamkeiten, dann ist auf dieser höchsten Ebene des gerechten Rechts auch die körperliche Seite miteingefasst. Ferner zeigt der Begriff der Tugend, dass es sich bei der Gerechtigkeit bei *Platon* um eine Art zwar autonomen, aber dennoch normativen „Gehorsam“ handelt. Jener besteht gegenüber einer

⁴¹⁹ Dazu: Folkers, *Theorie*, ARSP 76 (1990), 12 ff., 21 (Die Menschenrechte besäßen ihrerseits eine „staats-transzendente“ Quelle: „Gott, Natur, Vernunft“.).

⁴²⁰ Nach *Platon* sei Gerechtigkeit eine innere Einstellung. Sie sei eine Kardinaltugend, der entsprechend jeder das tut, was seine Aufgabe ist, und die drei Seelenteile des Menschen (das Begehrende, das Muthafte und das Vernünftige) im richtigen Verhältnis zueinanderstehen, *Platon*, *Politeia* (Eigler), 1990, 443d.

Idee des Ausgleichens, und zwar offenbar mit dem Ziel des „Gesamtwohls“ des Menschen.

2. Der abstrahierende Dreiklang von Recht, Freiheit und Wille prägt den Idealismus. Die folgenden Worte kennzeichnen zum Beispiel *Hegels* Sicht, der mit *Kant* gemeinsam die weiterhin vergleichsweise idealistische deutsche Staats- und Rechtsvorstellung nachhaltig geprägt hat. *Hegel* betont: Das „*Dasein des freien Willens ist das Recht. Es ist somit überhaupt die Freiheit als Idee*“⁴²¹. Und erklärt, dass – als logische Durchführung der Gerechtigkeitsidee der Wechselseitigkeit – es die Aufgabe des Willens sei, „*den Widerspruch der Subjektivität und Objektivität aufzuheben*“⁴²². Das von ihm in seinem Abschlusstitel später auch als „*abstraktes Recht*“⁴²³ bezeichnete, ist für ihn etwas „*Heiliges überhaupt*“, und zwar deshalb, „*weil es das Dasein des absoluten Begriffes der selbstbewussten Freiheit ist*“⁴²⁴.

Zwar scheint es, als wolle *Hegel* im Übrigen den sozialrealen Staat verherrlichen, wenn er an einer berühmten Stelle ausführt: „*Der Staat ist die Wirklichkeit des substantiellen Willens ... das an und für sich Vernünftige*“. Aber er erklärt weiter, dass der Wille in „dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen Selbstbewusstsein“ gegründet sei. Auch darf es nicht täuschen, wenn *Hegel* erläutert, der Staat bilde – anders als die Summe der Einzelinteressen einer bürgerlichen Gesellschaft – eine „*Vereinigung*“. Jene sei „*als solche selbst der wahrhafte Inhalt und Zweck, und die Bedeutung der Individuen ist, ein allgemeines Leben zu führen*“⁴²⁵. Dieses Leben bestehe „... *in der sich durchdringenden Einheit der Allgemeinheit, und ... in der Einheit der objektiven Freiheit*“⁴²⁶. Das Ausmaß der metaphysischen Normativität seiner Sicht beschreibt er mit den Worten: „*Diese Idee ist das an und für sich ewige und notwendige Sein des Geistes*“. Und er selbst sagt: Der historische Ursprung des Staats oder auch der

⁴²¹ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 29.

⁴²² Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 28.

⁴²³ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, vor § 34.

⁴²⁴ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 30.

⁴²⁵ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 258.

⁴²⁶ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 258.

verschiedenen Staaten „geht die Idee des Staates selbst nicht an“⁴²⁷. Damit bietet *Hegel* ein transzendentes Konzept.⁴²⁸

Auch die Idee der Transzendenz des Denkens bewegt sich in diesem Rahmen, sofern sie etwa auf allerhöchste Metaphysik ausgerichtet ist. Zu diesem Denkansatz zählt auch die postmoderne Methode des offenen Pluralismus, sobald er etwa Teileinheiten eines unfassbaren synthetischen Ganzen meint.

3. Hinzu treten die „Letztbegründungen“ der postmodernen Gegenwart in der Form der Systemtheorie.⁴²⁹

Zumindest aus formaler Sicht bildet deshalb auch das allerletzte, als das umfassende und komplexeste denkbare System eine Art von „heiligem Weltgeist“. Jener besteht in der ganzheitlichen Wechselwirkung von allen bekannten großen Untersystemen. Dazu zählen die belebte Natur, die Natur im Sinne des astrophysikalischen Makrokosmos und die Welt in der Kleinstform des Mikrokosmos der Quanten-(feld-)Theorie. Gemeint ist also in etwa die Art der letzten physikalischen Meta-Idee des Vielwelten-Ansatzes. Historisch betrachtet stellen diese Modelle nur eine Fortschreibung der Vorstellung dar, dass die Welt eine einzige komplexe „Maschine“ sei oder einen Über-Computer⁴³⁰ im Sinne des *Laplacesche* Weltgeistes⁴³¹ darstelle.

⁴²⁷ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 258.

⁴²⁸ Dazu im Sammelband von Klein, Hans-Dieter/Langthaler, Rudolf, *Transzendente Konzepte in aktuellen Bezügen: Schild, Hegel*, 2010, 37 ff.

⁴²⁹ Zum „Rechtssystem als Adressat universaler Gerechtigkeitsansprüche“ siehe den Staatsrechtler Di Fabio, *Recht*, 1998, 152 ff.

⁴³⁰ Zur formalen Seite der Binarität von Recht und Unrecht: Luhmann, *Codierung* 1988, 337 ff., 340 ff. Aufgegriffen dann von Günther, *Sinn*, 1988, 329 ff., mit Überlegungen zur Einführung eines dritten synthetischen Wertes. Siehe auch: Deggau, *Autonomy*, 1988, 128 ff., 136 f., Frey, *Subjekt*, 1989, 44, (ebenfalls im Sinne einer „binären Codierung“).

⁴³¹ Dazu im Verbund mit der Logik der mathematischen Idee der Fortschreibung der Welt als komplexe Gesamtmaschine durch Turing zur dem Computer gleichen „Turing-maschine“: Wiener, *Persönlichkeit*, 1987, 92 ff., insbes. 98 ff. Diese fiktive Meta-Maschine kann logischerweise selbst sein Schöpfer nicht verstehen, falls nicht dieser

Innerhalb jeder Art von großen Subsystemen wie der westlichen Staaten besteht dann die Suche nach einer Art von Grobmuster der Wechselwirkungen, die dann das nächst höhere System, etwa dasjenige der westlichen Menschenrechte, bilden. Und dieses höhere System, zu dem, wie bei jedem System die Systembalance, also der Gerechtigkeit des Systems gehört, erlaubt dann die Rückbindung an etwas zumindest angeblich Absolutes, wie dem Höchstsystem. Dieses ist dann wiederum durch eine Art von allerhöchster, gerechter, systemischer Ordnung gekennzeichnet.

Eine solche Deutung der Gerechtigkeit als Teil eines systemisch Höchsten, etwa der Vernunft, schließt dabei nicht einmal ganz aus, dass diese Idee vielleicht politisch erdacht ist. Sie könnte überhaupt nur deshalb erfunden oder zumindest deshalb als Höchstidee gefeiert werden, um einer realen gegenwärtigen Macht und Starrheit der jeweiligen Herrschaftsstruktur entgegenwirken zu können. Der Ruf nach Gerechtigkeit kann dazu dienen, soziale Veränderung politisch einzufordern oder aber auch darauf zielen, zu einem vergangenen alten und gerechten Zustand „restaurativ“ zurückkehren zu können.

5. Als Teil einer Religion oder auch als metaphysische Idee gedacht, bildet die Gerechtigkeit ein höchstes „Übersystem“, an dem sich Untersysteme ausrichten.

Die Rechtsphilosophie geht in der Regel davon aus, dass es die Idee der Gerechtigkeit „als solche“ gibt und man sie mit Formeln näher bestimmen kann. (Vor allem sind es die dynamische „Goldene Regel“ des „Wie Du mir, so ich Dir“ und der konservative Satz „Jedem das Seine“, die nachfolgend näher zu betrachten sein werden). Deshalb steht die philosophische oder göttliche Vernunftidee der Gerechtigkeit noch über dem konkreten, meist nationalen Recht der Menschen. Das westliche Recht tritt folg-

Schöpfer noch eine Stufe komplexer ausgestaltet wäre die „allerhöchste Maschine“ darstellen würde. Dieser fiktive letztmögliche Computer muss dann wiederum mit der höchsten Komplexität ausgestattet und mit einer dementsprechenden Unberechenbarkeit verbunden sein. Insofern würde er wesentliche Grundvoraussetzung der personalen Willensfreiheit aufweisen. Diese Elemente würden ihn, also die Maschine oder deren Schöpfer, zum logischen gottähnlichen „Weltgeist“ veredeln oder aber ihn zu einem personalen und autonomen „(Selbst-)Subjekt“ erheben.

lich in aller Regel mit dem Anspruch auf, eine sachgerechte, weltliche Ausprägung der Gerechtigkeit zu bilden und ein insgesamt „gerechtes Rechtssystem“ darzustellen.

Die Idee der Gerechtigkeit beruht in der Regel also auf einem religionsnahen, fundamentalistischen Ansatz, der demjenigen eines „heiligen Geistes“, eines „höchsten Systems“ oder einer „natürlichen Ordnung“ entspricht. Funktional gewendet verfügt auch jedes große politische System mit seinem eigenen Gravitationskern, lies seiner Leitidee, über eine Art von „struktureller Binnengerechtigkeit“. Gemeint sind zunächst einmal die deutlich sichtbare Gleichheit und die mächtige Halbautonomie seiner großen Subsysteme, ohne die die Gesamtheit des Hauptsystems nicht lebensfähig wäre.

Auch zum Beispiel der europäische Absolutismus kannte neben dem exekutiven Hof die weiteren großen Subsysteme der Stände, des Adels, des Klerus und des sonstigen Volks. Alle Akteure, die großkollektiven Stände, ihre Untergliederungen und auch die jeweiligen individuellen Personen, verlangen für sich und für ihre Aufgabe die Zuteilung des jeweils Ihren. Dafür erbringen sie dann ihre jeweiligen Leistungen für das Hauptsystem. Diese Art der Gerechtigkeit, als gute „Selbstorganisation“ und „Binnenstruktur“ eines höchsten Wesens, scheint von außen betrachtet das politische Selbstbild aller Akteure zu durchdringen und verbindet auf diese postmoderne Weise das höchste Sein eines überweltlichen Paradieses mit dem Wettbewerb des konkreten Alltags. Neu und bedrohlich ist in dieser Zeit dann nur der naturrechtliche Ansatz, dass jeder einzelne Mensch einen solchen „status civilis“ besitzt, und zwar derart, wie er ihn zuvor nur gegenüber seinem, dem allgemeinen und dem ewigen Gott besaß.

6. So kann man zwar wie jüngst *Mahlmann* fragen, ob das „Recht als säkularisierte Religion“ zu verstehen ist und die Menschenrechte dann sinnvoller Weise zumindest für den Westen als „konkrete Gerechtigkeit“ ausdeuten.⁴³²

⁴³² Mahlmann, *Gerechtigkeit*, 2015., § 11 III 3. ("Recht als säkularisierte Religion?"), § 14 („Menschenrechte als konkrete Gerechtigkeit“).

Die Idee von der Zivilreligion bietet zwar auch eine Rückbindung, findet sie aber nicht an eine externe Idee oder Macht, sondern in der eigenen Verantwortung und pflegt die Idee der Selbstzivilisierung, zu der der Mensch grundsätzlich fähig, wenn auch in seiner Gestaltungsfreiheit nicht stets willig ist. Sein Recht beinhaltet deshalb vor allem ein selbst gesetztes Vernunftrecht. Grundlage ist also eine Philosophie und keine Theologie.

Zudem ließe sich auch umgekehrt fragen, ob nicht zumindest die großen Buchreligionen Ethiken vorschreiben, die zumal dann, wenn sie mit einem personalen Gott verbunden sind, auch die Idee des *freien und vernünftigen Gesetzgebers* beinhalten, also ihrerseits von der Idee des Rechts zehren. Außerdem dürften die meisten Religionen vermutlich schon seit jeher auch eine Art von Weisheitslehre enthalten.

Seine *konkrete Menschenrechts-Gerechtigkeit* bricht *Mahlmann* zunächst sinnvoll auf in das alte Credo von: "Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde und Solidarität" und verbindet die Menschenwürde mit der Solidarität.

Aus dem „Menschsein“ sprießt dann eine Dreifaltigkeit von „Rechten“, die Freiheits-, die Gleichheits- und die Solidaritätsrechte. Auch handelt es sich in der Tat um eine weit anerkannte „konkrete Gerechtigkeit“.

Auf diese Weise stellt *Mahlmann* zwar die Menschenwürde (hier jedenfalls) nicht dem Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ voran, so dass man sie als monistischen Obergriff für Freiheit, Gleichheit und Solidarität verstehen kann wie in der Präambel der Charta der Europäischen Union. Vielmehr ergänzt diese Reihung den Ansatz des *angloamerikanischen Liberalismus*, der mit dem fairen Verfahren vor den Peers, also den Gleichen, zu erweitern ist um "Menschenwürde und Solidarität". Die Menschenwürde steht dann im Verbund mit der Solidarität an dritter Stelle.⁴³³ Das ist aus der Sicht einer reinen „Menschenrechts-Gerechtigkeit“ schlüssig und sinnvoll.

⁴³³ Siehe auch zum Liberalismus Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2015, Abschnitt II („Westlicher liberaler Utilitarismus“), Abschnitt V („Alternative des Liberalismus und Folgerung“).

Ebenso kann man aber auch aus deutscher und wohl auch aus kontinentaleuropäischer Sicht die Idee der *Menschenwürde* als Hauptmaßstab für eine nur etwas andere Art einer „konkreten Gerechtigkeit“ nehmen und aus ihr „Freiheit Gleichheit und Solidarität“ ableiten.

Grundsätzlicher bleibt zu fragen, ob es denn nicht auch andere kulturell einfärbte Ausprägungen einer „konkreten Gerechtigkeit“ geben kann. So sind Menschenrechte und Menschenwürde-Idee beide vor allem gegen den staatlichen Machtmissbrauch gerichtet, so dass man eine Art von *Drittwirkung* auf die privaten Verträge hinzudenken muss. Auch bei ihnen sind Freiheit, Gleichheit und Solidarität einschließlich der Beachtung der Menschenwürde einzufordern. Auf der kollektiven Ebenen muss dies dann auch für das zwischenstaatliche Völkerrecht gelten.

Ferner scheint die Betonung des „Rechts“ nicht derart zwingend. So gehört zu diesem auch seine Kehrseite, die Pflicht. Dementsprechend kann vielleicht eine ganz andere „konkrete Gerechtigkeit“ darin bestehen, dass eine Kultur den *Vorrang von gerechter Fürsorge* im Sinne eine Sozialpflichtenlehre vertritt und pflegt.

Schließlich dienen die traditionellen „Sitten“, die ethische elementare „Sittlichkeit“ (oder auch *Moral*⁴³⁴) oder das kantsche „Sittengesetz“ der praktischen Vernunft⁴³⁵ zumindest ebenso der Suche nach Gerechtigkeit wie die Ethiken der Religionen.

Jedenfalls nimmt man der alten und mutmaßlich wirklich *universellen* und nicht nur westlichen *Höchst-Idee der Gerechtigkeit*, deren Kern eigentlich in der Gleichheit⁴³⁶ liegt, die ihr eigene Kraft, indem man sie sogleich entweder tief in die Menschenrechte einbettet, in ähnlicher Weise mit der Menschenwürde verbindet oder auch nur an das Recht kettet.

⁴³⁴ Im Einzelnen zur *Moral* als innere Gewissenspflicht und zu ihrer Trennung vom Recht aus der Sicht der Philosophie etwa: Bloch, *Naturrecht*, 1990, 66 f. Zum Problem des Wertungswiderspruchs von „Recht und *Moral*“: Kaufmann, *Kritik*, 1990, 158 ff.

⁴³⁵ Siehe Seelmann / Demko, *Rechtsphilosophie*, 2014, zur *Sitte* § 3, Rn 2 ff., zu *Sitte* und *Sittlichkeit* § 65, 18 ff., zum *Sittengesetz* § 6 ff.

⁴³⁶ Mahlmann, *Gerechtigkeit*, 2015., § 13 II "Gerechtigkeit als Gleichheit").

Nahe liegt es also, das Wesen der *Gerechtigkeit* „als solcher“ soweit als möglich zu verfolgen und diese Idee damit zunächst einmal absolut zu setzen. Vielleicht liegt ihre eigene Kraft unter anderem in der systemischen Idee der Vermittlung.

Danach sind dann die Menschenrechte oder auch die Menschenwürde später hinzuzufügen und als vor allem westlicher Maßstab und Korrektiv zu verwenden.

3. Schwerstes Unrecht, Rechts- und Freiheitsstaat

1. Zu fragen ist zudem, welches der rechtspolitische „Hauptmaßstab“ für die Bestimmung der Ungerechtigkeit und des Unrechts ist.

Die Antwort darauf ergibt sich funktional aus und in Abhängigkeit von der jeweiligen „Höchst- und Leitidee“ und aus den „Personen“, die sie repräsentieren. Die Höchstidee selbst bildet den Wesenskern der Gemeinschaft, also des Kollektives. Die Person tritt als Individuum auf, ist aber bekleidet mit der Rolle des Leitbirten. Seine Majestät ist zu schützen, und zwar als absoluter König, als Fürst, als Freiherr, als freier Bürger, als freier Gast und als Handelspartner, als würdiger Mensch. Im animistischen Sinne sind es alle „beseelten Wesen“. Zur Höchstidee gehört aber, weil sie kollektiv ausgerichtet ist, immer auch irgendeine Art von Ordnung nach dem Modell „Jedem das Seine“. Zumindest zwischen handelnden Personen gilt das Marktprinzip des „Do ut des“ (Ich gebe, damit Du gibst), beziehungsweise verallgemeinert und dann im Positiven wie im Negativen geltend, als Goldenen Regel „Wie Du mir so ich Dir“. Diese beiden Formeln, und wohl auch noch andere mehr, stehen für den Kern der Gerechtigkeit. Damit ergibt sich für den Maßstab des Unrechts eine Art von Dreieck:

- Höchst- und Leitidee,
- Leitpersonen,
- Gerechtigkeit.

Das Kernunrecht besteht in der existenziellen Verletzung, beziehungsweise in der existenziellen Gefährdung dieser Dreieinigkeit. Ohne sie gäbe es keine Gemeinschaft mehr. Jede Organisation schützt auch ihr „Selbst“, dessen „Geist-Seele, dessen „personale Verkörperung“ und auch ihre „ewigen Grundprinzipien“.

In einem „Gottesstaat“ besteht das Unrecht in der Gottesverachtung und im Angriff auf die Gläubigen. Der „Hochverrat“ betrifft Fürsten und Könige, aber, wie § 81 StGB zeigt, ebenso auch die „verfassungsmäßige Ordnung“ und das räumliche Gebiet des deutschen Staates. Transnational betrachtet unterwerfen sich zumindest die westlichen Staaten den Menschenrechten. Das schwerste Unrecht besteht somit vor allem in der unerlaubten, zumeist egoistischen, lebensbedrohenden Gewalt, und zwar gegenüber den würdigen Menschen als Mord und Totschlag und gegenüber dem demokratischen Staat als gewaltsamer Hochverrat und Terrorismus.

Die höchste Ungerechtigkeit oder auch das Kernunrecht verfügt zudem über Vorstufen, die es auch schon zu vermeiden und zu ahnden gilt. Diese sind vor allem in der unerlaubten Gewalt und in der tätigen Leugnung von personalem Recht wie bei Raub, Vergewaltigung oder der Missachtung der Rechtspflege als konstitutivem Teil des Verfassungsstaates zu sehen. Jede unerlaubte Gewalt bildet zugleich einen Angriff auf das existentielle Gewaltmonopol des Staates und meint im Kern eine Gewaltspirale, an deren Ende die Tötung von würdigen Menschen oder die gewaltsame Auflösung der gesamten Gemeinschaft, etwa des gesamten Verfassungsstaates, steht und mit der dann zudem eine Bedrohung oder die Auflösung der vom Staat gewährleisteten Rechtssicherheit einhergeht.

2. Aber aus der sozio-biologischen Doppelsicht ist sofort anzufügen: Ohne Regelverstöße würde jede menschliche Gemeinschaft zu einem genetisch vorbestimmten Ameisenstaat erstarren. Die Vorzüge der Individualität und damit auch diejenigen der Kulturfähigkeit des Menschen würden ungenutzt bleiben. Seine Grundfähigkeit, Koalitionen auf Zeit zu generieren, also private Netzwerke aufzubauen und bei Bedarf und Bevölkerungsdruck auch gesamte neue Arten von komplexen Großgemeinschaften zu bilden, wäre sinnlos. Diese soziale „Freiheit“ des Menschen zeigt sich dann allerdings auch in leichten, groben und existenziellen Regelverstößen. Zum lebendigen „Selbst“ eines Systems gehören

dessen Gefährdungen von innen und außen durch „Subsysteme“, durch Nachbar-Systeme oder auch durch ebenso egoistische „Obersysteme“.

3. Der nächste Schritt besteht darin, diese Freiheit der Systeme und damit in den Demokratien vor allem die Freiheit des frei gedachten, aktiven einzelnen Menschen selbst als „subjektives Recht“ anzuerkennen und zu schützen. Das subjektive Recht auf Freiheit ist dann eigentumsähnlich einerseits „sein“ Recht, aber andererseits verwandelt überhaupt erst das eigene Recht auf Freiheit den einzelnen Menschen in ein freies „Rechtssubjekt“. Zugleich gilt es dann aber auch, diese Freiheit mit den Elementen der Gleichheit der anderen Rechtssubjekte und der Solidarität aller Rechtssubjekte innerhalb der Gemeinschaft der Menschen zu beschränken. Mit dem Freiheitsverzicht, der darin steckt, gilt es die Allgemeinheit der Freien politischen vernünftig, also durch ein natürliches Vernunftrecht zu „ordnen“. Vom im Willen freien Menschen verinnerlicht, bildet dann die Trinität von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ seine politische Identität. Sie bestimmt den Kern der zur Vernunft fähigen Geist-Seele und damit die politische Seite seiner Menschenwürde.

In den westlichen Demokratien tritt der einzelne Demokrat als Freier und Mitherrscher, also als „Leitperson“ auf. Als würdiger Mensch ist er der Selbstherrscher, der auch zur Selbstbeherrschung und zur Eigenverantwortung fähig ist. Damit schließt sich, wie oben zu zeigen war, der Kreis zur Schuldidee. Wer den Menschen angreift, bedroht auch die Leitidee des demokratischen Humanismus. Aus der Sicht der westlichen Staatsverfassungen und Menschenrechtskonventionen meint Unrecht auf den Menschen bezogen deshalb neben dem Angriff auf das Leben des würdigen Mitmenschen, Art. 2 EMRK, die „Entmenschlichung“, durch die „Folter und unmenschliche und erniedrigende Strafe“, Art. 3 EMRK, die Unfreiheit, etwa als Sklaverei oder Zwangsarbeit, Art. 4 EMRK (ebenso Art. 4, 5, 47 ff. EU-Grundrechtecharta) und die „Entpersonalisierung“ durch das willkürliche Versagen von Rechtssicherheit und fairem Verfahrensrecht, Art. 5, 6 EMRK. Verstöße dagegen stellen dann „Staats-Unrecht“ dar, für das die Führer der Staaten einzustehen haben, notfalls und doch auch nur im Idealfalle vor dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag in den Niederlanden.

Aus der Sicht der zu Recht geronnenen „Philosophie der westlichen Verfassungen“, deren klassischer Ursprung die verrechtlichte Freiheit der Person ist, bedeutet Un-Recht (also Ohne-Recht) die „persönliche Rechtlosigkeit“. Der Idee der völligen Rechtlosigkeit, der Vogelfreiheit, dem „Out Law Modell“ zu huldigen, ist zumindest grundsätzlich untersagt. Die Unfreiheit der Person besteht in der Sklaverei, in der Leibeigenschaft oder aber auch in Erniedrigung und der willkürlichen Gefangenschaft, Art. 2, 3, 4 EMRK. Gemeint ist damit die tätige Verweigerung der Umsetzung des Anspruches auf „Leben und Freiheit“.

4. Die Verweigerung der Autonomie bildet aus der Sicht einer Rechtsphilosophie, die vor allem auf die Idee der „Freiheit“ setzt, das eigentliche inhumane Kernunrecht. Den Lebensschutz setzt die liberale Sicht gleichsam als geistige Geschäftsgrundlage voraus. Ihre Grundidee ist der Mensch als freier Akteur. Die Autonomie meint vor allem diejenige Handlungsfreiheit, die folglich auch die Europäische Menschenrechtskonvention herausstellt und in Art. 5 mit dem Satz zusammenfasst: „*Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit*“. Aus ihr ergeben sich dann die einzelnen Freiheits-Rechte, also die sonstigen Menschenrechte, wie „*die Achtung des Privat- und Familienlebens*“, Art. 8, die „*Gedanken- Gewissens- und Religionsfreiheit*“, das „*Recht auf freie Meinungsäußerung*“ und die „*Versammlungsfreiheit*“, Art. 10, 11 sowie der Anspruch auf Gleichheit als *Diskriminierungsfreiheit*, Art. 14. Dazu gehören auch das Recht auf „*Eigentum*“, „*Bildung*“ und „*freie Wahlen*“ (Art. 1, 2, 3 des 1. Zusatzprotokolls) und die „*Freizügigkeit*“ (Art. 2 des 4. Zusatzprotokolls). Die Rückkehr zum persönlichen Schuldarrest im Sinne des alten Schuldturms untersagt das „*Verbot der Freiheitsentziehung wegen Schulden*“ (Art. 1 des 4. Zusatzprotokolls).

Die Idee der Autonomie des freien Menschen verbindet nicht nur die Freiheit mit der Idee des Rechts, sondern sie enthält auch dem Wortsinn entsprechend den Gedanken von der asketischen Pflicht zur „Selbstgesetzgebung“. Sobald man dieses liberale Menschenbild auf eine Gemeinschaft von Menschen überträgt, erzwingt es gleichsam die Idee der kollektiven Gesetzgebung in der Form der Demokratie. Auf dieser Logik beruht vermutlich auch der politische Beweggrund, es nicht nur zu entwickeln, sondern auch als kollektives Gegenmodell gegenüber demjenigen des königlichen Tyrannen aktiv zu vertreten.

5. Auch die organisierende Gemeinschaft, etwa als Staat der Freien, des Freienrechts und deren kollektive Rechtsautonomie bildet einen hohen Wert. Sie verfügt über ein Selbst und bildet damit je nach Sichtweise eine Art von Selbstzweck. Von der obigen recht einfachen Beschreibung des Unrechts zieht sich der Weg zu einer ähnlichen, aber doch sehr komplizierten Konstruktion des Rechts- als idealem Freiheitsstaat. *Hegel* schlägt in seiner ganzheitlichen Philosophie zunächst die säkulare Brücke von der Gewalt zu „Recht und Freiheit“ und bezeugt sie mit dem Verbrechen. Für ihn bedeutet das Verbrechen *„der erste Zwang als Gewalt von dem Freien geübt, welcher das Dasein der Freiheit in seinem konkreten Sinne, das Recht als Recht verletzt“*⁴³⁷. Das Verbrechen und offenbar auch die Strafe liest er damit als die Negierung der Rechtsfähigkeit.

Dieses Recht wiederum verkörpert der ideale Bürgerstaat. Der Bürger erhält allen Wert überhaupt erst von diesem heiligen Wesen: *„Allen Wert, den der Mensch hat, alle geistige Wirklichkeit, verdankt er dem Staat“*⁴³⁸. Was im Mittelalter der ideale Gottesstaat darstellte, transformierte *Hegel* somit auf den idealen Staat. Vereinfacht folgen danach aus der personalen Verdichtung des Ideals der allgemeinen Freiheit zum Staatskollektiv das Recht und die Freiheit des staatsbürgerlichen Menschen.⁴³⁹ Freiheit kann überhaupt erst der ideale Staat bieten. Der empirische Blick auf existente undemokratische Staaten zeigt einerseits, dass in dieser Sicht zumindest eine politische Logik liegt. Allerdings folgt daraus dann auch, dass nicht nur im Kriegs-, sondern auch in sonstigen Krisenfällen im Zweifel der Staatsschutz dem nur von ihm abgeleiteten Menschenschutz vorzugehen hat.

⁴³⁷ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 95; dazu aus strafrechtlicher Sicht: Jakobs, Strafe, 2004, 24 ff.

⁴³⁸ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 257, § 260.

⁴³⁹ Vereinfacht gelesen fließen in Hegels Staatslehre alle wichtigen Elemente zum ganzheitlichen Ansatz eines idealen, aber dennoch wirklichen bürgerlichen Freiheits- und Rechtsstaats zusammen; der danach auch noch der „Gute“ ist. Der Mensch komme nur „darin, dass er Bürger eines guten Staates ist..., zu seinem Recht“, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 153, und auch die Gleichsetzung mit Gesellschaft: Der Staat sei der Ausgangspunkt des menschlichen Seins, er sei das „erste, innerhalb dessen sich erst die Familie zur bürgerlichen Gesellschaft ausbildet“, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 256, § 260.

Die *hegelsche* Deutung trägt heute zumindest insoweit, als die freien Menschen aus ihrem Blickwinkel Demokratie, Gerechtigkeit und Humanität wollen und deshalb eine zivile Gesellschaft bilden und die vorhandene Gesellschaft weiter erhalten. Je nach Sichtweise organisieren sich die Freien entweder in einem Verfassungs- und Rechtsstaat und begreifen sich zudem als Gleiche und Nächste. Oder die autonomen Menschen halten sich einen vor allem exekutiven Staat als ihren „ersten Diener“, als eine Art gezähmten Leviathan. Ohne den demokratischen Staat vermögen die Menschen ihre Freiheit jedenfalls nicht zu genießen. Aus der Sicht des Verfassungsstaates ist er es also, der den Freien ihre Freiheit schenkt und sichert. Beides, der (kollektive) zivile Menschenstaat und der (individuelle) zivile staatliche Mensch mit dem „status civilis“, gehören deshalb zusammen, sie bedingen einander. Die Beziehung, die sie verbindet, bildet dann ihr „heiliger“ Geist des demokratischen Humanismus. Aber in den Demokratien regieren dann doch letztlich die Einzelnen mit ihrem Blickwinkel.

4. Höchste Rechtsideen (Freiheitsverzicht und Gesellschaftsvertrag, Minimaletik und Toleranz)

1. Im Sinne der deutschen Rechtstheorie ist ferner zu überlegen, inwieweit das Recht „als Recht an sich“ nicht begriffsnotwendig sogar „minimaletische“ Elemente enthält, die dann jedes reale Recht zu einem im Kern immer auch „gerechten Recht“ werden lassen würde. Am Ende handelt es sich um die Frage, wie Recht zu definieren ist. Entweder ist das Recht rein positivistisch über den Gesetzgeber definiert, seien es die Gesetze eines Tyrannen oder eines demokratischen Parlaments. Hexenverfolgungen und grausame Todesstrafen könnten danach zum Recht gehören. Dann allerdings existiert daneben die Idee der Gerechtigkeit und wirkt als ein Gegensystem auf das Rechtswesen ein. Oder aber das Recht ist eingebettet in die Ideen der Gerechtigkeit, etwa über das Modell des autonomen oder moralischen Menschen. Eine Ansicht, die hier schon immer als die vorherrschende angenommen wurde. Insofern geht es nur um die Frage nach der Begründung von Recht. Aus rechtskultureller Sicht, also derjenigen der „Präambeln“, ist der Blickwinkel des Demokraten einzunehmen. Für ihn sind „Recht und Gerechtigkeit“ unter dem Aspekt der Menschenrechte zu betrachten. Das Menschsein und die Rechtssubjektivität gehören danach untrennbar zusammen. Der

Mensch kann nicht durch ein niederrangiges Recht „rechtmäßig“ verobjektiviert werden. Nur wer das nationale Recht über dasjenige der Menschenrechte stellt, kann Recht und Gerechtigkeit trennen.

2. Nachfolgend sind die Hintergründe des Vernunftrechts grob zu umreißen, eine Definition des Rechts ist anzumerken und eine wichtige Konnotation des Rechts anzufügen.

Mit *Kant* stürzt die Frage „Was ist Recht?“ den Juristen in dieselben existentiellen Probleme wie diejenige den Philosophen, was denn „Wahrheit“ sei.⁴⁴⁰ Ob die Philosophen den Juristen helfen können, ist seit jeher umstritten.⁴⁴¹ Wer aber das Recht, wie auf dem europäischen Festland, idealistisch an die Vernunft bindet⁴⁴² und jene dem einzelnen Menschen und wenigstens seiner Allgemeinheit (*volonté général*) zuschreibt, bejaht ein, im Kern im Übrigen hoheitliches, weil metaphysisches Naturrecht.

Wer hingegen aus heutiger Sicht soziobiologisch ansetzt und an den Eigennutz anknüpft, der wird mit *Hobbes*⁴⁴³ den „Kampf aller gegen alle“ als den Naturzustand eines Machtkampfes verstehen können. Der Friedens- und Sozialvertrag, den freie Akteure schließen, führt dann zu einem zivilen, weil von Menschen selbst geschaffenen Rechtszustand, der einen Vertrag über die Freiheit und deren staatlichen Schutz enthält.⁴⁴⁴ Gesamtwestlich betrachtet dürften in ihm beide Elemente zusammenfließen, die egoistische Freiheit und die höhere Vernunft, und sei es auch nur als Vernünftigkeit im kollektiven Sinne eines „common sense“.

Mit *Kant* ließe sich eine Brücke zwischen beiden Sichtweisen schlagen, denn er hat für das Recht eine berühmte Formel geschmiedet:

⁴⁴⁰ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA , VI, 229 f.; darauf verweist auch Tuscheling in seinem Beitrag „Was ist Recht? oder Jurist und Philosoph- sprachlos?“ (Tuscheling, *Recht*, 2002, 557 ff.).

⁴⁴¹ Tuscheling, *Recht*, 2002, 557 ff.

⁴⁴² Zu Heraklit, Platon und die Stoiker ausführlich bei: Tuscheling, *Recht*, 2002, 557 ff.

⁴⁴³ Hobbes, *Bürger*, 1959.

⁴⁴⁴ So schon: Cicero, *De rep* (Huchthausen), 1989, III, 13.

„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.“⁴⁴⁵

Dabei ist das Wort „Willkür“ gut mit „Freiheit“ zu übersetzen und besitzt seinen Ursprung im Bild vom ausgeübten „freien Willen“.

Aber *Kant* hat sofort die Begründung angefügt:

„weil die Vernunft selbst es so will, und zwar die reine a priori gesetzgebende Vernunft“⁴⁴⁶.

Damit erweisen sich Freiheit und freier Wille als durch die Vernunft des Menschen veredelt und gezähmt.

3. Hinter der *kantschen* Rechtsidee steht erkennbar der neu-alte Gedanke der idealen und damit auch fiktiven Rechts- als Staatsbegründung durch den wechselseitigen Freiheitsverzicht in der Form eines Rechts- und Gesellschaftsvertrages. Das Vertragsmodell wiederum beruht auf der goldenen Gerechtigkeitsregel des *„Ich gebe, damit Du gibst“*. Nach Abschluss und mit Erfüllung des Vertrages erhält jede Seite den Rest an Freiheit, die vernünftige ausgeübte Freiheit, als das Eigene, „das Seine“ anerkannt. Jeder weiß es zu einem intersubjektiven Vertragsrecht erstarkt. *Kant* fügt dann noch die Idee der Verallgemeinerung hinzu, die die vernünftige Freiheit zu einem absoluten Recht erhebt. Auch wenn *Kant* bei der Moralität des einzelnen Menschen ansetzt, so erschafft er über die Universalisierung die „Person“ des Menschen, das Selbstsubjekt. Gebündelt zeigt sich der status civilis des Menschen; der (freie) Mensch tritt auf als ein (politisches) Freiheitssubjekt, als ein (philosophisches) Vernunftsubjekt und als ein (juristisches) Rechtssubjekt.

*Beccaria*⁴⁴⁷ formulierte zuvor ähnlich wie *Kant*. *Hobbes* und *Locke*⁴⁴⁸ haben, wie viele Naturrechtler, diesen Ansatz des wechsel-

⁴⁴⁵ So der berühmte kantsche Begriff des Rechts: *Kant*, *Metaphysik*, 1797, AA , VI, 230.

⁴⁴⁶ Darauf verweist zu Recht: *Tuscheling*, *Recht*, 2002, 557 ff., 575.

⁴⁴⁷ *Beccaria*, *Verbrechen* (Alff), 1966, 51: *Gesetze seien die „Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesell-*

seitigen Freiheitsverzichts in der Form des Gesellschaftsvertrages gewählt. Seinerseits greift diese Metapher Grundelemente der personalen Lehnverträge auf. Diese Kontrakte haben die freien Ritter und Barone mit jedem neuen Oberherrn persönlich abgeschlossen und diesem damit erst das König- oder Fürstentum gesichert.

Aus der Sicht der gegenwärtigen Gesellschaftslehre ist der Vertragsgedanke zum Beispiel bei *Hayek*⁴⁴⁹ und *Luhmann*⁴⁵⁰ zu finden. Aus der Sicht des Gerechtigkeitsutilitarismus verwendet ihn *Rawls*⁴⁵¹, und aus dem Blickwinkel der deutschen Gerechtig-

schaft 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, Kriminalprävention, 1986, 51 ff., 52.

448 Zur Entwicklung der Idee der Gleichheit und Gegenseitigkeit in der Neuzeit vgl.: Hobbes, *Leviathan* (Fetscher), 1992; Locke, *Abhandlungen*, 1967, 201 („evident, vernünftig“).

Höffe, *Rechtsprinzipien*, 1990, 132, sieht einen engen Zusammenhang zwischen Hobbes zweitem natürlichem Gesetz, dem Gedanken der Wechselseitigkeit und Gleichheit, und Kants Kriterium der allgemeinen Gesetzmäßigkeit. 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*, Kap. 14).

Zur Reziprozität vgl. auch Hobbes These, die Staatsgründungsverträge hätten ihren Grund in der wechselseitigen Todesfurcht (Hobbes, *Bürger*, 1959, 2. Kapitel, Ziffer 6) übereinstimmend: Hobbes, *Element*, 1926, Kap. 15, Zif. 13; Diesselhorst, *Naturzustand*, 1988, 33 f.

449 Hayek, *Constitution*, 1960, 25.

450 Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1987, 363 f.

451 Rawls, *Theorie*, 1993, 336 ff., geht von einem fiktiven Urzustand aus und meint, die Partner würden sich in einem Sozialvertrag auf folgendes einigen: (1) auf zwei Grundsätze: a) gleiches Recht auf gleiche Grundfreiheiten und b) faire Chancengleichheit sowie (2) auf zwei Vorränge: a) Vorrang der Freiheit und b) Vorrang der Gerechtigkeit vor Leistungsfähigkeit und Lebensstandard. Für die handelnden Partner geht Rawls von der nicht mehr hinterfragbaren Voraussetzung aus, dass sie als moralische Wesen handeln und deshalb bereit und fähig sind, unter freien und gleichen Bedingungen gerechte

keitsphilosophie greift ihn auch Höffe⁴⁵² auf. Ralf Dreier bedient sich der Metapher des sozialen Freiheits- und Rechtsvertrages aus der Sicht der Staatsrechtstheorie. Hoerster arbeitet mit diesem Gedanken auf der Ebene der Normtheorie.⁴⁵³

Als bedeutsam erweist sich die Fiktion des Gesellschaftsvertrages auch heute noch deshalb, weil er einen Begründungsstrang für jede westliche Verfassung bietet,⁴⁵⁴ der auf der Freiheit der Freien aufbaut und nicht bereits einen Rechts- als Freiheitsstaat im *hegelschen* Sinne voraussetzt. Zudem bestimmt das Vertragsprinzip auch das Verhältnis der „freien Staaten“ untereinander.

Entscheidungen zu treffen. Dazu gehöre auch die Anerkennung des Pluralismus ethischer Vorstellungen.

Eine ähnliche „liberale Konzeption der Gleichheit“ entwickelt auch: Dworkin, Bürgerrechte, 1984, vgl. insbes.: 439; siehe auch: die Besprechung von Brugger, Brülisauer, ARSP 75 (1989), 279 ff.

⁴⁵² Höffe, Gerechtigkeit, 1987, 328. Siehe auch: den Strafrechtler Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985, 351 ff.; sowie Kratzsch, Prinzipien, JuS 1994, 372 ff., 377: „Ausgangspunkt und materieller Richtpunkt... des Strafrechts: Die Erhaltung und Schaffung eines allgemeinen Rechtszustands, bei dem jedem Menschen nach Maßgabe des Gleichheitsprinzips ein Grundbestand 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“. Dazu auch: Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2, Rn. 9.

⁴⁵³ Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986, 11; Dreier, R., Einheit, 1981, 286 ff. 286 ff.; Hoerster, Wirklichkeit, ARSP 75 (1989), 145 ff., mit dem Schlusssatz, 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“.

⁴⁵⁴ Zur Faszination der Vertragstheorie: Enzmann, Faszination, 2004, 283 ff., mit den Variationen zu der Trennung von „Zustimmung“ und „Vertrag“, 283 ff. Erster Überblick über die klassische philosophische Kritik am Vertragsmodell: Kersting, Philosophie, 1994, 250 ff.

Dort vermag es vor allem die Gültigkeit völkerrechtlicher Konventionen und Menschenrechtserklärungen zu erläutern.⁴⁵⁵

4. Vereinfacht gilt wohl, wer der Idee der „Freiheit des Freien“, des freien Willens etc. den Vorrang einräumt, der kann die Gesellschaft nur über das Vertragsmodell erklären. Wer allerdings auf die „Vernunft“ oder die Moralität des Menschen setzt, der kann unter anderem die beiden Ideen der Gemeinschaft und der altruistischen Nächstenliebe bereits über die Vernunft mit in die Persönlichkeit des Menschen einbauen. Mit der Vernunft kann er dann wiederum auch die Würde des Menschen erklären.

Der Vergleich mit dem Gottesbild, als dessen schattenhaftes Ebenbild der religiöse Mensch sich sieht, zeigt beides: Gott ist personalisiert, und er steht für absolute Freiheit ebenso wie für absolute Vernunft. Beide Denkmodelle, die Fähigkeit zur Freiheit und zur Selbstbindung ergänzen einander also. Die absolutistische Art der Idee der Würde verlangt allerdings auch, einen solchen Widerspruch zwischen Freiheit und Vernunft, wenn er denn existiert, auflösen, von Fall zu Fall miteinander verbinden oder aber weise ertragen zu können.

Mit der Einforderung von Vernunft ist also bereits die Brücke von einer Freiheits- und Rechtslehre hin zur Pflichtenlehre geschlagen. Als „philosophische Tugend- oder als asketische Pflichtenlehre“ gedeutet, führt diese Sicht des nicht nur vertraglichen, sondern auch vernünftigen Freiheitsverzichts zum „universellen Toleranzgebot“, das etwa der Rechtstheoretiker *Kelsen* als Kern der Gerechtigkeit begreift. Denn Toleranz heißt im Wortsinne, Fremdes nicht etwa wie das Eigene zu verstehen, sondern es weiterhin als Fremdes zu „erdulden“. Insofern beinhaltet die Toleranz eine Pflicht zum asketischen Ertragen von „Schmerzen“, also ein fast strafähnliches Übel.⁴⁵⁶ Der Demokrat nimmt

⁴⁵⁵ Aus der Sicht des Staatsrechts zur „geistigen Fortwirkung der Vertragstheorie“ im Sinne der „Verfassung als Vertrag zwischen Bürgern“: Di Fabio, *Recht*, 1998, 35 ff.

⁴⁵⁶ Siehe zur deshalb naheliegenden Folgerung, ob es sich bei der Toleranz selbst um ein strafbegrenzendes Prinzip handeln könnte: Zaczyk, *Toleranzgebot*, 2007, 235 ff., 235 ff. Grundlegend aus der Sicht der politischen Philosophie: Forst, *Toleranz*, 2004, vgl. etwa § 42 ("Vier Konzeptionen der Toleranz").

dieses Opfer auf sich, um liberal im eigenen Interesse den gewaltsamen Streit zu vermeiden, um solidarisch den höheren Frieden zu erhalten, aber autonom gelesen auch um seines persönlichen humanen Selbstbildes wegen. Der tolerante Weise unterwirft sich dieser höheren Weisheit als solcher.

II. Rechtstheorie und Gerechtigkeit

1. Soziales Recht, Gerechtigkeit als ein objektiv-natürliches Weltprinzip

1. Aus der umfassenderen Sicht der Anthropologie, die den Menschen ganzheitlich zu erfassen trachtet, ist ferner Folgendes zu ergänzen:

Von der Philosophie hat sich schon mit *Machiavelli* die politische Soziologie abgespalten, die in ihren Herrschaftsmodellen insbesondere utilitaristische und mechanistische sowie auch biologische und psychologische Aspekte aufnimmt. Auch die Systemtheorie gehört zu ihrer funktionalen Welt.

Gegen die Freiheitsidee und gegen den moralischen Ansatz setzt die Soziologie etwa die wertfreie, soziale Kulturidee und geht von der „Sozialisierung“ des Menschen aus. Betont wird der Ansatz des Kollektivismus. Deterministische Unterworfenheit des Menschen unter eine von ihm zu erlernende „Sozialethik“ kennzeichnet unter anderem das Menschenbild des „homo soziologicus“. Dabei dienen die sozialen Regeln und Riten immer einer bestimmten Art von Gesellschaft. Diese Sicht ist an dieser Stelle nur, aber doch auch notwendigerweise anzureißen. Denn auch die „Politik“ kommt ohne diese sozialen Sichtweisen nicht aus.

Das Recht, so lautet der Kernsatz, entspringt nicht nur der Ethik, es wird immer auch von der Gesellschaft und deren „Notwendigkeiten“ bestimmt. Das Gewaltmonopol, nicht die Gewaltfreiheit, gehört zur Definition des Staates. Das Recht soll vor allem helfen, egoistische Gewalt mit der Androhung oder der Vollstre-

ckung von Gegengewalt zu bekämpfen. Dazu ist auf anderweitige Ausführungen zu verweisen.⁴⁵⁷

2. Diese sozialen Zwänge ergeben sich ihrerseits aus den Lebensgesetzen der Biologie und auch, was etwa die Körperlichkeit des Menschen anbetrifft, aus denen der Physik. Die Psychologie belegt zudem, dass das Handeln des Menschen durch impulsive Beweggründe beeinflusst ist. Dazu ist zunächst auf die Ausführungen zu den „Grundlagen“ zu verweisen. Aber daraus ist an dieser Stelle ein wichtiger Schluss zu ziehen. Bezüglich der Gerechtigkeit bedient sich offenbar auch „die Natur“ des Prinzips der Kooperation und der Achtung. Deshalb lassen sich die Ideen der Wechselseitigkeit und der gegenseitigen Achtung als „natürliche“ oder auch „ewige“ Grundregeln verstehen. Dabei ist zu fragen, ob es eigentlich dahinstehen kann, ob der Menschen sich ihrer freiwillig oder fremdbestimmt bedient. Geht man von seinem freien Willen aus, dann wird der Mensch gerecht handeln oder aber Gerechtigkeit von anderen einfordern. Denn ihm werden diese Lebensmaximen als „vernünftig“ erscheinen. Das ist der ethische Ansatz.

Dagegen steht nur scheinbar der Naturalismus.⁴⁵⁸ So legt die Neurophilosophie auf der Grundlage der Gehirnforschung die Annahme nahe, dass die Natur den Menschen bereits vorprogrammiert hat. Sie hat ihm die „Goldene Regel“ bereits als genetisches Vorprogramm in die Reptilienschicht seines Kleinhirns eingepflanzt. Letztlich handelt es sich sogar nur um die einfachen Grundregeln der Schwarmintelligenz. Die Modelle liefern die Schwärme artgleicher Vögeln oder Fische. Mit den jeweils

⁴⁵⁷ Montenbruck, *Zivilisation*, 2010, 143 ff., Rn. 327 ff. (zu Gewalt und Recht).

⁴⁵⁸ Zur häufig abfälligen Verwendung des Begriffs des Naturalismus, siehe: Haferkamp, *Neukantianismus*, 2007, 105 ff., 105 („negativ konnotiert“). Aber zumindest für den Körper des Menschen gelten die Gesetze der Biologie, der Chemie und der Physik. Die Anthropologie beugt sich dieser Einsicht.

Zum (unvermeidlichen) Naturalismus im Recht, siehe: Hilgendorf, *Naturalismus*, 2003, 83 ff., 100 („naturalistisches Empiriegebot“). Ebenso im Sinne eines „rechtstheoretischen Naturalismus von Seher, Normativität“, 2007, 66 ff., 68. Das Recht verbindet beides, Tatsachen und Wertungen, Hilgendorf, *Tatsachenfragen*, 2004, 91 ff., 91 ff.

Nächsten hat ein Individuum sich anpassend auszutauschen. Zudem hat er die Nachbarn um seiner Bewegungsfreiheit willen, dem Seinen, zu achten.

All diese kleinen Netzwerke sind untereinander verbunden. Auf diese Weise wird ein gesamter Schwarm, der die Einzelnen vor Feinden schützt und ihnen auch Lebensräume sichert, von den Grundprinzipien der Gerechtigkeit, der Wechselseitigkeit zum gegenseitigen Gewinn und der Achtung des Nachbarn bestimmt.

Allerdings erweist sich gerade der Mensch als von genetischen Vorprogrammen in erheblicher Weise befreit. Vor allem aus egoistischen Beweggründen kann und wird er von ihnen gelegentlich abweichen. Derselbe Naturmensch ist aber fähig, diese Impulse zu unterdrücken. Er vermag stattdessen auf die langfristigen Vorteile der Wechselseitigkeit und den Fortbestand der Achtung setzen. Je länger aber der Mensch, gegebenenfalls auch mit anderen Menschen oder gar im Rahmen eines rituellen Verfahrens über sein Verhalten „nachdenkt“, desto mehr „Impulse“ lässt er auf sich einwirken. Desto mehr verflüchtigen sich auch etwa hochemotionale Rachereaktionen. Er wird dann alle „Impulse“, und zwar einzeln oder auch kollektiv mit anderen, zu „harmonisieren“ haben. Mit den Worten des Rechts und der Vernunft, wird er eine rationale „Abwägung“ vornehmen.

3. Insofern kann es aus der Sicht der Gerechtigkeit dahinstehen, ob sie sich aus der Vernunft oder aus biologisch verankerten Vorprogrammen ergibt. So gesehen stellt die Gerechtigkeit ein sowohl vernünftiges, als auch natürliches Prinzip dar, dasjenige des „Zusammenwirkens“. Die Gerechtigkeit erweist sich danach also als ein „objektives“ Weltprinzip. Zu jedem Prinzip gehört mit der Wirkung der Evolution allerdings auch das gelegentliche Abweichen von den Grundsätzen. Zwar existiert auch das soziale Gegenmodell der Herde oder des Rudels, die faktische Unterwerfung der großen Mehrheit durch ein erfahrenes oder übermächtiges Leitwesen. Aber auch dieses System führt immerhin zu einer, wenngleich nur asymmetrischen Abhängigkeit dieser beiden Binnengruppen. Ferner hält die Natur das Prinzip der Vernichtung des Nachbarn vor, etwa als Beutetier durch Fressfeinde. Aber auch dann stehen innerhalb eines Lebensraumes (Biotops) die Gruppen von Fress- und Beutetieren in einem existentiellen Abhängigkeitsverhältnis. Die Kernidee der Gerechtigkeit, die Goldene Regel bezieht sich in der belebten Natur auf „Akteure“,

und zwar in jeglicher sozialer Form, als Individuum, Population, Spezies, Familie von Spezies etc.

Insofern bildet die Idee der Wechselseitigkeit ein Leitprinzip der Evolution. Bekannt ist dies ferner auch aus der Physik der Massen nach dem Modell der Planetensysteme. Deshalb stellt dieser Kern der Gerechtigkeit je nach Sichtweise auch für den Menschen entweder ein Gebot der „Vernunft“ dar oder aber einen Zwang der „Natur“. Es handelt sich insofern um ein „objektiv-natürliches“ Prinzip.

4. Ferner gilt (auch) für den einzelnen Menschen offenbar: *Jedes einzelne Individuum, das in Gruppen lebt, verfügt über ein kleines eigenes Netzwerk der Gleichen und Nächsten.* Mit der Individualität ist zudem ein wesentliches Element der Freiheit gegeben. Deshalb kennt und pflegt fast jeder Mensch für seinen Nahbereich ein Netzwerk der „Freien, Gleichen und Nächsten“, das damit der vagen Grundidee der Gerechtigkeit folgt. Auch regiert die Idee des Friedens mit. Denn die Idee der Achtung des Anderen als Gleichen und Nächsten umfasst typischerweise den Verzicht auf Gewalt, List und Treubruch.

Für die Demokratie stellt sich also nur die Frage nach der Verallgemeinerbarkeit dieser Prinzipien. Dies geschieht etwa dadurch, dass die einzelnen Mitglieder einer großen Gruppe die Trinität von „Individualität, Gleichheit und Solidarität“ zur höchsten Leitidee des „Volkes“ erheben und damit auch die „Gerechtigkeit“ heiligen.

5. Aber damit sind auch die Grenzen der Idee der Gerechtigkeit erkennbar. Absolute Gerechtigkeit würde jede menschliche Gruppe zu einem starren „sozialen Körper“ werden lassen, in dem alle Einzelnen zur Kooperation und zur Achtung des Anderen gezwungen wären. Der „Schwarm“ wäre dann das Gesellschaftsmodell. Abgeschwächt, und mit der Herdenmetapher bezeichnet, aber noch als solches erkennbar, kennen wir Menschen dieses Modell. Wir nutzen es, wenn wir uns in Kriegszeiten militärisch organisieren oder wenn wir in letzten religiösen Fragen nach einem weisen Oberhirten suchen. Die einfache Schwarminelligenz steht dem Menschen also zur Verfügung. Aber für den Frieden reicht die Einhaltung der Kerngebote der Gerechtigkeit allein nicht.

Denn vereinfacht ist die absolute Gerechtigkeit mit dem Verlust der „Freiheit“ des Einzelnen zu bezahlen. Auch dürfte die Einbuße an emphatischer „Solidarität“ hin zu kommen. Vorzuziehen ist deshalb die grundvernünftige Dreieinigkeit von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“. Wer also die Gerechtigkeit absolut setzen will, der wird und hat deshalb den üblichen Weg zu wählen. Er wird die vage Idee der Gerechtigkeit weiter fassen. Zum Beispiel wird er die Gerechtigkeit mit der Willensfreiheit des allerdings zur Moralität fähigen Menschen aufladen. Außerdem wird er fordern, die Gerechtigkeit durch die Barmherzigkeit zu ergänzen und diese Art der Gerechtigkeit dann etwa zur menschenrechtlichen Pflicht zur Humanität überhöhen.

Zudem ist zwischen Innen- und Außenwelt zu trennen, auch wenn nach dem biologisch-systemischen Modell der Zelle ein ständiger Austausch zwischen innen und außen stattfindet. So findet im Inneren eines jeden Organismus eine *Selbstorganisation* statt. Soziale Gerechtigkeit setzt analog dazu innerhalb einer Gemeinschaft auf das Modell der Selbstorganisation. Es ist eine Art von „Selbst-Verwaltung“ eines Selbst, das vor allem mit einer Art von *Ordnung* agiert, etwa um im Bild zu bleiben, in der Form von großen Subsystemen, den Organen, oder auch Institutionen. Dieses Selbst entsteht und lebt überhaupt erst durch diese *Struktur* und deren Aufrechterhaltung. Die Struktur einer Gemeinschaft überlebt seine Mitglieder wie der Körper seine einzelnen Zellen, und die sozialen Rollen, die er vorhält, existieren, weil die individuellen Akteure, die sie wahrnehmen, austauschbar sind und sein müssen. Insofern handelt es sich bei sozialen Ordnungen vor allem um Gerechtigkeit zwischen den Rollen. Es handelt sich mit einem anderen Wort um eine Art von Regel-Gerechtigkeit. Der Einzelne, und das ist das Dilemma der sozialen Gerechtigkeit, kann also für das *Gemeinwohl* geopfert werden. Damit lautet die Grundentscheidung: Gilt auch der Einzelne als ein Akteur (eine Person, als ein Subjekt) oder ist das kollektive Selbst der Gemeinschaft maßgeblich, die nach innen dann nur Selbstorganisation betreibt und nach außen nur die Anwendung der (individualistischen) goldenen Regel der Reziprozität kennt. Demokratie und Menschenrechte bezeugen, dort wo sie gelebt und geglaubt werden, die geistig-politische Entscheidung für die Freiheit des Individuums.

Insofern kann, jedenfalls bei einem *individualistischen* (oder liberalen) Grundansatz, die soziale Gerechtigkeit (oder die Idee

der Solidarität) immer nur ein zusätzliches *Korrektiv* bilden. Zwischen beidem, der individualistischen „iustitia commutativa“ und der zumindest auch sozial aufladbaren Idee der „iustitia distributiva“, muss somit ebenfalls ein „Ausgleich“ stattfinden. Dieser lässt sich dann als eine Art von Meta-Gerechtigkeit zwischen den beiden Subjekten, der Gemeinschaft und dem Individuum, deuten, bei dem die Gemeinschaft selbst wiederum auf den Einzelnen ausgerichtet ist, indem sie als Demokratie von der Gesamtheit der Einzelnen beherrscht wird und den Schutz der Einzelnen ebenfalls und folgerichtig zu einem konstitutionellen Element ihrer kollektiven Identität (oder Verfasstheit) erhoben hat.

Die herkömmliche *rationale Methode* besteht darin, Regeln und Ausnahmen zu verwenden mit einer erhöhten Begründungslast für letztere. Soweit es nur um Freiheiten (Ressourcen, Vermögen etc.) geht, ist ein *Kompromiss* nach dem Modell der Abschöpfung von Steuern und der Beitreibung von anderen „Tributen“ naheliegend, die zum „Ihren“ der Gemeinschaft gehören und deren nachfolgende solidarische Verteilung ermöglichen. Dieser Kompromiss beinhaltet auf der Ebene der Gerechtigkeit eine Art von Assimilation beider Hauptformen der Gerechtigkeit. Sie wirken insofern auch nicht mehr widersprüchlich (oder kontradiktorisch). Vielmehr findet eine Art von Vermittlung statt, indem man eine gemeinsame (gesamt-gerechte) Mitte sucht. Insofern handelt es sich um eine Art von Versöhnung zweier großer weitgehend eigenständiger Gerechtigkeitsideen.

Das altbekannte Dilemma entsteht aber bei allen existentiellen Eingriffen in Grund- und Menschenrechte, vor allem in das Leben der einzelnen Menschen, Die übliche Begründung für Ausnahmen, für den Vorrang des Gemeinwohls und für die Gerechtigkeit von Sonderopfern besteht im Hinweis auf einen „Staats-Notstand“. Es ist eine Not, und zwar eine für die Gemeinschaft und deren Wohl, die abgewendet werden muss, also eine Notwendigkeit. Der Kernfall besteht darin, dass die sozialreale Existenz der staatlichen Gemeinschaft tatsächlich und nicht nur angeblich gefährdet ist. Das muss dann eine Bedrohungslage sein, die auch die jeweilige Identität der Gemeinschaft, also ihre Verfasstheit, etwa als Demokratie, miteinschließt. Dieser Fall ist an sich selten, wie etwa bei Seuchen oder Kriegen, weil jede, zumindest jede größere Gemeinschaft erhebliche Verluste an Einzelnen ohnehin hinnehmen kann und auch hinnehmen können

muss, weil sie nur ihre Grundstrukturen zu erhalten hat, um „fort“-zu existieren.

Was Straftaten anbetrifft, kann der demokratische Rechtsstaat offenbar selbst das Krebsgeschwür der „organisierten Kriminalität“ in hohem Umfange hinnehmen. Grundsätzlich reicht es offenbar für die Erhaltung seines Selbst aus, recht selektive Strafverfolgung zu betreiben, ansonsten das Zivilrecht zur Verfügung zu stellen und im privaten Notfalle Opfern auf dem Wege des Sozialrechts zu helfen. Eigentlich benötigt der demokratische Rechtsstaat sogar ein bestimmtes Maß an Rechtsbrüchen und Gewalttaten, um seine rechtsstaatlichen Binnenstrukturen und sein Gewaltmonopol überhaupt aufrechtzuerhalten und beides gegenüber den Demokaten rechtfertigen zu können. Nur bekannt gewordene Tötungen und andere schwerste Gewaltdelikte hat der Staat offenbar mit vollem Nachdruck zu verfolgen, um seiner Identität als Rechtsstaat und als Inhaber des Gewaltmonopols Nachdruck zu verleihen. Die soziale Gerechtigkeit ist also im Hinblick auf das Strafen weit weniger von Bedeutung als vielmehr die Vergeltungsidee der blinden „iustitia commutativa“, die Idee der „Tatschuldvergeltung“, und zwar vielfach als Form der „stellvertretenden“ Strafrechtspflege anstelle der Opfer, regiert das Strafen also zu Recht.

Die Idee der sozialen Gerechtigkeit, die man als eine wesentliche, aber nicht als den alleinigen Ausdruck der distributiven Gerechtigkeit verstehen kann, bildet im demokratischen Westen nur, aber immerhin eine sehr sinnvolle *Ergänzung* der einfachen Wechselseitigkeit, der Idee der iustitia commutativa.

6. Zwei anthropologische Spekulationen lassen sich dem anschließen:

Um die Gerechtigkeit in einen größeren Rahmen einzuordnen, drängt sich an dieser Stelle ein dazu passendes, dreifaltiges, anthropologisches Menschenbild auf, das das Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“, wengleich in einer etwas anderen Reihung, aufgreift. Der Mensch, der alle drei Elemente in sich vereint, erweist sich hoch vereinfacht als ein „Drei-Drittel-Wesen“. Er kennt drei Teilwelten, die er in sich zu vereinen hat:

Die drei Teilwelten sind

- die des (freiheitlichen) Individualismus,
- die des (auf die Solidarität ausgerichteten) Kollektivismus und
- die Teilwelt der (vor allem ausgleichenden und ordnenden) Gerechtigkeit,

und sie wirken zusammen.

Aber auch danach würde ebenso hoch vereinfacht gelten, dass der Mensch immerhin noch zu „Zwei Dritteln“ ein überwiegend „ethisches Einzelwesen“ darstellen würde. Denn er verfügt zu einem Drittel über die subjektive Fähigkeit zur *Freiheit*. Zum zweiten Drittel hat er seinen Anteil an der eigentlich *objektiven Weltidee* der Gerechtigkeit.

Aus der Sicht der Freiheitslehren ist die Gerechtigkeitsidee allerdings in die subjektive Vernunft des Menschen inkorporiert. Nur seine kulturelle Sozialisation schränkt seine eigene Vernunft ein. Deshalb muss jeder Einzelne im Übrigen auch versuchen, die eigene Kultur mitzubestimmen.

Aus der kollektivistischen Sicht der Sozialsysteme bildet die Kernidee der Gerechtigkeit ein unabdingbares Mittel, um das eigene Gemeinwohl zu erhalten. Die Grundgebote der einfachen Schwarm-Gerechtigkeit gehören dann, und zwar auf ihre Weise eingefärbt, zur jeweiligen sozialen Grundstruktur. Diese wäre immerhin noch zu einem Drittel (sozial-) „ethisch“ ausgerichtet.

Auch dürfte sich jedes Kollektiv nach außen und gegenüber Gleichen, als Volk also auf der Ebene des Völkerrechts, als frei und souverän begreifen. Als Staat wird ein Kollektiv sich zur Sozialvernunft in der Form der Staatsraison bekennen. Jedes Volk würde sich deshalb auch zu „zwei Dritteln“ als sozialvernünftig verstehen. Nur einige Einzelne verursachen egoistisches Chaos.

Gerechtigkeit ist also ein Ideal. Einerseits ist es, wie andere Ideale, besser nicht ganz absolut zu setzen. Andererseits scheint diese Idee ebenso untrennbar zum Menschsein „natürlich“ hinzuzugehören, weshalb auch ein willkürliches, ungerechtes Verhalten eines Menschen oder der Gemeinschaft den Ruf nach Gerechtigkeit auslöst.

Dennoch und deshalb ist die Idee der Gerechtigkeit zunächst einmal auch „als solche“ zu durchdenken.

2. Recht und Gerechtigkeit

1. Zurück zur Minimaethik im Recht: Jedes Recht besitzt also nach vorherrschender deutscher Rechtstheorie einen minimalistischen Kern. Im Sinne der alten *Radbruchschen* Formel stellt ein unerträgliches, „ungerechtes Recht“⁴⁵⁹ überhaupt kein Recht, sondern Unrecht dar. Dieser „rechtsethische“ Unrechtskern besteht dabei dann folgerichtig in den Grundelementen der Verfassungen und damit auch der Menschenrechte. Auf diese Weise sind das reale Recht, die ideale Gerechtigkeit und auch der Staat in der Form des Verfassungs- und Menschenrechtsstaates wieder einmal miteinander verbunden.⁴⁶⁰ So regelt das deutsche Grundgesetz ausdrücklich die systemische Unabänderbarkeit der Achtung der Menschenwürde und des demokratischen, freiheitlichen und sozialen Rechtsstaats (Art. 79 III in Verbindung mit Art. 1 und 20 GG).

Das *Bundesverfassungsgericht* betrachtet das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit in diesem Sinne aus der Sicht des Rechts. Es läßt das vom Verfassungsgeber als unveränderbar erachtete Rechtsstaatsprinzip mit der *materiellen Gerechtigkeit* auf. Dabei geht es offenbar vom vagen Begriff des Rechts aus, fragt nach der Idee des Rechts und überwölbt den liberalen und urdemokratischen Positivismus mit der Gerechtigkeit, also einer

⁴⁵⁹ Siehe im von ihr herausgegebenen Sammelband zu „Ungerechten Recht“; Müßig, *Summum ius*, 2013, 23 ff., 23 ff.

⁴⁶⁰ So erläutert das deutsche *Bundesverfassungsgericht* mit vielen Selbstzitatoren im Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, zunächst zum „Recht als Rechtsschutz“: „Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfGE 20, 323 <331>). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (BVerfGE 95, 96 <130>). Dann aber fügt es gleich mit an: „Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 7, 89 <92>; 7, 194 <196>; 45, 187 <246>; 74, 129 <152>; 122, 248 <272>...“.

gleichsam objektiven „Leitidee“. Als eine von mehreren Leitideen der *Rechtsstaatlichkeit* gehört sie offenbar gleichberechtigt zur Gruppe von Leitideen, die für den konkreten Fall dann die Suche nach der praktischen Konkordanz einfordern und die der Höchstbegriff der Rechtsstaatlichkeit dann zu bündeln sucht.

Daneben verweist das Grundgesetz im ebenfalls „ewigen“ Art. 1 II, 79 III GG auf die Gerechtigkeit. Unmittelbar nach der Verkündung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen, dessen Anspruch auf Achtung nur verletzbar ist und dessen Freiheit ihm etwa strafweise entzogen werden darf, spricht es ein Bekenntnis aus: „*Das Volk bekennt sich darum zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*“

Die Idee der Gerechtigkeit steht hier erneut in einer Gruppe von Leitideen, die den würdigen *einzelnen Menschen* und auch die Menschenrechte, also subjektive Rechte betreffen und die zugleich die menschliche *Gemeinschaft* und die Idee des *Friedens* als wichtige Konnotationen miteinfassen. Die Gerechtigkeit beruht auf den Menschenrechten und bildet einen Dreiklang mit „Gemeinschaft“ und „Frieden“, und zwar „in der Welt“. Insofern muss sich die Idee der Gerechtigkeit mit den Anforderungen der Gemeinschaft und des Friedens einerseits auseinandersetzen und erhält andererseits dadurch auch weiteren Gehalt und Aufgaben. Die Gerechtigkeit dient also -auch- der „Gemeinschaft“ und gehört zu ihrer Identität, und sie unterstützt auch den „Frieden“, also etwa auf dem Weg hin zur Versöhnung, und zwar durch die „gerechte“ Umsetzung der Menschenrechte.

Dem deutschen Verfassungsstaat ist also beides, der Humanismus (des Art. 1 GG) und die Rechtsstaatlichkeit, heilig (Art. 79 III GG). Und beides verbindet die Idee des Rechts, als Menschenrechte und als Rechtsstaatlichkeit.

Auf der Ebene der „einfachen Grundrechte“ sind dann einerseits die Idee der Gleichheit, verkörpert in Art. 3, zu finden und andererseits die Verfahrensgrundrechte, etwa des Art. 103 GG.

Das Grundgesetz beschreibt damit vereinfacht eine Art von nationaler Staatsreligion, die sich -unter anderem- an die ethischen

Grundlinien der „allgemein anerkannten Menschenrechte“ und an die Leitidee des -auch- gerechten Rechtsstaates zurückbindet.

Zum individuellen Recht der Bürger, der Freien und der souveränen Selbstsubjekte tritt dabei die überindividuelle Idee vom gerechten Recht der demokratischen Gesellschaft und ihrer unantastbar würdigen Mitglieder hinzu. Herausgebildet hat sich die Idee der fast heiligen Hoheit im Sinne des säkularen humanen „Rechtsstaates“. Der Rechtsstaat ist dabei im engen Wortsinne derjenige, in dem das Recht den Staat beherrscht (Rule of Law). Dieser Ansatz steht aber soweit die Gerechtigkeit die positivistische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers begrenzt *neben* demjenigen der Demokratie.

Dabei ist zu differenzieren: Aus der Sicht des *Rechts* sind es in der Demokratie vor allem die überstaatlichen Menschenrechte, die den Staat, als Rechtsstaat verstanden, regieren. An ihnen vermag auch die Legislative nichts zu ändern. Legt man das Hauptgewicht auf die *Demokratie*, dann ist es die Demokratie, die sich des Rechts und der Idee des Rule of Law bedient, um das Miteinander zu regeln. Beide Prinzipien sind aber in der Regel faktisch über die Verfassungen miteinander verwoben. Die vor allem gesetzliche Gestaltungsfreiheit der Legislativen erweist sich als durch die Idee der Gerechtigkeit begrenzt und erhält zugleich von der Idee des Rechts ihre Freiheit und ihre Gesetzeskraft.

Wer allerdings den Vorrang in *fundamentaler* Weise auf die Idee der Demokratie legt, der wird unter anderem zur Vorstellung neigen, dass die demokratischen Zivilgesellschaften die nationalen Verfassungen, im Sinne von *Gesellschaftsverträgen* zu verstehen haben und meinen, diese theoretisch mit einem demokratischen Konsens auch frei ändern zu können. Nach innen ist mit dieser Sichtweise dann auch der Weg zur Idee eröffnet, dass freie Menschen etwa mit dem Mord an anderen freien Mitbürgern in der Gesellschaft als Outlaw oder als innerer Feind auftreten und sich selbst aus der Gesellschaft ausschließen können. Nach außen sind es vor allem die angloamerikanischen Staaten, die vereinfacht die Freiheit über die Gerechtigkeit setzen und denen es dann auch möglich erscheint, Menschenrechtskonventionen zu kündigen, abzulehnen, einer Europäischen Grundrechtcharta beitreten oder darauf frei verzichten zu können, sich einem Internationalen Gerichtshof für Völkerstrafrecht zu unterwerfen oder

eben nicht. Denn die Idee des höheren Rechts steht für sie nicht über der Idee der Freiheit ihrer Bürger. Allerdings baut ihr pragmatischer „*common sense*“ (oder „*consent*“) dann eine Hürde auf. Er bremst theoretische Gedankenspiele auf der Verfassungsebene aus und enthält seinerseits auch allgemeine Gerechtigkeitserwägungen, auch wenn jene wiederum stark durch den Liberalismus und den Utilitarismus mitgeprägt sind.

Was fehlt, ist dann noch die Idee des Sozialen oder des Humanen im engeren Sinne des Solidarischen. In existentiellen *Notlagen* ist weder auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, noch auf die Gerechtigkeit im Sinne der Goldenen Regel abzustellen. Als „richtig“ erweist sich dann die Nothilfe zumindest für Kinder und Alte, für Kranke und Arme. Ob es sich dabei um ein Recht der betroffenen Menschen handelt oder nur um eine moralische Nächsten- oder Sozialpflicht der Nächsten, ergibt sich aus der Antwort auf die Frage nach der Ausgestaltung der Idee der Gerechtigkeit und ihrem Bezug zur Menschenwürde und zu den allgemeinen Menschenrechten. Weitgehend ausgeblendet bleibt schließlich auch die Notlage des Krieges, auch wenn insoweit ein Kriegsvölkerrecht existiert. „*Not kennt kein Gebot*“ hieß es einmal oder die Not gebietet bestimmte Not- und Schutzrechte und -pflichten. Kurz und zudem noch weiter verallgemeinert: „*Notwendigkeiten*“, also im eigentlichen Wortsinne Notlagen, die gewendet werden müssen, prägen von der Seinsebene her das Recht. Auch insofern liegt es im Schnittpunkt von Sein und Sollen.

Vereinfacht gilt dennoch heute vorherrschend der Satz, dass in der *Idee des Rechts* immer auch ein Kern an *menschenrechtlicher Gerechtigkeit* steckt, wie immer die Gerechtigkeit ansonsten auch zu bestimmen sein mag. „Recht und Gerechtigkeit“ gehören insofern auch aus der Sicht der Theorie des Rechts zusammen. Die *Rechtsphilosophie* bestimmt auf diese Weise auch die Idee des demokratischen Rechts.

2. Der westliche Jurist kann also über die Verfassung und die Menschenrechte noch hinausreichen und auch auf deren Begründung, etwa mit der „Vernunft“ oder mit der „Natur des Menschen“ oder auf den „*common sense*“ (oder „*consent*“) verweisen, ohne sein Arbeitsgebiet, die Anwendung und Auslegung zu verlassen. Schon das einfache Erfordernis von *Urteilsbegründungen* zeigt, dass und inwieweit jedes Gericht dem Zwang zur

Rationalität verhaftet ist. Grobe Widersprüche in der Begründung führen zum Beispiel dazu, dass die Revisionsgerichte die tatrichterlichen Entscheidungen aufheben. Jede Art der Begründung huldigt der Idee einer menschlichen Vernunft, an der die Adressaten der Gründe teilhaben.

3. Die ethischen Höchstideen, aus denen sich das westliche Recht speist, lassen sich am Ende der Erwägungen in etwa folgendermaßen ordnen:

- Aus der individualistischen Sicht der Freiheit entsteht das Recht durch wechselseitigen Freiheitsverzicht und den Gesellschaftsvertrag der Freien.
- Aus der kollektivistischen Sicht der Verfasstheit einer Gemeinschaft, hier der westlichen Staaten, handelt es sich um deren Kerngehalte, also vereinfacht um den demokratischen Humanismus, ausgeprägt durch nationale Kulturen.
- Wer die Gerechtigkeit selbst absolut setzt, begreift die Goldene Regel des „Wie Du mir, so ich Dir“ als Kern des Rechts. Auch folgt aus der Goldenen Regel eine Pflichtenseite, „Jedem das Seine“. Die Pflicht, etwas zu dulden, führt zur Idee der Toleranz.

4. Außerdem entspringt das Recht „sozialen Notwendigkeiten“.

Aber alles in allem beruht das westliche Rechtssystem und mit ihm die Idee der Demokratie auf der Idee des im Willen freien und zur Vernunft fähigen Menschen.

Damit soll das Umfeld der Idee der Gerechtigkeit abgesteckt und vor allem ihr enges Verhältnis zu Recht und Ordnung, Freiheit und Solidarität umrissen sein.

3. Rechtstheorie als öffentlich-rechtliche Entscheidungstheorie

Das Staatsrecht hat als öffentliches Recht den vor allem administrativen Entscheidungsträger im Blick. Dazu gehört jeder, der Gewalt ausübt, also im weiteren Sinne auch der Richter, der über

die judikative Gewalt ebenfalls zu einer der drei Säulen des Verfassungsstaates gehört.

Herauszugreifen ist *Bruggers* „anthropologisches Kreuz der Entscheidungen“.

Insofern ist zunächst erneut eine lexikalische Zusammenfassung zu verwenden. *Wikipedia* bietet folgenden Text:

„Bruggers Arbeiten zur Anthropologie sind schwerpunktmäßig angesiedelt im ‚anthropologischen Kreuz der Entscheidung‘, das sich bei allen ‚hard cases‘ (Ronald Dworkin) im persönlichen wie politisch-rechtlichen Leben ergibt, wenn unterschiedliche Impulse von unten (Grundbedürfnisse), oben (Ideale), hinten (Biographie) und vorne (Zweckbestimmungen, Mittel-Zweck-Analysen) den Akteur bedrängen und ihm seinen Charakter als Subjekt vor Augen führen.“

An dieser Stelle ist innezuhalten. Zu Recht greift *Brugger* also „hard cases“ auf. Im Einzelnen mag man über die Ergebnisse streiten. Auch spricht viel dafür, gerade im Recht zwischen „Regelfall“ und „Ausnahmen“ zu trennen.⁴⁶¹ Dabei sind die Ausnahmefälle zwar immer besonders zu begründen, aber sie vermögen dennoch auch die Grundpositionen durch Zuspitzung zu beleuchten. Gelegentlich werden Extremfälle aber auch eingefügt, um zu versuchen, die Regeln ad absurdum zu führen und damit der Sache nach aufzuweichen. Das deutsche Schuldprinzip etwa brauchte als Randkorrektur die Maßregeln der Besserung und Sicherung, etwa für Geisteskranke, und auch die Sicherungsverwahrung, wenn im Vergleich mit den Strafen die die Bevölkerung nach der Tat und ohne Kenntnis der Persönlichkeit des Täters verlangt, relativ milde Schuldstrafen verhängt werden.

Zu solcher Extremfallargumentation gehören etwa die angloamerikanischen Extremfälle, wie etwa der Einsatz der Folter, um die Auslösung einer Atombombe verhindern zu können. Damit soll dann allerdings der Einsatz der Folter grundsätzlich und vor allem auch in Fällen bloßer Gefahrvermutung gerechtfertigt wer-

⁴⁶¹ Siehe auch aus der Sicht der Normtheorie zum Satz „In dubio pro reo“: Montenbruck, *In dubio*, 1985.

den. In diesem Falle wird aus der Sicht des Strafrechts gern das Problem verdeckt, dass im Ausgangfall eigentlich ein echter Notfall gemeint ist, bei dem die Voraussetzungen der deutschen Notwehr zumindest in Betracht kommen. Aber in der Regel sind die Voraussetzungen der strafrechtlichen „Notwehr“ in diesen Fällen gerade nicht gegeben. Es handelt sich nicht um eine konkret bevorstehende Gefahr, die diese Person zumindest mitgetragen hat. Es fehlt etwa der schon wirklich gegenwärtige, rechtswidrige Angriff.

Zwar kennt dasselbe Strafrecht auch die Sicherungsverwahrung, nur beruht sie immerhin auf dem gerichtlichen Nachweis schwerster Straftaten oder einer Kette mittelschwerer Straftaten. In diesem Fall spricht dann auch das *Bundesverfassungsgericht* von einer Sozialpflichtigkeit des Straftäters. Auch der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* billigt die Gefahrenabwehr durch Sicherungsverwahrung.⁴⁶² In der Regel werden deshalb auch Kriegsmodelle verwendet (war on terrorism). Auch wird von Sozialverteidigung gesprochen. In beiden Fällen assoziiert ein solches polizeiliches Gemeinwohldenken, dass der Verdächtige tatsächlich ein Täter ist und entsprechende Kenntnisse besitzt und dass er sich deshalb zugleich als Terrorist „frei“ außerhalb des zivilisierten Rechts gestellt hat. Deshalb darf er dann auch wie ein „Outlaw“ behandelt werden. Zumindest aber sind im Kriege „Kollateralschäden“ unvermeidbar. Methodisch tritt jedoch zumindest aus der Sicht der angloamerikanischen Rechtskultur die Reduktion auf „cases“ hinzu. Man versteigt sich gerade nicht in dogmatische Systeme, sondern diskutiert mit aller Härte am Leitfall. Die romanische Idee der Sozialverteidigung wiederum ist in ähnlicher Weise eher eine Figur der allgemeinen politischen Diskussion.

Als wesentlicher erweist sich aus der Sicht des Strafrechts die logische Folge, dass zumindest alle Fälle der längerfristigen Strafhaft aus der Sicht der Betroffenen ebenfalls „hard cases“ darstellen (müssten). Wie passt sich das Recht, hier als Straf-

⁴⁶² Zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung, siehe: Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2010 Teil I Nr. 68, 2300 ff. (abrufbar unter: http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI).

recht, in dieses Kreuz ein und wie der Richter als individueller Entscheider?

Grundlegend ist zudem bei diesem Kreuz-Modell, dass die genannten vier „Impulse“ den Entscheider fast schon fremd steuern. Es sind vier unbestreitbar mächtige Beweggründe, die natürlichen Grundbedürfnisse, die vor allem ethischen Ideale, die Macht der persönlichen Sozialisierung und die zukünftigen Ziele. Aber andererseits gelten die Akteure bei *Brugger* dennoch als „Subjekte“. Diese vermögen also trotz aller Impulse noch „frei“, „gleich“ und „solidarisch“ zu handeln. Bei dieser Aufzählung von vier starken „Trieben“ erscheint die Annahme einer Subjektstellung eigentlich als paradox. Doch zu erklären ist sie dann damit, dass der Mensch sich gleichwohl gegen jede Motivation und notfalls auch gegen alle entscheiden kann und auch können muss. Jedenfalls ist die Fiktion der Willensfreiheit aufrechtzuerhalten.⁴⁶³ Denn nur dann kann der Mensch „sich beherrschen“, die Beachtung seiner Menschenwürde einfordern und damit – auch – demokratisch regieren.

Auch mit diesem Modell macht *Brugger* also deutlich, dass zwischen Sein und Sollen eine Bruchlinie verläuft, die am Ende nur mit der dogmatischen Unterstellung der Vernünftigkeit einigermaßen sinnvoll aufzulösen ist.

III. Einfache Definitionen von Gerechtigkeit

1. Dialektisches Gerade-Richten: Idee, Erfahrung und Ausgleich, eigene Handlung und fremde Verletzung

1. Was also bedeutet Gerechtigkeit?

⁴⁶³ Eine „staatnotwendige Fiktion“: Kohlrausch, *Sollen*, 1910, 1 ff., 36. Dazu auch: Roxin, *Schuldprinzip*, 1993, 519 ff., 521. Zur sprachlich-kulturellen Seite, siehe: Schünemann, *Funktion*, 1984, 153 ff., 163 f., dazu auch: Montenbruck, *Western Anthropology*, 2010, 21 ff., Rn. 41 ff.

Die Antwort wird viel Raum einnehmen, aber mit der einfachsten Formel ist zu beginnen. *Platon* und *Aristoteles*⁴⁶⁴ sehen die Gerechtigkeit einprägsam als das Gerade-Rücken von etwas Krümmem, und zwar je nach ihren Blickwinkeln staatspolitisch gewaltsam oder zivil und normativ.⁴⁶⁵ Jeweils setzt die Gerechtigkeit danach das Wissen um das Gerade und damit auch um das Krümme, also um Recht und Unrecht sowie Wert und Unwert, schlicht voraus.

2. Zudem, so wird sogleich erkennbar, handelt es sich vor allem um ein Verfahren, an dessen Ende ein Erfolg steht; es ist der Akt des Gerade-Richtens. Ferner bedarf es eines souveränen Handelnden, der urköniglichen Rolle des Richters. Schließlich ist er es dann auch, der das Modellbild vom Geraden in sich trägt und der um das Verfahren weiß, das zu diesem Ergebnis führt.

Die Grundlage bildet die Erfahrung von Ungerechtigkeit, die wie schon *Heraklit*⁴⁶⁶ erklärt, überhaupt erst den Ruf nach Gerechtigkeit im Sinne von sozialrealem Recht laut werden lässt.⁴⁶⁷ Dann aber muss es zunächst die Vorstellung oder auch das Empfinden von Recht und Gerechtigkeit geben. Am Anfang steht also die Idee von Gerechtigkeit, die das Empfinden von Ungerechtigkeit

⁴⁶⁴ Platon, Protagoras (Eigler), 1990, 83 ff., 325 d f. ("...wo nicht, so suchen sie ihn, wie ein Holz, das sich geworfen und gebogen hat, wieder gerade zu machen durch Drohungen und Schläge"). Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch II 9, 1109b ("Denn indem wir dem Verkehrten recht weit aus dem Weg gehen, werden wir zu Mitte gelangen, ähnlich wie man es macht, um krummes Holz gerade zu biegen").

⁴⁶⁵ Kant bietet eine verwandte Definition nicht des Richtens, sondern des *abstrakten Rechts*: Kant, Metaphysik, 1797, AA , VI, 233 ("Das Rechte (*rectum*) wird als das Gerade theils dem Krümmen, theils dem Schiefen entgegen gesetzt."); zudem: Siep, Naturgesetz, 1993, 132 ff., 137. siehe aber auch Kant, AA VIII, 23 „...aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden“), dazu auch: Klar, Moral, 2007, 119.

⁴⁶⁶ Siehe erneut; Heraclitus, Fragmente, 1983, Fragment 23, erklärt: Recht kenne der Mensch nur, weil es Unrecht gebe.

⁴⁶⁷ Nachdrücklich aus der Sicht der Rechtssoziologie auch: Rottleuthner, Ungerechtigkeiten, 2008, 6 ff. Ebenso auch in Bezug auf das Strafrecht: Rössner, Autonomie, 1992, 269 ff., 269 ff.

auslöst und die dann den Ruf nach dem Prozess des Geraderichtens durch sozialreales Recht beinhaltet.⁴⁶⁸

Insofern kann man von einer Dialektik sprechen,

- dem Verbund der formalen Rechtsprinzip- und der materiellen Gerechtigkeitsidee,
- der konkreten Erfahrung von Unrecht, als Rechtslosigkeit und als grobe Ungerechtigkeit,
- sowie der Suche nach dem Gerade-Richten als dem Ausgleichen, und zwar mithilfe von sozialrealem Recht, das ein Richter umsetzt.

3. Dabei ist der anthropologische Ursprung des individuellen Rechts und dessen ungerechter Verletzung vermutlich in der Vorstellung vom *Eigenen* zu sehen, so wie es auch der Gedanke der Autonomie belegt.

Das Eigene wiederum bildet das „eigene Leben“ und dessen harter Kern besteht im Körper⁴⁶⁹ und dessen weiches Umfeld in den Handlungen. Selbst wenn der Körper des Sklaven dem Herrn als Eigentum im Rechtssinne gehört, so steckt der Sklave doch in „seinem“ Körper, weshalb die Strafe für die Unfreien, denen man die Freiheit nicht entziehen kann, auch die Körperstrafen bilden.

Auch sind die Handlungen des Sklaven dessen eigene, weshalb der Herr den Sklaven mit Gewalt und Demütigungen zum Handeln ebenso nötigen wie er ihn mit Gaben und Lob dazu bewegen kann. Es sind insofern die eigenen Handlungen des Sklaven, der Herr veranlasst ihn nur dazu. Der Sklave ist also insofern der „Herr“ seiner Handlungen. Er kann, so lautet seine Alternative und auch seine Gegendrohung, notfalls die Körperstrafe oder auch den Tod wählen, und mit seiner Selbstaufopferung würde er auch den Herrn schädigen.

⁴⁶⁸ Zum Rechtsbewusstsein der Bevölkerung siehe auch Würtenberger, *Zeitgeist*, 1991, 90 ff, 98

⁴⁶⁹ Zu „Recht und Körperlichkeit“ aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Rechtsanthropologie siehe, Schild, *Körper*, 2003, 129 ff., 129 ff.

Im Übrigen aber ist auch jeder Sklave als Mensch grundsätzlich fähig, den Herrenmenschen an Leib und Leben zu schädigen. Auch kann der Sklave sich mit seinen Gleichen und Nächsten verbünden und kollektiven Widerstand leisten. Diese Grundfähigkeit muss und wird der Herr „berücksichtigen“. Damit geht er den ersten Schritt hin zu „Achtung“ und „Anerkennung“. Denn er hält entweder Abstand oder muss ihn, vor allem als Haussklaven gut behandeln, also ihm bestimmte „Freiheiten“ zukommen lassen.

Schließlich weiß auch der Herr in Sklavenkulturen, dass auch er, etwa durch Piraten, grundsätzlich versklavt und der Sklave von ihm auch befreit werden und selbst als Herr auftreten kann. Das *Potential*, ein Herr mit Rechten zu werden, gehört zur sozialen Rolle des Sklaven.

Das Recht bildet -insofern- nur eine fremde *Zuschreibung*.

4. Die schwere *Gewalt* gegen Menschen, und zwar willkürliche Tötungen, grobe körperliche Verletzungen und das Vertreiben aus dem gewohnten Lebensraum, bildet den Kern der Erfahrung von Ungerechtigkeit, und zwar aus dem eigenen *autonomen* Blickwinkel. Es ist „sein“ Körper und es sind „seine“ Handlungen. *Gegenüber Gruppen* geübt, begründen und befördern sie die kollektive *Selbstgesetzgebung* in der Art von Widerstands- oder auch Notwehrrechten. Dieses Bild beinhaltet nicht nur eine Art von Naturrecht auf *Selbsterhaltung*, sondern umfasst auch den Gedanken eines aktiven und passiven „Selbst“. Dessen Verletzung soll „gerade gerichtet“ werden.

2. Dreistufige Gleichheit: philosophische Gerechtigkeit, ziviler Präambelwert, eigene Rechtsnorm

1. *Aristoteles*⁴⁷⁰ beginnt seine Definition der Gerechtigkeit mit dem Satz:

„Gerechtigkeit ist Gleichheit. Das weiß jeder, und es braucht nicht bewiesen zu werden.“

⁴⁷⁰ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch V.

Dass er damit auf Evidenz setzt und dass ihm selbst eine schlagende, bessere Begründung nicht einfällt, zeigt, dass auch die Gerechtigkeit eine Art Letztbegründung darstellt und nicht mehr vernünftig abzuleiten ist.

2. Aus der Sicht der deutschen Rechtsphilosophie nennt etwa *Radbruch* die Gleichheit „den Kern der Gerechtigkeit“. Zu einem einzigen Begriff verdichtet, meint Gerechtigkeit offenbar immer auch Gleichheit.

In Fortschreibung von *Radbruchs* Differenzierung und zu einem rechtspolitischen Dreisprung erweitert, bedeutet Gerechtigkeit zunächst einmal mit *Radbruch* entweder

(a) die „absolute“ Gleichheit oder

(b) die „relative“ Gleichheit:

„Lohn gleich Arbeit, aber Bestrafung mehrerer nach dem Verhältnis der Schuld“.⁴⁷¹

Damit ist aus der Gleichheit auch schon die große Idee der *Verhältnismäßigkeit* herausgelesen. Aus der Gleichheit erhebt sich damit auch das *Übermaßverbot*.

(c) Dieser Zweiteilung ist ein drittes Unterelement hinzuzufügen, das auch als ein „synthetisierendes“ zu verstehen ist. Welches ist Sinn und Zweck dieser Gleichheit? „Negativ“ und zugleich „binär“ gelesen, reagiert die Idee der Gleichheit auf das Faktum der *„Ungleichbehandlung vom im wesentliche Gleichen“*⁴⁷². Das Gleichheitsgebot setzt also das strukturelle Phänomen der „Ungleichheit“ voraus. Als Antwort auf sie fordert die Gleichheit einen „Ausgleich“, um auf diese Weise das Ergebnis der anfängli-

⁴⁷¹ Zu den Grundformen der *Gerechtigkeit* und der sinnvollen Auftrennung, *Radbruch*, in: (1) absolute und (2) verhältnismäßige Gerechtigkeit. Vgl. zu diesem Problem auch: *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 2003, (30-32), 36.

⁴⁷² Vgl. etwa BVerfG 67, 239, 244; 71, 39, 50; 108, 52, 68; Sodan, *Grundgesetz*, 2015, Art. 3, Rn 9 sowie den gesamten Überblick bei Boysen in Münch/Kunig, *Grundgesetz*, 2012, , Art. 3, Rn 62 ff („Die Ungleichbehandlung“),

chen Gleichheit wieder oder auch der idealen Gleichheit überhaupt herstellen zu können.

(d) Mehr noch und intersubjektiv gelesen, verlangt die Idee der Gleichheit ferner auch die Personen der „Gleichen“. Sie erschafft damit zugleich die *„Person des Gleichen*. Mit Blick auf die relative Gerechtigkeit und das Gebot der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt und sichert die Idee der Gleichheit auch die *Individualität* der Gleichen.

3. Hinter dem Gedanken der Gleichheit verbirgt sich ein alter „organischer“ Gedanke von tradiertem und erprobter Harmonie und Verhältnismäßigkeit. So schreibt *Aristoteles*, dessen Werk in der westlichen Welt die Renaissance das Naturrecht und die heutige politische Philosophie maßgeblich beeinflusst hat, in diesem Sinne:

„Wenn in einem lebenden Organismus das Gleichgewicht und das symmetrische Heranwachsen der Organe gestört werden, so wird das Tier krank und geht zugrunde. So ist es auch im Staatswesen. Das unverhältnismäßige Emporwachsen einzelner Güter der Gesellschaft erzeugt Verfassungsänderungen“.⁴⁷³

Danach stellen neben dem statischen Gleichgewicht und der dynamischen Symmetrie des Wachstums auch die Vermeidung von

⁴⁷³ Radbruch, *Unrecht*, 1946, 105 ff., 107, 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, *Mauerschützenprozesse*, 1993, 81 ff., 87.

Immer wieder und immer auch mit Einschränkungen wie „im Kern“ wird die Gerechtigkeit in Bezug zur Gleichheit gesetzt. Weitere Beispiele: Koller, *Rechtfertigung*, 1987, 4 ff.: „elementaren Kern der herkömmlichen Auffassungen von Moral und Gerechtigkeit“; siehe etwa: Ebert, *Talion*, 1991, 249 ff., 256, „... ist doch der Gleichheitsgedanke mit der Gerechtigkeit unbestreitbar engstens verbunden“; in der Sache ebenso (der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts): Benda, *Rechtsstaat*, 1983, 477 ff., 483: „Das Gerechtigkeitspostulat ist zugleich eng mit dem Gleichbehandlungspostulat verbunden“.

Unverhältnismäßigkeiten Grundbedingungen jeder Art von (stadt-)staatlicher Verfasstheit dar. Chaotische Veränderungen, so wäre aus soziobiologischer Sicht zu ergänzen, zerstören im Sinne der Chaos-Rand-Theorie das Leben innerhalb eines jeden Biotops.⁴⁷⁴ Danach besitzt der Gedanke des Ausgleichs oder auch die Idee eines atmenden Meta-Systems einen formalen Verfassungswert an sich. Die Staatsform des Absolutismus verlangt in diesem Sinne die statische „Ordnung“.

4. Zwei weitere unausgesprochene Voraussetzungen dieser einfachen Erklärung der Gleichheit sind vermutlich mitzudenken.

Zugrunde liegt die Vorstellung, dass das Gleiche dann auch „das Gute“ ist. Das Gerechte bezieht sich in der Regel auf ein ethisches Verhalten, das als solches also „gut“ oder für etwas „Gutes“ nützlich ist. Der Maßstab des Guten kann das eine höchste

⁴⁷⁴ Zur Geschichte des neuzeitlichen Naturbegriffs aus dem 17. Jahrhundert und ihrem gegenwärtigen Stand in den letzten beiden Jahrzehnten (vorherrschend unter dem Sammelbegriff der Selbstorganisation in Physik, Biologie und Chemie vor allem: Hermann Hakens „Synenergie“, die „Theorie autopoietischer Systeme“ Humberto Maturanas und Francisco J. Varelas sowie die von Ilya Prigogine entwickelte „Theorie dissipativer Strukturen“). Es ist die postmoderne Abkehr vom alten, toten mechanistischen Weltbild der Moderne. Es geht um das „Leben“ im Grenzbereich von Ordnung und Chaos (dazu: Gil/Wilke, *Natur*, 1994, 11 ff., 15). Dazu, dass auch der Begriff der Realität in den Naturwissenschaften erkenntnistheoretisch vorsichtig vom Boden eines „hypothetischen Realismus“ aus bestimmt werden sollte, weil wir nicht wissen können, was wirklich ist und ob es eine von uns unabhängige Realität gibt, aber die Hypothese, dass dem so sei, zu „erfolgreichen Erklärungs-, Vorhersage- und Handlungsmustern“ führe, siehe: Kornwachs, *Naturverstehen*, 1994, 63 ff., 64 (unter anderem u. Hinw. auf: Popper, *Logik*, 1989, sowie auf die These Zoglauers, dass (wie jedem Juristen als teleologische Auslegung bekannt) Begriffe, die wir verwenden, um „Beobachtungen“ zu umschreiben, von der jeweiligen Theorie abhängig sind (Zoglauer, *Problem*, 1990)). Kornwachs, *Naturverstehen*, 1994, 63 ff., 77, folgert dann auch: „Das Sein bestimmt nicht das Bewusstsein, sondern das Bewusstsein rekonstruiert durch Artefakte das Sein“. Technologie und Gesellschaft stünden deshalb in einem unauflöselichen Wechselverhältnis. Danach bleibe allerdings ein „objektivistischer“ Hintergrund: Das Sein sei offenbar vorhanden, es müsse nur mühsam rekonstruiert werden. Wäre es unmittelbar zu erkennen, wäre der Mensch, so ist einzuräumen, nicht in der Natur und deren Teil, sondern der Gott, an dem er sich ausrichtet.

Gute, etwa Vernunft, Gott, oder das Menschsein an sich verkörpern.⁴⁷⁵ Abgeschwächt kann es das Gemeinwohl⁴⁷⁶ einer Gemeinschaft beinhalten,⁴⁷⁷ aber es kann auch der Schutz der Menschenrechte eines jeden Menschen oder aber auch eine nur vage geordnete und im Einzelfall immer noch einmal gegen einander abzuwägenden Vielfalt von Gemeinschafts- und Individualwerten im Sinne einer gesamten Verfassung eines demokratischen Staates meinen.⁴⁷⁸ Dagegen gilt zum Beispiel die genetische Gleichheit von eineiigen Zwillingen nicht zugleich als „gerecht“.

Zum anderen dürfen alle „Gleichen“, also alle Menschen und alle anerkannten kollektiven Rechtspersonen, ihre „Individualität“ behalten und pflegen. Die Gleichheit meint also Gleichwertigkeit und impliziert damit auch die Idee der Toleranz.

5. Die Bezüge der Idee der Gleichheit zum gerechten „Recht“, zum verständlichen „Streit“ der Gleichen sowie zur Bedeutung,

⁴⁷⁵ Aristoteles, Politik (Gigon), 2003, Buch V, 1302a, 504; Oechsler, Gerechtigkeit, 1997, 65.

⁴⁷⁶ Zur Geschichte des Gemeinwohls: Fisch, Wandel, 2004, 43 ff.: als (a) *salus populi* oder auch *salus publica*, bei Cicero als *bonum commune*, bei Thomas von Aquin, als universales höchstes göttliches Ziel, an dem aber auch jeder Mensch in seiner Einzigartigkeit Teil hatte, (b) als wieder belebte antike Legitimationsgrundlage der Herrschaft im Übergang, (c) vor allem als kalte Staatsraison im Absolutismus, (d) als gemeiner Nutzen in protodemokratischen kommunalen Strukturen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, (e) als Schlagwort des Wohlfahrtsausschuss der Französischen Revolution und (f) als Motto „Gemeinnutz geht dem Eigennutz vor“ im Nationalsozialismus. Zum *salus publica* als Staatszweck in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhundert: Suppe, Grund- und Menschenrechte, 2004, 29 ff.

⁴⁷⁷ Zur Gegenkritik am „Gemeinwohl“ und an der „Vorsorge“ aus der deutschen Sicht und zugunsten des Liberalismus sowie zu Zweifeln an eine „Dichotomie öffentlicher oder privater Interessen“: Ekart, Gründe, Der Staat 44 (2005), 622 ff.

⁴⁷⁸ Zu „Verfassung“ und „Identität und Gemeinwillen“ als Verbund, und zwar aus der Sicht der Verfassungsgeschichte: Pitz, Verfassungslehre, 2006, 1. Kap., § 1: zur Aufgabe der Verfassungen und zur „faktischen Verfasstheiten von Staatsgebilden“ über „Gemeinwillen und Identität“, sowie: 1. Kap., § 4: in diesem Sinne zur Römischen Republik.

aber auch der Relativität der „Werte“ sind eng. So fügt bereits *Aristoteles*⁴⁷⁹ seinen Eingangsworten an:

„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...“

Mit der Idee der Gleichheit ist seit der Antike auch das politisch gedachte Recht gemeint. Die Forderung nach Freiheit, Gleichheit und Solidarität verlangt ebenso in seinem Mittelteil der Sache nach das „gerechte Recht“, sei es etwa als deutsches Rechtsstaatsprinzip⁴⁸⁰ oder auch als angloamerikanisches Rule of Law.

⁴⁷⁹ Aristoteles, *Politik* (Gigon), 2003, Buch V, 1302a, 504; Oechsler, *Gerechtigkeit*, 1997, 65.

⁴⁸⁰ So heißt es im Absprache-Urteil, BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.htm, Abs. Nr. 53: „Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 7, 89 <92>; 7, 194 <196>; 45, 187 <246>; 74, 129 <152>; 122, 248 <272>)“.... Das Gericht verbindet die Gerechtigkeit sofort mit der Gleichheit, wenn es fortfährt“ „.... schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfGE 84, 90 <121>).“ Umgekehrt bedeutet der letzte Satz auch, dass das Prinzip der Gleichheit im politischen Credo der Präambel der Grundrechtcharta, die unter anderem „Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ lautet, im

6. Dies ist die Sicht der Philosophie auf die Gerechtigkeit. Die Rechtsphilosophie tritt an, um Recht und Philosophie zu verbinden. Sie kann auf die *Verrechtlichung* der Idee der Gleichheit und damit auch auf ihr *rechtspolitisches* Gewicht hinweisen, die sie mit der Grundrechtcharta von 2000/2009 in der Europäischen Union erlangt hat.⁴⁸¹

So nennt die *Präambel* die Gleichheit in einer Ideenkette, die lautet:

„...*die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität*“.

Ohne die Gleichheit würde ein wesentliches Element fehlen, das schon das dreifaltige Credo der Französischen Revolution ausgezeichnet hat.⁴⁸² Umgekehrt aber verleihen die anderen Werte der formalen Gleichheit ein *materielles* Umfeld. Gleichheit vermag, anders als vielleicht die *Gerechtigkeit*, auch nicht ohne weiteres allein zu existieren.

Mit der zivil-religiösen Präambel findet der Übergang in das nachfolgende Verfassungsrecht statt.

7. Danach wird die Idee der Gleichheit ausdrücklich in *Rechtsform* gegossen und zudem in alle wichtigen Arten von Gesetzen aufgefächert.

Wort von der Gleichheit auch die Idee der Gerechtigkeit miterfasst ist.

⁴⁸¹ Zum weiteren und zur Dogmatik, siehe Kempny/Reimer, Gleichheitssätze, 2012, siehe etwa auch 47 (Nötig sei eine Art von "tertium comparationis").

⁴⁸² In Art. 1 der Französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt es: „*Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es. Die gesellschaftlichen Unterschiede können nur im gemeinsamen Nutzen begründet sein*“; Rousseau, Ursprung, 1974, 77 ff., 77; Rousseau, Gesellschaftsvertrag, (Brockard), 1996 zum Gedanken der Gleichheit verknüpft mit der Trennung von natürlicher (körperlicher) und normativer Ungleichheit, 17 f.; vgl. dazu auch: Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff., zum Gedanken der Gleichheit, 6 f.

Generell und positiv heißt es in Artikel 20: „*Gleichheit vor dem Gesetz: Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.*“ Damit wird mittelbar auch die dazu gehörige Art von Gesetz beschrieben, es muss allgemein ausgerichtet sein und alle Personen umfassen.

Negativ und speziell ist Artikel 21 gefasst: „*Nichtdiskriminierung (1) Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.*“⁴⁸³

Der Begriff der Gleichheit selbst ließe es an sich zu, aus den genannten Unterschieden auf die Ungleichheit zu schließen. Da aber grundsätzliche „*alle Personen vor dem Gesetz gleich sind*“, handelt es sich nur um die Konkretisierung der allgemeinen Gleichheit vor dem Gesetz. Die Idee der Gleichheit assoziiert in der Aufklärung den *menschenrechtlichen* Zusatz von der Gleichheit aller Menschen. Eine Leitidee, hier diejenige der gleichen Identität als *individueller Mensch*, erweist sich als notwendig und verdeutlicht zugleich die Ergänzungsbedürftigkeit der Gleichheit als solcher. Wir bedürfen eines Maßstabes zur Abstraktion, eines gemeinsamen Nenners oder eben ein „*tertium comparationis*“.

Positiv und speziell wird die Toleranz in Artikel 22 verkündet. „*Vielfalt der Kulturen. Religionen und Sprachen, Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen.*“

Eine zusätzliche *Einzelfallregelung* umfasst Artikel 23: „*Gleichheit von Männern und Frauen. Die Gleichheit von Männern und Frauen ist in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.*“

⁴⁸³ Kempny/Reimer, Gleichheitssätze, 2012, 38 (Es handelt sich um "Vergleichspersonengruppe"), die in positiver Weise typisiert, sowie negativ eine Auflistung der typischen Fälle von Verletzungen, also eine Art von *Deliktskatalog*, für die aus der Erfahrung in der Vergangenheit die Erwartung und Gefahr in der Zukunft besteht, dass der Gleichheitsgrundsatz verletzt wird.

Es folgt sogar eine *Rückausnahme*: „Der Grundsatz der Gleichheit steht der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.“

Hinzutritt der ungeschriebene Satz „Keine Gleichheit im Unrecht“.⁴⁸⁴ Er sollen verhindern, dass eine rechtswidrige Praxis sich zu einer Art von Recht entwickelt. Damit steht die Idee des *Rechts* über dem Gleichheitsprinzip. Jenes dient ihm nur, allerdings in einer hervorragenden Weise.

Eine weitere Art von *Oberhoheit über die Gleichheitsidee* bildet das *freie Gestaltungsrecht* des demokratischen Gesetzgebers⁴⁸⁵ ebenso wie der *Beurteilungsspielraum* der Gerichte und die *Ermessensentscheidungen* der Exekutive. Denn sie können alle darüber entscheiden, ob etwas „gleich“ oder „ungleich“ und deshalb anders zu bewerten ist. Auf dieser Ebene führt die Idee der Gleichheit, zumindest in Grenzfällen, zu einer Art von Begründungszwang.

Die rechtskulturelle Bedeutung des Begründungzwanges, wie auch der Rechtsidee der Gleichheit insgesamt, erweist sich umso größer, je gewichtiger die Rechtsidee als *hoheitlicher Rechtsstaat* den Staat mitbeherrscht und damit neben der (angloamerikanischen) *Freiheit* der demokratischen Gesetzgeber ein *ziviles richterrechtliches Case-Law-Prinzip* durchsetzt oder nicht von der (französischen) politische Idee der *Staatsräson* und des *Allgemeinen Willens* eingeschränkt wird.

⁴⁸⁴ Kempny/Reimer, Gleichheitssätze, 2012, 67. (Zudem könne man auch argumentieren, dass insofern schon überhaupt kein privates Freiheitsrecht oder ein hoheitliches Gestaltungsrecht bestehe. Letztlich aber handele es sich um eine normative Einschränkung des Gleichheitsgebotes).

⁴⁸⁵ Vgl. BVerfG 126, 29, 47 („sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von einigem Gewicht“), Zur *Willkürformel* in Anlehnung an das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* auch BVerfG 55, 72, 88 („wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“, in ständiger Rechtsprechung, zudem etwa Sodan, Grundgesetz, 2015, Art. 3, Rn 14.

Damit ist schon auf den nächsten Aspekt übergeleitet: Der Vertrag über die Europäische Union (Lissabon-Vertrag) von 2009 bekennt sich zudem in Artikel 4 zur Gleichheit auch auf der *staatlichen Ebene* „(2) *Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen...*“

Danach verdeutlicht der Vertrag zunächst, wie und wodurch die Idee der Gleichheit auf der staatliche Ebene *inhaltlich* geformt wird, indem es weiter heißt:

„und ihre jeweilige nationale Identität“,

die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.

Zur nationalen Identität zählen dann im weiteren Sinne auch die formalen Strukturen, denn die Union:

„... achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten.“

Die „nationale Sicherheit“ kann, so scheint es also, im Verein mit der „nationalen Identität“ zu einer *eigenständigen Ausformung* von Gleichheit führen.

Am Ende sind also (zumindest) drei Arten von „individuellen Identitäten“ von Bedeutung, die des *einzelnen Menschen*, die kulturelle der einzelnen *Nationalstaaten* und die transnationale der *Europäischen Union*.

Damit ist an einem Beispiel aufgezeigt, in welcher Weise die Idee der Gleichheit das Recht, und zwar das heutige kontinental-europäische Verfassungsrecht, mitbestimmt.

8. Insgesamt also findet eine *vielstufige* Transformation statt, die zunächst einmal von oben nach unten und dann auch von unten nach oben zu lesen ist.

Die deduktive und idealistische Ableitungskette von der allgemeinen Idee der Gleichheit als Kern der *philosophischen* Ethik über die *politisch-religiöse* Ebene der kollektiven Verinnerlichung und zivilheilige Erhebung zum Mittelteil des Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ hin zur Normierung als *Grundrecht*. Das „eine“ Grundrecht wird dann wiederum erneut in einer *Vielfalt* von Normen und Sachverhaltstypen konkretisiert.

Da oder soweit sich aber der Ruf nach Gerechtigkeit aus den konkreten Fällen von Ungerechtigkeit ergibt, wie die Rechtsphilosophie ebenfalls nahelegt⁴⁸⁶, ist auch *induktiv* vorzugehen, und zwar vom Einzelfall zu den Falltypen, vom Recht zur Rechtsidee und weiter zur Ethik.

Schließlich aber, so sollte man anfügen, lebt die Figur der Gleichheit in der *menschlichen Mittelwelt* auch in eigenständiger Weise. Als ein universelles *Element der Normierung* bildet sie einen wesentlichen Teil der *Sprache*, regiert damit die Kommunikation und erweist sich als Teil der Kooperation. *Denn* jeder Begriff abstrahiert Ähnliches zu etwas Gleichem und Typischem. Alle *Informationen* bedürfen einer solchen *Formung*. Auch die empirisch abgesicherten Naturgesetze und ihre Gleichungen beruhen darauf.

So können wir dieses *allgemeine* Sprach- und auch Denkprinzip nutzen, um mit ihm die alten *sozialrealen* Phänomene von empfunder Ungerechtigkeit, schlichtenden Rechtssprüchen und allgemeiner Freien-Ethik zu *rationalisieren*. Zu rationalisieren aber heißt bereits, dass wir die Grundfähigkeit des Menschen zu „Freiheit und Vernunft“ voraussetzen und davon ausgehen, dass er sich zumindest auch *bewusst selbst* organisieren will. Andernfalls bedarf er keiner Aufklärung über sein Wesen und das seiner Gesellschaften.

⁴⁸⁶ Siehe erneut: Heraclitus, Fragmente, 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, Grundlegung, 1989, 13 ff., 14.

3. Zivile Kernformeln: die goldene Regel, eine silberne Norm und ein bronzenes Gebot

1. Die zivile Ethik hält zudem bestimmte Formeln bereit, mit denen sie der Sache nach die Idee der Gleichheit verwendet und zudem sinnvoll ergänzt.

Drei volksnahe Kernformeln, mit denen zu beginnen ist, ragen dabei heraus. Sie lassen sich auch noch einmal abstufen, und bilden dann das kleine System der Goldenen Regel, eines silbernen Gebotes und eines bronzenen Prinzips.

(1) Die Hauptformel besteht in der so genannten Goldenen Regel, die mit dem Volksmund etwa als „*Wie Du mir, so ich Dir*“ zu umschreiben ist.⁴⁸⁷

(2) Hinzu tritt die „silberne“ Forderung, „*Jedem das Seine*“ zu gewähren.

⁴⁸⁷ Grundlegend, und mutmaßlich auch für den Dekalog der Bibel, ist der Babylonische Codes des Hammurabi: Lyons, history, 2003, 8, 23. „*The abiding of the Code is the talio, the term for sympathetic punishment in which the part of the body that committed the crime is mutilated or amputated. If a man put out the eye of another man, his eye shall be put out. If a man knocks out the teeth of his equal, his teeth shall be knocked out. If he breaks another man’s bone, his bone shall be broken* “. Zudem: Lyons, history, 2003, 25: „*The earliest complete legal code in our possession is the Babylonian Code of Hammurabi, famous for its reliance on sympathetic punishment ,an eye for an eye ‘. The Code of Hammurabi was a blueprint for later legal codes, the Biblical laws of the Hebrews and the Islamic Laws of Sharia, the laws of ancient Greece and Rome, and the legal codes of Europe* “. Ausführlich zur mutmaßlichen Universalität der goldenen Regel, siehe: Wikipedia, „The Golden Rule“ (http://en.wikipedia.org/wiki/The_Golden_Rule), Stand: April 2015, verwendet wird dabei die Aufteilung des Vergeltens in eine positive und eine negative Form: „1. *One should treat others as one would like others to treat oneself (positive form) ...2. One should not treat others in ways that one would not like to be treated (negative/prohibitive form, also called the Silver Rule)*“. Zur goldenen Regel, ihren Grenzen und ihren Vorbedingungen, aus der Sicht des Verfassers: Montenbruck, Vergeltung, 2010, 3 ff., 13 ff., Rn. 120 ff.

(3) Die Norm „Jedem das Seine“ wird gelegentlich, und zwar sinnvoller Weise, mit dem „bronzenen“ Gebot verbunden, dabei „Niemandem einen Schaden zuzufügen“.

Seit der Antike kennen wir diese Sätze.

So sind mit *Aristoteles* zwar zwei Arten der Gerechtigkeit zu unterscheiden und dann auch wieder als elterliches Paar zusammenzufügen, die „*iustitia commutativa*“, die Tauschgerechtigkeit, und die „*iustitia distributiva*“, die Verteilungs- oder Zuteilungsgerechtigkeit.⁴⁸⁸ Aber die Tauschgerechtigkeit bildet den Kern der Goldenen Regel.

Die Goldene Regel verbindet die *abstrakte* Gleichheit der *Akteure* mit der *konkreten* Wechselseitigkeit der Leistungen. Die Tauschgerechtigkeit bildet zugespitzt die blinde, strenge und auch grausame „*Vergeltung*“ als den verdienten fairen Lohn einerseits und verdientes gleichwertiges Übel andererseits.

Schon *Platon* meint, Gerechtigkeit bestehe darin, dass jeder das Seinige tue. Das heißt zum einen, es zu unterlassen, sich in fremde Handlungssphären zu begeben. Zum anderen beinhaltet es etwa die Idee, dass jeder über eigene Zuständigkeiten verfügt.⁴⁸⁹ Das „Gute“ oder das „Böse“ zu wählen, bedeutet danach einfach: Jemandem zu *geben*, was das Seine ist.

Beim Gebot jedem das Seine zuzuteilen (*tribuendi*), geht es um die *Zuteilung* von Vorteilen und Lasten innerhalb einer *geordneten Gemeinschaft*, in welcher dann auch jeder seinen Platz hat. Letztlich ist es also die Gemeinschaft, deren Ordnung und Anerkennung, die für diese Art von Zuteilungsgerechtigkeit sorgt.

Das Schädigungsverbot gehört zu einem Satz aus dem römischen *Corpus iuris* der Kaiserzeit, in dem *Domitius Ulpian* ebenfalls

⁴⁸⁸ Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, 5. – 7. Kap. (1130 b/1131 a); Aquin, *Summa theologica*, 1273/1953, 2. Buch, II; vgl. etwa auch: Fechner, *Rechtsphilosophie*, 1962, 11, Fn. 1.

⁴⁸⁹ Platon, *Politeia* (Eigler), 1990, 433 A – 433 C. Ebenso will etwa Eggers, *Gerechtigkeit*, 1987, 27 ff., 28 f. mit Pieper, Viergespann, 1964, 87 formulieren.

zunächst erklärt: „Gerechtigkeit ist der beharrliche und dauernde Wille, jedem sein Recht zu geben.“ (iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi)⁴⁹⁰. Danach wechselt er aus unserer Sicht von der *Gerechtigkeit* auf das *Recht* über und fügt an: „Die Vorschriften des Recht sind diese: (Iuris praecepta sunt hæc:“) „Ehrlich leben, niemandem schaden, jedem das Seine zukommen lassen. (“honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.“⁴⁹¹).

Ehrlich mag man dann mit „rechtstreu“ und deshalb „respektiert“ leben übersetzen. Dieser allgemeinen und positiven Lebensart des ob seiner Rechtstreue geachteten Mitbürgers folgt dann das konkrete und negative Schädigungsverbot nach, und am Ende dieses Dreiklangles wiederholt *Ulpian* dann die allgemeine Gerechtigkeits- als Ordnungsidee des Jedem das Seine.

2. Drei Sichtweisen lassen sich also bei diesem volksnahen dritten Zugriff auf die hohe und damit auch vage Idee der Gerechtigkeit unterscheiden und am Ende auch wieder zusammenlesen:

Den harten Kern bildet die blinde Wechselseitigkeit; jene beinhaltet das blanke „Vergelten“, aber ohne dessen emotionale Racheelemente. Doch in der Form des „Wie Du mir, so ich Dir“ sind zwei Arten des Vergeltens erfasst, die man trennen, aber auch wie nachfolgend zusammenfassen kann.

Die in erster Linie positiv gemeinte Art der Tauschgerechtigkeit beruht auf dem Modell des Marktes. Sie enthält zudem die soziale Idee der Arbeitsteilung. Aus der Sicht der utilitaristischen Ethik erweist sich die friedliche und einverständliche Arbeitsteil-

⁴⁹⁰ Ulpian, Digesten, 1. Buch, 1. Titel, 10. Fragment.

⁴⁹¹ Schiemann, Schädigungsverbot, JuS 1989, 345 ff., insbesondere 347 f. Auch Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 42, greift den Satz auf: „tue niemandem Unrecht (neminem laedere)“. Dieser Satz läßt sich mit Schiemann auch auf Cicero, De officiis (Dieter), 1989, 1, 7, 20 und über ihn auf die *Stoiker* zurückzuführen (Schiemann, Schädigungsverbot, JuS 1989, 345 ff., 347). Bei *Pufendorf*, jure naturae, 1998, III, 1 erhalte dann das „alterum non laedere“ eine zentrale Bedeutung im System der Pflichten des Menschen überhaupt (Schiemann, Schädigungsverbot, JuS 1989, 345 ff., 349). *Steinvorth*, Ethik, 1990, 16 ff., führt die Moral sogar auf den Satz „neminem laedere“ zurück. Das Verletzungsgebot gelte als unbedingte Pflicht.

lung als für beide Partner von Nutzen. Die Kerngerechtigkeit verlangt das schlichte „Ausgleichen“, und zwar mit dem Gleichen, zumeist abstrahiert dem „Gleichwertigen“, und zwar zwischen zwei einander gleichen Akteuren. Jeder Handlende hat danach ein Gutes (die Ware, die Dienstleistung) mit einem gleichwertigen Guten, auch Gold oder Geld, zu vergelten.

Im nächsten Schritt gilt es, um der Gerechtigkeit willen dann aber auch im Negativen die Spiegelung zu fordern. Eine Werteverletzung etc. ist mit dem gleichen oder zumindest mit einem gleichwertigen Übel etc. zu vergelten. Insofern heißt es dann auch zu Recht, die Strafe sei wie ein Lohn verdient. Mit dem Ausgleich im Negativen greift das Wort vom Vergelten, das den Wortstamm mit dem Wort „Geld“ teilt, aber weiter ist als der Begriff der „*iustitia commutativa*“, jedenfalls dann, wenn es vor allem als die ökonomische Tauschgerechtigkeit auf dem Markt verstanden wird.

Mit dem blinden Vergelten ist zudem erkennbar eine bestimmte „Reaktion“ auf eine „Aktion“ gemeint. Im Vordergrund steht dann ein kurzfristiges Handeln, das jeweils eine Veränderung bewirkt. Insofern steht das Handlungsgebot der Reziprozität vor allem für eine bestimmte Gerechtigkeitsdynamik.

3. Jedem das Seine zu gewähren, bedient dagegen vor allem einen bestimmten idealen Zustand. Der „status“ einer jeden Person ist zu achten. Das Gebot „Jedem das Seine“ beinhaltet, als Handlungsanweisung gedeutet, vor allem ein Unterlassungsgebot.

Diese Achtung des Ihren wird der Person entweder von anderen oder der Gemeinschaft zugeteilt, oder es entspringt der Würde dieser Person. Insofern lässt sich das Gebot „Jedem das Seine“ zumindest auch als eine Art der Ver- oder Zuteilungsgerechtigkeit verstehen.⁴⁹² Die „*iustitia distributiva*“ selbst reicht jedoch viel weiter. Denn Letztere stellt eine Art begriffliches Sammelbecken für alle sozialetischen Korrekturen oder Ergänzungen

⁴⁹² Siehe zum Verhältnis von *ius commutativa* im Aristotelischen Sinne, also der Verkehrsgerechtigkeit, und *ius distributiva* eben im Sinne des „*suum cuique*“ (jedem das Seine) im Sinne von angemessenen, zu dem auch die *justitia compensatoria* gehört, etwa: Fikentscher, *Moral*, 1993, 71 ff., 79 f.

dar, die die Hauptregel der Idee der *iustitia commutativa* benötigt oder verlangt.

Das Gebot, den Status des Anderen zu achten und dessen Verletzungen schlicht zu unterlassen, mag man analog zur „Goldenen Regel“ der Reziprozität als die „silberne Regel“ begreifen. Zwar wird das Wort von der silbernen Regel gelegentlich auch für die negative Form der Goldenen verwendet, anderen nicht anzutun, was man nicht selbst will. Aber das negative Vergelten lässt sich auch als Teil der Goldenen Regel in der Fassung des „Wie Du mir, so ich Dir“ begreifen.

Der Satz „Jedem das Seine“ steht nicht nur, aber vor allem für die Idee irgendeiner „sozialen Ordnung“, die das Ihre aller Personen festlegt und es jenen dann als das Eigene zuteilt. Aber dieser Imperativ lässt sich eben auch von der individualistischen Goldenen Regel der Wechselseitigkeit unter Freien ableiten. Insofern ist er dann von ihr abhängig. Denn sinngemäß setzt die Achtung des Anderen und seiner Werte die Gegenseitigkeit des wechselseitigen Freiheits- oder Handlungsverzichts voraus. Und würde sich einer der Freien nicht daranhalten, so griffe der Satz „Wie Du mir, so ich Dir“.

Das Wort „Jedem das Seine“ setzt anders als das „Wie Du mir, so ich Dir“ nicht gleich auf ein aktives Handeln, sondern es schafft und steht für den „Rechtsfrieden“. Insofern besitzt es gegenüber der Vergeltungsmaxime einen eigenen Charakter. Trennt man zwischen Frieden und Gerechtigkeit, so dient die „silberne“ Regel dem Frieden.

4. Das dritte Gebot, „niemanden zu schädigen“, schält sich aus dem Gebot, jedem das Seine zu gewähren, als dessen Kernpflicht heraus. Auch deckt sich diese Unterlassensgebot weitgehend mit der negativen Form der Vergeltung, dem anderen nichts anzutun, was man nicht selbst will. Auch *Mills* berühmtes Harm Principle enthält vor allem das Schädigungsverbot.⁴⁹³

Der Niemand stellt danach einen höchsten personalen Schutzwert dar. „Niemanden zu schädigen“, bedeutet auf der natur- und

⁴⁹³ Mill, *Liberty*, 1988, 9.

menschenrechtlichen Ebene und positiv gewendet vor allem, die Persönlichkeit und die Menschenwürde der Anderen nicht anzutasten. Insofern könnte man diesen Satz als die recht pragmatische „bronzene“ Regel bezeichnen. Einen eigenen Charakter gewinnt diese Norm jedoch sowohl durch ihre Schlichtheit, als auch durch die „Verallgemeinerung“, die in ihr steckt. Denn dieses Gebot gilt offenbar universell. Es ist, jedenfalls in seiner Kernaussage nicht von der Idee der Gegenseitigkeit abhängig.

Es beinhaltet unmittelbar den zumindest privaten Gewaltverzicht.

Im Falle eines Angriffs, also einer drohenden Schädigung eines Anderen, passt es zum Sonderrecht der „Notwehr“. Denn jenes ist vorrangig auf die Verteidigung des Eigenen ausgerichtet und nimmt die Schädigung des Angreifers lediglich als ultima ratio in Kauf. Auch riskiert der Aggressor bewusst sein Eigenes. Er weiß, sobald er den Angriff abbrechen würde, würde das Notwehrrecht der Angegriffenen erlöschen. Allenfalls ein sofortiges Festnahmerecht würde jenem noch zur Verfügung stehen. Die Gegengewalt zur Strafe bleibt dem Normadressaten mit diesem Satz aber untersagt. Diese bleibt dem Staat (früher dem Gott, dem Schicksal) vorbehalten.

Unterwirft sich der exekutiv gedachte Staat dem Recht, tritt er als Rechtsstaat auf, so regiert nicht nur der Staat mit seinem Gewaltmonopol das Strafen, sondern es herrscht auch die *Idee des Rechts*, wobei dann wieder zu fragen ist, ob der demokratische Gesetzgeber völlig frei ist, das Recht zu gestalten oder ob es nicht einen miniaethischen oder natürlichen Kern gibt, zu dem das Verbot von groben Menschenrechtsverletzungen gehört.

Sinngemäß gehört zum Gewaltverbot des *neminem laedere* also die Verlagerung der Gewalt, sodass am Ende dann doch wieder der Obersatz der Goldenen Regel gilt. Entweder trägt er in der Form „Wie Du mich schädigst, so wird Dich eine höhere Macht schädigen“ oder mit dem Gedanken: Eine höhere Macht wird mich für den Verzicht auf die Selbstjustiz im Diesseits belohnen, etwa mit einer funktionierenden Demokratie, einschließlich der solidarischen Opferhilfe etc. Religiös gewendet lautet der Satz des die Gerechtigkeit suchenden Christen: Mein Gott wird mich im Jenseits für meinen Verzicht mit dem Paradies belohnen. Denn sein ist die Strafe.

Formal stellt das allgemeine Schädigungsverbot auch eine Art der „Zuteilungsgerechtigkeit“ dar. In diesem Falle jedoch leistet der Einzelne allen anderen Personen den privaten Tribut des Schädigungsverzichtes.

Rückwärts gelesen bedeutet es offenbar keinen Schaden, wenn man jemanden nur das Seine und nicht mehr zukommen lässt. Ebenso bildet die Strafe dann keinen „Schaden“ im Sinne des Schädigungsverbotes, sondern nur, dasjenige, was dem Straftäter zukommt, es besteht über den Satz „jedem das Seine“ die Pflicht zu strafen.

Das gleiche gilt dann auch für die goldene Regel, als dem das Wechselseitigkeitsprinzip der Vergeltung. So beinhaltet es offenbar keinen Schaden im Sinne des Schädigungsverbotes, wenn ein Übel mit einem angemessenen Übel vergolten wird. Es wird vielmehr, so ließe sich folgern, der der unberechtigte Freiheitgewinn, den der Täter erlangt hat, durch einen passenden Freiheitentzug wieder ausgleichen, sodass er am Ende insgesamt wieder über das Seine verfügt.

Man kann aber auch überlegen, ob sich aus dem ersten Satzteil ehrlich zu leben, nicht ergibt das das Schädigungsverbot nur für die Ehrliche und die Rechtstreuen gilt, und das Strafrecht ohnehin nur die unehrlichen Menschen betrifft, die sich im liberalen Sinne *außerhalb des Rechts*, demjenigen ehrlich zu leben gestellt haben.

5. Mit einigen Schlaglichtern ist das Umfeld dieser drei Regeln noch weiter auszuleuchten:

Die Goldene Regel der Reziprozität kennt eine Reihe von wichtigen Abwandlungen und Einfärbungen. So verbirgt sie sich auch im Satz des neuen Testaments „Liebe deinen Nächsten, wie dich selbst.“ *Küng* sieht sie als den Kern einer universellen Religionsethik.⁴⁹⁴ Selbst in der Genetik der „Schwarmvernunft“ ist das

⁴⁹⁴ Umfassend und auch zum Nachfolgenden; Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 327 ff. (7: Kap. III-V: „Gerechtigkeitsnaturalismus“, 1-3).

Prinzip der wechselseitigen Achtung ebenso enthalten wie das Gebot, jedem das Seine zu geben und niemandem zu schaden⁴⁹⁵.

Außerdem prägt es die *kantsche* Maxime der *Verallgemeinerbarkeit*. Die Verallgemeinerbarkeit bildet dann sogar die Grundidee eines jeden Gesetzes, für alle und ohne Ansehung der Person zu gelten. Jedes Gesetz, das auch Gleichheit vor dem Gesetz einfordert, Art. 3 I, 20 III GG, beinhaltet also schon ein Stück dieser Ungerechtigkeit.

Der Leitsatz der Marktgerechtigkeit, das „*Do ut des*“ (*Ich gebe, damit Du gibst.*) beherrschte ohnehin schon das römische Zivilrecht.

Die Politologie kennt für die an sich ökonomische Spieltheorie die analoge Strategieformel vom „*Tit for tat*“. Die „Wiedergutmachung“, unter anderem auch als „restorative justice“ beruht ebenfalls auf diesem Gedanken.

Auch das angloamerikanische Verfahrensprinzip der Fairness und der Waffengleichheit⁴⁹⁶ setzt auf die Wechselseitigkeit ebenso die *Habermasche* Idee des idealen Dialoges.

In Art. 4 der Französischen Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt es dann etwa, Freiheit bedeute, alles tun zu können, was „*einem anderen nicht schadet*“⁴⁹⁷. Art. 2 Abs. 1 des Deutschen Grundgesetzes lautet: „*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte an-*

⁴⁹⁵ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 345 ff. (7: Kap. VI. „Blinde Wechselseitigkeit und Königs semireligiöses Weltethos).

⁴⁹⁶ Als politischer Gerechtigkeitsutilitarismus mit einer Brücke zur kantschen kategorischen Forderung der Verallgemeinerung, und zwar über die Verallgemeinerung der Chancengleichheit: Rawls, *Liberalism*, 1993, 136, sowie 41; zur Bedeutung der Stabilität: Klosko, *Argument*, 1994, 1882 ff., 1885 ff.; Barry, *Rawls*, 1995, 880 ff.

⁴⁹⁷ Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789, in: Mayer-Tasch, *Verfassungen*, 1975, 210.

derer verletzt...“ (und nicht gegen die verfassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verstößt).⁴⁹⁸

6. Ein wenig vertiefen lassen sich die drei „zivilen“ Gerechtigkeitsformeln noch mit den folgenden Erwägungen:

Die Marktgerechtigkeit des „Do ut des“ betont zwar die dynamische Formel der „Wechselseitigkeit“. Aber als Geschäftsgrundlage miteinbezogen ist die Idee der Anerkennung des Anderen als einer dem Status nach „gleichen“ Person.⁴⁹⁹ Denn Gewalt wird dem Anderen nicht angedroht, nur der Verzicht (Wie Du mir, so ich Dir“), so lange keine ehrlichen Geschäfte mehr mit dem Betrüger zu machen, bis jener den Schaden ausgeglichen hat. Das blanke Leben und an sich auch die Chance, mit anderen Händlern Geschäfte abzuschließen, wird dem Betrüger also nach diesem Modell zugestanden. Auch die politisch-ökonomische Spieltheorie, der die Gerechtigkeitsstrategie des „Tit for tat“ entstammt, geht von der fortbestehenden Handlungsfähigkeit aller Teilnehmer aus. Die Marktgerechtigkeit des „Do ut des“ reicht also weiter. Sie ruft insofern nicht zur Gewalt auf und belässt dem anderen also seinen Grundstatus.

In der positiven „Do ut des“- Formel der Wechselseitigkeit steckt also zum einen die Dynamik auf dem ökonomischen Markt als gerechte, als faire Wirtschaft. Analog dazu gilt zudem die Wechselseitigkeit auf dem politischen Forum als gerecht, weil dort eine demokratische Herrschaft der Gleichen besteht. Hinzu gesellt sich die statische Gesetzesidee, die eine Ausprägung des Satzes „Jedem das Seine“ darstellt, wenn es jedem einzelnen Menschen und jeder kollektiven Person eine (Grund-) Rechtsstellung zuspricht. Die Idee des Gesetzes beruht auf dem Gedanken der blinden Gleichheit aller aktiven Menschen vor dem gerechten Gesetz. Dahinter steckt der allerdings nur abwehrend gemeinte philosophische Fundamentalismus der kategorischen

⁴⁹⁸ Das Verhältnis von Sittlichkeit und Vernünftigkeit umschreibt Hegel wie folgt: „Dass das Sittliche das *System* dieser Bestimmung der Idee ist, macht die *Vernünftigkeit* desselben aus“, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 145.

⁴⁹⁹ Dazu aus der Sicht des Verfassers und mit ausführlichen Nachweisen: Montenbruck, Vergeltung, 2010, 3 ff.

„Verallgemeinerbarkeit“. Gerecht ist ein Gesetz, wenn es als universelles Gesetz für die Menschheit anwendbar erscheint.

Die Formel „Jedem das Seine“ umfasst dabei auch die utilitaristische Idee des schicksalhaften Sonderopfers einiger zugunsten des Glücks möglichst vieler. Auch die liberale Chancengleichheit der Vielen, die *Rawls* einfordert⁵⁰⁰, kann etwa für jeden das gerechte „Seine“ bilden.

Hinzu tritt der schillernde soziale Zwilling, das kollektive Wohl der Allgemeinheit der Gleichen, etwa als sozialetisches Gemeinwohl oder als persönliche Teilhabe (Partizipation) an Kollektivgütern. Zu diesen sozialen Gütern kann auch der geschützte und geordnete Markt gehören sowie das Interesse des Demokraten an einem gesicherten und gepflegten öffentlichen Forum.

Mit dem Schädigungsverbot geht die heutige staatliche Grundidee des vernünftigen Gewaltverbotes einher und auch die Vorstellung eines die Existenz sichernden, übernationalen Friedensbundes zwischen allen Völkern und zwischen allen Menschen. Gerechtigkeit und Friede bilden deshalb üblicherweise eine Einheit, weil auch die einfache Idee der Wechselseitigkeit im Fall der Gewaltanwendung dem Betroffenen die gerechte Gegengewalt von derselben Art und Macht erlaubt und zudem auch die „Gemeinschaft aller Gerechten“ zur Nothilfe veranlassen dürfte. Aber Gerechtigkeit selbst verzichtet darauf, den Gewaltverzicht zu fordern und einen Friedensbund zu verlangen. Als „gerecht“ können insbesondere die staatliche Gewaltanwendung im Inneren und auch der Abwehrkrieg nach außen erscheinen.

Damit ist die vor allem zivile Sichtweise auf die hohe Idee der Gerechtigkeit abzuschließen, die aber auch schon einige wissenschaftliche Aspekte kurz angeleuchtet hat.

⁵⁰⁰ Siehe zunächst: Rawls, *Theorie*, 1993, 336.

4. Dreifaltige Gerechtigkeit: individuelle, kollektive, fundamentale

1. Abzurunden ist mit einer These, die eine Folgerung aus den vorhergehenden Erwägungen ziehen möchte. Diese Sicht beruht –auch hier wieder- auf der Drei-Welten-Lehre, die an anderer Stelle zu vertiefen war⁵⁰¹ und auf die sich, wenn auch in einer etwas anderer Weise, auch *von der Pfordten* stützt.⁵⁰²

So ergibt sich nach allem eine ganzheitliche, aber in sich *dreifaltige Idee* der Gerechtigkeit, und zwar als ein Dreiklang von

- „*individuell*“ *gerecht* im Sinne des Individuums (des Akteurs, des Selbst-Subjekts), und zwar typischerweise nach außen und gegenüber Gleichen (Goldene Regel, blinde Austauschgerechtigkeit). Diese Art der Gerechtigkeit dient und bestimmt zugleich das Bild des einzelnen Souveräns, er ist zum gerechten Handeln fähig.
- „*kollektiv*“ *gerecht* aus der Sicht der Gemeinschaft, und zwar typischerweise nach innen gerichtet („Jedem das Seine“ als Ordnungsprinzip, als interne Pflichten-, Teilhabe- und Zuteilungsgerechtigkeit), nach außen agiert die Gemeinschaft nach dem Modell der Goldenen Regel.
- „*fundamental*“ *gerecht* aus der Sicht einer objektiven Vernunft, eines ewigen Naturprinzips oder auch im Sinne einer naturrechtlichen, politisch-humanen Friedens- und Verfassungsordnung der Welt. Dabei dient die Gerechtigkeit erneut zwar auch, aber nicht allein sich selbst. Sie ist Teil der „Natur“, des „Kosmos“, des „Ganzen“ oder auch der „Menschheit“. Als solche dient sie ihnen und prägt zugleich die Identitäten dieser Welten mit. Gerechtigkeit steht insofern für das Prinzip der friedlichen Kooperation.

⁵⁰¹ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 256 ff. (6: Kap. II „Drei-Welten: Humanismus, Naturalismus und kultureller Pragmatismus“).

⁵⁰² Siehe zunächst Pfordten, Rechtsethik, 2011, für die Idee der Gerechtigkeit, 478 ff („Dreizonentheorie der sozialen Gerechtigkeit“), vgl. auch die Dreiteilung 65 ff. („Rechtsethik, Individualethik und Sozialethik“).

2. In ähnlicher Weise beschreibt der Politologe *Forst* die „drei Modelle deliberativer Demokratie“. ⁵⁰³ Dabei bestimmen die Ideen der Vernunft und der Aufklärung die Demokraten und ihre Herrschaftsweise, sie begreifen sich also zumindest vorrangig als Vernunftsubjekte. *Forst* unterscheidet das *liberale*, das *kommunitaristische* und das „*diskurs- und rechtfertigungstheoretische*“ Modell, wobei er das letzte befürwortet.

Diese individuelle Ethik passt dann in etwa zur *liberalen* (Tausch)- Ethik, der *kollektiven* (Zuteilungs-) Ethik, sobald sie als Demokratie auftritt und vor allem mit der freiwilligen Mitgliedschaft in der Gemeinschaft verbunden ist, also das Recht zur Auswanderung und das Nebenprinzip der Toleranz gegenüber anderen Ethiken kennt, und zum kommunitaristischen Modell, das im angloamerikanischen Kulturkreis vor allem auf die „Gemeinde“ (Kommune) und deren Gemeinwohl ausgerichtet ist.

Für das „*diskurs- und rechtfertigungstheoretische*“ Modell verwendet die politische Sozialphilosophie den *forensischen Ansatz*, bei dem zum Beispiel jeder etwa im Sinne von *Kant* zunächst einmal für sich selbst nach allgemeinen Gesetzen als Maximen seines Handelns sucht und sie dann aber zur Diskussion stellt. Der forensische Ansatz verwirklicht die Gleichheitsidee auf der verfahrensrechtlichen Ebene, indem er den Ausgleich auf dem Wege über das Verfahren sucht. Das diskurs- und rechtfertigungstheoretische Modell“ lässt sich als ein Ansatz begreifen, der eine Form der Gerechtigkeit absolut setzt und insofern der fundamentalen Gerechtigkeit zugehört.

Um dem forensischen Modell voll zu entsprechen, muss allerdings der ewige ideale Diskurs im Sinne von *Habermas* zumindest in einen *Zwischenkonsens* übergehen. Der Konsens einer Mehrheit führt dann zu einer sozialreal wirksamen *Entscheidung*,

⁵⁰³ In seiner Schrift „Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit“, *Forst*, *Recht*, 2007, 224 ff. (unter der Überschrift: „Herrschaft der Gründe, drei Modelle deliberativer Demokratie“), zu seiner an der *Vernunft ausgerichteten Grundlegung* siehe 23 ff. („Praktische Vernunft und rechtfertigenden Gründe. Zur Begründung der Moral“), sowie nachfolgend 74 ff. („Moralische Autonomie und Autonomie der Moral. Zu einer Theorie der Normativität nach Kant“).

dem zu vollstreckenden Urteil. Allerdings kann die Entscheidung dann durchaus noch einmal durch höhere Instanzen und aus *anderen und höheren Blickwinkeln* (etwa der barmherzigen Gnade) korrigiert werden. Sie kann auch vom Forum selbst noch einmal zum Gegenstand eines neuen Diskurses gemacht werden (als Wiederaufnahme des Verfahrens infolge neuer Tatsachen).

Forst spricht auch von einer „konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit“. Das ideale Verfahren des Diskurses und seine guten Gründe erschaffe die jeweilige Gerechtigkeit für den jeweiligen konkreten (oder auch typischen) Fall.

Anfügen könnte man sogleich auch, dass, und zwar mit einer großen Entschleunigung dieses forensischen Diskurses das deutsche Gesetzssystem der großen rational aufgebauten Gesetzbücher prägt. Das Recht hat überdies die nötige Individualisierung der Rechtsprechung überlassen, die erneut auf dem Forum das Vorbringen der Beteiligten verhandelt.

Die konstruktivistische Theorie der Gerechtigkeit unterwirft sich der *Vernunft*, und zwar als der formalen Vernunft des Erkennens des Gerechten durch den Diskurs und den Konsens der Denkenden.

Die Gründe, auf die sich diese politische Theorie beruft, stammen, wie schon das Wort von der „deliberativen Demokratie“ bezeugt, aus der politischen Philosophie. Die Idee der Herrschaftsform der *Demokratie der Vernünftigen* liegt ihr als Form von *Fundamentalismus* zugrunde. Deren Diskurs bestimmt dann auch das Gerechte durch das Vernünftige, hier eben formal als das diskursive Denken als solches.

Aber auch wer sich nicht bei der politischen Vernunft, sondern bei der Natur rückversichert oder wer vom Nutzen der friedlichen Kooperation spricht und damit den Frieden und den Nutzen betont, färbt die Gerechtigkeit in fundamentalistischer Weise ein.

Die Gerechtigkeit, so scheint es, beinhaltet zwar eine große Idee. Als solch ist sie von vager Natur und verlangt immer auch nach einem *Bezugsrahmen*.

Man kann und sollte die Idee der Gerechtigkeit auch aus ihrer *Ausgleichs und Vermittlungsfunktion* heraus verstehen, die sie vor allem im *forensischen Verfahren* dokumentiert. Diese Verfahren sind immer auch ein politisches Verfahren und eine Grundform der gelebten Demokratie gewesen. Aber die Gerechtigkeit kennt eben auch zwei anderen Bezüge, den Bezug zum (freien) Individuum und zum Kollektiv (der Freien).

Deshalb ist auch hier eine Dreifaltigkeitslehre aufzuzeigen. Bei ihr hat, wie immer, allerdings einer der Gesichtspunkte die Vorherrschaft zu beanspruchen, um die drohenden Widersprüche systemisch in ein Hauptsystem und in mehrere halbautonome Untersysteme der Gerechtigkeit zu bringen.

Die Grundvorgabe ergibt sich dabei aus der gesamtwestlichen Reihung von „Freiheit“, als individuelle Gerechtigkeit, „Gleichheit“, als blinde Verfahrens- oder auch Naturgerechtigkeit, und „Solidarität“, als kollektive Gerechtigkeit.

2. Vereinfacht sind es also der einzelne freie Mensch, die solidarische Gemeinschaft und der heilige Geist der Ordnungsidee selbst, die mit *Rollen* über die *Menschen* verteilt sind. An allen dreien hat der Mensch in den Demokratien seinen Anteil.

Hoch reduziert lassen sich die drei *lebendigen* Subsysteme der Gerechtigkeit mit drei Ortsbeschreibungen verbinden, Gerechtigkeit findet statt auf

- dem „Markt der Freien“- Die Teilnehmer rufen nach individueller Vertragsgerechtigkeit, wollen dann aber auch den Markt geschützt wissen, und zwar so, wie es ihrem eigenen politischen Konsens (der Sitte etc.) entspricht.

- dem „politischen Forum der solidarischen Bürger“, das sich zwar vorrangig am Gemeinwohl ausrichtet, aber sich über die Steuern auf die Marktwirtheit der Freien stützt und damit das Marktwohl als Gemeinwohl begreift und die Grundsätze des gerechten öffentlichen Verfahrens nutzt, um seine Entscheidungen politisch abzusichern.

- als „Recht der Gerichtsorte“, die betont als neutral und heilig gelten und damit zugleich zu erkennen geben, wovon sie sich

möglichst weit befreien, dem Markt und der Politik. Dafür wollen sie dem höheren Prinzip der blinden Gerechtigkeit gehorchen.

Jedes dieser lebendigen Systeme beansprucht seine eigene, dafür dann aber relativ einfache Art der Gerechtigkeit. Aber jedes der drei in sich gerechten Subsysteme muss immer auch auf die jeweils anderen beiden Gerechtigkeitssysteme Rücksicht nehmen, so dass die scheinbare Einfachheit stets mit der Unfassbarkeit der Komplexität der Gesamtheit verbunden ist.

Dass, zumal in einer offenen Gesellschaft, vermutlich auch mehr als diese drei Sub-Systeme bestehen, ist anzunehmen. Insofern handelt es sich bei dieser Dreieinigkeit nur um das einfachste Grundmodell für komplexe Systeme.

Außerdem ist daran zu erinnern, dass mit diesen drei Gruppen jeweils bestimmte Zeiträume einhergehen. Die unterschiedlichen Interessen und Existenzen dieser drei „Sub-Zivilisationen“ prägen sie. So gibt es offenbar eine zeitlich kurze, aber verkörperlichte human-liberale Menschengerechtigkeit. Das Folterverbot gilt zum Beispiel für die Gegenwart. Die Rechtssubjektivität und die Menschenwürde sind auf die Lebenszeit des Menschen begrenzt. Davon zu unterscheiden ist die vage geistige Tradition einer zeitlich längeren human-sozialen Gesellschaftsgerechtigkeit, etwa einer Nation. Ihr reicht zum Beispiel die politische Herstellung der Gerechtigkeit nach einem langen Gesetzgebungs- oder Gerichtsverfahren. Eine Tyrannei kann Generationen dauern. Die beiden subjektiven Subsysteme sind wiederum zu trennen von der scheinbar ewigen natürlich-formalen Idee der Ordnungs- und Ausgleichsgerechtigkeit, die die Religionen und die Philosophen verwalten.

Wegen der Buntheit und der Vielfältigkeit des Gerechten besteht die Not, das Gerechte im konkreten Falle am Ende durch das Schwert, also durch eine Entscheidung zu bestimmen. Aus der überirdischen Gerechtigkeit wird dann das irdische Recht. Und das Schwert führt oder lenkt ein Souverän.

3. Auch ist diese Sichtweise nicht ganz neu. Formal jedenfalls in recht verwandter Weise trennt auch *von der Pfordten* in seiner

Rechtsethik zwischen den „drei Zonen der Gerechtigkeit“.⁵⁰⁴ Allerdings bleibt er bei der üblichen Idee einer einheitlichen Gerechtigkeit, die er allerdings gleich mit dem Zusatz „soziale Gerechtigkeit“ ausstattet. Diese soziale Gerechtigkeit trennt er dann jedoch wiederum auf in

(1) die „Individualzone“,

(2) die „soziale Zone“ und

(3) die „Relativzone“.

Diese drei Zonen darf man vermutlich als halboffene (osmotische) Subsysteme der sozialen Gerechtigkeit verstehen. Am Ende vertritt damit auch *von der Pfordten*, der auch ansonsten die Denkmethode des Trialismus verfolgt und ausarbeitet,⁵⁰⁵ schon eine Art von *dreifaltiger Gerechtigkeitsidee*. Jene ist auch bei ihm bestimmt von den beiden großen Ideenfamilien des Individuellen und des Sozialen.

Die soziale Gerechtigkeit umfasst dabei in den demokratischen Staatsgesellschaften immer auch die Idee der großen Bedeutung des Einzelnen mit, auch wenn jede soziale Gerechtigkeit zumindest logischer Weise im Notfall die Interessen und auch das Leben des Einzelnen dem Gemeinwohl opfern wird.

Die *Relativzone* bildet aus der Sicht *von der Pfordten* die Grauzone zwischen der Individual- und der Sozialzone⁵⁰⁶, die partiell beiderlei Belange mit umfasse, etwa, wenn aus Privatinteressen allgemeine Grundrechte werden.

Von der Pfordten unterwirft aber bei näherem Hinsehen die Idee der Gerechtigkeit, wie es auch dem Titel seiner Schrift „Rechtsethik“ entspricht, den Gedanken des Rechts und der Ethik. Recht und Ethik bezieht er, wie es naheliegt, von vornherein auf den

⁵⁰⁴ Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 478 ff, sowie zum nachfolgenden: 481 ff, 489 ff. 517 ff.

⁵⁰⁵ Pfordten, *Deskription*, 1993, 84 ff. („Trialismus als Bedeutungserklärung“), 243 ff (Zum „Trifunktionalismus“).

⁵⁰⁶ Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 517 ff.

Menschen, wenn er an zwei Stellen mit der Frage beginnt: „*Welches menschliche Handeln ist gerechtfertigt?*“⁵⁰⁷ Aber die Frage, ob die Gerechtigkeit nicht vielleicht ein „universelles Prinzip“ etwa des „Geistes“, der „Natur“ oder der Organisation“ ist, verfolgt er nicht weiter, auch wenn er sie im Ansatz mitbehandelt.

So erörtert *von der Pfordten* immerhin die Alternativen zu dem von ihm verfochtenen „*normativen Individualismus*“, mit dem er wiederum zugleich die vorherrschende normative westliche Leitidee des (Präambel-) Humanismus aufgreift und vertieft.

Drei Alternativen sind hervorzuheben: Wenn *von der Pfordten* bei *Kant* einen „*vernunftlimitierten Individualismus*“⁵⁰⁸ erkennt, so erweist sich die „Vernunft“ als eine Art objektiver Geist, der die individuelle Gerechtigkeit zumindest mitbestimmt. Bei *Kant* begründet umgekehrt erst die Vernunft die Idee der Freiheit. *Lockes* Sicht deutet *von der Pfordten* aus seiner und unserer vorherrschenden Sicht vom Individualismus her konsequent als einen „*naturrechtlich-religiös limitierten Individualismus*“.⁵⁰⁹ Vereinfacht setzt also die Idee der Natur(rechte) dem Individualismus Grenzen. Man kann auch sagen, die Idee von der angeborenen Natur begründet erst den Individualismus. Bei dem Liberalisten *Nozick* sei es die Idee der „*unsichtbaren Hand*“, die aus dem reinen Egoismus der Partner das Gerechte entstehen lasse.⁵¹⁰ Diese alte Marktidee ließe sich dann leicht zur universellen Kooperationsstrategie des spieltheoretischen „Tit for Tat“ fortschreiben. Auf den Individualismus zu setzen, heißt, eine machtpolitische und damit eine zuerst demokratische Ausrichtung zu wählen. Zu ihr haben sich dann die anderen Subsysteme zu verhalten, also die Philosophie der Vernunft, das (angeborene) Naturrecht und der Ökonomismus. Eine Auswahl des Vorranges ist gewiss gut vertretbar, aber nicht zwingend.

Nimmt man diese Beispiele zusammen, könnte man zum Beispiel umkehrt auch sagen, die Ideen der Vernunft, der Natur oder auch

⁵⁰⁷ Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 1, 461.

⁵⁰⁸ Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 1, 378 ff.

⁵⁰⁹ Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 1, 339 ff. 343 („Gesetz der Natur“, wobei Locke „Law“, Vernunft und Gesetz gleichsetze).

⁵¹⁰ Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 1, 438 ff.

der Organisation sind ihrerseits ohne die Idee der Gerechtigkeit (des Ausgleichens, der Ordnung oder auch der Harmonie) nicht zu denken. Zu fragen ist auch, was für eine Art von (zudem „normativem“) Individualismus entstehen würde, würde man ihn sich ohne irgendwelche Elemente der Gerechtigkeit vorstellen wollen. Deshalb ist es immer auch möglich, die Idee der *Gerechtigkeit als Höchstidee* zu begreifen. Wer etwa auf Werte und Prinzipien wie „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ setzt, wird allen dreien zumindest eine gewisse Autonomie zuerkennen (müssen) und mit der Gleichheit auch die Gerechtigkeit miterfassen. Sobald man zudem zwischen diesen drei Oberideen „abwägt“, so zieht man wiederum der Form nach eine originäre Gerechtigkeitsidee heran.

Gerechtigkeit kann also (1) entweder *absolut* gesetzt werden oder (2) *relativ* dazu begriffen werden und sich selbst an einem Maßstabe ausrichten wie der Freiheit des Individuums oder dem solidarischen Wesen der Gemeinschaft. (3) Drittes aber kann die Gerechtigkeit auch je nach Bedarf sowohl absolut als auch relativ verstanden oder aber schlichter noch als *hochrangig*, aber *pluralistisch* begriffen werden. Sie kann dann *gleichrangig* und auf Augenhöhe *pluralistisch* mit den anderen Ideen wie Freiheit und Solidarität stehen, diese mit ihren Formeln strukturieren und sich auch selbst mit deren Hilfe inhaltlich aufladen.

4. Das Subsystem *Individuum*, das seine Art der Gerechtigkeit einfordert, zielt auf Gleichheit und Nothilfe. Denn das Individuum umfasst Begriffe wie Subjekt, Person und Akteur, die Idee der Freiheit und der Autonomie, die Grund- und Menschenrechte, die Rolle des Demokraten, das Ich-Denken etc. Vor allem aus der Menschenwürde ergibt sich dann auch der Anspruch auf Fürsorge. Das gegenteilige Subsystem *Kollektiv* enthält das Soziale, die Gemeinschaft, die Ideen der Solidarität, der Familie, der Unterwerfung, Opfer für die Gemeinschaft, das Gemeinwohl, das Wir-Denken, die Pflicht zur Fürsorge etc. Außerdem kann auch die Gemeinschaft *nach außen* als souveränes Individuum, Subjekt, Akteur oder passiv als der Nothilfe bedürftig auftreten.

An dieser Stelle wird deutlich, dass Begriffe wie Subjekt oder Akteur einen selbstständigen Charakter besitzen. Als solche werden sie wie Rollen bestimmten nackten Trägern, den Personen zugeschrieben. Andererseits entstehen sie überhaupt erst in Verbindung mit diesen Trägern, also als (ethischer) Individualismus.

Man muss sich nur bewusst bleiben, dass man einer bestimmten Sichtweise den Vorrang einräumt und anderen dann nur, aber immerhin einen halbselbstständigen Status zubilligt. Auf der höchsten Begriffsebene stützen sie sich dann alle gegenseitig. Der „demokratische Humanismus“ in der Form des normativen Individualismus ist also zumindest nicht ohne die Vernunft, das Naturrecht, das Marktdenken etc. zu verstehen und eben auch nicht ohne die Idee der Gerechtigkeit als solche.

Absolut gesetzt gibt es zudem eine „objektive Gerechtigkeit“, die zugleich eine *naturalistische* Gerechtigkeit ist. Denn die großen Grundideen der Gerechtigkeit, die „Golden Regel“ der aktiven Kooperation einerseits und andererseits die Schwarmvernunft der dulddenden Achtung des Freiraums der unmittelbar Nächsten, verwendet auch die subhumane Natur und kennt sie als erfolgreiche Überlebensstrategien.⁵¹¹

5. Wer nachfragt, was denn nun die Gerechtigkeit „an sich“, also ohne diese drei Bezüge sei, der kann aus allem zweierlei folgern: Zum einen nähert man sich der Idee der Gerechtigkeit durch die Synthese, durch die letztlich abstrakt unfassbare Dreieinigkeit von „subjektiver, kollektiver und objektiver Gerechtigkeit“. Zum anderen aber bietet es sich an, ihren Kern mit zwei einfachen Begriffen zu bestimmen, mit der idealen „Gleichheit“ und mit dem fallkonkreten „Ausgleichen“.

Damit ist versucht, das Grundverständnis der Gerechtigkeit und ihr Umfeld zu umreißen.

⁵¹¹ Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 327 ff (Zum „Gerechtigkeits-Naturalismus 1, 2, 3“ - 7. Kap III, IV, V).

11. Kapitel Gerechtigkeit – formaler Kern und Versuch einer Ordnung

I. Mehrschichtige rechtsphilosophische Gerechtigkeit

1. Urdee: Wertblinder Ausgleich, Rechte und Pflichten

1. Zu versuchen ist nunmehr, die Idee der Gerechtigkeit absolut zu setzen.

Die Gerechtigkeit, so lautet zunächst einmal die Grundannahme, verfügt für sich allein nur über einen wertblinden Doppelkern. Jener besteht aus dem „Verbund von zuteilender und Tauschgerechtigkeit“.

Dieser dialogisch-spannungsreiche Verbund beider Unterarten der Gerechtigkeit verleiht der Gerechtigkeit ihre innere Kraft. Die „statusartige Gleichheit des Seinen an Rechten oder auch Pflichten und die dynamische Wechselseitigkeit der Goldenen Regel“ bilden das alte Elternpaar der Gerechtigkeit.

Diese (systemisch-funktionale) Gerechtigkeit selbst, und das markiert zugleich ihre Eigenständigkeit, ist

- in ihrem Wesenskern weder vorrangig auf Rechte, noch vorrangig auf Pflichten ausgerichtet.
- Sie bevorzugt für sich betrachtet auch weder das Individuum, noch das Kollektiv.
- Die Leitidee der Gerechtigkeit, die Gleichheit, widmet sich vielmehr gerade dem „Ausgleich“, vor allem demjenigen zwischen Rechten und Pflichten („Wie Du mir, so ich Dir“) sowie demjenigen zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft (der Vermittlung, der Assimilation etc.).

2. Zu mutmaßen ist dann allerdings sofort, dass die große Idee der Gerechtigkeit sich, um allein hinreichend sinnvoll zu sein, Elemente anderer großer Ideen, wie der Freiheit und der Solidarität, zusätzlich untertan machen muss. Wie immer ist eben auch

hier eine teleologische Betrachtung nach „Sinn und Zweck“ dieses Instituts vonnöten. Wozu dient die Gerechtigkeit?

Der entsprechende Gehalt, die materiale Gerechtigkeit, ergibt sich dann vor allem aus den minimaethischen Anforderungen des Ideenpaars der individuellen Freiheit und der kollektiven Solidarität, etwa als Menschenwürde und Gemeinwohl.

Mit jeder Art der Ergänzung wird die Idee der Gerechtigkeit inhaltlich „vernünftiger“, und zwar im Sinne des „common sense“.

3. Jedes eher deterministische, jedes eher kollektiv-familiäre oder auch jedes eher fundamentale Denken setzt eher auf die natürlichen Pflichten, sei es auf die Nächstenpflichten oder eben auch auf die moralischen Tugendpflichten, denn auf Rechte. Aber aus ihnen folgen dann die „berechtigten Erwartungen“, als eine Art von derivativen, das heißt von anderen Rechtswerten abgeleiteten Rechten, etwa auf die Güte und Fürsorge des Vorgesetzten. Erwartet werden darf dann etwa auch die Gnade des himmlischen Herrn, die aus der Sicht eines Ämter-Konfuzianismus auch dem chinesischen Kaiser vom Himmel zuteil und damit auch zugeteilt wird.

Andererseits scheint sich in großen politischen Systemen, die vorrangig kollektivistisch ausgerichtet sind, neben einer hierarchischen Zuteilungsgerechtigkeit auch eine weitere zwischen politischen in etwa gleichen starken, zum Teil eben kollektiven Akteuren herauszubilden. Diese bieten und verlangen nach Achtung und Pfründen. So tritt neben dem römischen „Senat“ schon das „Bürger-Volk“ auf. Im französischen Absolutismus stehen dem König (und seinem Hof) die drei Schichten des Adels, der Kirche und des dritten Standes gegenüber. Die Kasten von Amtsträgern, Priestern und kriegerischen Adligen dürften in jedem großen Reich zumal mit jedem neuen Oberherrn, dem König, Kaiser oder Pharaos, ihren Wert neu aushandeln. Auch das „gemeine Volk“ verfügt immerhin über das Mittel des Volksaufstandes, um zu versuchen, sich gegen grobe Ungerechtigkeiten kollektiv zu wehren oder zumindest damit zu drohen. Es ist also in der Lage dazu, mit dem Gewaltverzicht ein Geschäft zu machen. Sein Problem ist nur dasjenige, nicht hinreichend organisiert zu sein, um auf dem politischen Forum ständig als aktiver Akteur auftreten zu können. Aber innerhalb der großen Massen herrscht zur

Befriedung dann das Prinzip der Zuteilungsgerechtigkeit in seiner hierarchischen Form vor.

Parallel dazu lässt sich die politische Gewichtung des Westens in eine vorrangige Tauschgerechtigkeit und eine nachrangige Zuteilungsgerechtigkeit umkehren. Aus dem westlichen Privatrechtssystem, das vor allem auf der „Tauschgerechtigkeit“ beruht, wird dann analog ein vorherrschendes Pflichtensystem der kollektiven „Zuteilungsgerechtigkeit“. Beide Arten von Zivilisationen stützen sich dabei auf Gerechtigkeitsregeln.

Aktive Rechte und passive Pflichten gleichen einander also in etwa aus. Der systemische Zwang zum Ausgleichen tritt hinzu.

Strukturell tendiert die Gerechtigkeit damit allerdings im besten Falle zu einer zweischichtigen, dreischichtigen oder auch mehrschichtigen Gedankenwelt. Jedoch besteht auch die Gefahr, dass die Gerechtigkeit sich zu einer nur schwer fassbaren zweipoligen, dreipoligen oder gar zu einer mehrpoligen Wesenseinheit verwandelt, die zudem noch formale und materiale Elemente miteinander verbindet.

Selbst die Reduktion auf die dialogische Paarung von Tauschgerechtigkeit und Verteilungsgerechtigkeit erweist sich als zu komplex. Denn diese Zweisamkeit beinhaltet zugleich die Suche nach einer Synthese zwischen beiden. Damit wächst sich die Polarität zu einer Dreifaltigkeit aus. Deshalb liegt es nahe, den Kern der Gerechtigkeit noch weiter zu vereinfachen und das Hauptgewicht im Zweifel entweder auf die Verteilungs- oder auf die Tauschgerechtigkeit zu legen. So wird sinnvoller Weise entweder die (konfuzianische) Idee der harmonischen „himmlischen Ordnung“ oder aber, wie im Westen, die „Goldene Regel“ der Tauschgerechtigkeit herausgestellt.

4. Ferner verlangt die große Idee der Gerechtigkeit nach einem eigenen konkreten Wirkungsfeld. Jenes erhält sie im Westen durch das sozialreale „Recht“. Im Recht erst wirkt sich die Gerechtigkeit aus.

Aus empirischer Sicht gelesen, ist umgekehrt vom Rechtsfalle her (induktiv) vorzugehen. Aber das Ergebnis ist ein ähnliches. Die bittere Erfahrung mit harten Fällen des Unrechts und der

große Nutzen der Kooperation lassen überhaupt erst das Prinzip des Ausgleichens entstehen. Jenes führt zu einer Art zivilisatorischer Verfasstheit. In jeder Art von Gesellschaft, und zwar vor allem in den kleinen (Sub-) Kulturen der wenigen Nächsten, bildet sich eine Art von gesamtstützlicher Ausgleichsmechanik.

Vergöttert man schließlich die Idee der Gerechtigkeit, so erscheint sie als Teil der Religion. Getrennt von der Religion gehört die Gerechtigkeit zur Vernunft. Verherrlicht bildet sie dann den Kern der auf die Vernunft gegründeten „Zivilreligion“. Aber die Gerechtigkeit selbst besteht im Ausgleichen und im Ordnen.

5. Aus (westlicher) rechtphilosophischer Sicht ist insbesondere an die Lehre von *Aristoteles* anzuknüpfen. Die Tauschgerechtigkeit verschafft den Partnern dabei Rechte, und sie attestiert ihnen auch ihre grundsätzliche Rechtsfähigkeit.

Aristoteles ergänzt die Tauschgerechtigkeit, also die Goldene Regel, durch die Zuteilungsgerechtigkeit. Hinzuzufügen ist auch der selbstständige römische Gedanke des „Jedem das Seine“, der sich auch als Form der Zuteilungsgerechtigkeit verstehen lässt und der dann auch das „Schadigungsverbot“ mit umfasst.

6. Die Kernideen der idealen Gleichheit und des fallkonkreten Ausgleichens reichten schon in der griechischen Antike offenbar nicht aus. Was steckt, so ist zu fragen, aus heutiger Sicht hinter der Zuteilungsgerechtigkeit und was bedeutet die Goldene Regel der Gerechtigkeit für das „Recht“?

Um sich der Gleichheitsidee selbst zu nähern, wird der Jurist auf der Ebene des Rechts und seiner Theorie ansetzen. Zu überlegen ist insofern zunächst, inwieweit die Gerechtigkeitsidee damit nicht nur eine Rechtslehre begründet, sondern auch eine Rechtspflichtenlehre enthält. Schon das „Recht“ selbst lässt sich dabei als ein System von „gleichrangigen Rechten und Pflichten“ begreifen.⁵¹² Geht die Theorie vom Recht diesen Weg, so greift sie schon deshalb mittelbar auf die Gerechtigkeitsidee der Wechselseitigkeit zurück. Der Ausgleich des „Do ut des“ findet zwischen

⁵¹² Siehe dazu: Jaffey, *Power-Liability*, 2004, 295 ff.

Rechten und Pflichten statt. Rechte und dazu passende Pflichten zeichnen jeden typischen Vertrag aus.

Der Kern der Zuteilungsgerechtigkeit, des Satzes „Jedem das Seine“ und des Schädigungsverbots besteht aus heutiger Sicht der Demokratien, in denen die Demokraten jedem das Seine zu teilen, darin, die Rechte und die Personalität der Anderen „anzuerkennen und zu achten“. Damit ist vor allem die einfache „Unterlassungspflicht“ begründet, die Rechte des anderen nicht zu verletzen. Bei Missachtung leidet der Inhaber von subjektiven Rechten aus dieser Pflicht seinen Unterlassungsanspruch ab, § 1004 BGB. Die eigene Handlungsfreiheit ist also eingeschränkt. Aus der Sicht eines Freien und Vernünftigen verzichtet der Handlungsmächtige damit auf Freiheit und weiß sein Recht im Sinne der Wechselseitigkeit ebenso gesichert. Beide Partner oder auch alle freien Mitglieder einer Gesellschaft üben den wiederum „wechselseitigen“ Freiheitsverzicht. Rechte und Pflichten lassen die Gerechtigkeit schon danach zu einem Geben und Nehmen werden, das auf einem bipolaren Grundansatz beruht und dem „vernünftigen“ (oder göttlichen oder natürlichen) Ausgleich zwischen den Freiheiten von Rechtspersonen dient.⁵¹³

Aber das Gewähren des „Seinen“ kann auch zum privaten Schuldrecht führen. Danach ist dem Gläubiger vom Schuldner dasjenige als das „Seine“ zuzuteilen, was jener zwar nicht hat, worauf er aber einen Anspruch besitzt, es vom anderen zu erhalten. Leistet der Verpflichtete nicht freiwillig, so kann der Gläubiger die Zuteilung verlangen, und zwar deshalb, weil es das „Seine“ ist.

Im Fall der Verweigerung führt der Anspruch auf das Seine zur Notwendigkeit des Richtens von etwas Krummem. Mit der zuteilenden Gerechtigkeit ist deshalb auch schon auf dieser privaten Ebene das „Überrecht“ zum heilenden Zwang verbunden. Die zuteilende Gerechtigkeit beinhaltet aus Sicht der Demokratie also die zu Rechten verfestigten „Freiheiten“. Zudem gehört auch das Prinzip der „Solidarität“ unter Demokraten dazu. Soziale Gerechtigkeit in Notfällen heißt dieses mit einem politischen Schlagwort. Auf sie hat der Empfänger ebenfalls einen Anspruch, nun-

⁵¹³ Dazu aus einer philosophischen Sicht auf die Gerechtigkeit: Höffe, Gerechtigkeit, 1987, 328.

mehr allerdings entweder gegenüber der Gemeinschaft als sozialer Rechtsperson oder dem Kollektiv der Vielen, etwa als Charity.

Strukturell lässt sich nicht nur jedes politische Gerechtigkeitsystem sowohl vorrangig über Rechte, als auch vorrangig über Pflichten konstruieren. Denn beide bilden jeweils die Kehrseite des Anderen. Auch die puritanisch humane Selbstverherrlichung des Selbst-Gerechten führt zu Tugendpflichten, etwa zur *platonischen* Pflicht, von sich aus nur das Seine zu tun.

2. Ergänzung der Tausch- durch die Zuteilungsgerechtigkeit

1. Nachfolgend soll, vor allem, aber nicht ausschließlich, vom einzelnen Freien ausgegangen und damit die Goldene Regel als Kern der Gerechtigkeit verstanden werden. Die *iustitia commutativa* erhält also den Vorrang. Dann bildet die Zuteilungsgerechtigkeit, die *iustitia distributiva* ein ergänzendes Korrektiv, das etwas näher zu betrachten ist.

2. Hinter der Idee der Zu- oder auch Verteilung von Rechten oder Pflichten steckt die Idee einer zuteilenden Überperson.

Die typische Art von ver- oder besser zuteilender Gerechtigkeit setzt die dreifache Idee

- eines souverän entscheidenden „Akteurs“,
- der sozialen „Autorität“ und
- der faktische „höheren Gewalt“

voraus.

Typischerweise verfügt der Zuteilende zunächst über das Zuzuteilende als das Seine oder zumindest über das, was ihm „im Namen des Volkes“ zur Zuteilung zur Verfügung gestellt wird. Dann handelt der Zuteilende als Repräsentant eines Kollektivs, das die eigentliche zuteilende Person darstellt. Zumeist bedarf es für die Durchsetzung auch einer Übermacht, um etwa Ein- und Ansprüche Dritter aus dem Wege zu räumen. Im Kern zielt die

soziale Seite der zuteilenden Gerechtigkeit auf ein Amtspflichtmodell, das zugleich von der Unterwerfung unter eine Übermacht und deren Zwangsrechte ausgeht. Aus der Sicht der Wechselseitigkeit erweisen sich die Empfänger des Ihren als befriedigt.

3. Doch stecken auch noch Elemente der Wechselseitigkeit in der zuteilenden Gerechtigkeit, der privaten wie der sozialen. Denn als Preis für das Empfangene spenden die Empfänger denjenigen Rechtsfrieden, der auf der Einhaltung der Grundsätze der Gerechtigkeit beruht. Denn die Empfänger fühlen sich aus heutiger Sicht in ihrer Rechts- oder in ihrer Sozialpersönlichkeit geachtet. Das heißt auch, dass sie schlicht deshalb auf Selbstjustiz verzichten. Insofern wirkt im Hintergrund der Ver- oder Zuteilungsgerechtigkeit auch die Drohung mit der privaten Gewalt und deren wilder Emotionalität. Der Rechtsfrieden bildet so gesehen auch ein Ergebnis der einfachen Tauschgerechtigkeit. Dem Gebenden wird mit Gewaltverzicht gedankt. Die ver- oder zuteilende Gerechtigkeit ist also nicht gänzlich von der Idee der Wechselseitigkeit zu trennen.

Dennoch bietet es sich an, den zivilen Status des „Seinen“ von der Reziprozität einzelner Handlungen zu trennen und zudem noch, dem Frieden schaffenden Schädigungsverbot, also vor allem dem Gewaltverzicht, eine Sonderrolle einzuräumen.

4. Derartige politische Betrachtungen gehören zwar nicht zum Recht, denn die Rechtssysteme setzen die Rechtsfähigkeit bereits voraus. Aber schon *Platon* und *Aristoteles* haben eine solche politische Gerechtigkeitsphilosophie entwickelt. Wer zudem in den Demokratien vom Recht auf die vorrechtliche Ebene der Präambeln der Verfassungen und Konventionen zurückgeht, der wählt diese Ebene.

5. Rein egoistisch und damit kernliberal setzt dagegen der Utilitarismus an. Dieser Ansatz setzt die Idee der „Freiheit“ des Akteurs voraus. Bedient sich die Idee der Wechselseitigkeit, wie sie üblicher Weise gesehen wird, des Marktmodells, so saugt also die Idee der Gerechtigkeit die Freiheitslehre des Handelns freier Personen mit auf.

Dieser Ansatz nähert sich dabei dem ökonomisch-analytischen Denken des „Rational Choice“⁵¹⁴ an, das im Kern vom egoistischen Menschen als dem urköniglichen Richter als Entscheider ausgeht. Jener trifft die gebotenen eindeutigen Entscheidungen, deren Begründung eigentlich überhaupt nur das Schwarz-Weiß von Vor- und Nachteilen kennt und das nur mit Mühe noch kollektive Güter⁵¹⁵ als solche und damit gesondert benennt.⁵¹⁶ Danach besteht also sogar ein „binäres“ Einheitssystem, das aber auf einem reinen Utilitarismus beruht und das deshalb mit jeder sozialen Sicht ein erhebliches Problem hat. So muss es die Notlösung von „kollektiven Gütern“ erfinden.

Jedes reine Marktdenken muss also eigentlich ohnehin auch den „Markt als solchen“ voraussetzen. Den Markt als kollektives Gut und damit verteilbares Gut zu verstehen, bedeutet eigentlich, den Boden, auf dem der Freie seinen Marktgeschäften nachgeht, wie eine verfügbare Ware zu verteilen. Als logisch erweist sich dieser Ansatz nur, wenn er auch die beiden Alternativen des heißen Krieges und des kalten Monopols offen mit einspeist. Sie stehen deshalb vermutlich immer auch im Hintergrund. Aber sie verlangen dann den Wechsel zur mittelalterlichen Politik von vorstaatlichen „Warlords“.

Aber auch der Utilitarismus, der auf den Nutzen für die jeweilige personale Rolle des Handelnden und damit auch auf dessen Ziele abstellt, verlangt nach einer Art der „freien Zuteilung“, und zwar zunächst einmal durch den Akteur als Entscheider. Jener teilt dann nach seinen Maßstäben gleichsam Aktionen zu, die dann seine Erwartungen im Hinblick auf angemessene Reaktionen bedienen.

⁵¹⁴ Adams, Theorie, 2004, unter anderem 25 ff., 141 ff.

⁵¹⁵ Interdisziplinär zu den „public choices“ als Unterform der „rational choices“ der Ökonomik sowie zur Frage von kollektiven Entscheidungen einer rationalen Öffentlichkeit als Form einer „Verfassungsökonomik“, etwa als ein Dreieck von (a) allgemeinem Konsens, (b) Sozialvertragslehre, (c) wissenschaftstheoretischer Diskurstheorie: Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff., 46 f.

⁵¹⁶ Aus der Sicht der Wirtschaftstheorie mit der besonderen Gewichtung von Kollektivgütern: Buchanan, Limits, 1975, 123, 133.

Der Entscheider selbst unterwirft sich dabei zugleich aber dem Prinzip der Vernunft in der Form des Nutzens. Insofern handelt er nicht einmal frei, sondern stets aufgrund einer bestimmten rationalen Notwendigkeit (rational choice). Daher bestehen für den vernünftigen Entscheider ein Abwägungsgebot und die Vernunftpflicht, sich zumindest innerhalb eines bestimmten Rahmens des noch Vernünftigen zu entscheiden. Aus der Sicht des Utilitarismus erweisen sich insbesondere Verträge, und zwar bis hin zu einem gesamten Gesellschaftsvertrag über die Errichtung eines Staates, als nützlich und damit notwendig.

Die distributive Gerechtigkeit gewinnt an dieser Stelle ihre „solidarische“ Bedeutung. Mit dem freien Markt oder mit dem Staat und seinen Einrichtungen schafft sich der Freie „kollektive Güter“, wie Marktfreiheit oder allgemeine Sicherheit und Ordnung. An ihnen hat jeder Freie seinen Anteil, und der Anspruch darauf gehört für den freien Händler oder den freien Bürger zu dem „Seinen“. Dafür entrichtet der Nutznießer seinen Preis. Zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung hat er Tribute oder Steuern an ein Kollektiv zu entrichten, den biblischen Kaiser, den weltlichen Fürsten oder auch den demokratischen Staat. Aus der kollektivistischen Sicht des Oberherrn, des Clanvorstands, des Herrscherhauses oder des absoluten Staates wandelt sich die Tauschgerechtigkeit zur Zuteilungsgerechtigkeit, die aber mit der Pflicht einhergeht, Tribute zu leisten. Leistungspflichten räumen dem Schuldner dann aber auch eine Art von Zurückbehaltungsrecht ein.

Aus der Sicht des Utilitarismus zahlt man also seinen Tribut für die Vorzüge eines gemeinsamen demokratischen Staates, der sich am Gemeinwohl aller Bürger als dessen Teilhabern und Mitherrschern ausrichtet.

Ein solches kollektives Gut der höheren Ebene kann dann für den liberalen Ansatz neben dem geschützten „Markt“ auch das politische „öffentliche Forum“ als solches darstellen. Sozial verfestigt bilden sie eigenständige Institutionen.⁵¹⁷

⁵¹⁷ Zur Theorie der politischen Institutionen und insbesondere zum Organ-Modell des soziologischen Neo-Institutionalismus, siehe: Göhler, Institutionenökonomie, 1999, 17 ff., 25 ff., 33 ff. (zum Verhältnis

In einem noch weiteren Sinne stellt dann auch die gesamte Rechts- und Friedensordnung ein kollektives Gut der Bürger dar. Zu dieser Art von „Gemeinwohl“⁵¹⁸ gehören auch der kollektive Schutz vor äußeren Gewaltangriffen und die Daseinsvorsorge in sonstigen Notlagen. Sogar das Recht selbst und auch seine Durchsetzung bilden ein kostbares kollektives Gut.

6. In der westlichen Welt findet die „Zuteilung des Seinen“ und die Durchsetzung des „Schädigungsverbotes“ vor allem durch den demokratischen Staat statt. In ihm berufen sich die Demokraten darauf, dass sie Kraft ihrer höchstgelegenen und angeborenen Menschenrechte diese Ansprüche besitzen und dass sie das „Ihre“ am Recht auch selbst unter sich verteilen, wengleich wieder über politische Kollektive, wie den Gesetzgeber, die Gerichte und die Regierungs- und Verwaltungseinheiten.

Der Gedanke der Zuteilungsgerechtigkeit bricht die einfache Goldene Regel der Wechselseitigkeit unter Gleichen also in eine bunte Mehrzahl von Gerechtigkeitselementen auf.

Die gerechte Zuteilung enthält auch hoheitliche Bestandteile, insofern vor allem die Gewalt, und zwar in der Form des „Rechtszwanges“.

Dabei hängt es von der Deutung des Rechts ab, ob man Recht in idealistischer Weise mit *Kant* von der Staatsgewalt trennt und

von „kalkulatorischem und kulturellem“ Ansatz). Dahinter verbirgt sich die Beziehung von „Ich-“ und „Wir-“ Modellen, die durch das zweiseitige Du-Modell verbunden sind.

⁵¹⁸ Aus der Literatur: Koslowski, *Gemeinwohl*, 1999; Brugger, *Deutschland*, 2002; Bußhoff, *Gemeinwohl*, 2001; Münkler/Fischer, *Gemeinwohl*, 2001/2002; Schuppert/Neidhart, *Gemeinwohl*, 2002; Willems/Winter, *Repräsentation*, 2000; Jachmann, *Gemeinnützigkeit*, 2004, 63 ff., Fn. 2. Sowie aus staatsrechtlicher Sicht bislang schon: Isensee, *Gemeinwohl*, 1996, § 57; Sommermann, *Staatsziele*, 1997, 199 ff.; Arnim/Brink, *Methodik*, 2001. Zum noch umfassenderen und zugleich funktionalen rechtlichen Begriff des „öffentlichen Interesses“: Uerpman, *Interesse*, 1999, 5 ff., 26 ff.; sowie: Häberle, *Interesse*, 2006, mit der Gleichsetzung von öffentlichem Interesse und *Gemeinwohl* im Jahre 1970.

den Zwang der Obrigkeit zuschreibt⁵¹⁹ oder ob man im Sinne des Rechtsstaates das ideale Recht und den Staat mit seinem Gewaltmonopol verbindet.⁵²⁰ Die „Tributleistungen“ an das Kollektiv und die Verteilung von kollektiven Gütern bestehen bezüglich des Rechtszwangs im Verzicht auf eigene Gewalt. Ursprünglich und im moralischen Sinne aber besteht die Tributleistung im tugendhaften „Selbstzwang“ eines jeden Freien, dem anderen Freien das „Seine“ zu belassen.

Vereinfacht verzichtet der Freie auf das räuberische, listige oder treuebruchhafte „Nehmen, ohne zu geben“. Damit belässt er den Anderen das Ihre. Setzt der Freie bei diesem Unterlassen zumindest auch auf Gegenseitigkeit, so kehrt er zurück zur Idee der

⁵¹⁹ Zur doppelten Bedeutung des Rechtszwangs im Idealismus von Kant, ausführlich zum Beispiel: Geismann, *Recht*, 2006, 3 ff., 43 ff. (Etwa mit dem Kernsatz: „Dieses Recht darf nicht etwa mit dem allgemeinen Zwangsrecht des Staates oder gar mit dessen Strafrecht verwechselt werden“. Für diese bedarf es einer eigenen Rechtsprüfung, die Kant in seiner auf Hobbes aufbauenden Lehre vom öffentlichen Recht geleistet hat ...“). Das Recht der Obrigkeit unterliegt also einem eigenen Begründungsstrang. Der Begriff des moralisch-persönlichen oder des ethisch-materiellen Rechts birgt dagegen eine eigene Motivation, allerdings, wie anzufügen, von derselben Grundart. Zum Postulat des öffentlichen Rechts bei Kant siehe: Byrd/Hruschka, *Wille*, 2006, 141 ff., 159 ff.; Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, § 42, 10 („Du sollst im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins mit allem anderen, aus jenem (Naturzustand) heraus in einen rechtlichen Zustand, d. i. in den einer austheilenden Gerechtigkeit, übergehen.“). Die zuteilende hoheitliche Gerechtigkeit kann dann aber nur, wie Byrd/Hruschka betonen, im Zustand einer „lex iustitia“ erreicht werden. Damit ist die säkulare Form einer heiligen Ordnung als Gerechtigkeitsordnung erreicht.

⁵²⁰ Zum Rechtszwang bei Kant siehe auch Pawlik, *Volk*, 2006, 269 ff., 276 f. (als „mathematisches Kalkül“, sowie als frühes Negationsmodell „als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d. i. recht“. Als doppelter Ansatz von Prävention und als Restauration gedeutet: Pawlik, *Volk*, 2006, 269 ff., 277. Wesentlich erscheint es aber, dass diese Logik und diese „Mechanik der Mechanik“ dieselbe (oder notfalls eine ewige) *Gegenwart* verlangt. Strafe bildet danach nichts Nachträgliches. Denn Strafe findet sowohl als „Prävention“ zu Abwehr von Gefahr als auch als „Restauration“ als Wiederherstellung des Rechtsfriedens immer in der derselben Gegenwart statt. Das gilt für die noch gegenwärtige Bedrohung oder für den fortdauernden Unrechtszustand.

einfachen goldenen Wechselseitigkeit des „Ich gebe, damit Du gibst“. Über ein ständiges Unterlassen und damit über eine Art von Sozialverzichtsvertrag seiner Nächsten er- und behält der Freie das „Seine“. Offenkundig steht hier hinter der Fiktion vom Freien diejenige, freiwillig auf Willkürakte zu verzichten.

3. Ergänzung durch das Schädigungsverbot

1. An dieser liberalen Idee des Selbstzwanges setzt auch die Sonderformel vom Schädigungsverbot an.

Das Schädigungsverbot (harm principle) bildet, wie in der deutschen Rechtsphilosophie *Arthur Kaufmann* herausstellt, den kleinsten gemeinsamen Nenner eines „negativen und dennoch universellen Utilitarismus“.⁵²¹ Jede reine Nützlichkeitslehre neigt grundsätzlich dazu, vom größeren Nutzen positiv als dem Besseren zu sprechen, aber zunächst die Vermeidung des im Vergleich mit anderen Konkurrenten Schlechteren zu erstreben. Die an sich bescheidene, nur negative Schadenvermeidungslehre befördert am Ende das Sammelgut der kollektiven Handlungsfreiheiten.

Diese Grundforderung steckt in jeder westlichen Rechtslehre, denn sie ist zunächst darauf ausgerichtet, bürgerliches Unrecht, und damit vor allem die „Verletzung“ von Rechtsgütern und Verfahrensgrundsätzen, zu vermeiden. Die Menschenrechte greifen diesen Gedanken auf ihre Weise auf. Sie verlangen vereinfacht die Verbannung der „Unmenschlichkeit“. Die Konventionen, wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention, benennen dazu die einzelnen humanen Schutzwerte, und sie verbieten vor allem Tötungen und Folter, vgl. Art. 1 ff. EMRK, Art. 1 ff. EU-Grundrechtecharta.

Aus der einfachen kontinentaleuropäischen Sicht des Credo von der Dreifaltigkeit von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ liegen die Mängel des Schädigungsverbot in der Beschränkung vorrangig auf die bürgerliche „Freiheit“. Diesem Ansatz fehlt es deshalb zumindest an der zu „verteilenden Solidarität“. Dem blo-

⁵²¹ Kaufmann, *Utilitarismus*, ARSP 1994, 476 ff., 478. Ähnlich: Tammelo, *Ungerechtigkeit*, 1980, 30 ff., 35, sowie: Tammelo, *Philosophie*, 1982, 127 ff.

ßen Verletzungsverbot fehlt das positive Element, das im Anerkennen des Anderen als würdige Person liegt. Es begnügt sich, mit den Metaphern des Naturrechts gedeutet, mit einer Art von Waffenstillstand im Kriege aller gegen alle, ohne dass daraus ein gedeihlicher Friede wird. Es fehlt dem Schädigungsverbot an der hinreichenden Gewährleistung der Gleichheit als unantastbarem Status, etwa im Sinne der angeborenen Rechtsgleichheit der Menschen oder der Gleichheit von Menschen als Teil der Menschenwürde. Aber der dennoch wichtige Kern des einfachen Schädigungsverbot besteht eben in der faktischen Garantie, sich nicht in die Art der Ausübung der persönlichen Freiheit aktiv einzumischen.

Das Schädigungsverbot selbst stellt ein einfaches allgemeines Gesetz dar. Es zielt als solches auf den allseitigen Gewaltverzicht und setzt damit den ersten Schritt hin zum Markt-Frieden unter den freien Akteuren. Aber hinter dem Schädigungsverbot verbirgt sich faktisch auch das politisch-staatliche Gewaltmonopol. Denn die entscheidende Frage lautet, wie auf einen Verstoß gegen das Schädigungsverbot zu reagieren ist. Die übliche Antwort greift auf die Goldene Regel zurück und lautet, in diesem Falle darf notfalls mit dem Gleichen begegnet werden. Entweder ist der ursprüngliche Zustand mit der privaten Selbsthilfe des Betroffenen und seiner Schutzherren wiederherzustellen oder und besser ist die Waffenruhe eben mit staatlich-kollektiver Gewalt zu bewirken.

2. Anzuführen ist, dass das grundliberale Schädigungsverbot im angloamerikanischen Rechtskreis offenbar nur das private Schädigungsverbot meint. Die kollektive Gewalt der Freien oder gar eine allerhöchste „heilige Gewalt“ bleiben außerhalb seiner Reichweite. Vielmehr lässt sich aus dem privaten Schädigungsverbot die staatliche Fürsorgepflicht ableiten, gefährliche Menschen „unschädlich“ zu machen.⁵²² Dahinter steht dann am Ende

⁵²² Strafrechtsvergleichend, und zwar aus amerikanischer Sicht, und in Bezug zur deutschen Rechtsidee der „positiven Generalprävention“ einerseits und zur strafrechtlichen Rechtsgutstheorie andererseits: Dubber, Generalprävention, ZStW 117 (2005), 455 ff. (zum parallelen Schadensbegriff „harm“ 499 ff., 513: vorsichtig kritisch zum missverstandenen deutschen Wert (als nur scheinbar gesondertem Rechtsgutsbegriff: „realitätsfern, wenn nicht sogar anmaßend und elitär“), aber besser als die angloamerikanische Idee der Unschäd-

vermutlich wieder die alte naturrechtliche Idee der Strafe als Vertragsstrafe. Sie hat jeder Mensch im fiktiven Gesellschaftsvertrag dem Grundsatz nach mit vereinbart und gegenwärtig zumindest mit seinem Leben als Erwachsener in einer bestimmten Gesellschaft stillschweigend als „sein“ Handlungsrisiko (oder auch seinen Preis) akzeptiert. Deshalb wird die Straffolge der „Unschädlichmachung“ dem überführten Täter dann als die „Seine“ zugeteilt.

4. Ergänzung durch die legale oder universale Gerechtigkeit

1. Auch legale Gerechtigkeit, also die Idee irgendeiner gesetzmäßigen Ordnung, die für alle gilt, wird mit und seit *Aristoteles* als drittes Element der Gerechtigkeit genannt,⁵²³ auch wenn man sie als Mischform bestehend aus Elementen der zuteilenden und der ausgleichenden Gerechtigkeit, und ebenfalls mit *Aristoteles* aus beidem abgeleitet verstehen kann. So erklärt er:

*„Das Gerechte ist folglich die Achtung vor Gesetz und bürgerlicher Gleichheit, das Ungerechte die Missachtung von Gesetz und bürgerlicher Gleichheit“.*⁵²⁴

Die legale Gerechtigkeit ergänzt dann die „iustitia commutativa“ und die „iustitia distributiva“ um die formale „iustitia legalis“. Damit inkorporiert die Gerechtigkeit insofern in durchaus sinnvoller Weise das „Recht“ und bezieht auch den *Rechtsgehorsam* als daraus folgende Tugend mit ein.⁵²⁵

lichmachung). Siehe zu dieser strafphilosophischen Schlussfolgerung aus dem Schädigungsverbot wiederum rechtsvergleichend: Hirsch, A. v., *Principle*, 1996, 259 ff.

⁵²³ Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, 5.-7. Kap. (1.130b/1131a); vgl. auch: Fechner, *Rechtsphilosophie*, 1962, 11.

⁵²⁴ Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, 5.-7. Kap., 1129b.

⁵²⁵ Siehe dazu im Überblick sowie zur Ausbreitung dieser Deutungen der Gerechtigkeit über die Spanische Spätscholastik, die die Praxis zu ordnen suchte, Landau, *Spätscholastik*, 2001, 403 ff., 410 f.

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 enthält dementsprechend den Satz.

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. [...] Jeder Mensch hat Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten ohne irgendeine Unterscheidung, wie etwa nach Rasse, Farbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, nach Eigentum, Geburt oder sonstigen Umständen.“

Dabei ist das Legale des Rechts vor allem durch den Gedanken des Gesetzes (lex) eines Gemeinwesens bestimmt, dem alle Bürger verpflichtet sind.⁵²⁶ Ein Gesetz beruht, jedenfalls aus der kontinentaleuropäischen Sicht, auf dem Gedanken der Gleichheit, insbesondere in der Form der *Verallgemeinerung*, also als „Abstraktion“.

Es soll ohne Ansehen der Person für alle Menschen (oder alle Staatsbürger oder alle sonstigen als Person „anerkannten Mitglieder“ einer Gemeinschaft) gleich gelten. Während die Wechselseitigkeit (Reziprozität) auf der Grundidee von *actio* und *reactio* beruht und damit vor allem das *konkrete* Verhalten zweier Akteure in den Blick nimmt, regelt das Gesetz künftiges Verhalten und trennt davon die Sanktion. Im Idealfall ist es an alle Rechtsunterworfenen gleichermaßen gerichtet. Ob bei Verstößen dann auch ein Rechtszwang angedroht und vollstreckt wird, liegt auf der zweiten Ebene, die sich mit dem Unrecht beschäftigt. Insofern unterscheidet sich diese Gesetzesidee von dem römischen Fallrecht, das auch noch in den vielen Einzelgesetzen des anglo-amerikanischen Rechtskreises nachhallt.

In diesem Sinne begreift schon *Thomas von Aquin* die „*iustitia legalis*“ als die „*iustitia generalis*“, also die allgemeine Gerechtigkeit, die von der „*iustitia particularis*“, also der besonderen Ge-

⁵²⁶ So bestimmt auch Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“, Zudem heißt es in Art. 1 Abs. 2 GG „Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“

rechtigkeit zu trennen sei, die die Maßstäbe für die rechte Ordnung zwischen einzelnen Personen enthalte.

Insofern handelt es sich beim Legalen zunächst einmal um die „blinde Uniformierung“ des Verhaltens. Ob das Maß auf Meter oder auf Yard lautet oder wie das Standardgewicht einer Goldmünze ausfällt, ist an sich gleichgültig. Aber die Festlegung auf irgendeine bestimmte Einheit nützt allen Teilnehmern am Verkehr. Die Uniformierung als solche verschafft ihnen schon einen „Gemeinnutzen“. Jede derartige Ordnung vermeidet zudem Streit, zumindest solange man sich problemlos auf sie einlassen kann. Jedes Regelwerk schafft vor allem auf dem Markt der Freien und dem Forum der Demokraten Vorhersehbarkeit, und sie befördert den Frieden zwischen den Akteuren.

Außerdem stehen hinter vielen dieser Festlegungen die „Gestaltungsfreiheit“ und die „höchste Autorität“ eines souveränen Ordnungsgebers, entweder eines weisen oder gut beratenen Herrschers oder auch eines (zumeist elitären) Kollektives. Auf Münzen wird und wurde diese Macht dann personifiziert. Über diese Art der legalen Gerechtigkeit entwickelt sich ferner zugleich eine bestimmte Kultur, die ihre Mitglieder einbindet und fremde als solche erkennbar werden lässt. Fremden werden dann die Mühe der Anpassung und die Kosten der Hilfe von „übersetzenden“ Dritten auferlegt.

Aus moralischer Sicht handelt sich um das Prinzip der Verallgemeinerung „als solches“. Als Gesetzgeber ist zwar ursprünglich eine göttliche oder eine herrschaftliche Macht gedacht. Aber mit *Kant* kann auch der sich selbst beherrschende, autonom gedachte Mensch sein Verhalten nach der *Maxime* der Verallgemeinerbarkeit ausrichten. Er ist dann sein eigener weiser Gesetzgeber.

2. Die legale Gerechtigkeit zeigt zugleich und löst dann auch das Problem der Gleichheit. Gleichheit kann es zum einen immer nur im Hinblick auf einen *einzigsten Aspekt* geben und zum anderen sind alle Menschen (und alle sonstigen Lebewesen) Individuen, das heißt, sie unterscheiden sich voneinander.

An sich könnte auch der Satz gelten: „Alle Menschen sind ungleich; sie dürfen deshalb nicht nur, sondern müssen sogar un-

gleich, nämlich *individuell* behandelt werden.“ Diese Sicht existiert, dies aber erst *innerhalb* der *allgemeinen* Gleichheit der Person, etwa beim Maß des Ausgleichs (als Höhe des Marktpreises, als Ausmaß strafrechtlicher Schuld und damit der Höhe der Strafe).

Die legale Gerechtigkeit wählt das *Bürgersein* zum allgemeinen Maßstab (Frauen, Kinder, Sklaven etc.). Damit schafft sie den Kern der Zivilität (*civis*, der Bürger). Dem entspricht auch das mehr ländlich-mittelalterliche Bild von dem *Freien*, der anderen Freien gleich gegenübersteht.

Die universellen Menschenrechte wählen auf einer weiteren Abstraktionsstufe das *Menschsein* zum Maßstab. Sie verbieten zudem ausdrücklich, was an sich und formal zum Unterschied mit der Folge ungleicher Behandlung erklärt werden könnte, also etwa das Frau-Sein.

Die Auswahl des gemeinsamen Dritten, unter das abstrahiert wird und werden muss (also Bürger, Freier oder Menschsein), erweist sich auf den ersten Blick und insofern auch zu Recht als Ergebnis einer *Bewertung*, die von politischer, religiöser oder menschenrechtlich-philosophischer Art ist. In der Tat zeigen schon die menschenrechtlichen Verbote von Sklaverei und Folter, was in anderen Kulturen, durchaus als gerecht anzusehen sein könnte oder im konkreten Falle zu rechtfertigen wäre.

Auf den zweiten Blick aber gibt schon die einfache Grundregel der Wechselseitigkeit einen Hinweis auf den Maßstab: Jeder „Akteur“, der *Gewalt* auszuüben vermag oder auch jeder Mensch, der mit anderen zu *kooperieren* und zu *kommunizieren* versteht, kommt zumindest potenziell als „Person“ in Betracht, die die Anderen geneigt sind, nach dem Grundsatz der Goldenen Regel mit Vergeltung im Guten wie im Bösen zu behandeln. Die Idee von *actio* und *reactio* verallgemeinert diesen Gedanken sogar noch einmal in die empirische Welt der Physik hinein.

3. Insbesondere *Thomas von Aquin* versteht in seiner *summa theologica* die legale Gerechtigkeit zum einen im Sinne der *ordnenden Gerechtigkeit* (der *iustitia generalis* gegenüber der *iustitia particularis*) und zielt zum anderen auf das (letztlich religiös zu deutende) *Gemeinwohl*. Er bestimmt damit eine Ordnungsidee,

die man vor allem als eine Art der hoheitlich-distributiven Gerechtigkeit bezeichnen könnte.⁵²⁷

Mit der Idee der legalen Gerechtigkeit wird also zum einen der Gedanke honoriert, dass irgendeine (dann wenigstens allgemeingültige) „heilige Ordnung“ einen Selbstzweck darstellt. Zum anderen aber haben diese beiden großen Gerechtigkeitslehrer die Gerechtigkeit generell nicht als bloßen Endzweck und alleinigen Wert an sich verstanden. Verankert haben sie sie entweder im vernunftgemäßen republikanischen Verteilungsprinzip oder aber in der vernünftigen Gottesordnung. Allerdings ist – umgekehrt – auch die Vernunft, wie auch die Vorstellung vom monotheistischen Gott, selbst wieder an die Idee der ordnenden und Frieden schaffenden Gerechtigkeit und deren „heiligen Geist“ gebunden.

Derartige „vorletzte Werte“, wie Gerechtigkeit, Frieden, Gemeinwohl oder aber eben auch die Ordnung, bilden in diesem Sinne eine Ideenfamilie. Sie beinhalten insgesamt eine vage und eher formale „letzte“ systemische Gesamtstruktur. Sie gehören zur inneren Verfasstheit (der Identität, der Seele etc.) einer lebendigen Einheit (eines Systems, eines Wesens). Dabei vermögen sich diese gerade noch fassbaren Grundelemente gegenseitig zu stützen und können einander auch wechselseitig erklären helfen.

4. Der Gedanken der Legalität tritt aus der Sicht des „Rechts“, zumal in Kontinentaleuropa, vor allem als das Prinzip eines zumeist auf „Allgemeingültigkeit“ ausgerichteten „Gesetzes“ auf. Normiert werden diese Gesetze innerhalb der Verfassungen durch einen allerhöchsten, den demokratischen Gesetzgeber. Außerdem werden die Gesetze von unabhängigen Gerichten bei Bedarf den Anforderungen der jeweiligen Einzelfälle und den sozialen Veränderungen angepasst. Zu Ende gedacht, gestalten und verhalten sich auch die exekutiven Entscheider in den Verwaltungen als weitere Ordnungsgeber.⁵²⁸ Sie verfügen zwar nicht

⁵²⁷ Zu der Dreifaltigkeit von legaler Gerechtigkeit, der Tausch- und der Zuteilungsgerechtigkeit, siehe: Aquin, Summa theologica, 1273/1953, 1953, Buch II 2. 58. 6.

⁵²⁸ Vgl. für die öffentliche Verwaltung das Gerechtigkeitsgebot in der EU-Grundrechtecharta, Artikel 41, Recht auf eine gute Verwaltung: „(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von

immer über ein Ermessen, aber sie besitzen fast immer einen „Beurteilungsspielraum“. Dann und deshalb sind auch die Verwaltungen an das Gleichheitsgebot gebunden, beziehungsweise dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen.

Legale Gerechtigkeit meint ferner aus politischer Sicht die Notwendigkeit, irgendeine verfestigte Form von sozialrealem Rechtssystem zu entwickeln und zu pflegen. Denn ein solches System schafft zumindest Vorhersehbarkeit und schon deshalb das Vertrauen, das nötig ist, um das Eingehen von Risiken berechenbarer zu machen. Über diesen Gemeinnutzen stellt jede Art von staatlicher Rechtsordnung schon selbst ein „kollektives Gut“ dar, etwa auch ein hierarchisches Kastensystem. Auch deshalb ist die legale Gerechtigkeit den sonstigen zuzuteilenden kollektiven Gütern an die Seite zu stellen.

5. Die Idee der legalen Gerechtigkeit, also die Ordnung als solche, greift auf das Kernprinzip der Goldenen Regel zurück.

Es entspricht im Wesentlichen, aber nicht in den Feinheiten, der wechselseitigen Beeinflussung, dem Gedanken der „*systemischen Gerechtigkeit*“, die eine politische Analogie zu einer *mechanischen Kräftelehre* darstellt. Danach müssen alle großen Subsysteme, und ebenso auch ihre eigenen Untersysteme etc., sich ständig gegenseitig ausbalancieren und anpassen. Nur auf diese Weise können sie das Hauptsystem, das eigentlich die großen Untersysteme selbst bilden, aufrechterhalten und es nach innen am Leben und nach außen wettbewerbsfähig halten. Mit der jeweiligen legalen Gerechtigkeit wird zwar diese subjektive Variante gewählt und ein kluger Gesetzgeber unterstellt. Aber die jeweiligen irdischen, zumeist halbgöttlichen oder gottbegnadeten und gesalbten Gesetzgeber schaffen keine willkürlichen Binnenordnungen. Vielmehr schreiben sie irgendeine Art von Strukturen als Verfasstheiten innerhalb einer bestimmten lebendigen Gemeinschaft fest, die auf einen „Ausgleich“ gerichtet sind, und sei es auch nur denjenigen zwischen Bevölkerungsgruppen.

den Organen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden...“.

5. Fundamentale Kritik an der Strenge der Gerechtigkeit

1. Auf die humanen Grenzen vor allem der schlichten Tauschgerechtigkeit weist der alte Satz „*fiat iustitia pereat mundus*“ („Würde Gerechtigkeit geschehen, würde die Welt vergehen.“) hin.⁵²⁹ Oder mit *Nietzsche*, an den der Rechtsphilosoph *Höffe* erinnert, der *kantsche* „*kategorische Imperativ rieche nach Grausamkeit*“.⁵³⁰ Oder mit *Thomas von Aquin*: „Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist Grausamkeit; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter der Auflösung.“⁵³¹ Strenges (Kleinkrämer-) Recht verlangt nach der Gnade des Herrn. Auch gehören das blinde harte Recht des „Jedem das Seine“ und die salomonische Billigkeit untrennbar zusammen.⁵³²

Die Konsequenzen der bloßen Tauschgerechtigkeit zeigt zum Beispiel *Stratenwerth* auf. Er fragt nicht nur kritisch, „*wie wichtig überhaupt Gerechtigkeit sei*“, sondern verweist auch mit *Gilligan* darauf, dass es nicht nur eine Moral der Gerechtigkeit gebe, die der „*Logik der Gleichberechtigung und Gegenseitigkeit*“ folge, sondern eben auch eine „*Moral der Fürsorge und Anteilnahme*“.⁵³³

2. Diese Erwägungen sind, jedenfalls für diesen Begriff von Gerechtigkeit in sich schlüssig, und an dieser Stelle ist ergänzend festzuhalten, dass der positive Kern der Gerechtigkeit recht *begrenzt* ist, sich aber als ausbaufähig erweist:

(1) Zwar ist die Gerechtigkeit aus der Sicht des westlichen Individualismus als solche am besten mit der Goldenen Regel zu umschreiben. Deren positiver Kern besteht in der Tauschgerechtigkeit

⁵²⁹ Zacyk, *Fiat iustitia*, 2006, 649 ff.

⁵³⁰ Höffe, *Rechtsprinzipien*, 1990, 239 u. Hinw. auf: Nietzsche, *Genealogie*, 1977, 761 ff., 2. Teil, Abs. 6.

⁵³¹ Thomas von Aquin, *Kommentar zum Matthäus-Evangelium* 5, 2 (Pieper Nr. 361), Aquin (Piper), Matthäus, 1270/2011 Nr. 361.

⁵³² Zur Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit, siehe auch: Schäfer, *Grundlagen*, 1989, 65, u. Hinw. auf: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 2003, 172, Sauer, *Gerechtigkeit*, 1959, 137, sowie auf: Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, 14. Kap. (1137 b).

⁵³³ Stratenwerth, *Gerechtigkeit*, 1993, 353 ff., 360 f.; Gilligan, *Stimme*, 1990, insbes. 93 ff.

keit. Aber „als solche“ ist die positive Grundidee der Tauschgerechtigkeit nur für einen kleinen Bereich des Lebens aussagekräftig. Gemeint ist der Bereich, in dem die einander (gerade jetzt einmal körperlich) nahen Personen sich austauschen. Sie geben und nehmen ständig Informationen, Güter oder Leistungen.

(2) Die einfache Austauschgerechtigkeit setzt dabei inhaltlich voraus, dass sich gleichberechtigte Personen gegenüberstehen. Auf unfähige Personen, die wie Kinder, Kranke oder Schlafende grundsätzlich oder auch nur gegenwärtig nicht zur vollen Kommunikation fähig sind, ist die Tauschgerechtigkeit nicht ausgerichtet. Auch von der fort dauernden Existenz der individuellen oder der kollektiven Akteure und deren ständiger Handlungsfähigkeit geht das „Tit for tat“-Prinzip, das „Do ut des“ des Modells des Marktes schlichtweg aus. Insofern ist und bleibt zu fragen, an wen sich die Gerechtigkeitsforderung richtet. Ein Kollektiv wie ein Staat, ein Unternehmen oder eine Sippe kann in der Regel auf ein Mitglied verzichten. Diese Eigenschaft bildet gerade die Stärke von Gemeinschaften. Die Gruppe kann auch ein Mitglied, wie eine Ware auf dem Markt, der Idee der inneren Gerechtigkeit opfern. Aber ein Einzelner hört mit seinem Tode auf, im Diesseits an der Kommunikation teilzunehmen.

(3) Die bloße Wechselseitigkeit von actio und re-actio berücksichtigt ferner offenkundig nicht die Besonderheiten des Einzelfalls, also die Einzelfallgerechtigkeit, die vor allem auf die kollektiven Umstände und Individualität der Akteure selbst blickt. Doch besteht andererseits, wenn keine besonderen Umstände dazu Anlass geben, kein Grund, von der Idee der strengen Gleichheit und Gegenseitigkeit abzuweichen. Die Komplexität des Lebens lässt sich nur mit einfachen Regeln „ordnen“, und davon zehren alle, die daran teilnehmen. Die primitive Schwarmintelligenz der rücksichtsvollen Uniformität bildet dabei einen großen Vorzug. Aber der Mensch ist auch genetisch nicht dazu gezwungen, in bestimmten kollektiven Körpern, wie etwa dem Markt, eingeschlossen zu sein und sich dort stets fair zu verhalten.

(4) Absolut gesetzt begründet die Tauschgerechtigkeit, die von diesen Grundlagen ausgeht, dann auch die Idee der Handlungsfreiheit und die des Freien unter Freien. Wer dagegen umgekehrt von der „Freiheit des Freien“ ausgeht, verlangt als naheliegende Folge davon nach dem Vorrang der Tauschgerechtigkeit. Dieser Weg ist auch hier eingeschlagen. Die Ergänzungen besitzen dann

nur komplementären Charakter und folgen der Methode von Regel und Ausnahme.

(5) Wer hingegen das Schwergewicht auf die soziale Leitidee der „Solidarität“ als der Verbindung aller mit allen innerhalb einer Gemeinschaft setzt, sei es die Verbindung mit Menschen, anderen Nächsten oder auch der Natur selbst, der gelangt sogar zum Vorrang der kollektiven Pflichten- oder Fürsorgeethiken. Die Akte der Fürsorge sind danach dem Bedürftigen im Sinne der distributiven Gerechtigkeit „zuzuteilen“. Individuelle Rechte auf die „Teilhabe“ als Mitglied des Ganzen erwachsen nur als Derivat. Aber unter den allernächsten Personen, solchen die sich miteinander austauschen, regiert die Tauschgerechtigkeit das Verhalten der Nächsten in einem hohen Maße. Die Gebote der Tauschgerechtigkeit werden dort zumindest faktisch befolgt.

Bei der Gerechtigkeit im Sinne einer vorrangig auf Solidarität ausgerichteten, sozialetischen Pflichtenlehre werden aus der westlichen Sicht, die der individualistischen Freiheit den Vorrang vor der kollektivistischen Solidarität einräumt, die Leitregel und das Korrektivsystem ausgetauscht.

(6) Aber bei Gerechtigkeitsformeln gehören die (rein individualistisch verstandene) Tausch- und die (rein kollektivistisch gedeutete) Verteilungsgerechtigkeit untrennbar zusammen. Aus der Sicht einer sinnvollen Idee der Gerechtigkeit, nämlich einer solchen, die ihrer fiktiven Aufgabe nachkommen kann, als ein „alleiniges Höchstprinzip“ zu fungieren, sind beide Lehren vonnöten.

(7) Auch, wenn man anders ansetzt und nur die dialogische Paarung von Freiheit und Solidarität als elterliche Höchstidee begreift, dann dient die Gerechtigkeit der Aufgabe, zwischen der Freiheit (oder dem Individualismus, dem Egoismus etc.) und der Solidarität (dem Kollektivismus, dem Gemeinwohl etc.) zu vermitteln, eine vernünftige „Mitte“ zu finden. Dazu sind dann die beiden Gerechtigkeitsideen, die (egoistische) Tauschgerechtigkeit und die (soziale) Verteilungsgerechtigkeit miteinander zu verbinden.

(8) Aber offenbar ist es zumindest auf nationaler Ebene kaum möglich, ohne einen Vorrang auszukommen. Die Idee der „De-

mokratie“ nötigt dazu, den Einzelnen den Vorrang einzuräumen. Aber als Korrektiv der Tauschgerechtigkeit kennt auch die westliche Sicht diese Solidaritätspflichten.

3. Die Solidaritätspflichten selbst führen an sich nur zum Vorrang des *Gemeinwohls*. Damit allein würde jede Art von Sozialismus zu rechtfertigen sein. Deshalb muss das *Gemeinwohl* entweder näher bestimmt, oder aber der Begriff der Gerechtigkeit in eine zweite Reihe von Sekundär-ideen abgeschoben werden.

Die Gerechtigkeit in diesem materiellen Sinne lässt sich derzeit am besten unter dem weiten Dach des Wortes von der „Humanität“ versammeln.

6. Ergänzung durch Humanität (Gnade, Billigkeit, Barmherzigkeit, Vernunft, Liebe)

1. Die Alternative und die hier sogleich zu vertretende extensive Deutung der Gerechtigkeit sind deshalb weniger radikal. Auch die Ideen der Humanität, so lautet die These, gehören inzwischen zur Gerechtigkeit. Die Mitmenschlichkeit ist in der Idee der Menschenwürde verrechtlicht. Deshalb findet sie ihre Ausprägung nicht mehr (nur) in der vom Recht getrennten Idee der Gnade (Barmherzigkeit oder auch einer moralischen Supererogation). Das „Seine eines Menschen“ beinhaltet nunmehr auch den „Rechtsanspruch auf Humanität“, so wie es in der westlichen Welt der Menschenrechte der Fall ist, die etwa die Todesstrafe, die strenge Vergeltung für Mord, die noch *Kant* in seinem Inselbeispiel forderte, weitgehend gebannt hat.

Auch bei *Kant* regiert vor allem die Vernunft und nicht nur der kategorische Imperativ. *Kant* erläutert, so würde derjenige, der die „*Maxime, anderen ... in ihrer Not nicht Beistand leisten zu wollen ..., zum allgemeinen Erlaubnisgesetz machte*“, riskieren, dass „*ihm, wenn er selbst in Not ist, jedermann gleichfalls seinen Beistand versagen*“ würde. Menschen seien als „*Mitmenschen, d.*

i. bedürftige, auf einem Wohnplatz durch die Natur zur wechselseitigen Beihilfe vereinigte vernünftige Wesen“.⁵³⁴

Für *Kant* und damit gegen *Nietzsche*, der allein auf *Kants* kategorischen Imperativ blickt, ist der Mensch also offenbar von der Natur her ein sozialpflichtiges, weil ein vernünftiges Wesen.

Der eher utilitaristisch ausgerichtete angloamerikanische Kulturkreis kann sich aber auch auf *Locke* stützen, der aus heutiger Sicht statt auf die Menschenwürde abzustellen, vor allem die große Rollen-Idee ausgearbeitet und jeden Menschen als naturrechtlich gegründete Rechts- und Freiheitsperson verstanden hat.⁵³⁵ Aber derselbe *Locke* verbindet in durchaus säkularisierender Weise Selbsterhaltung und Gemeinwohl miteinander und spricht von der „*Verpflichtung zur gegenseitigen Liebe zwischen den Menschen*“.⁵³⁶ Aus ihr ergäben sich die großen Maximen von Gerechtigkeit und Barmherzigkeit (justice and charity). Nach diesem Modell stehen Gerechtigkeit und Barmherzigkeit im Übrigen komplementär nebeneinander. Aber auch danach bedarf die Gerechtigkeit (im engeren Sinne) einer humanistischen Korrektur.

2. Je nach Sichtweise gehören die bunten Aspekte der „Humanität“ entweder zu den Unterarten oder zählen zumindest zum komplementären Umfeld der „zuteilenden Gerechtigkeit“. Dieser Strauß an humanen Ideen umfasst

- die herrschaftliche Gnade,
- die richterliche Billigkeit,
- die empathische Barmherzigkeit,

⁵³⁴ Kant, *Metaphysik*, 1797, AA , VI, 453; sowie zusammenfassend zur Wechselseitigkeit m.w.N.: Höffe, *Diskurse*, 1981, 91 f.; Habermas, *Gerechtigkeit*, 1986, 291 ff.; siehe auch: Kühl, *Freiheit*, 1999, 259 ff., 268 ff.

⁵³⁵ Dazu ausführlich: Montenbruck, *Naturrecht*, 2010, 147 ff., 185 ff., Rn. 555 ff.

⁵³⁶ Zu „Obligation to mutual love amongst men“, vgl. Locke, *Second Treatise*, 1690, § 4; Hüning, *Naturzustand*, 2001, 85 ff., 89.

- die weise Vernunft,
- die christliche Nächstenliebe,
- den Tribut an Freiheiten zugunsten des Gemeinwohls
- den moralischen Altruismus oder auch die Supererogation etc.

3. Bekannt ist vor allem die Idee des Verzichts auf Vollstreckung als „Gnade vor Recht“.⁵³⁷ Dahinter verbirgt sich eine herrschaftlich-hoheitliche Sicht, die auch der Demokratie als Herrschaftsform noch eigen ist. Gemeint ist auch die trichterliche „Billigkeit im Einzelfall“ als mildernde Einzelfall-Gerechtigkeit.⁵³⁸ Diese Sicht bedient das Gerichtsrecht und beruht auf dem common sense. Man kann auch die Idee des administrativ „Verhältnismäßigen“ mit einbeziehen. Verfassungsrechtlich ist etwa das Eigentum und das sonstige Vermögen mit einer Gemeinwohlpflichtigkeit belastet, Art. 14 GG, Art. 17 EU-Grundrechtecharta. Auch die Sittenwidrigkeit, die vor allem Verstöße gegen die Menschenwürde umfasst, kann die Handlungsfreiheit begrenzen, Art. 2 I GG.

Mit der Idee einer humanen Gerechtigkeit kann man die Gebote der Gnade, der Billigkeit, des Gemeinwohls etc. dann als „kollektive Güter“ begreifen. Diese Werte der Allgemeinheit gehören ihrerseits zur Idee der „Solidarität“. Beim „gerechten Abwägen“

⁵³⁷ Dazu: Radbruch, Rechtsphilosophie, 2003, 173 f., sowie Schäfer, Grundlagen, 1989, 62 f.; zum Stichwort Recht und Gnade etwa auch: Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995, § 133, Pg. 282. Aus der Sicht der Rechtsgeschichte, siehe auch: Hattenhauer, Begnadigung, ZStW 78 (1966), 184 ff., besonders 192 ff. Ferner: Grewe, Gnade, 1936, 1 ff. u. Hinw. auf die Kritik von Kant an der Gnade (nicht aber an der Billigkeit), als das „*schlüpfrigste... unter allen Rechten des Souveräns*“ (Kant, Metaphysik (Weischedel), 1956, A 205, B 235), womit Kant jedoch auch den ersten Schritt zur späteren Verrechtlichung und Verallgemeinerung der Gnade in den Demokratien setzt, etwa als souveräner und zugleich humaner Verzicht auf die Todesstrafe. Siehe auch: Kaufmann, Recht, 1991, 8 ff. (von Sophokles bis Kafka, von Hartmann von Aue bis Thomas Mann, ferner auch zur Gegenfigur des Michael Kohlhaas, 28).

⁵³⁸ Zur Verwandtschaft von Gnade und Billigkeit, siehe: Ihering, Zweck, 1923, 331 ff.

sind sie mit auf die Waagschale zu legen. Dann bilden sie auch eine Form der Gerechtigkeit. Wer dagegen diese humanen Elemente von der Gerechtigkeit trennt, der stellt der blinden Kerngerechtigkeit ein gesondertes Korrektiv gegenüber, etwa nach dem Modell von gerechtem Recht und weiser Gnade.

Im Rahmen der kontinentaleuropäischen Menschenrechtssysteme treten diese humanen Elemente des menschengerechten Rechts als zusätzliche Korrektive der strengen Wechselseitigkeit auf. Am besten lassen sie sich im Recht auf einer zusätzlichen Prüfungsstufe, der „Angemessenheit“, ansprechen (vgl. § 34 StGB). Aus der Sicht des Verfassungsrechts handelt es sich dann um die Feststellung der allgemeinen „Verhältnismäßigkeit“ der staatlichen Mittel, die vor allem negativ ansetzt und die „Unverhältnismäßigkeit“ beseitigt wissen will und die Willkür als Ungerechtigkeit ansieht (vgl. erneut Art. 52 EU-Grundrechtecharta).

4. Aus ziviler Sicht ist mit der Humanität die empathische, ursprünglich christlich besetzte, unverdiente Barmherzigkeit gemeint, die als konkrete Hilfe auftritt, aus idealistischer Sicht rein altruistisch vorgeht und deshalb von würdigen Menschen anderen würdigen Menschen gewährt wird, die sich in Not befinden.

Um die Unterscheidung zwischen der streng gedachten Gerechtigkeit und dem christlich-altruistischen Begriff der *Liebe* bemüht sich *Eggers* in Anlehnung an *Pipper* und *Brunner*⁵³⁹: Gerechtigkeit schenke nichts. Sie gebe gerade das, was dem anderen gehöre, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Liebe sei Grundlage, Ermöglichung und Erfüllung dessen, was Gerechtigkeit fordere. Liebe sei mit *Schrey*⁵⁴⁰ zu beschreiben als der totale Akt, durch den eine Person eine andere in ihrer Würde anerkenne und bejahe. Insofern sei Gerechtigkeit Liebe innerhalb des Ordnungsfelds. Doch gehe Liebe zugleich weit darüber hinaus, denn sie

⁵³⁹ Eggers, Gerechtigkeit, 1987, 27 ff., 28 f., u. Hinw. auf: den Theologen Pieper, Viergespann, 1964, 87; Brunner, E., Gerechtigkeit, 1981, 150 ff.

⁵⁴⁰ Schrey, Ethik, 1972, 192, u. Hinw. auf: Nell-Breuning, Gerechtigkeit, 1985, 338 f.: Liebe umgreife den ganzen Menschen als Person über das schlichte Verhältnis hinaus; vgl. auch: Bayer, Freiheit, 1995.

könne immer mehr (dürfe aber niemals weniger) geben, als Gerechtigkeit fordere.

Allerdings sei Barmherzigkeit nur dann angezeigt, wenn Grund zum Mitleid bestehe. Sie sei gegenüber dem Ärmern und Schwächeren geboten. So zeigt der Herrscher Gnade gegenüber den Unterworfenen. Ein moralischer Anspruch darauf besteht nur, wenn die Ordnung zu unbilliger Härte führt, also im Hinblick auf den Einzelfall nicht mehr angemessen wäre. Aus moralischer Sicht heißt das „Mehr-geben-als-man-verpflichtet-ist-zu-geben“, also „Supererogation“.

5. Setzt eine Rechtskultur, wie die westlichen, neben der Gerechtigkeit auf die Demokratie der Freien, so verändert sich das Rechtssystem allerdings. Denn dann sind die demokratischen Gesetze in weiten Bereichen frei vom Plenum der Gesetzgeber zu gestalten. Sie könnten als bloße Demokraten die Verbrennung von Hexen mit Mehrheit beschließen sowie die Sklaverei und die Todesstrafe wiedereinführen. Deshalb bedarf es in der Demokratie der Selbstbindung an die beiden Leitideen der Gerechtigkeit, die Goldenen Regel, etwa in der Form der Verallgemeinerbarkeit sowie die Zuteilung von Recht und Freiheit, als „das Seine“ eines jeden. Die Ideen der Humanität sind vom Demokraten dann ebenfalls zu verinnerlichen. Er könnte sie ebenfalls gerecht zugeteilt wissen oder als außerrechtliche verstehen.

Aber binden die Demokraten ihre eigene (subjektive) Freiheit an die (objektive) Idee der Gerechtigkeit, so verfügen sie über ein Korrektiv. Diese Idee der (objektivierten) Vernunft und der (systemischen) Ordnung regiert dann das innere Wesen oder die Identität eines jeden Demokraten. Es leitet die Demokraten dann das, was ethisches Minimum genannt wird und was vor allem die Hauptlinien der Verfassungen vorgeben.

Das westliche Recht sucht dann drei mächtige Ideen zu verbinden, die insgesamt eher objektiven, weil natürlichen Grundregeln der „Gerechtigkeit“, die intersubjektive „Demokratie“ der Freien und die semireligiöse Idee der „Humanität“.

6. Diese Art der menschlichen Barmherzigkeit, der hoheitlichen Gnade und der gerichtlichen Billigkeit kann aber auch als Ausdruck von „Solidarität“ angesehen werden. Derart gelesen, passt

sich diese Sicht der Humanität in den politischen Dreiklang von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ ein.

Damit ist über die sinnvolle Verortung der Humanität wie auch der anderen Ergänzungen in einem „Gesamtsystem der Gerechtigkeit“ nachzudenken.

II. Rückblick und Ordnungsversuch der Gerechtigkeits-elemente

1. Rückblick

1. Zu versuchen ist, die Grundregeln in einem „System der Gerechtigkeit“ zu ordnen. Die Gemengelage der Elemente stellt sich nach allem in etwa wie folgt dar:

Neben der zu Anfang gewählten einfachen Dreiteilung der Gerechtigkeit in (1) „Wie Du mir, so ich Dir“, als Wechselseitigkeit und Gleichheit sowie (2) „Jedem das Seine“ und (3) „Niemandem einem Schaden“ existieren also weitere Gerechtigkeitselemente.

Vor allem tritt (4) die legale Gerechtigkeit hinzu, die sowohl den Gedanken der sinnvollen Ordnung verkörpert, als auch die Idee der Souveränität eines höchsten Gesetzgebers betont.

(5) Die Idee der Humanität erweist sich als ambivalent. Entweder gehört die Mitmenschlichkeit nicht zur Gerechtigkeit selbst. Dann bildet sie ein selbstständiges Korrektiv der Gerechtigkeit. Denkbar ist aber auch, dass der Humanismus sich die Gerechtigkeit unterwirft. In diesem Falle dient die Gerechtigkeit der Höchstidee des Humanismus dann als Strukturprinzip und stellt für sich betrachtet die mitmenschliche Art der Gerechtigkeit dar. Allerdings muss sich dann auch der Humanismus, wie jede Höchstidee, erheblich erweitern. Gemeint ist dann der zivile Präambel-Humanismus, der nicht mehr nur die Idee der Mitmenschlichkeit umfasst, sondern auch die Idee der Demokratie zum Gegenstand hat und der eben auch die Gerechtigkeit in der Form des Rechts mit in sich aufnimmt.

2. Aus der Sicht der Ethik und in der Paarung von „Recht und Gerechtigkeit“ bildet der Humanismus den „minimalethischen Kern“, und zwar nicht nur des Rechts, sondern zugleich auch der Gerechtigkeit. Dieser materiale Nukleus besteht vor allem in der Trinität von Menschenwürde, Rechtspersönlichkeit und dem Anspruch auf kollektiven Schutz. Diese drei Elemente bilden in etwa die Grundideen der nationalen Grund- und der transnationalen Menschenrechte.

Ebenso kann man auch die „materiale Gerechtigkeit“ von der „formalen Gerechtigkeit“ trennen. Die materiale Gerechtigkeit bildet dann die Ethik als Lehre von dem „Guten“, den Werten, vom Nutzen oder vom Gemeinwohl. Das sozialreale westliche Recht wiederum verbindet beides. Der ethische Inhalt und die formale Legalität fließen dann in den ausformulierten Verfassungen, wie dem Deutschen Grundgesetz, und den Konventionen, wie der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der EU-Grundrechtecharta, zusammen. Die Gerichte gründen ihre Entscheidungen darauf, und die Verwaltungsorgane füllen ihre Beurteilungs- und Ermessensspielräume in diesem Geiste aus.

2. Dreifaltige Gliederung der Gerechtigkeit

1. Nach allem bietet sich vielleicht die folgende Art der Gliederung der Gerechtigkeitselemente für die westliche Sicht an:

(I) Zwei Kernformeln:

(1) Die *individualistische* eigentliche Hauptformel bildet die sogenannte „Goldene Regel“ der „aktiven Wechselseitigkeit“, und zwar zwischen „Gleichen“ (grob: *iustitia commutativa*).

(2) Hinzu tritt die allgemeine, zumeist passive Pflichtenformel „Jedem das Seine“ verbunden mit dem konkreten Gebot „Niemandem einen Schaden“ (in etwa: *iustitia distributiva*).

(II) Zwei Korrektive schränken die aktive „Wechselseitigkeit“ ein. Sie füllen (a) entweder zugleich die „Pflichtenformel“ aus oder (b) sie ergänzen diese:

(1) *Kollektiv* und formal: Die legale Gerechtigkeit begründet irgendeine souverän „gesetzte“ Struktur und bietet eine Vertrauen schaffende Ordnung, etwa im Sinne eines Gleichgewichts der herrschenden politischen Kräfte. Mit der Idee des übermächtigen freien Gesetzgebers überschreitet dieses Element den Kernbereich der Gerechtigkeit. Ob es noch zur Gerechtigkeit gehört oder diese nach außen verankert wird, ist eine Frage der Auslegung nach Sinn und Zweck der Gerechtigkeit. Wird sie absolut gelesen, so ist eine weite Deutung geboten. Ist die Gerechtigkeit als Teil einer Ideenfamilie, zu der auch das Recht zählt, zu verstehen, so reicht es aus, sie ohne den Gedanken eines Gesetzgebers zu verstehen,

(2) *Mitmenschlich* und sachbezogen tritt die menschliche Barmherzigkeit, die hoheitliche Gnade und die richterliche Billigkeit etc., kurz die Humanität hinzu. Hier gilt dasselbe. Man kann und wird üblicherweise die Humanität zur Gerechtigkeit zählen, etwa als materiale Gerechtigkeit. Man kann sie aber auch dem minimalen ethischen Recht zuordnen, sofern man die Gerechtigkeit nur formal versteht und dafür das Recht mit einem ethischen Kern aufrüstet und klar trennt. Aber dann wären bestimmte Menschenrechte, wie das Verbot der Sklaverei und der Todesstrafe, zwar zum Recht, aber nicht zur Gerechtigkeit zu rechnen. Sinnvoller ist es, die Gerechtigkeit als den ethischen Hintergrund des sozial-realen Rechts zu verstehen, Sobald also die „Menschenrechte“ zum Recht gehören, muss deshalb auch die Gerechtigkeit zumindest einen entsprechenden „minimalen ethischen Kern“ enthalten.

(III) Kritisch zurückblickend beruht diese Art Ordnung der Gerechtigkeitsaspekte auf der Unterstellung der westlichen Ideenwelt. Nach ihr steht der einzelne Mensch und nicht die Gemeinschaft im Mittelpunkt. Die „Freiheit“ des Individuums regiert diese normative Welt. Die sozialen Aspekte, für die der Begriff der „Solidarität“ steht, dienen der Korrektur. Das Gegenmodell wäre und ist die alte Familien- und Clan-Konstruktion. Nach ihr ergibt sich für den Einzelnen vorrangig eine Opfer- und Pflichtenethik der Einzelnen. Die Idee der Freiheit der Einzelnen ist dann nur das Korrektiv. Die Gemeinschaft bietet dem Einzelnen als ihrem Mitglied vor allem Schutz und Fürsorge.

Aber immanent bleibt dem Gedanken der Gerechtigkeit stets auch der Ur-Gedanke der „Gleichheit“. Gegen, aber auch für ihn spricht, dass die Idee der Gleichheit funktional offen und damit

umstritten sein kann, aber auch muss, was denn nun als gleich angesehen wird. Die Geschichte liefert für den Streit um die Gleichheit zahllose Beispiele, und in der Regel ging es vorrangig um die Gleichheit der Freien, sei es der freien Krieger, der Clans, oder der Königreiche, aus denen sich dann entsprechende Achtungspflichten ergeben. Die englische magna carta libertatum von 1215 verschaffte etwa dem Adel diesen Freibrief. Diesen Aspekt der „Gleichheit“ kann also jede Person und jede Personengruppe für sich und vor allem gegenüber ihren Wettbewerbern beanspruchen,

Deshalb kann die Ur-Idee der schlichten Gleichheit auch in jedem der beiden großen Gesellschaftsmodelle, im *Individualismus* und auch im *Kollektivismus* seinen eigenen Beitrag leisten. Vereinfacht beinhaltet das Gebot der Gleichheit von Gleichen und dann auch die Idee der Ungleichheit von Ungleichen die alte Idee der (statischen) „Ordnung“. Postmoderner gefasst, handelt es sich um den Modellgedanken des groben Gleichgewichts von Subsystemen innerhalb eines Hauptsystems. Dynamischer formuliert geht es um das ständige Ausgleichen von Interessen, zu dem dann auch ein eigenes Sub-System des Ausgleichens zählt, sei es ein individualistisches *Rechtssystem* oder ein soziales *Pflichtensystem*.

Jede normative „Verfasstheit“ oder „Struktur“ einer jeden Gemeinschaft, im Westen zugleich auch „Verfassung“ der demokratischen Staaten genannt, beinhaltet eine solche Ordnung. Anthropologen werden dann von einem System gemeinsamer Riten sprechen, die durch ihre „Wiederholung“ zur „Konformität“ im Leben führen.

Dabei bedeutet Gleichheit immer auch, dass die Individualität des freien „wilden“ Einzelnen eingeschränkt und damit auch zivilisiert wird. Und Gleichheit heißt für den Kollektivismus ebenfalls, dass auf diese Weise die gottgleiche Übermacht einer totalitären „wilden“ Tyrannei eingeschränkt und damit zivilisiert wird. Insofern verfügt also die Gleichheit, verstanden als Synonym für den Kern der Gerechtigkeit, innerhalb der Dreifaltigkeit von Freiheit, Gleichheit und Solidarität, über eine höchsteigene Aufgabe.

2. Die „Gerechtigkeit“ ist also ein schillernder Begriff, der sich im Groben aber ordnen lässt.

3. Geistiges Dach und rechtliche Realität: Humanismus und Verfassungen

1. Hinzu tritt das geistige Umfeld der Gerechtigkeit, das diese mitprägt und von ihr auch mitbestimmt wird. In einem weiteren Schritt kann man die Idee der Gerechtigkeit mit den weltlichen Ideen der Demokratie und des Rechts, etwa über die Grundidee eines politischen Humanismus, zu einer „westlichen Ideenfamilie“ verbinden.

Ebenso kann man die Gerechtigkeit bestimmten Höchstideen unterordnen. So erhebt etwa die christliche Gottesidee die Elemente der Gerechtigkeit zur göttlichen Gerechtigkeit. Auch verlangt die Vernunftidee ihre eigene vernünftige Gerechtigkeit. Dabei muss dann nur vorausgesetzt werden, dass die Gerechtigkeit am Ende nicht selbst die Höchstidee darstellt, sondern dass sie nur eine bestimmte Ausprägung des höchsten Wertes beinhaltet oder nur einen Teil von dessen heiligem Geist bedeutet.

Das säkulare geistige Dach der westlichen Art der Gerechtigkeit, also derjenigen, die die Tauschgerechtigkeit in den Mittelpunkt stellt, bildet der „zivile Präambel-Humanismus“. Seine Art von Naturrecht durchdringt die Idee der Gerechtigkeit mit seinen humanen Anforderungen, vor allem den Menschenrechten, und wird umgekehrt auch von der Idee der Gerechtigkeit mitbestimmt.

2. Aus dem politischen Blickwinkel der nationalen Verfassungen und der transnationalen Konventionen bietet die Idee der Gerechtigkeit folgendes:

Wichtig ist zum einen das Verhältnis von Gerechtigkeit und Recht. Der Vorzug der Idee der Gerechtigkeit besteht in jedem Fall darin, dass sie nicht von der Existenz eines Staates oder eines bestimmten Rechtes abhängig ist. Aber sie zielt auf die Konstruktion eines gerechten Rechts (oder eines gerechten Pflichtensystems). Außerdem leugnet sie nicht die Möglichkeit, erlaubten und damit gerechten Zwang einzusetzen.

Zur Gerechtigkeit und zum Recht tritt zudem die Idee der Demokratie hinzu: Der Schutz des privaten Eigenen, also des „Seinen“, ist ein Gut, auf das der Demokrat in einem Rechtsstaat ein

„Rechtsanspruch“ hat. Als Mitherrscher kann er von „seinem“ Staat verlangen, ihm seinen Anteil am kollektiven Gut der Rechtssicherheit zuzuteilen. Denn die freien und gleichen Bürger haben den Rechtsschutz in ihrem fiktiven Verfassungsvertrag wechselseitig mit vereinbart. Insofern zählen die Grund- und Menschenrechte aus der Sicht des Gedankens des Freiheitsverzichts sogar zur Tauschgerechtigkeit.

Im Einzelnen kann man die Kernethik auch noch einmal etwas anders fassen. So entspringt die Idee der absoluten, weil angeborenen Menschenwürde einer natürlich-hoheitlichen „Zuteilung“, und sie erfordert einen entsprechend effektiven, kollektiven Schutz. Dagegen beruhen die interpersonale Freiheitsidee und der dazugehörige Gedanke des Freiheits- und Gewaltverzichts auf der einfachen „Wechselseitigkeit“. Die beiden Ideenpaare der individuellen Würde und des kollektiven Schutzes sowie der privaten Freiheit und des privaten Gewaltverzichts dürften wiederum gemeinsam, wenn auch mit unterschiedlichen Schwerpunkten, die Verfassungen aller westlichen Demokratien beherrschen.

Denn als demokratischer Rechtsstaat verfügt der gesamte „humane Verfassungsstaat“ selbst auch über einen vielfältigen und lebendigen Gestaltungsfreiraum für seine „legale“ und „praktische“ Ordnung, sei es durch die Gesetze selbst, durch die Einzelfallgerechtigkeit der Gerichte, in der Form der humanen Vollstreckung, durch die Exekutive oder aber durch die Rückkopplung mit dem Rechtsbewusstsein der Öffentlichkeit.

3. Wer aber nach allem die Gerechtigkeit noch einmal auf ein einziges Wort reduzieren will, der sei daran erinnert, dass die Gerechtigkeit immer auch auf die Idee „Gleichheit“ setzt.

12. Kapitel Gerechtigkeit – Strafe, Versöhnung und Sinn

I. Gerechtigkeit in Strafe und Versöhnung

1. Gerechte Strafe

1. Von der Gerechtigkeit aus ist nunmehr zu fragen, in welcher Beziehung sie zur Strafe und zur Versöhnung steht. Gerechtigkeit und Strafe erscheinen schon beim ersten Vergleich eng miteinander verbunden. Die Gerechtigkeit der Strafe steckt vor allem im Gedanken der Wechselseitigkeit. Das Übel der Straftat wird mit einem anderen Übel, der Strafe, wenn auch zu einem guten Zwecke, ausgeglichen.

Dieser Ansatz gilt auch für die Bemessung der Strafe. So ist für die Strafzumessung mit *Arthur Kaufmann* an die Worte *Thomas von Aquins* zu erinnern:

*„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.“*⁵⁴¹

2. Eine Einordnung der deutschen Strafadeen in das Modell der rechtsphilosophischen Kurzfassung, also die Subsumtion unter diese Vorgaben könnte dann etwa Folgendes ergeben:

Der „Tat-Schuld-Ausgleich“ beruht offen auf dem Gedanken der Wechselseitigkeit. Die gerechte Strafe funktioniert mit anderen bekannten Begriffen als „Repression“ und zur „Restauration“. Repression meint dann das Richten von etwas Krümmem. Der Richter drückt mit Gewalt etwas in seine alte Form „zurück“.

⁵⁴¹ Kaufmann, *Theorie*, 1985, 15; Aquin, *Summa theologica*, 1273/1953, 1953, 2. Buch, II qu. 61, a 4), wörtlich zitiert im Anhang, 65.

Restauration meint die gerechte „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“.⁵⁴²

Der alten Idee der Barmherzigkeit, und in den europäischen Demokratien auch der „zuteilenden Gerechtigkeit“, entspringt der Verzicht auf die Todesstrafe sowie die Aufrechterhaltung der Menschenwürde und der Personalität des Gefangenen im Strafvollzug, zudem mit der Aussicht, wieder in Freiheit zu kommen. Die Menschenwürde und diese Aussicht auf Freiheit bilden das „Seine“ des Strafgefangenen. An diesem kollektiven Gut behält er weiterhin „seinen“ Anteil.

Die beiden Strafbegründungen der Generalprävention und der Individualprävention bilden den „guten Strafzweck“. Er erfordert die rechtphilosophische Grundhaltung des Utilitarismus einzunehmen. Zunächst einmal gehen diese beiden Sichtweisen der Vorbeugung von der Notwendigkeit des Strafens aus. Dass Strafen ihnen tatsächlich zu dienen vermag, setzen sie als ein hinterfragbares Axiom voraus. Zudem sind beide als gute Zwecke auf die Mehrung des Gesamtnutzens ausgerichtet. Strafe erweist sich als ultima ratio zur Erhaltung der „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“ oder für das Vertrauen in das Recht. Außerdem ist sie zur Verminderung der Handlungsfähigkeiten des Täters und zur erstrebten Resozialisierung der Persönlichkeit des Gefangenen unabdingbar.

Von allen Personen, die am Strafen beteiligt sind, verlangt dieser Ansatz eine rationale Abwägung. Sie führt dann zu der im Einzelfall „gerechten“ Entscheidung, die dem Täter als die „Seine“ zugeteilt wird und den erforderlichen Nutzen für das jeweilige Ziel erbringen soll. Strafgesetz, Strafgericht und Strafvollzug bilden die drei groben staatlichen Stationen dieser langen Entscheidungskette.

An ihrem Ende hat der Verurteilte dann die notwendige und pflichtgemäße Zuteilung eines bestimmten und nützlichen Strafübels erhalten und auch verbüßt.

⁵⁴² Zur „Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens“, siehe aus der Sicht der Rechtsphilosophie auch: Zaczyk, Begründung, 2005, 207 ff.

Der Utilitarismus blendet jedoch aus, dass alle Entscheider persönlich oder in Gruppen über einen recht breiten Gestaltungsspielraum verfügen, und zwar der demokratische Strafgesetzgeber ebenso wie das Strafgericht und der Vollzug. Neben der normativen Seite, wie zum Beispiel der vagen Strafbemessung, schafft auch die empirische Seite, zu der die Beweisfragen und auch die möglichen Prognosen gehören, eine schon durch ihre Komplexität fast irrationale Gemengelage. Andererseits gehört zu den ethischen Abwägungs- und Zweckbetrachtungen auch etwa das Prinzip der „Effektivität der Strafrechtspflege“.

In diesem breiten Bereich der Gestaltungsfreiheit richtet sich jeder Entscheider oder jede Gruppe von Entscheidern an seiner/ihrer Strafphilosophie aus. Sie ist gespeist von der gesamtwestlichen und der nationalen Strafethik der blinden Vergeltung und nützlichen Vorbeugung, von deren Ausprägungen in den jeweiligen Gruppenethiken, innerhalb von Subkulturen dieser Entscheider, etwa als Strafjustiz, oder aber auch dem persönlichen Effektivitätsdenken des Entscheiders, etwa als effektive Arbeitserleichterung.

Der demokratische Humanismus der Staatsverfassung bildet dabei eine Art höchsten heiligen Geist, der zumindest alle staatlichen Entscheider durchdringen und beseelen sollte.

3. Mit diesen Ansätzen ist zu versuchen, die gerechte Strafe wie folgt zu ermitteln.

Mit der ersten der zwei Hauptformeln der Gerechtigkeit, der „Tauschgerechtigkeit“, ist als Strafsinn der Ausgleich von Tatübel mit Strafübel zu betrachten. Der Straftäter gilt in Bezug auf die Wechselseitigkeit als Freier und Gleicher.

Das Strafgericht hat die Aufgabe, Tat und Person des Täters mit dem Strafübel nach Art der Waage „abzuwägen“. Im Ergebnis findet dann der Ausgleich statt. „Krummes“ Unrecht wird „gerade gerichtet“. Das Recht wird „restauriert“.

Die zweite Hauptformel („Zuteilungsgerechtigkeit“) führt dann mit dem Zuteilen des „Seinen“ zur präventiven Strafbegründung: als utilitaristische Notmaßnahme. Das Urteil teilt dem überführten Täter die Strafe als „die Seine“ zu.

Der Vollzug wird ihm ebenfalls notfalls zwangsweise zugeteilt. „Niemandem einen Schaden“ meint, dass die Verwahrung des Täters die Sicherung der Allgemeinheit bedeutet.

Die Legalität sorgt für die gesetzliche Verallgemeinerbarkeit, und Barmherzigkeit führt zum Verfassungshumanismus. Jedes Strafgesetz, jeder Straftatbestand und Strafraum ist auch gerecht, weil legal (Positivismus). Jedes „legale Recht“ erfordert aber heute auch einen Kern oder „minimal-ethischen“ Gehalt (*Radbruchsche* Formel),⁵⁴³ um Rechtsgeltung zu besitzen. Humanistisch begrenzt ist die Legalität durch die Unantastbarkeit der Menschenwürde, den Verzicht auf die Todesstrafe, die grundsätzliche Aussicht auf Freiheit sowie durch das humane Angebot der Gesellschaft zur freiwilligen Resozialisierung gegen Strafnachlass.

4. Vereinfacht stellt jede Art von Strafe dann einen Ausdruck der Gerechtigkeit dar, wenn sie die beiden klassischen Grundelemente beherbergt, den (negativ) vergeltenden Ausgleich eines Übels mit einem Übel und den guten Zweck der schützenden Vorbeugung. Das jeweilige Sozialsystem beantwortet dann auf seine Weise die Frage, welche Höchstzwecke ihr „Zwecksystem“, lies ihre Werteordnung, regieren und damit vorrangig zu schützen sind. Im Kern handelt es sich bei Strafen um die Spiegelung der jeweiligen Identität oder auch die Verfasstheit der „Strafenden“.

5. Auch die emotionale Seite der Idee der Humanität dürfte sich im Strafen auswirken. So scheint das Strafen dort vonnöten zu sein, wo der Ausgleich nicht oder nicht allein in positiver Weise, etwa durch eine Art von ziviler Wiedergutmachung, erbracht werden kann. Dazu gehören vor allem diejenigen Tötungsdelikte, die entweder sozial geachtete Personen und damit die Gemeinschaft verletzen, oder die „Nächste“ zu Opfern haben. Die Nächsten stellen sozial gewendet die „Bezugspersonen“ eines Menschen dar, die er beginnend mit dem Modell von „Geschwistern“ immer auch als im Wesen „Gleiche“ ansieht und deren Verlust er emotional auch tatsächlich als einen eigenen Schmerz begreift. Die Heilung eines solchen Schmerzes verlangt zwar aus psychologischer Sicht vor allem eine Trauerarbeit, die eine Art

⁵⁴³ Dazu zunächst Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 195 ff.

von Restrukturierung des „Vertrauten“ und damit der Identität verlangt. Aber die ständige Auseinandersetzung mit dem Geschehen und der Versuch, dieses Schicksal zu verfremden, indem man sich selbst von ihm und auch von seiner Besonderheit löst, verlangt nach ritualisierter Aufarbeitung des Schicksals. Der gute Zweck des Strafens besteht also auch im Verständnis des Übels der Tat und der Person des Täters. Die Aufklärung von Tat und Täterperson führt dazu, diese Tat mithilfe vergleichbarer Erfahrungen bei ähnlichen Tötungsdelikten zu verallgemeinern. Auch die Bemessung der Art und Höhe der Strafe innerhalb des jeweiligen Strafsystems stellt eine solche Auseinandersetzung mit dem Übel und dem Übeltäter dar. Der Sinn der gerechten, weil ausgleichenden Vergeltung besteht offenbar auch in diesem ersten Akt, der jeder Art von Abwägung nach dem Marktmodell der Waage eigen ist.

Hinzu tritt dann aber offenbar auch ein genetisch verankertes menschliches Strafbedürfnis, dessen sozibiologischer Hintergrund schon mit der „Vernunft der Gefühle“ zu umschreiben war. Das Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl des Menschen erscheint danach als ein Faktum zu bestehen und beinhaltet das Bedürfnis nach „Gleichheit und Wechselseitigkeit“, und zwar zumindest dann, wenn die Wiedergutmachung nicht möglich ist oder allein nicht ausreicht. In diesem Fall ist zumindest auch noch mit dem reaktiven Strafen mit dem Gleichen (Übel) zu antworten. Das Strafen dient insofern dazu, diejenigen „Rechtsgefühle“ zu befrieden, die in der Formel von der „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ ihre anerkannte straftheoretische und rechtsdemokratische Form erhalten haben. Die „aufgeklärte Allgemeinheit“ ruft nicht nach rascher Rache, sondern fordert ein rituelles öffentliches Verfahren, das nach dem Marktgrundsatz der fairen Abwägung zu „Recht und Gerechtigkeit“ führt.

2. Versöhnung und Gerechtigkeit im humanen Strafrecht

1. Die praktische Verbindung von Strafe und westlicher Gerechtigkeit besteht für das Strafrecht unter anderem auch in der Idee und dem Angebot des rechtsförmigen Sühnevertrags.

Das geschwisterliche „Nächsten-Strafrecht“ hält für den Täter ständig ein Verhandlungsangebot zu einem zivilen Sühnevertrag

bereit. Der Täter erhält damit das immer wieder erneuerte Dreifachangebot

- zur sühnenden Schuldverarbeitung,
- zur persönlichen Resozialisierung und
- zur Mitwirkung an der Schaffung von Rechtsfrieden.

Das Geständnis, das der Wahrheit dient, und die Reue, die die gegenwärtige Einstellung des Täters zum Recht belegt, bilden die beiden altbekannten Grundbausteine. Die Chance auf solchen, vorzeitigen emotionalen Rechtsfrieden bildet bei seiner Realisierung also nicht nur einen privaten Vorteil für die Opferseite, sondern ein kollektives Gut, an dem die sonstigen Mitglieder der Allgemeinheit gern teilhaben wollen.

Im Hintergrund regiert dabei die Formel von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“, die ihrerseits die Staatsform der Demokratie begründet. Die Freiheit steckt im Vertragselement. Die Solidarität beinhaltet die Nächstenidee. Die Gleichheit steht für die Gerechtigkeit des Vertrages.⁵⁴⁴ Dabei müssen alle drei Elemente ihre Anforderungen beschränken. Weder die völlige Freiheit, noch die absolute Solidarität oder strenge Gerechtigkeit bestimmen allein einen Sühnevertrag. Aber alle gemeinsam sind vonnöten, um ihm Gestalt zu verleihen.

2. Die Ideen der Menschenrechte und der Demokratie bestimmen zugleich auch die kollektiven Güter, an denen jeder Mensch und auch der Mörder als den „Seinen“ noch teilhat. Die Menschen und auch der demokratische Staat wollen die Aufrechterhaltung dieser humanen Grundregeln immer auch um ihrer selbst und ih-

⁵⁴⁴ Dazu philosophischer Sicht zur „Idee der Gerechtigkeit“, und zugleich zwar mit dem Blick auf „Rechtliches Verhalten“, Hammacher, Verhalten, 2011, 60 ff, zudem:173 *„Bei strafrechtlichen Delikten wird deutliche, dass ein Sich-Vertragen –wie es Fichte fordert- grundsätzlich einen starken Verzicht auf Rache mit enthält,...* Und Hammacher fügt gleich an: „dem man deshalb in dem sich entwickelnden Recht des Mittelalters, das noch rein ethisch orientiert war, nur mit religiösen Forderungen ergänzen zu können glaubte“, Siehe Fichte, Grundlagen, 1796, 192 f.

res Selbstbildes willen. Auch ohne Geständnis und Reue bleibt der Täter ein Mitmensch. Insofern verzichtet die Gemeinschaft zwar zunächst um ihres Selbstbildes willen auf die einfache Art der Gerechtigkeit, die Wechselseitigkeit. Aber zugleich beinhaltet diese Grundhaltung ein dauerhaftes Versöhnungsangebot.

3. Schädigungsverbot und das Recht zur Not- und Gefahrenabwehr

1. Zur strafnahen Urgerechtigkeit gehört offenbar auch die zivile Notwehr. Sie erlaubt im Kern die harte Verteidigung gegenüber fremder Gewalt mit eigener Gegengewalt, und zwar zum guten Zweck der Selbsterhaltung.

Verallgemeinert birgt die Idee der privaten Notwehr als Urform der gerechten Selbstverteidigung die präventive Strafbegründung, dass zumindest das gegenwärtig erkennbar drohende neue Unrecht mit allen Mitteln abgewehrt werden muss. Die einfachste negative Definition der Gerechtigkeit besteht weitergedacht dann offenbar doch im Schädigungsverbot, und zwar in dessen Fortschreibung zur Notgerechtigkeit der akuten Gefahrenabwehr. Sie steckt in allen Not- und Verteidigungsrechten und ist in der Form von Selbsthilfrechten im Strafrecht und im Zivilrecht geregelt. Im Polizeirecht sind die Notwendigkeit und die Gerechtigkeit der Gefahrenabwehr unmittelbar verankert.

Auch das staatliche Strafrecht greift diese im Kern polizeiliche Gefahrenabwehr als zweite Spur der Maßregeln der Besserung und Sicherung auf. So wird zwar für die eigentliche Schuldstrafe die humane „Aussicht auf Freiheit“ vorausgesetzt. Aber dem mehrfach rückfälligen, schweren Gewalt- oder hartnäckigen Wiederholungstäter glaubt das Recht nicht mehr stets, dass er künftig das „allgemeine Schädigungsverbot“ beachten wird. Deshalb droht dem gefährlichen „Mit-Bruder“ zwar nicht der Entzug der humanen Menschenwürde und seiner Rechtsstellung, aber der fortdauernde Verwahrvollzug, notfalls sogar als tatsächlich lebenslange Sicherungsverwahrung.

2. Dennoch ist noch einmal nachzufassen. So meint auch das Notwehrrecht in seinem Kern nur, dass dem Angriff auf eine Person mit einem „ebensolchen Gegenangriff“ und etwa bei Bagatellen nicht im Übermaß begegnet werden darf. Dass das deut-

sche Strafrecht auch den Sachschutz mit lebensgefährlichen Verteidigungsmaßnahmen zulässt, belegt deshalb umgekehrt, dass der Verteidiger zugleich ein hohes kollektives Gut, wie den Rechtsstaat oder das Recht als solches, mit verteidigt.⁵⁴⁵

Bricht aber der Angreifer den Angriff ab, so besteht jedenfalls kein Notrecht mehr. Danach liegt es also auf den zweiten Blick immer noch in der Hand des Angreifers, seinen Angriff zu beenden und sich dem Recht zu unterwerfen. Zugleich respektiert er die Personalität des Angegriffenen offen sichtbar wieder als unantastbar.

Das schlüssige Angebot, die Verteidigung abubrechen, wenn der Angreifer seinen Angriff abbricht und deshalb keine Gefahrenlage mehr besteht, erscheint bei noch näherer Betrachtung sogar ebenfalls als eine Ausprägung des Versöhnungsangebotes. Auch mit den urgerechten Selbsthilfe- und den entsprechenden kollektiven Polizeirechten kann also noch eine Art des Handels und der Versöhnung betrieben werden.

3. Das bürgerstaatliche Strafrecht, das private strafrechtsnahe Notwehrrecht und auch das kollektive hoheitliche Polizeirecht enthalten also Grundelemente der Gerechtigkeit. Außerdem bergen sie alle drei das einfache Angebot, im Falle des erkennbaren Verzichts auf die Fortführung der Aggression, die Abwehr in Form einer Gegenaggression zu unterlassen. Hat der Angreifer aber schon ein Übel herbeigeführt, dann besteht das Angebot, mit ihm über einen Ausgleich zu verhandeln, eine zivile „Wiedergutmachung“ und notfalls auch irgendeine Art der strafenden „Genugtuung“ herbeizuführen.

⁵⁴⁵ So jedenfalls die Deutung des weiten deutschen Notwehrrechts durch den Verfasser: Montenbruck, Thesen, 1983, unter anderem 16 f. Zur rechtsgeschichtlichen Wurzel des letztlich preußischen Notwehrrechts von 1851 und seiner Abkehr von der ansonsten üblichen Güterabwägung: Kühl, Notwehr, 1996, 149 ff.

4. Strafdiee: „Aktion und unmittelbare Reaktion“ auch durch kommunikative Wiederbelebung der Tat

1. An den letzten Gedanken sind einige Fragen und Spekulationen anzuschließen, die zwar vielleicht einleuchtend, aber doch aus der Sicht des deutschen Strafrechts eher ungewöhnlich erscheinen.

Sie lauten:

Bildet nicht auf den ersten Blick schon die einfache Idee von *actio* und *reactio* die Grundlage zumindest des *vergeltenden* Kerns der Strafe?

Scheitert diese schlichte Deutung aber nicht daran, dass das Strafen immer nachträglich (*post factum*) und vielfach Jahre nach der Tat erfolgt?

Die erste Antwort könnte paradox ausfallen. Beides ist vielleicht richtig. Beispielhaft ist dazu auf die Lage des verurteilenden Gerichts zu blicken.

Das Gericht holt mit der Hauptverhandlung die reale, vergangene Tat in eine sozial-reale *Gegenwart* und wirkt mit dem Urteil zugleich auch in die Zukunft. Aber der reale Grund dafür liegt und verbleibt in der Vergangenheit.

Die Tat, die vor dem Gericht verhandelt wird, ist zwar nicht mehr im naturwissenschaftlichen Sinne real, aber das Gericht und alle anderen Beteiligten am Strafprozess erwecken sie auf der geistig-sozialen Ebene wieder. Im Rahmen der Kommunikation mit allen Beteiligten gewinnt die Tat ein neues virtuelles Leben. Das Mittel dazu bildet die Sprache mit ihren symbolischen Begriffen, mittels derer die Wirklichkeit auf menschliche Weise gedeutet und abgebildet wird.

Jeder Mensch lebt ohnehin nur in einer jeweiligen *Gegenwart*, die dann von der Vergangenheit und der Zukunft mitbestimmt wird. Diese Gegenwart verschiebt sich dann aber und mit ihr Überigens dann auch das kommunikativ geschaffene Bild von der Tat, weshalb wir die Tat möglichst schriftlich festzuhalten trachten.

Die reale Tat ist also als *Erinnerung* in die Gegenwart überführt, auch wenn sie selbst in der Vergangenheit bleibt. Vor allem durch Kommunikation wird die Tat wieder zum Teil der Gegenwart. Auf den Inbegriff der Hauptverhandlung reagiert das Gericht dann unmittelbar mit seinem Urteil, indem es dann im Einzelnen noch einmal in späteren „Gegenwarten“ wie der internen Beratung, der öffentlichen Verkündung des Strafurteils und der internen Absetzung des schriftlichen Urteils den Sachverhalt immer wieder virtuell wiederbelebt und unmittelbar darauf mit seiner ebenfalls in Sprache gefassten Bewertung reagiert.

Auch jede Person, die später dieses Urteil liest, bis hinein in den Strafvollzug, holt die Tat wieder in seine Gegenwart und vermag dann üblicher Weise, die gesetzeskonforme Reaktion des Gerichts nachzuvollziehen und darauf dann mit seiner eigenen unmittelbaren Reaktion aufzubauen.

Auch vor der Hauptverhandlung wird die Tat, nunmehr als Tatverdacht, kommunikativer Teil der jeweiligen Gegenwart. So reagieren die Strafverfolger stets unmittelbar auf den Tatverdacht in seiner jeweiligen Form, wenn sie in diesem Fall weiter ermitteln. Die Staatsanwaltschaft erhebt in ihrer Gegenwart als unmittelbar Reaktion auf die Lektüre der Akte dann ihre Anklage, in der auch sie für die spätere Lektüre des Gerichts wieder den Sachverhalt beschreibt, um Reaktionen des Gerichts auszulösen, nämlich die Anklage zur Hauptverhandlung zuzulassen etc.

2. Leuchtet diese Deutung jedenfalls für das vergeltende Element des Strafens ein, so ist danach zu fragen, ob oder wie sich die These von *actio* und *reactio* nicht auch für die beiden großen präventiven Strafbegründungen auswirken könnte.

Beim vor allem generalpräventiven Gesetz erkennen wir die feste Verbindung von Tatbestand und Sanktion schon in der Norm. Wer in dieser Weise handelt, wird nach diesem Strafraum bestraft. Unmittelbar mit der Straftat löst der Täter die Strafe aus.

Auch sind Schuldspruch und Strafausspruch des Gerichts in gleicher Weise fest miteinander verknüpft. Dieser Tenor ist vor allem an die Öffentlichkeit gerichtet, soll also generalpräventiv wirken.

Auch mit der Wahrnehmung des Vollzuges durch die demokratische Allgemeinheit, etwa dem Bild von Strafgefangenen, die in Gefängnissen leben, ist mit der Strafe sofort auch immer das Bild von Straftaten verbunden.

Der verurteilte Täter wiederum ist aus individualpräventiver Sicht, zumal im Strafvollzug, ständig aktuell mit seiner Tat konfrontiert und muss darauf fast alltäglich reagieren. Er definiert sich im Vollzug gleichsam über die Tat.

Verblasst dagegen das Bild von der Tat und auch der Bezug zum Täter nach Jahrzehnten, ist er schlicht gealtert oder sonst ein anderer geworden, so sind wir auch bereit, entspannt über die bedingte Entlassung nachzudenken, also unsere Reaktion abzuschwächen. Dementsprechend sieht das Gesetz nach Zeitablauf die Verjährung für die Verfolgung oder die Vollstreckung vor.

Die Gefahren, die mit der Tat verbunden sind, etwa für die Rechtstreue der Allgemeinheit oder als Sorge vor einem Rückfall, sind ebenfalls unmittelbar an sie gebunden. Sie leben deshalb immer dann neu und als sofortige Reaktion auf, wenn eine Erinnerung an die Tat stattfindet.

Da das Bedürfnis nach Prävention ebenfalls an die Tat und damit auch an ihre kommunikative Wiederbelebung gebunden ist, beruht kommunikativ betrachtet auch die Prävention auf dem Satz von „Aktion und unmittelbarer Reaktion“.

3. Mit einem Seitenblick auf die Soziobiologie erscheint es danach auch offenkundig, weshalb *nur die Menschen* ein scheinbar rein nachträgliches Strafen entwickelt haben, aber keine anderen subhumanen Primaten. Erst die *Sprache* befähigt den Menschen, erstens die Taten eines Artgenossen in kollektiver Weise und über öffentliche rituelle Verhandlungen aufzubereiten und zweitens diese danach auch ethisch nach Normen zu bewerten.

Der Bedarf für eigene Normen ergibt sich dann daraus, dass *homo sapiens* sich von vielen genetischen Programmen, die das Verhalten seiner Verwandten regulieren, „befreit“ hat. Er hat diese Instinkte nun durch weit weniger starre eigene Regeln zu ersetzen, kann aber auch bewusst und meist aus egoistischen Gründen gegen diese Normen verstoßen. Deshalb hat offenbar jede

menschliche Lebensgemeinschaft ihre Regeln notfalls sogar mit Sanktionen zu unterstützen, um auf das Bewusstsein des Täters und auch das ihrer anderen Mitglieder einzuwirken.

Allerdings hilft dabei auch die moralische Grundfähigkeit des Menschen, ein Gerechtigkeitsgefühl zu entwickeln und Empathie mit den Nächsten, deren Stolz und deren Leiden, zu empfinden sowie bei Normverstößen persönliche Schuld und soziale Scham zu fühlen und auch von anderen zu erwarten.

4. Die physikalische Ausprägung des Prinzips von Aktion und Reaktion lautet: „Druck“ erzeugt „Gegendruck“. Analog dazu findet also im Strafrecht der unmittelbare Ausgleich eines Übels mit einem anderen Übel statt. Dies liefert eine gewisse, wenngleich nur *mechanistische Rechtsfertigung* der Strafe. Dieses Prinzip führt jedoch auch weiter zur Goldenen Regel, dem Gerechtigkeits- und Vergeltungsprinzip, der *Wechselseitigkeit*, der *iustitia commutativa*, dem „*Wie Du mir, so ich Dir*“, auf das bei der Erörterung der Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit noch einzugehen sein wird, etwa im Sinne *Kants*, dann allerdings nur im Sinne eines symbolischen Gerade-Richtens von etwas Krümmem.

Diese Deutung bildet allerdings nur den gleichsam *objektiven* Teil der Strafe. Hinzu tritt das subjektiv-kulturelle Element. Jeder Strafende ist zum einen zumindest davon *befreit*, nach dem Prinzip von Druck und Gegendruck oder nach dem Modell der Vergeltung reagieren zu *müssen*. Strafende Subjekte, wie das Volk oder der Staat, können frei oder aufgrund kultureller Zwänge darauf verzichten zu strafen. Sie können Gnade üben oder auf bestimmte Strafen wie die Todesstrafe auch aus humanen Gründen verzichten oder eine Strafe zur Bewährung aussetzen. Andererseits können die Strafenden ihre Strafmacht auch missbräuchlich verwenden und etwa auf lediglich von ihnen fingierte Scheintaten mit Strafe reagieren. Strafende können zudem vieles zur Straftat erklären, etwa auch die Verbrennung von Hexen anordnen.

In der Praxis ist die subjektive Seite mit der objektiven untrennbar verbunden. Mit Verfassungen gilt es einerseits, den Missbrauch der Strafe zu begrenzen, etwa mit dem Grundsatz „*Keine Strafe ohne Gesetz*“, Art. 103 II GG und dem Satz: „*Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich misshandelt*

werden“, Art. 104 I GG. Aber auch bei der Strafgesetzgebung verbleibt den staatlichen Gesetzgebern ein breiter Gestaltungsspielraum. Ebenso verfügen die Tatgerichte und auch die Exekutive über einen gewissen Auslegungs- und Beurteilungsspielraum.

Diese Freiheiten regieren und formen eine zivile Art von Vernunft, deren formale Seite sich insbesondere am Begründungszwang, den Rechtsmitteln sowie zumeist auch am Gebot der Öffentlichkeit der Entscheidungen zeigt.

Als vernünftig kann es sich schließlich vor allem erweisen, zu versuchen, sich mit dem Straftäter zu versöhnen und ihm dafür im Gegenzug einen Teil der an sich angemessenen Strafe zu erlassen, um ihn damit zugleich als Subjekt und Mit-Demokraten anzuerkennen.

5. An dieser Stelle ist es vielleicht geboten, einen Schritt zurück zu setzen und diese „kommunikative“ Deutung von Aktion und Reaktion grob in die allgemeine Diskussion einzuordnen.

Die soziale Realität der Kommunikation stellt etwa auch *Hassemer* heraus, wenn er betont, dass die *Gewalt* eine wesentliche Erscheinung der Politik und der Kommunikation zwischen den Menschen darstelle.⁵⁴⁶ So übt der Staat Gewalt oder droht sie an und reagiert damit zugleich vor allem auf Gewalt oder die Androhung von Gewalt, nicht nur gegenüber Personen, sondern auch gegenüber sonstigen rechtlich geschützten Gütern. Zudem wird in der Politikwissenschaft die sprachlose Gewalt nicht als ein bloßer Realakt, sondern zumindest auch als eine Form der Kommunikation angesehen.⁵⁴⁷

Insofern handelt es sich also eigentlich um einen rechtsexternen, vor allem politischen und kommunikationswissenschaftlichen Blickwinkel, der aber zugleich auch den Zugang zur zivilen und vorrechtlich-demokratischen Betrachtung des Rechts eröffnet. Recht und Gesetz selbst, zumal das deutsche, begnügen sich aus sozialer Sicht mit der Fiktion, ständig „reale“ Sachverhalte mit

⁵⁴⁶ Hassemer, *Schicksal*, StV 1990, 328 ff., 329 ff.

⁵⁴⁷ Für den Terrorismus: Münkler, *Terrorismus*, 2001, 11 ff., 11 ff.

„realen“ Rechtsfolgen zu verknüpfen und den Gedanken zu vermeiden, sich vor allem im sozialen Raum zu bewegen und dort sozialrelevante Akte schaffen zu wollen. Die professionellen Rechtspersonen arbeiten in der Tat zwar auf dieser Ebene der sozialrealen Kommunikation, aber das deutsche Recht idealisiert und denkt nicht mehr gleichzeitig „über“ diese seine Ebene nach. Der Grund besteht vor allem darin, dass das deutsche Rechtssystem vor allem auf dem Gesetz beruht und dieses nach dem Kausalitätsmodell naturwissenschaftlicher Gesetze funktioniert. Wenn ..., dann ... lautet die formale Logik, und zwar der Sache nach deshalb, weil die einzelne Norm als Teil eines gesamten Gesetzessystems objektiv gerecht ist.

6. Das angloamerikanische Rechtssystem ist dagegen weit mehr auf die jeweiligen Rechtspersonen ausgerichtet, und der französische Ansatz sieht das Recht eher als Teil der vernünftigen Staatspolitik. Diese beiden Rechtskulturen entrichten damit aus deutscher Sicht den hohen Preis, die Idee eines „objektiven“ gerechten Rechts nicht zu verfolgen, sondern das Recht und die Gerechtigkeit entweder der Idee der freien Personen oder der Idee des vernünftigen Staates zu unterwerfen. Ein objektives Recht setzt an den realen Taten an und verhängt reale Strafen. Als solches ist es auch vor allem am Vergelten ausgerichtet. Präventive Deutungen sind dagegen von kommunikativer Art. Das Strafen zur Erhaltung der Rechtstreue wendet sich dann an die Allgemeinheit und findet auf der sozialpolitischen Ebene der Kommunikation statt. Die Strafe, die dem Täter zur Warnung dienen und die seine Resozialisierung unterstützen oder bewirken soll, findet auf der personalen Ebene statt. Die Strafgewalt wird in beiden Formen vor allem als Teil der Kommunikation eingesetzt.

Wird hier der Blickwinkel des zivilen Bürgers gewählt, so ist damit ebenfalls die Gefahr verbunden, die ideale Rechtsidee des gerechten Rechts derjenigen des zivilen, des personalen oder des gesamtpolitischen zu unterwerfen. Diese Gefahr lässt sich zumindest damit eindämmen, in die zwei großen Ebenen getrennt zu bleiben. Die zivil-faktische Rechtsübung, welches das Ziel der einverständlichen Versöhnung mit einbindet, bildet den Einstieg und bestimmt den Alltag des Rechts, aber das „strenge Recht“ selbst behält jedenfalls als „worst case“ seine Autonomie. Das vorrechtliche verlangt unabdingbar eben auch nach einem Recht, und es gewinnt mit dessen Wesen und mit dem Maß seine Autonomie.

II. Zum Sinn von Gerechtigkeit

1. Einige Gerechtigkeitsphilosophien

1. Die bekannten philosophischen Gerechtigkeitslehren bilden vernünftigerweise zumeist keinen Selbstzweck. So verlangen die „Wechselseitigkeit“, die „Gleichen“ und auch der „Ausgleich“ immer auch nach einem Maßstab. Gemeint ist das jeweils höhere Gute.

In der Regel sind die bekannten Gerechtigkeitslehren deshalb auch fest in gesamte rationale Rechtsphilosophien eingebunden. Mit dem Recht verknüpft zielen sie auf bestimmte politische Zivilisationsideen. Das Recht des Einzelnen betrachten sie aus der Höhe von gesamten Rechtssystemen, sodass die Rechte der einzelnen Personen dann plötzlich als zugeteilte Rechte erscheinen. Zumindest einige solche Lehren lassen sich deshalb als Ausprägungen der Zuteilungsgerechtigkeit im weiten Sinne begreifen. Derart eingeordnet betrachten die Gerechtigkeitslehren dann die einfache „Goldene Regel“ aus dem Blickwinkel der Sätze „*Jedem das Seine*“ und „*Keinem einen Schaden*“. Ihnen ist durchweg ein hoheitlicher Charakter von Pflichtenlehren eigen, oder sie stellen moralische Selbstverpflichtungen dar, die sich etwa aus dem Gedanken der Autonomie einer Person ergeben. Eine grobe Gesamtschau, die den obigen Überblick noch etwas ergänzen soll, ergibt dann folgendes Bild.

Zur *Zuteilungsgerechtigkeit* im weiten Sinne gehören zunächst diejenigen politischen Pflichtenlehren, die „Tribute“ und „Gaben“ von anderen ebenso voraussetzen, wie sie eine hoheitliche Verteilungsmacht begründen. Dazu zählt die *iustitia distributiva* (*Aristoteles, Thomas von Aquin*)⁵⁴⁸ im Kleid eines politischen Amts-Pflichtenmodells. Ebenso gehört die politische Idee der kollektiven Solidarität („Brüderlichkeit“) zu dieser Pflichten-Gruppe. Sie steckt in der Idee der hoheitlichen Daseinsvorsorge und im Sozialstaatsprinzip. Ferner ist auch der verwandte Ansatz der Teilhaberechte des Bürgers (französische Sicht der

⁵⁴⁸ Ein grober Überblick über die Gerechtigkeitslehren aus der Sicht des Verfassers: Montenbruck, *Wie Du mir...*, 1995, 13 ff., Montenbruck, *Vergeltung*, 2010, 3 ff.

Participation) ebenso dazu zu rechnen wie die christliche, heute private, Liebes- und Nächstenlehre (*Augustinus*). Auch die analogen religiös-ethischen Almosenpflichten der jüdischen und der islamischen Buchreligionen beruhen auf demselben Grundgedanken.

Ebenso beinhaltet die *Gleichheit* eines Personenstatus, die zugleich die ideale Grundlage für die „Wechselseitigkeit“ und die nötige Kommunikation zwischen Gleichen (*Habermas, Apel*) darstellt, Zuteilungselemente. Das wechselseitige „Tit for Tat“ der politischen Spieltheorie (Gefangenendilemma) oder das „Do ut des“ arbeiten mit der Selbstverpflichtung der vertrauensvollen Vorleistung.

Auch die verfassungsähnliche Grundidee des *wechselseitigen Freiheitsverzichts* (*Hayek, Luhmann, Höffe*⁵⁴⁹) enthält den Gedanken des eigenen Verzichts und damit eine Selbstpflicht, die an eine Selbsthoheit gebunden ist. Bekannt sind die Ideen der fürstlich-hoheitlichen Gnade der Oberherren und der Gedanken der richterlichen Billigkeit im Einzelfall als Zuteilungsprinzipien. Auch Amnestien, Verjährung und Sühneverträge verfügen über den Hintergrund von „Gerechtigkeitspflichten“ und erscheinen zugleich als Zuteilung von Rechtsfrieden.

Sogar der an sich liberale philosophische *Utilitarismus* beinhaltet kollektivistische Zuteilungsgedanken. Die Formel vom „größten Glück möglichst Vieler“ (summum bonum) bildet die politische Verteilungsformel des angloamerikanischen Utilitarismus, der auch die Sonderopfer als nützlich zuteilt, aber ursprünglich auf Glück oder Freiheit abstellt (*Bentham, Mill*, gegenwärtig etwa *Hart*, in Deutschland: *Baurmann*⁵⁵⁰). Der gemäßigte Regel- und Prinzipienutilitarismus (*Smart*⁵⁵¹) führt zu einem Regime von

⁵⁴⁹ Hayek, *Constitution*, 1960, 25: der Zustand der Freiheit sei der, in dem Zwang auf einige von Seiten anderer Menschen soweit herabgemindert ist, als dies im Gesellschaftsleben möglich ist. Zum Prinzip des gegenseitigen Freiheitsverzichts zudem: *Luhmann, Rechtssoziologie*, 1987, 363; *Höffe, Gerechtigkeit*, 1987, 328.

⁵⁵⁰ *Baurmann, Zweckrationalität*, 1987, 33 ff., 42 ff.

⁵⁵¹ Zur Differenzierung von Handlungs- und Regelutilitarismus, siehe: *Baurmann, Zweckrationalität*, 1987, 203. Grundlegend: *Smart, Utilitarismus*, 1975, 121 ff.; siehe überdies: *Rawls, Regelbegriffe*, 1992, 96 ff. und *Mackie, Ethik*, 1983, 173.

Regeln und Prinzipien, die nur ein Abstraktum oder die Mehrheit als gerecht ansehen, auf deren Altar Individualität und Freiheit opfern und als willkürlich erscheinen. Zuteilung erfordert auch die Idee der Chancengleichheitslehre, die zudem ebenfalls dazu führt, dass nur ein Regelutilitarismus herrscht (*Rawls*, in Deutschland: *Trapp*⁵⁵²). Auch komplexe Frieden schaffende Verteilungsmodelle greifen auf Nützlichkeitslehren zurück (*Walzer*⁵⁵³).

Die wertorientierten *Gemeinwohllehren* verlangen ebenfalls nach Zuteilung von Werten und nach entsprechenden Opfern. Sie bilden auch ein Element in Lehren, die den gerechten Ausgleich von Gemeinnutz und Eigennutz als Wirtschaftsethik einfordern (*Fikentscher*⁵⁵⁴). Dazu zählt auch der wirtschaftswissenschaftliche Ökonomismus, einschließlich der ökonomischen Analyse des Rechts, und zwar für den geregelten Markt, und die Idee der kollektiven Güter. Ebenso wie die politische Spieltheorie teilen sie jedem Marktteilnehmer zunächst einmal die Rolle des Akteurs zu.

Zuteilungsgesichtspunkte, wenngleich tatsächlicher Art, enthalten auch die *politischen Sozialphilosophien*, die statt vom „Sein“ zu sprechen, direkt beim wertfreien „Sein“ ansetzen, also alle Lehren über den Mechanismus von Herrschaft, Klassen, organischer Gesellschaft und Institutionen (*Machiavelli, Marx, Durkheim, Weber*). Dieselbe Art der Zuteilung steht auch hinter der gesamten Evolutionsphilosophie, sei sie eine Art-, Verwandten- oder egoistische Gen-Erhaltung. Dieser Ansatz umfasst einen festen Rahmen mit einer konservativen Erhaltungs- und einer progressiv-dynamischen Chancenlehre.

2. Ähnliches gilt auch für die Idee der Umwelt und Natur, die mit Zuteilung nichthumaner Rechte den Rechtstatus kraft ihrer Natur verleihen. Auch die naturnahen Systemtheorien arbeiten mit der universellen Zuschreibung von personenähnlichen Rollen von aktiven und passiven halboffenen Subsystemen.

⁵⁵² Trapp, Utilitarismus, 1988.

⁵⁵³ Walzer, Sphären, 1992, vgl. insbes.: 26 ff., 51 ff.

⁵⁵⁴ Fikentscher, Moral, 1993, 71 ff., 80 sowie 74.

Aus der Natur werden schließlich, wenn auch auf normativer Ebene, die „angeborenen“ Menschenrechte abgeleitet und damit von der Natur, sofern man sie einmal gottgleich personalisiert, auch dem Menschen zugeteilt.

2. Gerechtigkeitsphilosophien im Überblick

1. Einen Überblick über einige Gerechtigkeitsphilosophien, die auf der Austauschgerechtigkeit beruhen, bieten die folgenden Kernaussagen. Sie lassen sich nur mit Mühe etwas ordnen. Die bunte Reihe von Sichtweisen und Lehren lautet auf Stichworte reduziert:

(1) Bürgersicht

- iustitia commutativa (*Aristoteles, Thomas v. Aquin*) als politisch-liberales Prinzip,⁵⁵⁵
- Do ut des (Ich gebe, damit Du gibst) im römischen Vertragsrecht,
- wechselseitige Nützlichkeit als soziale Kooperation (*Marktmodell*),
- „Tit for Tat“, überlegene Strategie in der politischen Spieltheorie (*Axelrod*),
- Kooperation als ein Leitmodell in der soziobiologischen Evolutionstheorie (*Naturalismus*),⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Aus der Sicht der *Philosophie* des Rechts: Höffe, *Gerechtigkeit*, 1987, 30 f. Am Ende kehrt aber auch Höffe dann doch wieder zu den Kategorien von *Aristoteles* (*Aristoteles, Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, Kapitel 5, 1131 a) und sieht die personale Gerechtigkeit als (1) hoheitliche „iustitia distributiva“, (2) die zivilrechtliche als „iustitia commutativa“ und (3) die besondere strafrechtlichen als „iustitia retributiva“ (die alle zudem über die Rechtsidee miteinander verwoben sind). Zusammenfassend aus der Sicht der europäischen Rechtsphilosophie: Coing, *Grundzüge*, 1993, 15 f. Siehe aus der Sicht des Strafrechts auch: Montenbruck, *Wie Du mir...*, 1995, 13 ff.

- relative als personale Gerechtigkeit (*Radbruch*),
- Kompensation als „gerechte“ Wiedergutmachung (*Schadensersatz*),⁵⁵⁷
- Strafe als mit der Tat verdientes Übel.

(2) *transzendentaler Idealismus der allseitigen Pflichten und Rechte*

- Moralische Verallgemeinerbarkeit (*Kant*) als humane, aber absolute Gesetzesidee,
- „Negation der Negation“ (*Hegel*) als Restauration und Teil eines idealen Staatsfriedensrechts,
- personales Naturrecht (*Locke*) und personales Schädigungsverbot (*Mill*),
- Sühne als ausgleichende Gerechtigkeit,⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Dazu aus der Sicht der Verhaltensforschung und zudem auf die Entwicklung des Recht bezogen: Gruter, *Bedeutung*, 1976, unter anderem 81. Dazu aus der Soziobiologie auch Hoebel, B. G., *Grundlagen*, 1982, 87 ff. Siehe allgemeiner aus der Sicht der Rechtssoziologie: Reh binder, *Fragen*, 1983, 261 ff. Differenzierender: Markl, *Biologie*, 1983, 67 ff., 67 ff., 82.

⁵⁵⁷ Zum Gleichheitsansatz als „Opferausgleichssatz“, der aus Gründen des überwiegenden Interesses auch die Anfertigung besonderer, also ungleicher Opfer, mit umfasst: *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, 2015, Art. 3 I, Rn. 56 ff.; ähnlich: Ipsen, *Gleichheit*, 1954, 111 ff., 195 („Prinzip der Kompensation für die Verletzung des Gleichheitssatzes“); dazu auch: Haller, *Verrechnung*, 2007, 313 ff.; sowie: Voßkuhle, *Kompensationsprinzip*, 1999, 50 ff. („Legitimationszusammenhang“ zwischen Vorteilen und Lasten).

⁵⁵⁸ Zum Recht zur Sühnetheorie als die subjektive, den Täter betrachtende Seite der Gerechtigkeitstheorie: Hassemer, *Einführung*, 1990, 282, zudem im Sinne eines auch „sakralen Vorgangs“ des Schuld ausgleichs; dazu aus der Sicht der Strafrechtspsychologie auch: Streng, *Sanktionen*, 2012, 17. Vgl. auch Rengier, *Strafrecht AT*, 2015, §3, Rn 13 (nach der „Sühnetheorie...soll die Strafe den Täter mit der Rechtsordnung wieder versöhnen“), ebenso Wes sels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, AT*, 2015, § 1 Rn. 22 (mit dem Zu-

- Geist des offenen, demokratischen Pluralismus der Toleranz und des Kernkonsenses (westliche Verfassungskerne),

(3) *Mitmenschlichkeit*

- allgemeine Nächstenliebe (*Augustinus*); liebe deinen Nächsten wie Dich selbst!
- vernünftige Mäßigungs- und Tugendpflichten (*Platon*) als eigener Beitrag für eine universelle Mäßigungsgesellschaft,
- Amtspflichtenlehren (als staatspreußische Grundhaltung und als politischer *Konfuzianismus*) mit einem direkten Alimentations- und einem indirekten Gnadenanspruch,
- religiöse Askese (als Triebunterdrückung) und Almosen (an Bedürftige) mit der indirekten Hoffnung auf Sühne und ewiges Heil,
- moralische Selbstbeherrschungs-Ideen und Anspruch auf Würde,
- Mitleidsfähigkeit (Empathie) des auch deshalb im natürlichen Sinne würdigen Menschen.

(4) *Verfahren (Weg als Ziel-Idee)*

- Fairness als Prinzip der Chancengleichheit (*Rawls*),
- rituelles Vermittlungs- oder Gerichtsverfahren (*Luhmann*: Legitimation durch Verfahren),

satz: Der Sühnetheorie „...wird vorgeworfen, dass Versöhnung einen freiwilligen Akt voraussetzt“). Diese Kritik ist zwar sehr berechtigt, wenn man auf den Täter blickt, deshalb ist aus der individualistischen Sicht auch auf sein Geständnis abzustellen. Aber sobald man auf die *soziale* Ebene übergeht und auf die demokratische Zivilgesellschaft blickt, so versöhnt sie sich mit sich selbst. Die verschafft sich ihren sozialen Frieden durch die freiwilliges, weil demokratisches Selbstopfers (der Freiheit eines ihrer Mitglieder, nämlich des Täters, sie entzieht ihm die *Teilhabe* an den allgemeinen Freiheitsrechten und befriedigt damit die Allgemeinheit.

- Toleranz als schmerzhaftes Erdulden anderer Weltanschauungen (*Küing*),
- Gleichheitsgebot als Diskriminierungsverbot (Entmenschlichungsverbot) der Menschenrechtserklärungen und der Verfassungen,
- wechselseitige Anerkennung und der Freiheitsverzicht der Freien als Begründung für die eigenen Rechte und für den politischen Gesellschaftsvertrag.

(5) *Spiegelnde Systeme*

- Assimilation und Ko-Existenz als wechselseitige Sozialisation von benachbarten Kulturen (*politische Systemtheorie*),
- Repräsentation als Art der natürlichen inneren geistigen Reduktion und Reproduktion der Welt (*Korrespondenz-Theorie* von Subjekt und Welt),
- Repräsentanz durch der Art nach gleiche Personen als Art der politischen Reduktion zu halbautonomen sozialen Rollen.

(6) *dialogische Denkformen*

- bipolares Yin-Yang-Denken,
- Analogie als pragmatische Denkform des Vergleichbaren von Individuellem,
- Ritus: Wiederholung als Rückgriff und zugleich als Verfremdung,
- idealer Dialog als Form der bereits transzendentalen⁵⁵⁹ Kommunikation (*Habermas, Apel*).

⁵⁵⁹ Apel, Apriori, 1988, 358 ff., 358 – 453: „In einer modernen Transzendentalphilosophie geht es m.E. primär um die Reflexion auf den Sinn... des Argumentierens überhaupt. Dies allerdings ist für den, der argumentiert...offenbar das Letzte, Nichthintergehbare“; Apel, Dis-

2. Alle diese Sichtweisen greifen auf die Grundidee der Austauschgerechtigkeit zwischen der Art nach Gleichem zurück. Alle beruhen ebenso auf der Erfahrung der „Ungleichheit“, und sie alle betonen den Wert der „Differenz“.

3. Blick auf Staats-Rechtsphilosophien

1. Auch viele der Staatsphilosophien weisen Gerechtigkeitselemente auf.

Im deutschen Verfassungsrechtssystem bildet etwa die vage Werte-Ordnung eine semireligiöse Höchstidee⁵⁶⁰, die die materiale Gerechtigkeit mithilfe von Abwägungen bestimmt und als deren Hauptinhalt das demokratische Gemeinwohl erscheint.⁵⁶¹

Alle säkularen politischen Gemeinwohlehren verlangen oder beinhalten schon die Vorstellung von einer vernünftigen Opfergabe auf dem Altar des „Großen und Ganzen“. Dieses Opfer ist von denen, die sich zu diesen Höchstwerten bekennen, pflichtgemäß zu erbringen. Diese Sicht verleiht seinen Unterworfenen dann aber den Doppelstatus des Teilhabers am Höchsten und des souverän Gebenden. Vermutlich teilen alle denkbaren Letztbegründungen, die zu Rechten oder Pflichten führen, den Unterworfenen rechtsähnlichen Rollen zu, auf die sich ihre Träger dann verlassen können.

Solche Letztbegründungen, zu denen auch diejenigen über die Vernunft zu zählen sind, bilden Axiome, und sie teilen den Status

kurs, 1988, 35, 345 ff.; Kuhlmann, Letztbegründung, 1985; Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff., 47.

⁵⁶⁰ Zum methodisch-religiösen Problem, eine Werteordnung deduktiv zu erfassen, aus der Sicht des Staatsrechts: Schlink, Abwägung, 1976, 135 ff.; Pestalozza, Bemerkungen, Der Staat Band 2 (1963), 425 ff., 436 f.; Burchardt, Grenzen, 2004, 18 ff.

⁵⁶¹ In diesem Sinne und zudem aus der Sicht einer Rechtsphilosophie des Staatsrechts: Zippelius, Rechtsphilosophie, 2011, 72 f. (im Kapitel zum „Naturrecht“), die Untertitel: 73 (zur „vernünftigen Weltordnung“), 73 ff. (zur „göttlichen Weltordnung“); sowie: 75 ff. (zur Natur des Menschen), 76 (zur „Natur der Sache“), 77 f. (zur Naturrechtskritik, als Versuch aus dem Sein auf das Sollen zu schließen und der Rückkoppelung von Natur und Gott).

zu, insbesondere denjenigen einer Person unter gleichartigen Personen. Kurz gefasst steckt in der Gerechtigkeitsidee der Gleichheit eine hoheitliche Zuteilung.

2. Die pragmatische Verbindung von demokratischem Staat, Recht und Gerechtigkeit verkündet bereits *Aristoteles* in seiner „*Politeia*“, und *Hegel* spiegelt denselben Ansatz in seiner Staatsphilosophie wider.

*„Die Gerechtigkeit aber stammt erst vom Staat her, denn das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft; das Recht aber ist die Entscheidung darüber, was gerecht ist.“*⁵⁶²

Damit ist die legale demokratische Gerechtigkeit in der Form des demokratischen Positivismus geschaffen. Die „Politik“ der Polis produziert die Gerechtigkeit. Den Maßstab für das Gerechte bildet die Austauschgerechtigkeit auf dem öffentlichen Forum. Im übertragenen Sinne handelt es sich um den Konsens der Allgemeinheit.

Dieser Konsens beruht formal auf irgendeiner Systemgerechtigkeit⁵⁶³ und materiell im westlichen Sinne dann auf den Vertragsprinzipien, die dem Naturrecht entnommen sind. „Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit“ gelten für den Menschen und die

⁵⁶² Aristoteles, *Politik* (Gigon), 2003, 12539, 39 ff., dazu: Rütters, *Rechtstheorie*, 2007, Rn. 347.

⁵⁶³ Dazu im Rahmen seiner Erläuterung der Freiheit aus theologischer Sicht, und zwar mit der Frage nach der „verlorenen Freiheit“: Bongardt, *Freiheit*, 2006, 335 ff., 343 ff., 347 f. (zu „Autonomie und Geschlossenheit“), 348 f. (zur Freiheitsbeschränkung durch Komplexität), 351 ff. (zur „Verantwortung gegenüber dem System“), 353 (zur „Reichweite der Freiheit unter Bedingungen der Überkomplexität“ und zum verbleibenden „Spielraum“ des Menschen). Aus rechtsphilosophischer Sicht: Rütters, *Gerechtigkeit*, 2009, passim, etwa 86 ff. Der reale Inhalt der Gerechtigkeit werde für jede Epoche und jede Kultur neu bestimmt. Die individuellen Leitbilder derer, die nach Gerechtigkeit suchen, werde von weltanschaulichen Vorverständnissen und schichtspezifischen Prägungen der einzelnen Bürger maßgeblich beeinflusst. Der Staat verkünde in Gesetzen und letztinstanzlichen Entscheidungen nur die jeweiligen „Systemgerechtigkeiten“ aus seiner Sicht.

Gewaltenteilung für den Staat. Daher ist dann das natürliche Recht, als das angeborene Recht, das Gerechte selbst.

Die Aufteilung des absoluten Staates, und zwar durch die Dreiteilung der Staatsgewalten, durch die Föderalisierung großer Staaten und außerdem durch die ständige öffentliche Kontrolle als eigenes Teilnahmerecht der Freien und Würdigen, bietet sich dann für die zuteilende Gerechtigkeit als der derzeit höchsten Gerechtigkeit auf Erden an. Daneben existiert die bürgerliche Gerechtigkeit, die im Kern auf der Gleichheit der Personen und der Wechselseitigkeit der Aktionen beruht.

Diese jeweils nationalen Gerechtigkeits- und Rechtskulturen wiederum umspannt eine vage Höchstidee von Gerechtigkeit und Recht. Deren Zuteilungselement ist in den absoluten Menschenrechten zu finden, und deren Freiheitsselement der Wechselseitigkeit beinhaltet auf dieser Ebene des Rechts der freien Völker nunmehr analog das gesamte Völkervertragsrecht. Über allem regiert dann die Utopie eines globalen, gerechten und vernünftigen Geistes, der für alle Streitfälle auf Versöhnung (lies: Frieden) und auf Menschlichkeit (unter Nächsten) drängt.

3. Nach allem bietet sich zusätzlich ein einfacher Rückschluss an:

Die nationalen Verfassungssysteme der verschiedenen westlichen Demokratien stellen selbst schon Ausprägungen eines übernationalen, idealen Grundmodells für die immer mit gemeinte politische Gerechtigkeit (jedenfalls des Westens) dar. Dabei liegt das Schwergewicht der westlichen Sicht auf der freien Ausübung und der Zuteilung von individuellen Rechten und nicht auf der Verteilung von persönlichen Pflichten.

Die Ideen der dynamischen Austauschfreiheit des Marktes und des Eigenen, also des „Seinen“ einer jeder Person, und zwar bis hin zum Status als Inhaber von Freiheits- und Menschenrechten, dominieren die politische Ebene der westlichen Welt. Denn es regiert mit der Demokratie das ethische Grundverständnis der einzelnen Bürger. Sie beherrschen mit ihrer Sicht auch die Art der inneren nationalen, also der demokratischen „System-Gerechtigkeit“. Aber sie haben mit der alten „Person“ des absoluten Staates zugleich auch eine Art von wechselseitigem Frie-

dens- und Versöhnungsvertrag geschlossen. Denn das Gewaltmonopol und die gesamte Verwaltung haben sie ihm belassen.

Zu den Rechten gehört deshalb immer auch die Gegengabe des Freiheitsverzichts den Anderen wie auch der sozialrealen Person des Gesamtstaats und seinen Einrichtungen gegenüber. Werden dann die Freiheits- und sonstigen Rechtseinschränkungen vom Staat, der das Gewaltmonopol verwaltet, verfassungsgemäß und mit den Mitteln des Gewaltmonopols erzwungen, dann erscheinen sie den Betroffenen nicht mehr als Freiheitsverzicht, eher als eine Auswirkung von höherer Staatsmacht und einer Rechtspflichtenlehre.

4. Im Kern aber stehen Rechte und Pflichten in einem Austauschverhältnis. Als maßgeblich erweist sich die alte Frage, ob die Gemeinschaft oder der Einzelne im Mittelpunkt steht.

4. Rückblick

1. Rückblickend ist versucht, sich auf dem Weg einer Entwicklung vom Einfachen zum Komplexen der rechtsphilosophischen Grundidee der „Gerechtigkeit“ zu nähern und dabei auch die Frage nach den Folgerungen für die Bedingungen einer „gerechten Strafe“ zu beantworten. Der Gedanke der „Versöhnung“ findet zwar ursprünglich eine gesonderte Ausprägung. Sie zeigt sich im mittelalterlichen Sühnevertrag der Freien und in der alten Barmherzigkeit des Oberherrn.

Diese Sicht speist aber inzwischen auch den deutschen Rechtsanspruch eines jeden Menschen auf die Menschenwürde. Ebenso liegt sie den internationalen Garantieerklärungen für die gleichsam angeborenen Menschenrechte zugrunde. Danach sind die Menschen zumindest auch vor dem Recht als Gleiche anzusehen. Diese Rechtsstellung bildet die „Seine“ des Menschen und stellt deshalb, und zumal für einen Demokraten, auch keinen rechtsfreien Gnadenakt mehr dar.

2. Diese Ausdeutung gründet sich auf den einfachen Kern der Gerechtigkeit, die Gleichheit, und diese Gleichheit betrifft zumindest aus der westlichen Sicht untrennbar alle Menschen als „freie“ und zugleich „solidarische“ Personen.

Der Kern der Gerechtigkeit, die Gleichheit, stellt schließlich ein unverzichtbares „Drittel“ der säkularen Dreifaltigkeitslehre von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ dar. Offenbar bildet sie dort zudem die „Verbindung“ und bewirkt zugespitzt auch eine Art Synthese von reiner „Freiheit“ und reiner „Solidarität“. Denn sie erlaubt auch eine Abwägung zwischen ihnen. Aus der Sicht des bürgerlichen Menschenbildes „versöhnt“ also die Gerechtigkeit in ihrer Form der „Gleichheit“ auch die Idee der „Freiheit“ mit dem Gedanken der „Solidarität“ unter Menschen.

Damit soll die grobe Ausdeutung der Gerechtigkeit, einschließlich ihres Bezuges zur Strafe und ihrem Verhältnis zum Versöhnen, abgeschlossen sein.

3. Rückblickend waren die Grundelemente der westlichen Zivilreligion, und zwar zumindest acht Facetten aus der Sicht des Juristen zu umschreiben.

Dabei war davon auszugehen gewesen, dass zum westlichen Ideal des demokratischen Humanismus auch die Ordnungs- und Vernunftform des Rechts gehört.

Drei große Arten des Rechts trennt zumindest das deutsche Recht:

- Das private Zivilrecht beschäftigt sich mit den privaten Rechten, den Verträgen und dem Streiten zwischen den Freien und Gleichen. Es beruht vor allem auf dem Gedanken der Wechselseitigkeit. Aber auch die ideale Idee der Versöhnung und die soziale Mediation, vor allem durch Juristen, gehören hier zusammen, und das schon seit dem Mittelalter.
- Das Strafrecht regelt einerseits den Schutz der höchsten Werte und dient vor allem dem Schutz des würdigen Menschen und seines Staates. Andererseits verlangt es schwerste Opfer an Freiheiten. Das Geständnis, das eine Unterwerfung unter das Recht bezeugt, spiegelt dabei die christlich-religiösen Ideen der Reue und der Läuterung. Das Strafrecht symbolisiert – insoweit – die höchsten Werte einer Gemeinschaft und die Eigenverantwortung des höchstwürdigen Menschen. Zugleich regelt es auch den Umfang und die Art und Weise, in der eine demokratische Gemeinschaft von würdigen Menschen von den „Sündern“ an

heiligen Werten oder gar von terroristischen Ketzern, die diese Werte nicht anerkennen, „Buße und Opfer“ abverlangen können, beziehungsweise inwieweit sie bei einem Geständnis und Reue darauf zu verzichten vermögen. Außerdem steht das Strafrecht für die Idee der Sozialpflichtigkeit des Menschen, und zwar aus den Gemeinwohlgründen des vorbeugenden Schutzes höchster Werte und Ideen. Auch der Umstand, eine Gefahr darzustellen, kann den gemeingefährlichen Täter seine bürgerlichen Freiheiten kosten. Gelegentlich trifft diese Menschenstrafe auch Unschuldige. Das Strafrecht regelt also aus der Sicht eines Ethnologen die Art und Weise von „zivilisierten Menschenopfern“, und zwar von angeblich vernünftigen Menschen an angeblich vernünftigen Menschen.

- Zum originären öffentlichen Recht gehört auch die Metaebene des Verfassungsrechts. Zu letzterer zählen dann auch die Präambeln und mit ihnen die „ewigen“ Kerne der Verfassungen.

Zur Idee des Rechtsstaates zählt auch die rechtsphilosophische Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit. Diese bildet den ethischen Kern der westlichen Philosophie. Die westliche Vorstellung von der Gerechtigkeit ist dabei aus der Sicht der Demokratie und der Menschenrechte zu sehen und deshalb mit dem Gedanken vernünftiger Humanität aufzuladen. Das humane Naturrecht ist demnach „das Seine“ eines jeden Menschen.

Damit ist versucht, auch das dritte Ideenpaar, dasjenige von Gerechtigkeit und Humanität, rechtsphilosophisch zu beleuchten. Als Grundelemente der Idee der Zivilreligion sind also

- *Versöhnung* und Mediation als Ziel und Form eines „zivilen Rechts“,
- *Strafe* und Geständnis als Ausdruck eines „humanen Strafrechts“,
- *Gerechtigkeit* und Humanität als Elemente eines „gerechten Rechts“,
- und zwar „aus juristischen Perspektiven“ etwas näher ausgearbeitet.

4. Was alle drei Säulenpaare überdacht, ist die luftige Überidee einer westlichen Zivilreligion des demokratischen Rechtshumanismus.

Namensverzeichnis

- Adams, Theorie, 2004 521
- Adler, Leute, 1986, 159 ff. 201
- AK-GG (Azzola), 1989 425
- AK-StGB (Hassemer), 1996 443
- Albert, Wissenschaft, 1982 446
- Albrecht, Kriminologie, 2005 332
- Alexy, Verteidigung, 1993, 85 ff. 20
- Alwart, Wirtschaftsstrafrecht, 2007, 16 ff. 260
- Ambos, Emotionen, 2005, 9 ff. 134
- Ambos/Rackow, Überlegungen, ZIS 2009, 397 ff. 395
- Amelung, Probleme, StV 1985, 257 ff. 389
- Amelung, Verwertbarkeit, StraFo 1999, 181 ff 391
- Apel, Apriori, 1988 569
- Apel, Diskurs, 1988 569
- Aquin (Piper), Matthäus, 1270/2011 224, 534
- Aquin, Summa theologica, 1273/1953 105, 106, 496, 532, 548
- Archer, Sozialpsychologie, 1996 125
- Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999 49, 62, 78, 481, 484, 496, 528, 534, 565
- Aristoteles, Politik (Gigon), 2003 488, 489, 571
- Armstrong, Achsenzeit, 2006 444
- Arnim/Brink, Methodik, 2001 524
- Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 2008 141
- Auchter, Gewalt, 2002, 595 ff. 404
- Auer, Valenz, 2006, 19 ff. 105
- Axelrod, Evolution, 2005 273
- Barnett, Separation, 2009, 451 ff. 74
- Barry, Rawls, 1995, 880 ff. 503
- Barth, Tod, 1992 152
- Baumann, Strafe, 1984, 27 ff. 334
- Baurmann, Zweckrationalität, 1987 156, 563, 564
- Bayer, Freiheit, 1995 541
- Beccaria, Verbrechen (Alff), 1966 462
- Becker, Täter, 2011, 67 ff. 61
- Bedau/Kelly, Punishment, 2010 228
- Beling, Vergeltungsidee, 1978 287
- Benda, Rechtsstaat, 1983, 477 ff. 486
- Bennett, Apology Ritual, 2008 252
- Bertalanffy, Menschen, 1970 201
- Beukelmann, Europäisierung, NJW 2010, 2081 ff. 395
- Bielefeldt, Menschenrechte, 1999, 43 ff. 19
- Birr, Kriminalstrafe, 2007, 58 ff. 243
- Bloch, Naturrecht, 1990 453
- Böckenförde, Entstehung, 1992, 92 ff. 118

- Bogdandy, Prinzipien, NJW 2010, 1 ff. 395
- Bognert, Profanierung, 2001, 597 ff. 154
- Bolle, Emotionen, 1995, 155 ff. 117, 222
- Bongardt, Endstation, 2010, 57 ff. 18, 51, 172, 173, 227
- Bongardt, Freiheit, 2006, 335 ff. 571
- Bongardt, Mystik-Kritik, 2005, 21 ff. 154
- Bongardt/Wüstenberg, Versöhnung, 2010 18
- Bormann, Theologisierung, 1969, 75 ff. 174
- Böttcher, Forderungen, 2006, 15 ff. 341
- Boulding, Leitbilder, 1958 202
- Boysen, in Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012 485
- Boysen, Netzwerk, 2006, 39 ff. 76
- Brandt, Identity, 2006, 45 ff. 67, 274
- Branscombe / Sengoski / Kappen, Measurement, 2004, 16 ff. 252
- Brieskorn, Verzicht, 1988 49
- Brieskorn, Verzicht, 1988 50
- Brieskorn, Verzicht, 1988 50
- Britz, Strafe, 2001, 73 ff. 250, 258
- Brugger, Brülisauer, ARSP 75 (1989), 279 ff. 463
- Brugger, Deutschland, 2002 524
- Brugger, Kommunitarismus, 1998, 337 ff. 77
- Brunner, E., Gerechtigkeit, 1981 541
- Brunner, O., Land, 1965 188
- Buchanan, Limits, 1975 522
- Bühler, Rechtsauslegung, 2001, 329 ff. 35
- Burchardt, Grenzen, 2004 570
- Burkert, Homo, 1997 149
- Bürki, Schuldbekennnis, 1993/2001, Sp. 284 f. 351
- Bußhoff, Gemeinwohl, 2001 524
- Byrd/Hruschka, Wille, 2006, 141 ff. 525
- Calliess, Menschenwürde, 2009, 133 ff. 305, 306
- Canaris, Konsens, JuS 1996, 573 ff. 26
- Cassirer, Philosophie, 1923/1994 153
- Cassirer, Versuche, 1992 173
- Castell, Materials, 2000, 5 ff. 78
- Chang, Weltgesellschaft, 2005 78
- Cicero, De officiis (Dieter), 1989 497
- Cicero, De rep (Huchthausen), 1989 460
- Coing, Grundzüge, 1993 565
- Coing, Naturrecht, 1965 168
- Czupryniak, Berücksichtigung, 2010. 300
- Dahlstrom, Einstellung, 1998, 73 ff. 156
- Darwall, Second-Person Standpoint, 2006 86
- Darwall, Stephen, Second-Person Standpoint, 2006 271
- Décarreaux, Mönche, 1964 34, 188, 189
- Deggau, Autonomy, 1988 449
- Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51 ff. 462

- Derrida, Jahrhundert, *Lettre International*, 2000, 1 ff. 27
- Detlefsen, Grenzen, 2007 270
- Di Fabio, Recht, 1998 28, 73, 203, 448, 464
- Diesselhorst, Naturzustand, 1988 462
- Doehring, Staatslehre, 2004 75
- Dohrmann, Anerkennung, 1995 157
- Dreier, H. Säkularisierung, 2013 25
- Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986 20, 463
- Dubber, Generalprävention, *ZStW* 117 (2005), 455 ff. 528
- Duxburg, Patterns, 1995 418
- Dworkin, Bürgerrechte, 1984 463
- Ebel/Thielmann, Rechtsgeschichte, 2003 188, 244
- Ebert, Talion, 1991, 249 ff. 486
- Eckhard, Grundrechte, 1913 425
- Eggers, Gerechtigkeit, 1987, 27 ff. 496, 541
- Ehrlich, Rechtsfähigkeit, 1973 186
- Einheit, 1981, 286 ff 463
- Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 2016 83
- Eisenberg, Kriminologie, 2005 262, 332, 405
- Eisenhardt, Rechtsgeschichte, 2008 187, 188
- Ekart, Gründe, *Der Staat* 44 (2005), 622 ff. 488
- Elias, Society, 1991 145
- Elias/Morus, Staatskritik, 1985, 101 ff. 200
- Empfer/Vehrkamp, Gerechtigkeit, 2007 441
- Enzmann, Faszination, 2004, 283 ff. 464
- Eßbach, Anthropologie, 2001, 171 ff. 182
- Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff. 113, 222
- Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011 127, 269
- Fabricius, Kriminalwissenschaften II/III, 2011 128
- Faulstich-Wieland, Individuum, 2000 316, 323
- Fechner, Rechtsphilosophie, 1962 105, 496, 528
- Feinberg, Function, 1970, 95 ff 251
- Feltes, Strafanspruch, 2007 355
- Fichte, Grundlagen, 1796 49, 553
- Fikentscher, Moral, 1993, 71 ff. 499, 564
- Fisch, Wandel, 2004, 43 ff. 488
- Fischer, Strafgesetzbuch, 2016 363, 400, 401, 403
- Fischinger, Grundrechtsverzicht, *JuS* 2007, 808 ff 386, 388, 389
- Folkers, Theorie, *ARSP* 76 (1990), 12 ff. 446
- Forst, Recht, 2007 506
- Forst, Toleranz, 2004 465
- Fossum/Masson, Shame*, 1986 159
- Freud, Totem, 1912/13 334
- Freud, Trauer, 1917, 102 ff. 134
- Frey, Subjekt, 1989 180, 449

- Frey-Rhon, Böse, 1961, 161 ff. 334
- Fritsche, Entschuldigen, 2003 236
- Fromm, Psychologie, 1982, 115 ff. 334
- Frommel, Mauerschützenprozesse, 1993, 81 ff. 486
- Gebauer/Wulf, Spiel, 1998 73, 149
- Gehlen, Bild, 1948, 234 ff 221
- Gehlen, Mensch, 1950 221
- Geismann, Recht, 2006, 3 ff. 525
- Gephart, Handeln, 1998 22
- Gephart, Strafe, 1990 258
- Giannoulis, Studien, 2014 307
- Gil/Wilke, Natur, 1994, 11 ff. 486
- Gilligan, Stimme, 1990 535
- Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1974, 151 ff. 335
- Gimbernat Ordeig, Strafrechtsdogmatik, ZStW 82 (1970), 379 ff. 335
- Girard, Heilige, 1987 149
- Girtler, Kulturanthropologie, 1979 182
- Glenn, Traditions, 2007 102
- Gluckman, Systems, 1964 24
- Göhler, Institutionenökonomie, 1999, 17 ff. 523
- Grewe, Gnade, 1936 539
- Grimm/ Grimm, Wörterbuch, 1854-1961 348
- Grommes, Stühnebegriff, 2006 83, 150, 157, 158, 287
- Grotius, De Jure (Schätzel), 1950 175
- Gruter, Bedeutung, 1976 566
- Gruter, Rechtsverhalten, 1993 128
- Gulde, Tod, 2007 135
- Günther, Sinn, 1988 449
- Günther, Zurechnung, 2014, 9 ff. 278
- Häberle, Interesse, 2006 524
- Habermas, Faktizität, 1992 76
- Habermas, Gerechtigkeit, 1986, 291 ff. 538
- Habermas, Grundlagen, 2009, 106 ff. 118
- Habermas, Wahrheitstheorien, 1984, 127 ff. 229
- Haferkamp, Neukantianismus, 2007, 105 ff. 466
- Haffke, Tiefenpsychologie, 1976 334
- Haft/Schlieffen, Handbuch, 2009 97
- Haller, Verrechnung, 2007 566
- Haltern, Notwendigkeit, 2008, 193 ff. 34
- Hamilton, evolution, 1964, 1 ff. 125
- Hammacher, Verhalten, 2011 49, 553
- Hardinghaus, Strafzumessung, 2015 400
- Hart, Concept, 1961 20
- Hasselmann, Weltreligionen, 2002 439
- Hassemer, Einführung, 1990 567
- Hassemer, Schicksal, StV 1990, 328 ff. 560
- Hattenhauer, Begnadigung, ZStW 78 (1966), 184 ff. 539

- Hattenhauer, Buße, 1983 242
- Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004 100, 174, 190, 242
- Hauptmann, Psychologie, 1993 113, 222
- Hayek, Constitution, 1960 462, 563
- Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995 31, 45, 50, 226, 447, 448, 457, 458, 503, 539
- Heinz, Fallstricke, 2011, 161 ff. 63
- Heinz/Nissen, Mensch, 2001, 149 ff. 193
- Heraclitus, Fragmente, 1983 443, 482, 494
- Herder, Briefe, 1793 34
- Herren, Freud, 1973 334
- Herzberg, Willensfreiheit, 2010 270, 278
- Hilgendorf, Naturalismus, 2003, 83 ff. 467
- Hilgendorf, Tatsachenfragen, 2004, 91 ff. 467
- Hilgendorf, Verrechtlichung, 2009, 187 ff. 19
- Hilgers, Ringen, 2002, 213 ff. 97, 204
- Hiller, Zeitkonflikt, 1993 183
- Hirsch, A. v., Principle, 1996, 259 ff. 528
- Hirsch, M., Opferung, 2002, 481 ff. 151
- His, Strafrecht, 1964 242
- Hobbes, Bürger, 1959 460, 462
- Hobbes, Element, 1926 462
- Hobbes, Leviathan (Fetscher), 1992 462
- Hobbes, Leviathan, 1962 112
- Hoebel, B. G., Grundlagen, 1982, 87 ff. 566
- Hoebel, E. A., Anthropologie, 1983, 39 ff. 24
- Hoerster, Wirklichkeit, ARSP 75 (1989), 145 ff. 463
- Höffe, Diskurse, 1981 538
- Höffe, Gerechtigkeit, 1987 463, 519, 563, 565
- Höffe, Gerechtigkeit, 2010 439
- Höffe, Rechtsprinzipien, 1990 462, 534
- Höffe, Strafrechtswissenschaft, 2000, 307 ff. 245
- Hofmann, H., Entstehung, 2004, 171 ff. 31
- Honderich, Punishment, 1969 258
- Hoppe, Erinnerung, 2010, 29 ff. 52
- Horn, N., Einführung, 2011 439
- Hörmle, Kriminalstrafe, 2013 86, 271, 272, 273
- Hörmle, Verhalten, 2005 55
- Hotz, Gedanken, 2007, 201 ff. 19
- Huff, Urbanisierungsansätze, 2005, 82 ff. 193
- Hügli/Lübcke, Philosophielexikon, 2003 49
- Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff. 538
- Husserl, Recht, 1955 183
- Ihering, Zweck, 1923 540
- Imbach, Perspektiven, 2007 49 ff. 106
- Ipsen, Gleichheit, 1954, 111 ff. 566
- Isensee, Gemeinwohl, 1996, § 57 524

Jachmann, Gemeinnützigkeit, 2004, 63 ff. 524

Jaffey, Power-Liability, 2004, 295 ff. 518

Jäger, Psychologie, 1975, 107 ff. 334

Jahn, Beweiserhebung, 2008 390, 391

Jahn, Konsensmaxime, ZStW 118 (2006), 427 ff. 358, 360, 381

Jahn/Müller, Gesetz, NJW 2009, 2625 ff. 381

Jakl, Recht, 2009 239, 240

Jakobs, Kriminalisierung, ZStW 97 (1985), 735 ff. 424

Jakobs, Norm, 1997 267

Jakobs, Schuld, 1976 267

Jakobs, Strafe, 2004 175, 258, 457

Jakobs, Strafe, 2004, 24 ff. 457

Jakobs, Strafrecht AT, 1991 162

Jakobs, Theorie, 2014 268

Jantsch, Selbstorganisation, 1986 165

Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 2014 385, 386

Jaspers, Ursprung, 1955 444

Jellinek, Erklärung, 1904 425

Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996 158

Jhering, Geist, 1907 35

Joerden, Menschenleben, 2003 67

Jung, Self-organization, 2010, 1364 ff. 165

Jung, Strafe, 2002 258

Kaiser, Kriminologie, 1996 334

Kant, Garantie, 1984, 27 ff. 92

Kant, Grundlegung, 1785, AA 240

Kant, Metaphysik (Weischedel), 1956 539

Kant, Metaphysik, 1797, AA 50, 224, 315, 316, 317, 460, 481, 497, 525, 538

Kant, Metaphysik, 1797, AA 240

Kant, p. Vernunft, 1788, AA 240

Kant, Urteilskraft, AA 1790 48

Karger, Einleitung, 2011, 5 ff. 58, 61, 63

Karger, Verzeihung, 2011, 12 ff. 56, 57, 58, 59

Kaser/Knütel, Privatrecht, 2008 244

Kaspar, Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2014 302

Kasper, Lexikon 152

Kaufmann, Kritik, 1990, 158 ff. 453

Kaufmann, Recht, 1988, 11 ff. 443

Kaufmann, Recht, 1991 98, 539

Kaufmann, Theorie, 1985 548

Kaufmann, Utilitarismus, ARSP 1994, 476 ff. 526

Kempny/Reimer, Gleichheitssätze, 2012 490, 491, 492

Kersting, Kant, 2004 239

Kersting, Philosophie, 1994 464

Kersting, Theorien, 2000 103

Killias, Strafe, 1984, 135 ff. 328, 334

Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2015 66, 403

Kirste, Ansätze, 2007 177 ff. 152

- Klar, Moral, 2007 481
- Kleger, Zivilreligion, 2008. 240
- Klein, Schuld. Psyche, 1992, 46 (12), 1177 ff. 59
- Kleinig, Hardness, 1998, 273 ff. 258
- Klose, Racheimpulse, 2011, 53 ff. 61
- Klosko, Argument, 1994, 1882 ff. 503
- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011 179
- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011 14
- Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff. 480
- Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff. 486, 490
- Koller, Semantik, 2001, 19 ff. 441
- König/Kaupen, Ideologie, 1969, 147 ff. 201
- Kornwachs, Naturverstehen, 1994, 63 ff. 487
- Koslowski, Gemeinwohl, 1999 524
- Krahl, Tatbestand, 1999 23
- Kratzsch, Prinzipien, JuS 1994, 372 ff. 463
- Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985 463
- Krause, I., Verständigung, 2013 361
- Krause, R., Aspekte, 2002, 47 ff. 208
- Krieger, Herrschaft, 2007/2008, 33 ff. 29
- Kroeschell, Rechtsgeschichte, 2008 188
- Kronenberg, Verfassungspatriotismus, 2009 118
- Kubiciel, Lissabon-Urteil, GA 2010, 99 ff. 395
- Kucharek, Tränen, 2005, 15 ff. 134
- Kühl, Freiheit, 1999, 259 ff. 538
- Kühl, Notwehr, 1996, 149 ff. 555
- Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2103 226
- Kuhlmann, Letztbegründung, 1985 569
- Kühne, Da., Kulturrelativismus, 2007 189 ff. 19
- Kühner, Rache, 2011, 67 ff. 62
- Kunig, in. Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012 31, 124, 198
- Kunig, Menschenwürde, 2011, 152 ff. 305
- Kunig, Völkerrecht, AVR 2004, 327 ff. 29
- Kunkel/Schermeier, Rechtsgeschichte, 2001 350
- Kuzmics/Axtmann, Authority, 2007 74, 145
- Kvanvig, Heaven, 2009 173
- Laber, Verwertbarkeit, 1995 386, 391
- Laber, Verwertbarkeit, 1995, 391
- Ladeur, Postmoderne, 1995 207
- Ladeur, Rechtstheorie, 1992 180
- Ladeur, Staat, 2006 46, 73, 77, 110, 160, 191, 426
- Landau, Spätscholastik, 2001, 403 ff. 529
- Lange, Suche, 2000, 255 ff. 77
- Lecheler, Unrecht, 1994 20
- Leder, Person, 1999 270
- Leffler, Schutz, 2012 116

- Leutheusser-Schnarrenberger, Leitkultur, 2008 118
- Levine, Versuch, 1994 146
- Libet, Mind, 2004/ 2007 276
- Liebig/Lengfeld, Gerechtigkeitsforschung, 2002 441
- Lobkowitz, Person, 1995, 39 ff. 103
- Locke, Abhandlungen, 1967 462
- Locke, Second Treatise, 1690 67, 274, 538
- Lomfeld, Gründe, 2015 82
- Lotter, Rechtsprechung, ARSP, 2006 67, 274
- Lüderssen, Freiheitsbegriff, 1983, 67 ff. 334
- Lüderssen, Strafrecht, 1975, 244 ff. 328, 334
- Lugebil, Ostrakismus, 1860, 119 ff. 233
- Luhmann, Codierung, 1988, 337 ff. 443
- Luhmann, Einführung, 2002 103
- Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff. 180
- Luhmann, Recht, 1993 31
- Luhmann, Rechtssoziologie, 1987 33, 462, 563
- Luhmann, Systeme, 1994 180, 207
- Lumer, Gerechtigkeit, 2005 441
- Lyons, history, 2003 495
- MacCromack, School, ARSP 2006, 59 ff. 169
- Mackie, Ethik, 1983 156, 564
- MacLean, Dimensionen, 1983, 111 ff. 349
- MacLean, Mind, 1978, 308 ff. 349
- Madl, Abrahamic, 2006, 103 ff. 168
- Mahlmann, Gerechtigkeit, 2015 451, 453
- Maier, Doppelgesicht, 2004 150
- Maier, Religionen, 1997, 299 ff. 239
- Maihold, Strafe, 2003 152
- Malina, Rituale, 2000, 23 ff. 173
- Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 2010 386
- Marcic, Grundlegung, 1989, 13 ff. 443, 494
- Markl, Biologie, 1983, 67 ff. 566
- Marks, Funktion, 2006, 51 ff. 159
- Maruna/Copes, decades, 2005, 221 ff. 235
- Maunz/Dürig, GG, 2015 566
- Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975 503
- Meier, Sanktionen, 2009 327, 328
- Meier, Sanktionen, 2015 326
- Meinen, Strafvollstreckung, 2008, 1127 ff. 368, 369
- Meinen, Untersuchungshaft, 2008, 321 ff. 368
- Mensch, Violence, 2008, 285 ff. 77, 112
- Merkel, Willensfreiheit, 2012, 39 ff. 266
- Merklein, Sühnegedanke, 2000, 59 ff. 152
- Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff. 386, 388, 391
- Meyer, Lissabon-Entscheidung, NStZ 2009, 657 ff. 395
- Meyer-Goßner, StPO, 2015 27
- Mill, Liberty, 1988 115, 500

- Mitscherlich, Weg, 1963 334
- Möllers, Gewaltengliederung, 2005 418
- Möllers, Netzwerke, 2005, 285 ff. 74, 76
- Mommsen, Nationalsozialismus, 1997, 173 ff. 239
- Montenbruck, Abwägung, 1989 307
- Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. 301, 336, 373, 401
- Montenbruck, In dubio, 1985 23, 478
- Montenbruck, Menschenrechtsstrafe, 2010, 113 ff. 220
- Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2015 84, 452
- Montenbruck, Naturrecht, 2010, 147 ff. 101, 314, 538
- Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015 13, 18, 20, 39, 53, 57, 71, 86, 101, 102, 119, 126, 135, 136, 197, 198, 273, 276, 277, 278, 284, 432, 502, 505, 514
- Montenbruck, Religiöse Wurzeln, 2004, 193 ff. 151
- Montenbruck, Thesen, 1983 555
- Montenbruck, Vergeltung, 2010, 3 ff. 496, 503, 562
- Montenbruck, Versöhnung, 2010, 99 ff. 18
- Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2013 20
- Montenbruck, Western Anthropology, 2010 74, 100, 115, 116, 248, 252, 275, 480
- Montenbruck, Wie Du mir..., 1995, 13 ff. 439, 562, 565
- Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff. 184, 430
- Montenbruck, Zivilisation, 2010 31, 34, 200, 201, 218, 334, 349, 466
- Moraw, Integration, Der Staat Beiheft 12 (1998), 77 ff. 188
- Morus, Utopia, 1996, 7 ff. 200
- Müller / Christensen, Methodik II, 2007 26, 282, 283
- Müller-Dietz, Mord, 1997 113, 222
- Münch/Kunig, GG, 2012 198, 199
- Münchener Kommentar II, 2012 403
- Münkler, Terrorismus, 2001, 11 ff. 560
- Münkler/Fischer, Gemeinwohl, 2001/2002 524
- Müßig, Summum ius, 2013, 23 ff. 473
- Naegeli, Gesellschaft, 1969, 40 ff. 334
- Naucke, Wechselwirkung, 1985 243
- Nell-Breuning, Gerechtigkeit, 1985 541
- Neschke-Hentschke, Recht, 2007 33 ff. 49
- Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff. 269
- Nietzsche, Genealogie, 1977, 761 ff. 534
- Nitschke, Rechtspluralismus, 1995, 213 ff. 185
- Noguchi, Kampf, 2005 22
- Nowotny, Eigenzeit, 1989 184
- Nussbaum, Equity, 1999 112, 132
- Ockenfels, Religion, 2004, 175 ff. 149
- Oechsler, Gerechtigkeit, 1997 488, 489
- Ooyen, Sicherheit, 2007 77, 426

- Ottmann, Platon, 2005 25, 189, 442
- Pawlik, Unrecht, 2012 249, 250
- Pawlik, Volk, 2006, 269 ff. 525
- Pawlowski, Schutz, 2000, 9 ff. 174
- Pestalozza, Bemerkungen, Der Staat Band 2 (1963), 425 ff. 570
- Pfordten, Deskription, 1993 510
- Pfordten, Rechtsethik, 2011 505, 510, 511, 512, 551
- Pieper, Viergespann, 1964 496, 541
- Pieroth, Demokratieprinzip, JuS 2010, 473 ff. 177
- Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 2014 389, 390
- Pillsbury, Justice, 1989, 655 ff. 34
- Pitz, Verfassungslehre, 2006 158, 488
- Platon, Gorgias (Eigler), 1990, 269 ff. 175
- Platon, Nomoi (Eigler), 1990 175
- Platon, Politeia (Eigler), 1990 446, 496
- Platon, Protagoras (Eigler), 1990, 83 ff. 62, 175, 481
- Popper, Erkenntnis, 1984 446
- Popper, Logik, 1989 487
- Popper, Suche, 1984 201
- Prigogine, Sein, 1988 165
- Pufendorf, jure naturae, 1998 101, 153, 497
- Quaritsch, Souveränität, 1986 117
- Radbruch, Carolina, 1991 243
- Radbruch, Rechtsphilosophie, 2003 485, 534, 539
- Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff. 21, 486
- Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991 158
- Randelzhofer, Staatsgewalt, HdStR II 2004, § 17 117
- Rappaport, Ritual, 1999 72, 173
- Rawls, Liberalism, 1993 503
- Rawls, Regelbegriffe, 1992, 96 ff. 156, 564
- Rawls, Theorie, 1993 103, 112, 463, 504
- Reese-Schäfer, Rezeption, 1996, 3 ff. 77
- Regge, Übersiebnen, 1997, 289 ff. 243
- Rehbinder, Fragen, 1983, 261 ff. 566
- Rehbinder, Status, 1968, 141 ff. 104, 186
- Rehbinder, Verweigerung, 1986, 237 ff. 232
- Rehbinder, Webers Rechtssoziologie, 1963, 470 ff. 185
- Rengier, Strafrecht AT, 2015 567
- Rheinstein, Einführung, 1987 114
- Ricoeur, Schuld, 1970 173
- Ridley, Biologie, 1999 122
- Riegel, Confucius, 2011 169
- Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008 33, 37, 114, 163, 239, 269
- Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff. 276
- Rössner, Autonomie, 1992, 269 ff. 482
- Rottleuthner, Bundesrepublik, 2006, 13 ff. 178

- Rottleuthner, Ungerechtigkeiten, 2008 482
- Rousseau, Gesellschaftsvertrag, (Brockard), 1996 490
- Rousseau, Ursprung, 1762 267
- Rousseau, Ursprung, 1974 490
- Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff. 480
- Roxin, Strafrecht AT I, 2006 23, 266, 463
- Roxin/Schäfer/Widmaier, Mühlenteichtheorie, 2006, 435 ff. 391
- Rückert, Hermeneutik, 2001, 287 ff. 35
- Rüping, Grundriss, 2011 244, 250
- Rüthers, Gerechtigkeit, 2009 571
- Rüthers, Rechtstheorie, 2007 571
- Saage, Denken, 2006 200
- Sachs, Grundgesetz, 2014 386, 390
- Sachs, Verfassungsrecht, 2003 385
- Saliger, Feindstrafrecht, JZ 2006, 756 ff. 424
- Sauer, Gerechtigkeit, 1959 534
- Savigny, System, 1840 34
- Schaeffgen, Vergangenheitsbewältigung, 1998, 49 ff. 54
- Schäfer / Sander / van Gemmeren, Praxis, 2012 365, 373
- Schäfer, Grundlagen, 1989 534, 539
- Schaffner, Religion, 2006, 29 ff. 149
- Scheffler, Dauer, 1991 346, 355
- Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff. 308
- Scheffler, Hauptverhandlung, 2008, 593 ff. 137
- Schelsky, Soziologen, 1980, 77 ff. 103, 171
- Schiemann, Schädigungsverbot, JuS 1989, 345 ff. 497
- Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. 265
- Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. 270
- Schild, Hegel, 2010, 37 ff. 448
- Schild, Körper, 2003, 129 ff. 483
- Schild, Recht, 2006, 167 ff. 194
- Schild, Reinigungs- und Kampffolter, 2008, 171 ff. 150, 173, 178
- Schild, Strafgerichtsverhandlung, 2006, 107 ff. 194
- Schild, Strafrichter, 1983 138
- Schlink, Abwägung, 1976 570
- Schmidt, Einführung, 1965 243, 250
- Schmitz, Legitimität, 2001 175
- Schneider, H. v., Einübung, 2004 171
- Schneider, W. L., Grundlagen, 2002 76
- Scholz, Grundgesetz, 1998, 11 ff. 45, 297
- Schönke/Schröder, StGB, 2014 23
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2014 366
- Schott, Strafraumen, 2004 113, 222
- Schrey, Ethik, 1972 541

Schröder, J., Recht, 2012 174

Schroeder, Sachsenspiegel, 2001 188

Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. 265, 480

Schuppert/Neidhart, Gemeinwohl, 2002 524

Schurig, Überlegungen, 1983 349

Schwemmer, Gerechtigkeit, 1995 441

Searle, Geist. 2004 47

Seelmann / Demko, Rechtsphilosophie, 2014 453

Seher, Liberalismus, 2000 253

Seher, Normativität, 2007, 66 ff. 467

Seibert, Orte, 1994, 157 ff. 194

Seidler, Scham, 1997, 119 ff. 159

Seifert, Problemkreise, Jura 2007, 99 ff. 385, 389

Seiler, Auslegung, 2000 418

Seneca, Schriften (Rosenbach), 1999 175

Sheldon, Constituting, 2008, 1129 ff. 74

Sickor, Geständnis, 2014 353, 362

Sickor, Geständnis, 2014. 348

Siems, Idee, 2004, 1 ff. 425

Siep, Naturgesetz, 1993 481

Simmel, Soziologie, 1992 73

Simon, Gesetzesauslegung, 2005 37

Smart, Utilitarismus, 1975, 121 ff. 156, 564

Sodan, Grundgesetz, 2015 124, 485, 492

Soden, Confessio, 2010 350, 351

Sommermann, Staatsziele, 1997 524

Stahl, Strafzumessungstatsachen, 2015 373

Starck, Grundlagen, 2004, 556 ff. 28

Starck, Staatslehre, 2005, 711 ff. 28

Stein/Buttlar, Völkerrecht, 2012 75

Steinvorth, Ethik, 1990 497

Sternberger, Verfassungspatriotismus, 1990 118

Stöling, Machtbildung, 1999, 111 ff. 417

Strate, Ende, NSTZ 2010, 362 ff. 381

Stratenwerth, Gerechtigkeit, 1993, 353 ff. 535

Strawson, Freedom, 1982, 59 ff. 272, 273

Streng, Sanktionen, 2012 113, 222, 567

Suppe, Grund- und Menschenrechte, 2004 488

Sutor, Theorien, 2004, 205 ff. 103

Sykes/Matza, Techniken, 1957/1979, 360 ff. 235

Systemantischer Kommentar-StGB, 2014. 424

Tacitus, Germania, 1944 158

Tammelo, Philosophie, 1982 526

Tammelo, Ungerechtigkeit, 1980, 30 ff. 526

Tangney/Miller/Flicker/Barlow, shame, 1996, 1256 ff. 159

Taylor, Sources, 1994 175

Teubner, Netzwerk, 2004 74

Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff. 235

- Tomasello, Cooperate, 2009 126
- Tönnies, F., Gemeinschaft, 1887 186
- Tönnies, S., Kommunitarismus, 1996, 13 ff. 77
- Trapp, Utilitarismus, 1988 564
- Trivers, Evolution, 1971, 35 ff. 125
- Trotha, Ordnungsformen, 1995, 129 ff. 425
- Trotha, Recht, 1982 332
- Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff. 522, 569
- Tuscheling, Recht, 2002, 557 ff. 460, 461
- Uerpmann, Interesse, 1999 524
- Uhle, Verfassungsstaat, 2004 46
- Vesting, Netzwerk, 2004, 247 ff. 76
- Vogel, Strafrecht, GA 2010, 1 ff. 395
- Volkan, Versagen, 1999 97
- Volkan, Vertreibung, 2002, 183 ff. 134
- Vöneky, Vorwort, 2013, V ff 363
- Vorländer, Wertvorstellungen, 1995, 39 ff. 425
- Voßkuhle, Kompensationsprinzip, 1999 566
- Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff. 174, 242
- Wallace, Responsibility, 1998 251
- Walzer, Sphären, 1992 564
- Weber, Objektivität, 1973, 186 ff. 146
- Weigend, Deliktsoffer, 1989, 28 ff. 347
- Weiler, Love, 1991, 197 ff. 117, 222
- Weinfurter, Welt, 2005, 1 ff. 134
- Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff. 242
- Werle, Wahrheit, 1996 54
- Wesche, Gegenseitigkeit, 2001 20, 112
- Wesel, Geschichte, 2014 101, 153, 182, 183
- Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 2015 567
- Whitehouse, Cognition, 2008, 35 ff. 53
- Wiener, Persönlichkeit, 1987, 92 ff. 449
- Willems/Winter, Repräsentation, 2000 524
- Willoweit, Verfassungsgeschichte, 2010 151
- Wilson, Sociobiology, 1978 182
- Winker, Gewalt, 2002, 33 ff. 42
- Wolf, Verhütung, 1992 258
- Wulf, Ritual, 2003, 30 ff. 194
- Württemberg, Zeitgeist, 1991 34, 482
- Wüstenberg, Dimension, 2003 52
- Zaczyk, Begründung, 2005, 207 ff. 549
- Zaczyk, Einheit, 2005, 1111 ff. 323
- Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff. 534
- Zaczyk, Toleranzgebot, 2007, 235 ff. 465
- Ziemke, Selbstorganisation, 1991, 25 ff. 165
- Zimmermann, ius commune, JZ 1992, 8 ff. 114

Zimmermann, Recht, 2008, 29 ff. 35

Zippelius, Ausschluss, 1986, 12 ff. 233

Zippelius, Bedeutung, 1987 34

Zippelius, Leitideen, 1987 201, 202

Zippelius, Rechtsphilosophie, 2011 28, 570

Zippelius, Staatslehre, 2010 75

Zippelius, Wesen, 2012 68

Zoglauer, Problem, 1990 487

Zürcher, Legitimation, 2014 251

Literaturverzeichnis

- Adler, Leute, 1986, 159 ff.** Adler, Gerhard,
Woran glauben die Leute eigentlich ?, in: Mohler, Armin (Hrsg.), Wirklichkeit als Tabu, 1986, 159 ff.
- AK-GG (Azzola), 1989** Azzola, Axel (Hrsg.),
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, Band 1 und 2, 2. Aufl. 1989
- AK-StGB (Hassemer), 1996** Wassermann, Rudolf (Hrsg.),
Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden, 1996
- Albert, Wissenschaft, 1982** Albert, Hans,
Die Wissenschaft und Fehlbarkeit der Vernunft, 1982
- Albrecht, Kriminologie, 2005** Albrecht, Peter-Alexis,
Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht, 3. Aufl. 2005
- Alexy, Verteidigung, 1993, 85 ff.** Alexy, Robert,
Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs, in: Krawietz, Werner/Wright, Georg H. von (Hrsg.), Öffentliche oder private Moral. Vom Geltungsgrund und der Legitimität des Rechts, Festschrift für Ernesto Garzón Valdéz, 1993, 85 ff.
- Alwart, Wirtschaftsstrafrecht, 2007, 16 ff.** Alwart, Heiner,
Modernes Wirtschaftsstrafrecht als Projekt, in: Dannecker, Gerhard/Brammsen, Joerg/Schmitz, Roland u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, 16 ff.
- Ambos, Emotionen, 2005, 9 ff.** Ambos, Claus,
Mit Ritualen Emotionen steuern, in: Ambos, Claus/Holz, Stephan/Schwedler, Gerald/Wenigfurter, Stefan (Hrsg.), Die Welt der Rituale. Von der Antike bis heute, 2005, 9 ff.

- Ambos/Rackow, Überlegungen, ZIS 2009, 397 ff.** Ambos, Kai/Rackow, Peter,
Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, 397 ff.
- Amelung, Probleme, StV 1985, 257 ff** Amelung, Knut,
Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985, 257 ff.
- Amelung, Verwertbarkeit, StraFo 1999, 181 ff.** Amelung, Knut,
Die Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zugunsten des Angeklagten und deren Grenzen, StraFo 1999, 181 ff.
- Apel, Apriori, 1988** Apel, Karl-Otto,
Transformation der Philosophie, Band II, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, 1988
- Apel, Diskurs, 1988** Apel, Karl-Otto,
Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral, 1988
- Aquin (Piper), Matthäus, 1270/2011** Aquin, Thomas
Kommentar zum Johannesevangelium, (um) 1270, Pieper, Josef (Übers.); Weingartner, Paul / Ernst, Michael / Wolfgang Schöner, Wolfgang (Hrsg.), 2011
- Aquin, Summa theologica, 1273/1953** Thomas von Aquin,
Summa theologica, 1265 (oder 1266) bis 1273, in: Katholischer Akademikerverband (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit, 1953
- Archer, Sozialpsychologie, 1996** Archer, John,
Evolutionäre Sozialpsychologie, in: Stroebe, Wolfgang/Hewstone, Miles/Stephenson, Geoffrey (Hrsg.), Sozialpsychologie. Eine Einführung, 3. Aufl. 1996, 25 ff.
- Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999** Aristoteles,
Nikomachische Ethik, Dirlmeier, Franz (Übers.), 1999
- Aristoteles, Politik (Gigon), 2003** Aristoteles,
Politik, Gigon, Olof (Hrsg., Übers.), 2003

- Armstrong, Achsenzeit, 2006** Armstrong, Karen,
Die Achsenzeit. Vom Ursprung der Weltreligionen (engl. The Great Transformation – The Beginning of our Religious Traditions, 2006), Bayer, Michael/Schuler, Karin, (Übers.), 2006
- Arnim/Brink, Methodik, 2001** Arnim, Hans H. von/Brink, Stefan,
Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz. Grundlagen einer verfassungsorientierten Rechtsmethodik, 2001
- Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 2008** Elliot Aronson / Timothy D. Wilson / Robin M. Akert,
Sozialpsychologie, 6. Auflage 2008,
- Auchter, Gewalt, 2002, 595 ff.** Auchter, Thomas,
Gewalt als Zeichen der Hoffnung? Zur psychoanalytischen Theorie der jugendlichen Gewalt bei D. W. Winnicott, in: Schlösser, Anne-Marie/Gerlach, Alf (Hrsg.), Gewalt und Zivilisation. Erklärungen und Deutungen, 2002, 595 ff.
- Auer, Valenz, 2006, 19 ff.** Auer, Karl H.,
Die religiöse Valenz der Menschenwürdekonzepktion, in: Breitsching, Konrad/Rees, Wilhelm (Hrsg.), Recht-Bürge der Freiheit. Festschrift für Johannes Mühlsteiger SJ zum 80. Geburtstag, 2006, 19 ff.
- Barnett, Separation, 2009, 451 ff.** Barnett, Randy E.,
The Separation of People and State, Harvard Journal of Law & Public Policy Vol. 32 (2009), 451 ff.
- Barry, Rawls, 1995, 880 ff.** Barry, Brian,
John Rawls and the Search for Stability, Ethics 105 (1995), 880 ff.
- Barth, Tod, 1992** Barth, Gerhard,
Der Tod Jesu im Verständnis des Neuen Testaments, 1992
- Baumann, Strafe, 1984, 27 ff.** Baumann, Jürgen,
Strafe als soziale Aufgabe, in: Hauser, Robert/Rehberg, Jörg/Stratenwerth, Günter, Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, 27 ff.

- Baurmann, Zweckrationalität, 1987** Baurmann, Michael,
Zweckrationalität und Strafrecht – Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987
- Bayer, Freiheit, 1995** Bayer, Oswald,
Freiheit als Antwort, 1995
- Beccaria, Verbrechen (Alff), 1966** Beccaria, Cesare,
Über Verbrechen und Strafe (1766), Alff, Wilhelm J. (Übrs.), 1966
- Becker, Täter, 2011, 67 ff.** Becker, David,
Täter und Opfer: Nachdenken über zwei schwierige Begriffe, in: Karger, André (Hrsg.), Vergessen, vergelten, vergeben, versöhnen? Weiterleben mit dem Trauma, 2011, 67 ff.
- Bedau/Kelly, Punishment, 2010** Bedau, Hugo A./Kelly, Erin,
„Punishment“, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2010.
- Beling, Vergeltungsidee, 1978** Beling, Ernst von,
Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung, 1978
- Benda, Rechtsstaat, 1983, 477 ff.** Benda, Ernst,
Der soziale Rechtsstaat, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, 477 ff.
- Bennett, Apology Ritual, 2008** Bennett, Christopher,
The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment, 2008
- Bertalanffy, Menschen, 1970** Bertalanffy, Ludwig von,
... aber vom Menschen wissen wir nichts, 1970
- Beukelmann, Europäisierung, NJW 2010, 2081 ff.** Beukelmann, Stephan,
Europäisierung des Strafrechts – Die neue strafrechtliche Ordnung nach dem Vertrag von Lissabon, NJW 2010, 2081 ff.
- Bielefeldt, Menschenrechte, 1999, 43 ff.** Bielefeldt, Heiner,
Universale Menschenrechte angesichts der Pluralität der Kulturen, in: Reuter, Hans Richard (Hrsg.) Ethik der Menschenrechte, 1999, 43 ff.

- Birr, Kriminalstrafe, 2007, 58 ff.** Birr, Christiane,
Kriminalstrafe ist öffentliche Rache. Beobachtungen zum Strafgedanken in der juristischen Literatur der Frühen Neuzeit, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, 58 ff.
- Bloch, Naturrecht, 1990** Bloch, Ernst,
Naturrecht und Menschenwürde, 2. Aufl., 1990
- Böckenförde, Entstehung, 1992, 92 ff.** Böckenförde, Ernst-Wolfgang,
Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1992, 92 ff.
- Bogdandy, Prinzipien, NJW 2010, 1 ff.** Bogdandy, Armin von,
Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, 1 ff.
- Bohnert, Profanierung, 2001, 597 ff.** Bohnert, Joachim,
Über Profanierung, in: Bohnert, Joachim (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, 597 ff.
- Bolle, Emotionen, 1995, 155 ff.** 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.
- Bongardt, Endstation, 2010, 57 ff.** Bongardt, Michael,
Endstation Strafe? Auf der Suche nach einer Kultur der Vergebung, in: Bongardt, Michael/Wüstenberg, Ralf K. (Hrsg.), Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit, Das schwere Erbe von Unrechts-Staaten, 2010, 57 ff.

- Bongardt, Freiheit, 2006, 335 ff.** Bongardt, Michael,
Verlorene Freiheit? Von Gottes Handeln und der Menschen Handeln in einer unüberschaubaren Welt, in: Böhnke, Michael/Bongardt, Michael/Essen, Georg/Werbick, Jürgen (Hrsg.), Freiheit Gottes und der Menschen. Festschrift für Thomas Pröpper, 2006, 335 ff.
- Bongardt, Mystik-Kritik, 2005, 21 ff.** Bongardt, Michael,
Mystik-Kritik als kritische Mystik? Zum Hintergrund von Kierkegaards Absage an die bestehende Kirche, in: Delgado, Mariano/Fuchs, Gotthard (Hrsg.), Die Kirchenkritik der Mystiker. Prophetie aus Gotteserfahrung, Band III: von der Aufklärung bis zur Gegenwart, 2005, 21 ff.
- Bongardt/Wüstenberg, Versöhnung, 2010** Bongardt, Michael/Wüstenberg, Ralf K. (Hrsg.),
Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit, Das schwere Erbe von Unrechts-Staaten, 2010
- Bormann, Theologisierung, 1969, 75 ff.** Bormann, Claus von,
Die Theologisierung der Vernunft. Neuere Strömungen in der evangelischen Theologie (Entmythisierung), in: Studium Generale, 22/1969, 75 ff.
- Böttcher, Forderungen, 2006, 15 ff.** Böttcher, Reinhard,
Rechtspolitische Forderungen des WEISSER RING – Bilanz und Ausblick, in: WEISSER RING e.V. (Hrsg.), Opferschutz – unbekannt, Aktuelle Entwicklungen bei Opferschutz und Opferrechten, 2006, 15 ff.
- Boulding, Leitbilder, 1958** Boulding, Kenneth E.,
Die neuen Leitbilder (deutsch), 1958
- Boysen, Netzwerk, 2006, 39 ff.** Boysen, Sigrid,
Netzwerk-Grundmodell einer neuen Ordnung?, Freie Universität Berlin, fundiert. Das Wissenschaftsmagazin der Freien Universität Berlin 02/2006, 39 ff.
- Brandt, Identity, 2006, 45 ff.** 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.

- Branscombe / Sengoski / Kappen, Measurement, 2004, 16 ff.** Branscombe, Nyla. R. / Sengoski, Ben / Kappen, Diane M.,
The Measurement of Collective Guilt. What it is and what it is not, in: Branscombe, Nyla R. / Doosje, Bertjar (Eds.), *Collective Guilt in International Perspectives*, 2004), 16 ff.
- Brieskorn, Verzicht, 1988** Brieskorn, Norbert,
Verzicht und Unverzichtbarkeit im Recht, 1988
- Britz, Strafe, 2001, 73 ff** Britz, Guido,
Strafe und Schmerz – eine Annäherung, in: Britz, Guido/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, 73 ff.
- Brugger, Brülisauer, ARSP 75 (1989), 279 ff.** Brugger, Winfried,
Rezension von: Brülisauer, Bruno, *Moral und Konvention. Darstellung und Kritik ethischer Theorien*, 1988, ARSP 75 (1989), 279 ff.
- Brugger, Deutschland, 2002** Brugger, Winfried,
Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002
- Brugger, Kommunitarismus, 1998, 337 ff.** Brugger, Winfried,
Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1998, 337 ff.
- Brunner, E., Gerechtigkeit, 1981** Brunner, Emil,
Gerechtigkeit – eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, 3. Aufl. 1981
- Brunner, O., Land, 1965** Brunner, Otto,
Land und Herrschaft, 5. Aufl. 1965
- Buchanan, Limits, 1975** Buchanan, James M.,
The Limits of Liberty, 1975

- Bühler, Rechtsauslegung, 2001, 329 ff.** Bühler, Axel,
Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung bei Friedrich Karl von Savigny, in: Schröder, Jan (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 2. Oktober 1999, 2001, 329 ff.
- Burchardt, Grenzen, 2004** Burchardt, Daniel O.,
Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis. Zur Prozeduralität der Verfassungsnormativität, 2004
- Burkert, Homo, 1997** Burkert, Walter,
Homo necans. Interpretationen altgriechischer Opferriten und Mythen, 2. Aufl. 1997
- Bürki, Schuldbekennnis, 1993/2001, Sp. 284 f.** Bürki, Bruno,
„Schuldbekennnis“, in: Lexikon für Theologie und Kirche, 3. Aufl. 1993 bis 2001, 9. Band, Spalte 284 f.
- Bußhoff, Gemeinwohl, 2001** Bußhoff, Heinrich,
Gemeinwohl als Wert und Norm. Zur Argumentations- und Kommunikationskultur der Politik, 2001
- Byrd/Hruschka, Wille, 2006, 141 ff.** Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim,
Der ursprüngliche und a priori vereinigte Wille und seine Konsequenzen in Kants Rechtslehre, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan H. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 14, 2006, 141 ff.
- Calliess, Menschenwürde, 2009, 133 ff.** Calliess, Christian,
Menschenwürde im Europarecht, in: Gröschner, Rolf/Lembcke, Oliver W. (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde, 2009, 133 ff.
- Canaris, Konsens, JuS 1996, 573 ff.** Canaris, Claus-Wilhelm,
Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung – Gedanken vor dem Hintergrund der Eumeniden des Aischylos, JuS 1996, 573 ff.

- Cassirer, Philosophie, 1923/1994** Cassirer, Ernst,
Philosophie der symbolischen Formen, Erster Teil, Sprache, (1923), 1994
- Cassirer, Versuche, 1992** Cassirer, Ernst,
Versuche über den Menschen. Eine Einführung in eine Philosophie der Kultur, 2. Aufl. 1992
- Castell, Materials, 2000, 5 ff.** Castell, Manuel,
Materials for an exploratory theory of the network society, British Journal of Sociology 51 (2000), 5 ff.
- Chang, Weltgesellschaft, 2005** Chang, Yi-Tung,
Die Weltgesellschaft in der Perspektive der Zivilisationstheorie, 2005
- Cicero, De officiis (Dieter), 1989** Cicero, Marcus Tullius,
De officiis, Pflichtenlehre, in: Huchthausen, Liselot (Hrsg.), Dieter, Horst (Übrs.), Cicero, Werke in drei Bänden, Band III, 1989, 167 ff.
- Cicero, De rep (Huchthausen), 1989** Cicero, Marcus Tullius,
De re publica, Der Staat, in: Huchthausen, Liselot (Hrsg., Übrs.), Cicero, Werke in drei Bänden, Band II, 1989, 255 ff.
- Coing, Grundzüge, 1993** Coing, Helmut,
Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993
- Coing, Naturrecht, 1965** Coing, Helmut,
Naturrecht als wissenschaftliches Problem, 1965
- Czupryniak, Berücksichtigung, 2010** Czupryniak, Radoslaw,
Berücksichtigung generalpräventiver Gründe bei der Strafzumessung in Deutschland und Polen. Diskussion der Grundsätze und Erörterung von Fallgruppen anhand der Rechtsprechung, 2010
- Dahlstrom, Einstellung, 1998, 73 ff.** Dahlstrom, Daniel O.,
Die altruistische Einstellung, in: Byrd, Sharon B./Hruschka, Joachim/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 6, 1998, 73 ff.
- Darwall, Second-Person Standpoint, 2006** Darwall, Stephen,
The Second-Person Standpoint: Morality; Respect; and Accountability, 2006

- Décarreaux, Mönche, 1964** Décarreaux, Jean,
Die Mönche und die abendländische Zivilisation, 1964
- Deggau, Autonomy, 1988** Deggau, Hans G.,
The Communicative Autonomy of the Legal System, in: Teubner, Gunther (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, 1988, 128 ff.
- Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51 ff.** Deimling, Gerhard,
Kriminalprävention und Sozialkritik im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafen“, in: Hirsch, Hans J./Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 51 ff.
- Derrida, Jahrhundert, Lettre International, 2000, 1 ff.** Derrida, Jaques,
Jahrhundert der Vergebung. Verzeihen ohne Macht: unbedingt und jenseits der Souveränität. Ein Gespräch mit Michel Wieviorka, Lettre International, 2000, 1 ff.
- Di Fabio, Recht, 1998** Di Fabio, Udo,
Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998
- Diesselhorst, Naturzustand, 1988** Diesselhorst, Malte,
Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens, 1988
- Doehring, Staatslehre, 2004** Doehring, Karl,
Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2004
- Dohrmann, Anerkennung, 1995** Dohrmann, Henning,
Anerkennung und Bekämpfung von Menschenopfern im römischen Strafrecht der Kaiserzeit, 1995
- Dreier, H., Säkularisierung, 2013** Dreier, Horst,
Säkularisierung und Sakralität: Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates, 2013
- Dreier, R., Einheit, 1981, 286 ff.** Dreier, Ralf,
Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants, in: ders., Recht – Moral – Ideologie, 1981, 286 ff.

- Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986** Dreier, Ralf,
Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion, 1986
- Dubber, Generalprävention, ZStW 117 (2005), 455 ff.** Dubber, Markus D.,
Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht, ZStW 117 (2005), 455 ff.
- Duxburg, Patterns, 1995** Duxburg, Neil,
Patterns of American Jurisprudence, 1995
- Dworkin, Bürgerrechte, 1984** Dworkin, Ronald,
Bürgerrechte ernst genommen (Taking Rights Seriously, 1979), 1984
- Ebel/Thielmann, Rechtsgeschichte, 2003** Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg,
Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 3., neu bearb. Aufl. 2003
- Ebert, Talion, 1991, 249 ff.** Ebert, Udo,
Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Randerscheinung, 1991, 249 ff.
- Eckhard, Grundrechte, 1913** Eckhard, Ernst,
Die Grundrechte vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur deutschen Verfassungsgeschichte, 1913
- Eggers, Gerechtigkeit, 1987, 27 ff.** Eggers, Philipp,
Gerechtigkeit und Recht, in: Just, Manfred/Wollenschläger, Michael/Eggers, Philipp/Hablitzel, Hans (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Günther Küchenhoff (1908 – 1983), 1987, 27 ff.
- Ehrlich, Rechtsfähigkeit, 1973** Ehrlich, Eugen,
Die Rechtsfähigkeit, 1973
- Eisenberg, Kriminologie, 2005** Eisenberg, Ulrich,
Kriminologie, 6. Aufl. 2005

- Eisenhardt, Rechtsgeschichte, 2008** Eisenhardt, Ulrich,
Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 2008
- Ekart, Gründe, Der Staat 44 (2005), 622 ff.** Ekart, Felix,
Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Gründe für eine liberale Klagebefugnis, Zugleich eine Kritik der Begriffe „Gemeinwohl“ und „Vorsorge“, Der Staat 44 (2005), 622 ff.
- Elias, Society, 1991** Elias, Norbert,
The Society of Individuals (Translation from German bei Edmund Jephcott), 1991
- Elias/Morus, Staatskritik, 1985, 101 ff.** Elias, Norbert/Morus, Thomas,
Staatskritik. Überlegungen zur Bestimmung des Begriffs Utopie, in: Vosskamp, Wilhelm (Hrsg.), Utopieforschung: interdisziplinäre Studien zur neuzeitlichen Utopie, Band II, 1985, 101 ff.
- Empfter/Vehrkamp, Gerechtigkeit, 2007** Empfter, Stefan/Vehrkamp, Robert B. (Hrsg.),
Soziale Gerechtigkeit – eine Bestandsaufnahme, 2007
- Enzmann, Faszination, 2004, 283 ff.** Enzmann, Birgit,
Von der bleibenden Faszination der Vertragstheorie, in: Waas, Lothar R. (Hrsg.), Politik, Moral und Religion – Gegensätze und Ergänzungen, Festschrift zum 65. Geburtstag von Karl Graf Ballestrem, 2004, 283 ff.
- Eßbach, Anthropologie, 2001, 171 ff.** Eßbach, Wolfgang,
Zur Anthropologie artifiziereller Umwelt, in: Alt, Kurt W./Rauschenberg, Natascha (Hrsg.), Ökohistorische Reflexionen, Mensch und Umwelt zwischen Steinzeit und Silicon Valley, 2001, 171 ff.
- Fabricius, Generalprävention, 2006, 280 ff.** Fabricius, Dirk,
Generalprävention oder: Die beste Kriminalpolitik ist eine gute Rechtspolitik. Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 280 ff.

- Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011** Fabricius, Dirk,
Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen I: Darwins angetretenes Erbe: Evolutionsbiologie auch für Nicht-Biologen
Reihe: Studien zu Kriminalität - Recht - Psyche, Band 1, 2011
- Fabricius, Kriminalwissenschaften II/III, 2011** Fabricius, Dirk,
Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen II: Allgemeiner Teil - Grundlegende Kritik, grundlegende Begriffe. III: Besonderer Teil - Einzelne Verbrechen im Rahmen einer evolutionstheoretisch begründeten Kriminalwissenschaft
Reihe: Studien zu Kriminalität - Recht - Psyche, Band 2, 2011
- Faulstich-Wieland, Individuum, 2000** Faulstich-Wieland, Hannelore,
Individuum und Gesellschaft, Sozialisationstheorien und Sozialisationsforschung, 2000
- Fechner, Rechtsphilosophie, 1962** Fechner, Erich,
Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2. Aufl. 1962
- Feinberg, Function, 1970, 95 ff.** Feinberg, Joel,
The Expressive Function of Punishment, in: Feinberg, Joel (Ed.), Doing and Deserving, 1970, 95 ff.
- Feltes, Strafanspruch, 2007** Feltes, Thomas,
Der staatliche Strafanspruch Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafens, 2007
- Fichte, Grundlagen, 1796** Fichte, Johann Gottlieb,
Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796. Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. 1962 bis 2012. 42 Bände. Band I, 3: Werke 1794–1796. Hrsg. von Reinhard Lauth und Hans Jacob, 1966

- Fikentscher, Moral, 1993, 71 ff.** 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.
- Fisch, Wandel, 2004, 43 ff.** Fisch, Stefan,
Der Wandel des Gemeinwohlverständnisses in der Geschichte, in: Arnim, Hans P. von/Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der 71. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 12. bis 14. März 2003 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 2004, 43 ff.
- Fischer, StGB, 2016** Fischer, Thomas,
Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 63. Aufl., 2016
- Fischinger, Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff** Fischinger, Philipp S.,
Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff.
- Folkers, Theorie, ARSP 76 (1990), 12 ff.** Folkers, Horst,
Zur Theorie der Menschenrechte – Perspektiven ihrer Weiterentwicklung, ARSP 76 (1990), 12 ff.
- Forst, Recht, 2007** Forst, Rainer,
Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, 2007
- Forst, Toleranz, 2004** Forst, Rainer,
Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs, 2. Aufl., 2004
- Fossum/Masson, Shame, 1986** Fossum, Merle A./Masson, Marilyn J.,
Facing Shame: Families in Recovery, 1986
- Freud, Totem, 1912/13** Freud, Sigmund,
Totem und Tabu, GW IX, 1912/13
- Freud, Trauer, 1917, 102 ff.** Freud, Sigmund,
Trauer und Melancholie (1917), in: Freud, Sigmund, Essays II. Auswahl 1915 – 1919, 102 ff.

- Frey, Subjekt, 1989** Frey, Reiner,
Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie, 1989
- Frey-Rhon, Böse, 1961, 161 ff.** Frey-Rhon, Liliane,
Das Böse in psychologischer Sicht, in: Studien aus dem C. G. Jung Institut, Zürich, Band XIII: Das Böse, 1961, 161 ff.
- Fritsche, Entschuldigen, 2003** Fritsche, Immo,
Entschuldigen, Rechtfertigen und die Verletzung sozialer Normen, 2003
- Fromm, Psychologie, 1982, 115 ff.** Fromm, Erich,
Zur Psychologie des Verbrechers und der straffenden Gesellschaft, 1931, in: ders., Analytische Sozialpsychologie und Gesellschaftstheorie, 7. Aufl. 1982, 115 ff.
- Frommel, Mauerschützenprozesse, 1993, 81 ff.** Frommel, Monika,
Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 81 ff.
- Gebauer/Wulf, Spiel, 1998** Gebauer, Gunter/Wulf, Christoph,
Spiel – Ritual – Geste. Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, 1998
- Gehlen, Bild, 1948, 234 ff** Gehlen, Arnold,
Ein Bild vom Menschen (1948). in: Gebauer, Gunter (Hrsg.), Anthropologie, 1998, 234 ff
- Gehlen, Mensch, 1950** Gehlen, Arnold,
Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt (1950), 2004
- Geismann, Recht, 2006, 3 ff.** Pawlik, Michael,
Kants Volk von Teufeln und sein Staat, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan H. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 14, 2006, 269 ff.

- Gephart, Handeln, 1998** Gephart, Werner,
Handeln und Kultur, Vielfalt und Einheit der
Kulturwissenschaften im Werk von Max Weber,
1998
- Gephart, Strafe, 1990** Gephart, Werner,
Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile
Durkheims, 1990
- Giannoulis, Studien, 2014** Giannoulis, Georgios,
Studien zur Strafzumessung. Ein Beitrag zur
Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik
mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermö-
gensdelikten, 2014
- Gil/Wilke, Natur, 1994, 11 ff.** Gil, Thomas/Wilke, Joachim,
„Natur“ im Umbruch: Zur Einführung, in: Bien,
Günther/Gil, Thomas/Wilke, Joachim (Hrsg.),
„Natur“ im Umbruch. Zur Diskussion des Na-
turbegriffs in Philosophie, Naturwissenschaft
und Kunsttheorie, 1994, 11 ff.
- Gilligan, Stimme, 1990** Gilligan, Carol,
Die andere Stimme, 4. Aufl. 1990
- Gimbernat Ordeig, Nichtbe-
weisbarkeit, 1974, 151 ff.** Gimbernat Ordeig, Enrique,
Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der
Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, in: Ro-
xin, Claus/Bruns, Hans-Jürgen/Jäger, Herbert
(Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechts-
wissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel
zum 70. Geburtstag am 12. September 1973,
1974, 151 ff.
- Gimbernat Ordeig, Strafrechts-
dogmatik, ZStW 82 (1970), 379
ff.** Gimbernat Ordeig, Enrique,
Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?,
ZStW 82 (1970), 379 ff.
- Girard, Heilige, 1987** Girard, René,
Das Heilige und die Gewalt (La Violence et la
sacré, 1972), deutsch, 1987
- Girtler, Kulturanthropologie,
1979** Girtler, Roland,
Kulturanthropologie. Entwicklungslinien, Para-
digmata, Methoden, 1979
- Glenn, Traditions, 2007** Glenn, H. Patrick,
Legal Traditions of the World, Sustainable Di-
versity in Law, Third Edition, 2007

- Gluckman, Systems, 1964** Gluckman, Max,
Closed Systems and Open Minds. The Limits of Naivety in Social Anthropology (unter Mitarbeit von Devon), 1964
- Göhler, Institutionenökonomie, 1999, 17 ff.** Göhler, Gerhard/Kühn, Rainer,
Institutionenökonomie, Neo-Institutionalismus und die Theorie politischer Institutionen, in: Edeling, Thomas/Jann, Werner/Wagner, Dieter (Hrsg.), Institutionenökonomie und Neuer Institutionalismus, 1999, 17 ff.
- Grewe, Gnade, 1936** Grewe, Wilhelm,
Gnade und Recht, 1936
- Grimm/ Grimm, Wörterbuch, 1854-1861** Grimm, Jacob/ Grimm, Wilhelm,
Deutsches Wörterbuch, 1854-1861, online
- Grommes, Sühnebegriff, 2006** Grommes, Sabine,
Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung, Eine ideologiekritische Betrachtung, 2006
- Grotius, De Jure (Schätzel), 1950** Grotius, Hugo
De Jure belli ac pacis Libri tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg., Übrs.), 1950
- Gruter, Bedeutung, 1976** Gruter, Margaret,
Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft, 1976
- Gruter, Rechtsverhalten, 1993** Gruter, Margaret,
Rechtsverhalten. Biologische Grundlage mit Beispielen aus dem Familien- und Umweltrecht, 1993
- Gulde, Tod, 2007** Gulde, Stefanie U.,
Der Tod als Herrscher in Ugarit und Isreal, 2007
- Günther, Sinn, 1988** Günther, Klaus,
Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988

- Günther, Zurechnung, 2014, 9 ff.** Günther, Klaus,
Zurechnung, Strafe und Selbstverständnis von Personen, in: Prittwitz, Cornelius / Baurmann, Michael / Günther, Klaus / Jahn, Matthias / Kuhlen, Lothar / Merkel, Reinhard / Nestler, Cornelius / Schulz, Lorenz (Hrsg.), Rationalität und Empathie, 2014, 9 ff.
- Häberle, Interesse, 2006** Häberle, Peter,
Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, 2. Aufl. 2006
- Habermas, Faktizität, 1992** Habermas, Jürgen,
Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992
- Habermas, Gerechtigkeit, 1986, 291 ff.** Habermas, Jürgen,
Gerechtigkeit und Solidarität, in: Edelstein, Wolfgang/Nummer-Winkler, Gertrud (Hrsg.), Zur Bestimmung der Moral, 1986, 291 ff.
- Habermas, Grundlagen, 2009, 106 ff.** Habermas, Jürgen,
Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates? in: Habermas, Jürgen (Hrsg.), Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze, 2009, 106 ff.
- Habermas, Wahrheitstheorien, 1984, 127 ff.** Habermas, Jürgen,
Wahrheitstheorien, in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, 127 ff.
- Haffke, Tiefenpsychologie, 1976** Haffke, Bernhard,
Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtliche Untersuchung, 1976
- Haft/Schlieffen, Handbuch, 2009** Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina Gräfin von,
Handbuch der Mediation, 2. Aufl., 2009
- Haller, Verrechnung, 2007** Haller, Heiko A.,
Die Verrechnung von Vor- und Nachteilen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Untersuchung zur Kompensation von Grundrechtsbegriffen, 2007

- Haltern, Notwendigkeit, 2008, 193 ff.** Haltern, Ulrich,
Notwendigkeit und Umrisse einer Kulturtheorie des Rechts, in: Dreier, Horst/Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 193 ff.
- Hamilton, evolution, 1964, 1 ff.** Hamilton, William D.,
The genetical evolution of social behavior, Journal of Theoretical Biology 7 (1964), 1 ff.
- Hardinghaus, Kronzeuge, 2015** Hardinghaus, Alexander,
Der Kronzeuge im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 46b StGB, 2015
- Hart, Concept, 1961** Hart, Herbert L. A.,
The Concept of Law, 1961
- Hasselmann, Weltreligionen, 2002** Hasselmann, Christel,
Die Weltreligionen entdecken ihr gemeinsames Ethos, 2002
- Hassemer, Einführung, 1990** Hassemer, Winfried,
Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990
- Hattenhauer, Begnadigung, ZStW 78 (1966), 184 ff.** Hattenhauer, Hans,
Die Begnadigung im Spiegel der Legende, ZStW 78 (1966), 184 ff.
- Hattenhauer, Buße, 1983** Hattenhauer, Hans,
Über Buße und Strafe im Mittelalter, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG), Germanische Abteilung 100, 1983
- Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004** Hattenhauer, Hans,
Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004
- Hauptmann, Psychologie, 1993** Hauptmann, Walter,
Psychologie für Juristen. Kriminologie für Psychologen. Einführung in die Sozialpsychologie des Strafrechts, 2. Aufl. 1993
- Hayek, Constitution, 1960** Hayek, Friedrich A. von,
Constitution of Liberty, 1960

- Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1995** Hegel, Georg W. F.,
Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Hoffmeister, Johannes (Hrsg.), 1995
- Heinz, Fallstricke, 2011, 161ff.** Heinz, Rudolf,

Fallstricke der Versöhnung. Versuche einer Dekonstruktion, in: Karger, André (Hrsg.), Vergessen, vergelten, vergeben, versöhnen? Weiterleben mit dem Trauma, 2011, 161 ff.
- Heinz/Nissen, Mensch, 2001, 149 ff.** Heinz, Marties/Nissen, Hans J.,
Mensch und Umwelt – ökologische Grenzbe-
trachtungen, in: Alt, Kurt W./Rauschenberg,
Natascha (Hrsg.), Ökohistorische Reflexionen,
Mensch und Umwelt zwischen Steinzeit und
Silicon Valley, 2001, 149 ff.
- Heraclitus, Fragmente, 1983** Heraclitus Ephesius,
Fragmente (Fragmente, griechisch und deutsch),
Snell, Bruno (Hrsg.), 1983
- Herder, Briefe, 1793** Herder, Johann G.,
Briefe zur Beförderung der Humanität, 1793
- Herren, Freud, 1973** Herren, Rüdiger,
Freud und die Kriminologie. Einführung in die
psychoanalytische Kriminologie, 1973
- Herzberg, Willensunfreiheit. 2010** Herzberg, Rolf Dietrich
Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010
- Hilgendorf, Verrechtlichung, 2009, 187 ff.** Hilgendorf, Eric,
Verrechtlichung und ihre Grenzen. Anmerkun-
gen zum Vergleich der westlichen und der ost-
asiatischen Rechtskultur, in: Assmann, Heinz-
Dieter/Kuschel, Karl-Josef/Moser von Filseck,
Karin (Hrsg.), Grenzen des Lebens, Grenzen der
Verständigung, 2009, 187 ff.
- Hilgers, Ringen, 2002, 213 ff.** Hilgers, Micha,
Das Ringen der Vernunft mit dem totalitären
Gewissen. Die Terroranschläge in den USA als
Ausdruck eines durch massive Affekte radikali-
sierten Über-Ichs, in: Schlösser, Anne-
Marie/Gerlach, Alf (Hrsg.), Gewalt und Zivilisa-
tion, Erklärungen und Deutungen, 2002, 213 ff.

- Hiller, Zeitkonflikt, 1993** Hiller, Petra,
Der Zeitkonflikt in der Risikogesellschaft. Risiko und Zeitorientierung in rechtsförmigen Verwaltungsentscheidungen, Soziologische Schriften, Band 59, 1993
- Hinkmann, Argumente, 2000, 185 ff.** Hinkmann, Jens,
Argumente, für und wider die Universalität der Menschenrechte, in: Wolf, Jean-Claude (Hrsg.), Menschenrechte interkulturell, 2000, 185 ff.
- Hirsch, A. v., Principle, 1996, 259 ff.** Hirsch, Andrew von,
Extending the Harm Principle. „Remote“ Harms and Fair Imputation, in: Simester, Andrew P./Smith, Tony (Hrsg.), Harm and Culpability, 1996, 259 ff.
- Hirsch, M., Opferung, 2002, 481 ff.** Hirsch, Mathias,
Die Opferung des Kindes als eine Grundlage unserer Kultur, in: Schlösser, Anna-Marie/Gerlach, Alf (Hrsg.), Gewalt und Zivilisation. Erklärungsversuche und Deutungen, 2002, 481 ff.
- His, Strafrecht, 1964** His, Rudolf,
Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil I: Die Verbrechen und ihre Folgen im Allgemeinen, 1920, Neudruck 1964
- Hobbes, Bürger, 1959** Hobbes, Thomas,
Vom Bürger – De Cive (1642), 1959
- Hobbes, Element, 1926** Hobbes, Thomas,
Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen (Element of Law natural and politic, deutsch), Tönnies, Ferdinand (Hrsg.), 1926
- Hobbes, Leviathan (Fetscher), 1992** Hobbes, Thomas,
Leviathan, Fetscher, Iring (Hrsg.), 5. Aufl. 1992
- Hobbes, Leviathan, 1962** Hobbes, Thomas,
Hobbes' Leviathan, Reprinted form the Edition of 1651, 1962

- Hoebel, B. G., Grundlagen, 1982, 87 ff.** Hoebel, Bartley G., Neurogene und chemische Grundlagen des Glücksgefühls, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred, Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, 1982, 87 ff.
- Hoebel, E. A., Anthropologie, 1983, 39 ff.** Hoebel, Edward A., Anthropologie, Recht und Genetik, 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, 39 ff.
- Hoerster, Wirklichkeit, ARSP 75 (1989), 145 ff.** Hoerster, Detlef, Die Wirklichkeit der Freiheit, ARSP 75 (1989), 145 ff.
- Höffe, Diskurse, 1981** Höffe, Otfried, Sittlich-politische Diskurse, 1981
- Höffe, Gerechtigkeit, 1987** Höffe, Otfried, Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987
- Höffe, Gerechtigkeit, 2010** Höffe, Otfried, Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung, 4. Aufl. 2010
- Höffe, Menschenrechte, 1994, 119 ff** Höffe, Otfried, Die Menschenrechte im interkulturellen Diskurs, in: Odersky, Walter, Die Menschenrechte: Herkunft, Geltung, Gefährdung, 1994, 119 ff.
- Höffe, Rechtsprinzipien, 1990** Höffe, Otfried, Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990
- Höffe, Strafrechtswissenschaft, 2000, 307 ff.** Höffe, Otfried, Die Strafrechtswissenschaft im Blick anderer Wissenschaften und der Öffentlichkeit, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 307 ff.

- Hofmann, H., Entstehung, 2004, 171 ff.** Hofmann, Hasso,
Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffes, in: Blankennagel, Alexander/Pernice, Ingolf/Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, 2004, 171. ff.
- Honderich, Punishment, 1969** Honderich, Ted,
Punishment, the Supposed Justifications, 1969
- Hoppe, Erinnerung, 2010, 29 ff.** Hoppe, Thomas,
Erinnerung, Gerechtigkeit und Versöhnung. Zur Aufgabe eines angemessenen Umgangs mit belasteter Vergangenheit – ein sozialetische Perspektive, in: Bongardt, Michael/Wüstenberg, Ralf K. (Hrsg.), Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit, Das schwere Erbe von Unrechts-Staaten, 2010, 29 ff.
- Horn, N., Einführung, 2011** Horn, Norbert,
Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 2011
- Hörnle, Kriminalstrafe, 2013** Hörnle, Tatjana,
Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre. 2013
- Hörnle, Verhalten, 2005** Hörnle, Tatjana,
Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005
- Hotz, Gedanken, 2007, 201 ff.** Hotz, Sandra,
Gedanken zur Rechtsvergleichung als einer Kulturwissenschaft, in: Senn, Marcel / Puskas, Daniel (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? 2007, 201 ff.
- Huff, Urbanisierungsansätze, 2005, 82 ff.** Huff, Dietrich,
Urbanisierungsansätze in Zentralasien, in: Falk, Harry (Hrsg.), Wege zur Stadt. Entwicklung und Formen urbanen Lebens in der alten Welt, 2005, 82 ff.
- Hügli / Lübcke, Philosophielexikon, 2003** Hügli, Anton / Lübcke, Poul,
(Hrsg.), Philosophielexikon, 5. Aufl., 2003

- Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff.** 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.
- Husserl, Recht, 1955** Husserl, Gerhart,
Recht und Zeit. Fünf rechtspolitische Essays, 1955
- Ihering, Zweck, 1923** Ihering, Rudolf von,
Der Zweck im Recht, 8. Aufl., 1923
- Imbach, Perspektiven, 2007, 49 ff.** Imbach, Ruedi,
Perspektiven des Mittelalters, in: Senn, Marcel/Puskas, Daniel (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, ARSP Beiheft 115, 2007, 49 ff.
- Ipsen, Gleichheit, 1954, 111 ff.** Ipsen, Hans-Peter,
Gleichheit, in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans C./Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch für Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, 1954, 111 ff.
- Isensee, Gemeinwohl, 1996, § 57** Isensee, Josef,
Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl. 2004, § 57
- Jachmann, Gemeinnützigkeit, 2004, 63 ff.** Jachmann, Monika
Gemeinnützigkeit, in: Arnim, Hans H. von/Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der 21. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung, 2004, 63 ff.
- Jaffey, Power-Liability, 2004, 295 ff.** Jaffey, Peter A.,
Hohfeld's Power-Liability/Right-Duty Distinction in the Law of Restitution, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 17(2) (2004), 295 ff.

- Jäger, Psychologie, 1975, 107 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.
- Jahn, Beweiserhebung, 2008** Jahn, Matthias,
Beweiserhebung und Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, in: Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten / Teil C, 2008
- Jahn, Konsensmaxime, ZStW 118 (2006), 427 ff.** Jahn, Matthias,
Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung: Zur Rekonstruktion des Amtsermittlungsgrundsatzes in § 244 II StPO unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzesentwürfe zur Verständigung im Strafverfahren, ZStW 118 (2006), 427 ff.
- Jahn/Müller, Gesetz, NJW 2009, 2625 ff.** Jahn, Matthias/Müller, Martin,
Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis, NJW 2009, 2625 ff.
- Jakl, Recht, 2009** Jakl, Bernhard,
Recht aus Freiheit, 2009
- Jakobs, Kriminalisierung, ZStW 97 (1985), 735 ff.** Jakobs, Günther,
Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 735 ff.
- Jakobs, Norm, 1997** Jakobs, Günther,
Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie, 1997
- Jakobs, Schuld, 1976** Jakobs, Günther,
Schuld und Prävention, 1976
- Jakobs, Strafe, 2004** Jakobs, Günther,
Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck, 2004

- Jakobs, Strafe, 2004, 24 ff.** Jakobs, Günther,
Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, 2004, 24 ff.
- Jakobs, Strafrecht AT, 1991** Jakobs, Günther,
Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991
- Jakobs, Theorie, 2014.** Günther Jakobs
Theorie der Beteiligung, 2014
- Jarass /Pieroth, Grundgesetz, 2014** Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo,
Grundgesetz, 13. Aufl. 2014
- Jaspers, Ursprung, 1955** Jaspers, Karl,
Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1955
- Jellinek, Erklärung, 1904** Jellinek, Georg,
Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1904
- Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996** Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas,
Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996
- Joerden, Menschenleben, 2003** Joerden, Jan C.,
Menschenleben. Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts, 2003
- Jung, Strafe, 2002** Jung, Heike,
Was ist Strafe?, 2002
- Jung, Self-organization, 2010, 1364 ff.** Jung, Rüdiger H.,
Self-organization, in: Anheier, Helmut K., Toepler, Stefan, List, Regina (Hrsg.), International Encyclopedia of Civil Society. 2010, 1364 ff.
- Kaiser, Kriminologie, 1996** Kaiser, Günther,
Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996
- Kant, Garantie, 1984, 27 ff.** Kant, Immanuel,
Von der Garantie des ewigen Friedens, in: Buhr, Manfred/Dietzsch, Steffen (Hrsg.), Kant, Immanuel, Zum ewigen Frieden. Mit Texten zur Rezeption 1796-1800, 1984, 27 ff.

- Kant, Metaphysik (Weischedel), 1956** Kant, Immanuel,
Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956
- Kant, Metaphysik, 1797, AA** Kant, Immanuel,
Die Metaphysik der Sitten, 1797, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Band VI, 1902 ff, online
- Kant, p. Vernunft, 1788, AA** Kant, Immanuel,
Kritik der praktischen Vernunft, 1788 in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Band V, 1902 ff. online.
- Kant, Urteilskraft, 1790, AA** Kant, Immanuel,
Kritik der Urteilskraft, 1790, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Band V, 1902 ff, online
- Karger, Einleitung. 2011, 5 ff** Karger, André,
Einleitung. in: Karger, André (Hrsg.), Vergessen, vergelten, vergeben, versöhnen? Weiterleben mit dem Trauma, 2011, 5 ff
- Karger, Verzeihung, 2011, 12ff.** Karger, André,
Verzeihung – Reconciliation – Versöhnung. Versuch der Differenzierung verschiedener Konzepte, in: Karger, André (Hrsg.), Vergessen, vergelten, vergeben, versöhnen? Weiterleben mit dem Trauma, 2011, 12 ff.
- Kaser/Knütel, Privatrecht, 2008** Kaser, Max /Knütel, Rolf,
Römisches Privatrecht, 19. Aufl. 2008
- Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014** Kaspar, Johannes,
Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014
- Kasper, Lexikon, 1993 ff.** Kasper, Walter (Hrsg.),
Lexikon für Theologie und Kirche, Band 1 – 11, 3. Aufl. 1993 - 2001

- Kaufmann, Kritik, 1990, 158 ff.** Kaufmann, Artur,
Kritik und Vertrauen, in: Denninger, Erhard/Hinz, Manfred O./Mayer-Tasch, Peter C./Roellecke, Gerd (Hrsg.), Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag, 1990, 158 ff.
- Kaufmann, Recht, 1988, 11 ff.** Kaufmann, Arthur
Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer, in: Kaufmann, Arthur/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Zacher, Hans F. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, 11 ff.
- Kaufmann, Recht, 1991** Kaufmann, Arthur,
Recht und Gnade in der Literatur, 1991
- Kaufmann, Theorie, 1985** Kaufmann, Arthur,
Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1985
- Kaufmann, Utilitarismus, ARSP 1994, 476 ff.** Kaufmann, Arthur,
Die Lehre vom negativen Utilitarismus, ARSP 1994, 476 ff.
- Kempny / Reimer, Gleichheitssätze, 2012** Kempny, Simon/ Reimer, Philipp,
Die Gleichheitssätze: Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012
- Kersting, Kant, 2004** Kersting, Wolfgang,
Kant über Recht, 2004
- Kersting, Philosophie, 1994** Kersting, Wolfgang,
Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1994
- Kersting, Theorien, 2000** Kersting, Wolfgang,
Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000
- Killias, Strafe, 1984, 135 ff.** 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.
- Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 2015** Kindhäuser, Urs,
Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., 2015

- Kirste, Ansätze, 2007, 177 ff.** Kirste, Stephan,
Ernst Cassirers Ansätze zu einer Theorie des Rechts als symbolische Form, in: Senn, Marcel/Puskas, Daniel (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? ARSP Beiheft 115 (2007), 177 ff.
- Klar, Moral, 2007** Klar, Samuel,
Moral und Politik bei Kant. Eine Untersuchung zu Kants praktischer und politischer Philosophie im Ausgang der "Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft", Epistemata Philosophie Bd. 433, 2007
- Kleger, Zivilreligion, 2008** Kleger, Heinz,
Gibt es eine europäische Zivilreligion? Pariser Vorlesung über die Werte Europas. Widerstände und politische Verpflichtung in einer lernfähigen Demokratie, 2008
- Klein, Schuld, Psyche, 1992, 46 (12), 1177 ff.** Klein, Hillel,
Von Schuld zu Verantwortung, Psyche, 1992, 46 (12), 1177 ff..
- Kleinig, Hardness, 1998, 273 ff.** Kleinig, John,
The Hardness of Hard Treatment, in: Ashworth, Andrew/Wasik, Martin (Hrsg.), The Fundamentals of Sentencing Theory, Clarendon Press, 1998, 273 ff.
- Kliemt, Zustimmungstheorien, 1980** Kliemt, Hartmut,
Zustimmungstheorien der Staatsrechtfertigung, 1980
- Klose, Racheimpulse, 2011, 53 ff.** Klose, Bernd,
Racheimpulse als Ausdruck regulativer Psychodynamik und Racheverzicht als kulturelle Forderung. Klinische Überlegungen in: Karger, André (Hrsg.), Vergessen, vergelten, vergeben, versöhnen? Weiterleben mit dem Trauma, 2011, 53 ff.
- Klosko, Argument, 1994, 1882 ff.** Klosko, George,
Ralws's Argument from Political Stability, Columbia Law Review 94 (1994). 1882 ff.

- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011** Kluge Friedrich,
Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache. 25., von Seebold, Elmar, durchgesehene und erweiterte Auflage, 2011
- Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff.** Kohlrausch, Eduard,
Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, in: Angehörige der Fakultät Königsberg (Hrsg.), Festgabe für Karl Güterbock zum 80. Geburtstag, 1910, 1 ff.
- Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff.** Koller, Peter,
Die Rechtfertigung und Kritik sozialer Ungleichheit, Österreichische Zeitschrift für Soziologie Heft 12 (1987), 4 ff.
- Koller, Semantik, 2001, 19 ff.** Koller, Peter,
Zur Semantik der Gerechtigkeit, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeit im politischen Diskurs der Gegenwart, 2001, 19 ff.
- Koller, Theorien, 1987** Koller, Peter,
Neue Theorien des Sozialkontrakts, 1987
- König/Kaupen, Ideologie, 1969, 147 ff.** König, René/Kaupen, Wolfgang,
Ideologie und Recht, in: Maihofer, Werner (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, 147 ff.
- Kornwachs, Naturverstehen, 1994, 63 ff.** Kornwachs, Klaus,
Naturverstehen und Systemverstehen, in: Bien, Günther/Gil, Thomas/Wilke, Joachim (Hrsg.), „Natur“ im Umbruch. Zur Diskussion des Naturbegriffs in Philosophie, Naturwissenschaft und Kunsttheorie, 1994, 63 ff.
- Koslowski, Gemeinwohl, 1999** Koslowski, Peter,
Das Gemeinwohl zwischen Universalismus und Partikularismus, 1999
- Krahl, Tatbestand, 1999** Krahl, Matthias,
Tatbestand und Rechtsfolge, Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischem Verhältnis, 1999
- Kratzsch, Prinzipien, JuS 1994, 372 ff.** Kratzsch, Dietrich,
Prinzipien der Konkretisierung von abstrakten Gefährdungsdelikten BGHSt 38, 309, JuS 1994, 372 ff.

- Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985** Kratzsch, Dietrich,
Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und die Regeln der Gesetzesanwendung, Schriften zum Strafrecht, Band 64, 1985
- Krause, I., Verständigung, 2013** Krause, Inken,
Verständigung im Strafverfahren – zwei Jahre nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes, 2013
- Krause, R., Aspekte, 2002, 47 ff.** Krause, Rainer,
Affektpsychologischen Aspekte menschlicher Destruktivität, in: Schlösser, Anne-Marie/Gerlach, Alf (Hrsg.), Gewalt und Zivilisation, Erklärungen und Deutungen, 2002, 47 ff.
- Krieger, Herrschaft, 2007/2008, 33 ff.** Krieger, Heike,
Die Herrschaft der Fremden- Zur demokratietheoretischen Kritik des Völkerrechts, Antrittsvorlesung am 29.6.2007, in: Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Fachbereichsschrift 2007/2008, 33 ff.
- Kroeschell, Rechtsgeschichte, 2008** Kroeschell, Karl,
Deutsche Rechtsgeschichte (bis 1250), Band 1, 13. Aufl. 2008
- Kronenberg, Verfassungspatriotismus, 2009** Kronenberg, Volker,
„Verfassungspatriotismus“ im vereinten Deutschland. Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 28 vom 06.07.2009, <http://www.bundestag.de/dasparlament/2009/28/Beilage/007.html>
- Kubiciel, „Lissabon“-Urteil, GA 2010, 99 ff.** Kubiciel, Michael,
Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht, GA 2010, 99 ff.
- Kucharek, Tränen, 2005, 15 ff.** Kucharek, Andrea,
Wohlthuende Tränen: Zur Funktion des Weinens in der altägyptischen Totenklage, in: Ambos, Claus/Holz, Stephan/Schwedler, Gerald/Wenigfurter, Stefan (Hrsg.), Die Welt der Rituale. Von der Antike bis heute, 2005, 15 ff.

- Kühl, Freiheit, 1999, 259 ff.** Kühl, Kristian,
Freiheit und Solidarität bei den Notrechten. Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, 259 ff.
- Kühl, Notwehr, 1996, 149 ff.** Kühl, Kristian,
Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der missfällt? Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich, in: Schmoller, Kurt (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 149 ff.
- Kühl, Strafrechtsphilosophen, 2013** Kühl, Kristian,
Kühl, Große Strafrechtsphilosophen, Hegel, http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/phil/Hegel/strafe5 (27. 8. 2013)
- Kuhlmann, Letztbegründung, 1985** Kuhlmann, Wolfgang,
Reflexive Letztbegründung. Untersuchung zur Transzendentalpragmatik, 1985
- Kühne, Kulturrelativismus, 2007, 189 ff.** Kühne, Daniela,
Kulturrelativismus und Menschenrechte in: Senn, Marcel/Puskas, Daniel (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? ARSP Beiheft 115 (2007), 189 ff.
- Kühner, Rache, 2011, 67 ff** Kühner, Angela,
Rache – als Wunsch und Unterstellung. Soziologische und psychoanalytische Überlegungen zu einem unbeachteten Phänomen, in: Karger, André (Hrsg.), Vergessen, vergelten, vergeben, versöhnen? Weiterleben mit dem Trauma, 2011, 67 ff.
- Kunig, Menschenwürde, 2011, 152 ff.** Kunig, Philip,
Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit – Eine Gegenüberstellung, in: Mahlmann, Matthias (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner, 2011, 152 ff.
- Kunig, Völkerrecht, AVR 2004, 327 ff.** Kunig, Philip,
Völkerrecht als Recht der Weltbevölkerung, in: Archiv des Völkerrechts, 2004, 327 ff.

- Kunkel/Schermeier, Rechtsgeschichte, 2001** Kunkel, Wolfgang/Schermeier, Martin, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001
- Kuzmics/Axtmann, Authority, 2007** Kuzmics, Helmut/Axtmann, Roland, Authority, State and National Character. The Civilizing Process in Austria and England, 1700 – 1900, 2007
- Kvanvig, Heaven, 2009** Kvanvig, Jonathan, „Heaven and Hell“, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2009
- Laber, Verwertbarkeit, 1995** Laber, Birgit. Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, 1995
- Ladeur, Postmoderne, 1995** Ladeur, Karl-Heinz, Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung (1992), 2. Aufl. 1995
- Ladeur, Rechtstheorie, 1992** Ladeur, Karl-Heinz, Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferent – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 1992
- Ladeur, Staat, 2006** Ladeur, Karl-Heinz, Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatgesellschaft“, 2006
- Landau, Spätscholastik, 2001, 403 ff.** Landau, Peter, Spanische Spätscholastik und kanonische Lehrbuchliteratur, in: Grunert, Frank/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur spanischen Spätscholastik, (= Frühe Neuzeit 68), 2001, 403 ff.
- Lange, Suche, 2000, 255 ff.** Lange, Stefan, Auf der Suche nach der guten Gesellschaft – Der Kommunitarismus Amitai Etzionis, in: Schimank, Uwe/Volkman, Ute (Hrsg.), Soziologische Gegenwartsdiagnosen, 2000, 255 ff.
- Lecheler, Unrecht, 1994** Lecheler, Helmut, Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur „Radbruchschen Formel“, 1994

- Leffler, Schutz, 2012** Leffler, Ricarda.
Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem Phänomen des Cyber-Bullying, 2012
- Leutheusser-Schnarrenberger, Leitkultur, 2008** Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine,
Leitkultur, Verfassungspatriotismus und Wertpluralismus, Vortrag zum 1. Bayreuther Zukunftsforum, 17./18. Oktober 2008, http://www.zukunftsforum.uni-bayreuth.de/de/publikationen/vortrag_schnarrenberger.pdf
- Levine, Versuch, 1994** Levine, Tom,
Versuch über die Genese des westlichen Zivilisationsmodells anhand der kulturtheoretischen Ansätze bei Max Weber und Norbert Elias, 1994
- Libet, Mind, 2004/ 2007** Libet, Benjamin,
Mind Time, 2004. Wie das Gehirn Bewusstsein produziert, Jürgen Schröder (Übers.), 2007
- Liebig/Lengfeld, Gerechtigkeitsforschung, 2002** Liebig, Stefan/Lengfeld, Holger (Hrsg.),
Interdisziplinäre Soziale Gerechtigkeitsforschung. Zur Verknüpfung empirischer und normativer Perspektiven, 2002
- Lobkowitz, Person, 1995, 39 ff.** Lobkowitz, Nikolaus,
Was ist eine Person?, in: Ballestrem, Karl Graf /u.a. (Hrsg.), Sozialethik und politische Bildung, Festschrift für Bernhard Sutor zum 65 Geburtstag, 1995, 39 ff.
- Locke, Abhandlungen, 1967** Locke, John,
Zwei Abhandlungen über die Regierung, Euchner, Walter (Hrsg.), Hoffmann, Hans J. (Übers.), 1967
- Locke, Second Treatise, 1690** Locke, John,
The Second Treatise of Government, in: Two Treatises of Government, 1690, Ed. with an introduction and notes by Laslett, Peter, 1993
- Lomfeld, Gründe, 2015** Lomfeld, Betram,
Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, 2015

- Lotter, Rechtsprechung, ARSP, 2006, 503 ff.** Lotter, Maria-Sibylla,
Rechtsprechung im Jenseits, ARSP, Archiv für
Rechts- und Sozialphilosophie, 2006, Vol. 92,
503 ff.
- Lüderssen, Freiheitsbegriff, 1983, 67 ff.** Lüderssen, Klaus,
Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und sei-
ne Folgen für das moderne Strafrecht, in: Has-
semer, Winfried/Lüderssen, Klaus/Naucke,
Wolfgang (Hrsg.), Fortschritte im Strafrecht
durch die Sozialwissenschaften, 1983, 67 ff.
- Lüderssen, Strafrecht, 1975, 244 ff.** Lüderssen, Klaus,
Strafrecht und „Dunkelziffer“, in: Lüderssen,
Klaus/Sack, Fritz (Hrsg.), Abweichendes Ver-
halten I, Die selektiven Normen der Gesell-
schaft, 1975, 244 ff.
- Lugebil, Ostrakismus, 1860, 119 ff.** Lugebil, Karl,
Über Wesen und die historische Bedeutung des
Ostrakismus in Athen, Jahrbücher für classische
Philologie, Supplementband 4, 1860, 119 ff.
- Luhmann, Codierung, 1988, 337 ff.** Luhmann, Niklas,
Die Codierung des Rechtssystems, in: Roelle-
cke, Gerd (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder
Rechtstheorie?, 1988, 337 ff.
- Luhmann, Einführung, 2002** Luhmann, Niklas,
Einführung in die Systemtheorie, 2002
- Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff.** Luhmann, Niklas,
Positivität und Selbstbestimmtheit des Rechts,
Rechtstheorie 1988, 11 ff.
- Luhmann, Recht, 1993** Luhmann, Niklas,
Das Recht der Gesellschaft, 1993
- Luhmann, Rechtssoziologie, 1987** Luhmann, Niklas,
Rechtssoziologie (1972), Band 1 und 2, 3. Aufl.
1987
- Luhmann, Systeme, 1994** Luhmann, Niklas,
Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen
Theorie, 5. Aufl. 1994

- Lumer, Gerechtigkeit, 2005** Lumer, Christoph,
Artikel „Gerechtigkeit“, in: Sandkühler, Hans J. (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie A – Z, 2005
- Lyons, history, 2003** Lyons, Lewis,
The history of punishment. Judicial penalties from ancient times to present day, 2003
- MacCromack, School, ARSP 2006, 59 ff.** MacCromack, Geoffrey,
The Legalist School and its Influence upon Traditional Chinese Law, ARSP 2006, 59 ff.
- Mackie, Ethik, 1983** Mackie, John L.,
Ethik. Auf der Suche nach dem Richtigen und Falschen, 2. Aufl. 1983
- MacLean, Dimensionen, 1983, 111 ff.** MacLean, Paul D.,
Die drei Dimensionen der Entwicklung des Gehirns und des Rechts, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik; Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 54, 1983, 111 ff.
- MacLean, Mind, 1978, 308 ff.** MacLean, Paul D.,
A Mind of Three Minds: Educating the triune Brain, Yearbook of the National Society for the Study of Education 77 (1978), 308 ff.
- Madl, Abrahamic, 2006, 103 ff.** Madl, Pierre,
Abrahamic vs. Asian Values: The We(a)stern Society, in: Giordano, Christian/Patry, Jean-Luc (Hrsg.), Theorie und Praxis – Brüche und Brücken, 2006, 103 ff.
- Mahlmann, Gerechtigkeit, 2015** Mahlmann, Matthias,
Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 2. Aufl. 2015
- Maier, Doppelgesicht, 2004** Maier, Hans,
Das Doppelgesicht des Religiösen, Religion – Gewalt – Politik, 2004
- Maier, Religionen, 1997, 299 ff.** Maier, Hans,
Politische Religionen' - Möglichkeiten und Grenzens eines Begriffs, in: Maier, Hans / Schäfer, Michael (Hrsg.), Totalitarismus und Politische Religionen. Konzepte des Diktaturvergleichs, Band. 2, 1997, 299 ff.

- Maihold, Strafe, 2003** Maihold, Harald,
Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung
des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholas-
tik und Naturrechtslehre, 2003
- Malina, Rituale, 2000, 23 ff.** Malina, Bruce J.,
Rituale der Lebensexklusivität. Zur Definition
des Opfers, in: Janowski, Bernd/Welker, Michael
(Hrsg.), Opfer. Theologische und kulturelle
Kontexte, 2000, 23 ff.
- Mall, Philosophie, 2000, 124 ff.** Mall, Ram Adahr,
Interkulturelle Philosophie und die Idee der
Menschenrechte, in: Wolf, Jean-Claude (Hrsg.),
Menschrechte interkulturell, 2000, 124 ff.
- Mangoldt/Klein/Starck, Grund-
gesetz, 2010** Mangoldt, Hermann v. (Begr.)/Klein, Fried-
rich/Starck, Christian,
Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band I
(Präambel, Art 1 bis 5 GG), 6. Aufl. 2010
- Marcic, Grundlegung, 1989, 13
ff.** Marcic, René,
Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale
und fundamental-ontologische Elemente im
Rechtsdenken der Gegenwart, in: Marcic, Re-
né/Tammelo, Ilmar (Hrsg.), Naturrecht und Ge-
rechtigkeit. Eine Einführung in die Probleme,
Salzburger Schriften zur Rechts-, Staats- und
Sozialphilosophie, Band 9, 1989, 13 ff.
- Markl, Biologie, 1983, 67 ff.** Markl, Hubert,
Biologie und menschliches Verhalten. Disposi-
tionen, Grenzen, Zwänge?, in: Gruter, Margare-
t/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der
Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, 1983,
67 ff.
- Marks, Funktion, 2006, 51 ff.** Marks, Stephan,
Zur Funktion von Scham und Schamabwehr im
Nationalsozialismus, in: Schönbächler, Georg
(Hrsg.), Die Scham in Philosophie, Kulturanth-
ropologie und Psychoanalyse, Zürich:
Collegium Helveticum, Heft 2 (2006), 51 ff.
- Maruna/Copes, decades, 2005,
221 ff.** Maruna, Shadd/Copes, Heith,
What have we learned in five decades of neu-
tralization?, Crime and Justice, 2005, 221 ff.

- Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015** Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz u. a. (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 75. Ergänzungslieferung 2015
- Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975** Mayer-Tasch, Peter C., Die Verfassungen Europas, 2. Aufl. 1975
- Meier, Sanktionen, 2015** Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015
- Meinen, Strafvollstreckung, 2008, 1127 ff.** Meinen, Gero, Kap. Strafvollstreckung, in: Heghmanns, Michael/Scheffler; Uwe (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, 1127 ff., XII, Randnummer
- Meinen, Untersuchungshaft, 2008, 321 ff.** Meinen, Gero, Kap. Untersuchungshaft, in: Heghmanns, Michael/Scheffler; Uwe (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, 321 ff., IV, Randnummer
- Mensch, Violence, 2008, 285 ff.** 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.
- Merklein, Sühnegedanke, 2000, 59 ff.** Merklein, Helmut, Der Sühnegedanke in der Jesustradition und bei Paulus: in Gerhards, Albert/Richter Klemens (Hrsg.), Das Opfer – Biblischer Anspruch und liturgische Gestalt, 2000, 59 ff.
- Merten, Grundrechtsverzicht, 2003, 53 ff.** Merten, Detlev, Der Grundrechtsverzicht, in: Horn, Hans-Detlef (Hrsg.), Recht im Pluralismus: Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, 2003, 53 ff.
- Meyer, Lissabon-Entscheidung, NStZ 2009, 657 ff.** Meyer, Frank, Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, NStZ 2009, 657 ff.
- Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 2015** Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. Beck'sche Kurzkommentare, Band, 58. Aufl., 2011

- Mill, Liberty, 1988** Mill, John S.,
On Liberty, Rapaport, Elizabeth (Hrsg.), 9. Aufl. 1988
- Mitscherlich, Weg, 1963** Mitscherlich, Alexander,
Der Weg zur vaterlosen Gesellschaft. Ideen zu Sozialpsychologie, 1963
- Möllers, Gewaltengliederung, 2005** Möllers, Christoph
Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005
- Möllers, Netzwerke, 2005, 285 ff.** Möllers, Christoph,
Netzwerke als Kategorie des Organisationsrechts. Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: Oebecke, Jan-Bernd (Hrsg.), Nicht-Normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, 285 ff.
- Montenbruck, Abwägung, 1989** Montenbruck, Axel,
Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine und für mehrere Taten, 1989
- Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff.** Montenbruck, Axel,
Höchststrafe und Verfassung: Verteidigung des geständigen und resozialisierten Doppelmörders, in: Geisler, Claudius/Kraatz, Erik/Kretschmer, Joachim/Schneider, Hartmut/Sowada, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, 375 ff.
- Montenbruck, In dubio, 1985** Montenbruck, Axel,
In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985
- Montenbruck, Menschenrechtsstrafe, 2010, 13 ff.** Montenbruck, Axel
Menschenrechtsstrafe, in: ders., Strafrechtsphilosophie. Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht (1995 – 2010), open access, FU Berlin, 2. erweiterte Aufl. 2010, 113ff., auch gedruckt
- Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2015** Montenbruck, Axel,
Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen, 2. ergänzte Auflage, veröffentlicht im Open Access der Freien Universität Berlin, 2015

- Montenbruck, Naturrecht, 2010, 135 ff.** Montenbruck, Axel
 Naturrecht, in: ders., Strafrechtsphilosophie. Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht (1995 – 2010), open access, FU Berlin, 2. erweiterte Aufl. 2010, 147 ff., auch gedruckt
- Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015** Montenbruck, Axel,
 Demokratischer Präambel-Humanismus. Westliche Zivilreligion und universelle Triade „Natur, Seele und Vernunft“, Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie. Zivilreligion I - Grundlegung, open access, FU Berlin, 5. erneut erheblich erweiterte Aufl. 2015, auch gedruckt
- Montenbruck, Religiöse Wurzeln, 2004, 193 ff.** Montenbruck, Axel,
 Religiöse Wurzeln des säkularen Strafens und Zivilisation der Aggression, in: Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric/Mitsch, Wolfgang/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, 193 ff. Zugleich als: Sündenbock, in: ders., Strafrechtsphilosophie. Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht (1995 – 2010), open access, FU Berlin, 2. erweiterte Aufl. 2010, 3 ff., auch gedruckt
- Montenbruck, Thesen, 1983** Montenbruck, Axel,
 Thesen zur Notwehr, 1983
- Montenbruck, Vergeltung, 2010, 3 ff.** Montenbruck, Axel,
 Vergeltung, in: ders., Strafrechtsphilosophie. Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht (1995 – 2010), open access, FU Berlin, 2. erweiterte Aufl. 2010, 3 ff., auch gedruckt
- Montenbruck, Versöhnung, 2010, 99 ff.** Montenbruck, Axel,
 Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit in juristischer Perspektive, in: Bongardt, Michael/Wüstenberg, Ralf K. (Hrsg.), Versöhnung, Strafe und Gerechtigkeit. Das schwere Erbe von Unrechts-Staaten, 2010, 99 ff.

- Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2013** Montenbruck, Axel,
Weltliche Zivilreligion. Idee und Diskussion, Ethik und Recht,
Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie. Zivilreligion III - Normativer Überbau, 2. erheblich erweiterte (Teil-) Auflage, 2013, open access, FU Berlin, 2. erheblich erweiterte Aufl. 2013 (die 3. erheblich erweiterte Auflage soll ebenfalls 2016 erscheinen und dann auch in gedruckter Form vorliegen)
- Montenbruck, Western Anthropology, 2010** Montenbruck, Axel,
Western Anthropology: Democracy and Dehumanization, open access, FU Berlin, <http://edocs.fu-berlin.de/>, 2. geringfügig erweiterte Aufl. 2010, auch gedruckt
- Montenbruck, Wie Du mir..., 1995, 13 ff.** Montenbruck, Axel,
„Wie Du mir, so ich Dir“ – als Begründung für die Strafe?, Festvortrag des Dekans zum Fachbereichstag des Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, Sommersemester 1995, 13 ff. Zugleich als: Vergeltung, in: ders., Strafrechtsphilosophie. Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht (1995 – 2010), open access, FU Berlin, 2. erweiterte Aufl. 2010, 3 ff., auch gedruckt
- Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff.** Montenbruck, Axel,
Zeit als Strafzeit – Anthropologische Zeitstufen, in: Schmoller, Kurt (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 649 ff. Zugleich als: Strafzeit, in: ders., Strafrechtsphilosophie. Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht (1995 – 2010), open access, FU Berlin, 2. erweiterte Aufl. 2010, 3 ff., auch gedruckt
- Montenbruck, Zivilisation, 2010** Montenbruck, Axel,
Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, open access, FU Berlin, 2. Aufl. 2010, auch gedruckt

- Moraw, Integration, Der Staat Beiheft 12 (1998), 77 ff.** Moraw, Peter,
Zur staatlich-organisatorischen Integration des Reiches im Mittelalter, Der Staat Beiheft 12 (1998), 7 ff.
- Morus, Utopia, 1996, 7 ff.** Morus, Thomas,
Utopia, in: Heinisch, Klaus J. (Hrsg.), Der utopische Staat. Übersetzt und mit einem Essay „Zum Verständnis der Werke“, Bibliographie und Kommentar, 1996, 7 ff.
- Müller/Christensen, Methodik, II, Europarecht, 2007** Müller, Friedrich / Christensen, Ralph,
Juristische Methodik, Band II, Europarecht, 2. Auflage, 2007
- Müller-Dietz, Mord, 1997** Müller-Dietz, Heinz,
Wie ist beim Mord die präventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe einzuschätzen? Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Dokumentation über die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23.3.1997
- Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012** Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.),
Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 20), 6. Aufl. 2012
- Münchener Kommentar II, 2012** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB, Band 2, §§ 38-79b StGB, 2012,
- Münkler/Fischer, Gemeinwohl, 2001/2002** Münkler, Herfried/Fischer, Karsten (Hrsg.),
Gemeinwohl und Gemeinsinn. Akademievorlesungen, 2001/2002
- Müßig, Summum ius, 2013, 23 ff.** Müßig, Ulrike,
Summum ius, summum iniuria: zur Korrekturbedürftigkeit des strengen Rechts in deutschen und englischen Rechtsquellen, in: Müßig, Ulrike (Hrsg.) Ungerechtes Recht, 2013, 23 ff.
- Naegeli, Gesellschaft, 1969, 40 ff.** 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.
- Naucke, Wechselwirkung, 1985** Naucke, Wolfgang,
Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985

- Nell-Breuning, Gerechtigkeit, 1985** Nell-Breuning, Oswald von,
Gerechtigkeit und Freiheit. Grundzüge katholischer Soziallehre, 2. Aufl. 1985
- Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff.** Nida-Rümelin, Julian,
Vernunft und Freiheit. Textgrundlage für Vortrag und Kolloquium, in: Sturma, Dieter (Hrsg.), Vernunft und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin (Human-projekt), 2012, 9 ff.
- Nietzsche, Genealogie, 1977, 761 ff.** Nietzsche, Friedrich,
Zur Genealogie der Moral, 1887, in: Schlechta, Karl (Hrsg.), Friedrich Nietzsche. Werke in drei Bänden, Band 2, 8. Aufl. 1977, 761 ff.
- Nitschke, Rechtspluralismus, 1995, 213 ff.** Nitschke, August,
Rechtspluralismus und staatliche Einheit in Spätantike und Mittelalter, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, 213 ff.
- Noguchi, Kampf, 2005** Noguchi, Masahiro,
Kampf und Kultur, Max Webers Theorie der Politik aus der Sicht seiner Kulturosoziologie, 2005
- Nowotny, Eigenzeit, 1989** Nowotny, Helga,
Eigenzeit. Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls, 1989
- Nussbaum, Equity, 1999** Nussbaum, Martha,
Equity and Mercy, Sexy and Social Justice, 1999
- Ockenfels, Religion, 2004, 175 ff.** 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.
- Oechsler, Gerechtigkeit, 1997** Oechsler, Jürgen,
Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997

- Ooyen, Sicherheit, 2007** Ooyen, Robert C. van,
Öffentliche Sicherheit und Freiheit, Politikwissenschaftliche Studien zu Staat, Polizei und wehrhafter Demokratie, 2007
- Ottmann, Platon, 2005** Ottmann, Henning,
Platon, Aristoteles und die neoklassische Philosophie der Gegenwart, 2005
- Pawlik, Unrecht, 2012.** Pawlik, Michael,
Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre, 2012
- Pawlik, Volk, 2006, 269 ff.** Geismann, Georg,
Recht und Moral in der Philosophie Kants, in: Byrd, B. Sharon/Hruschka, Joachim/Joerden, Jan H. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 14, 2006, 3 ff.
- Pawlowski, Schutz, 2000, 9 ff.** Pawlowski, Hans-Martin,
Schutz des Lebens. Zum Verhältnis von Recht und Moral, in: Seelmann, Kurt (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, 2000, 9 ff.
- Pestalozza, Bemerkungen, Der Staat Band 2 (1963), 425 ff.** Pestalozza, Christian Graf von,
Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat Band 2 (1963), 425 ff.
- Pfordten, Deskription, 1993** Pfordten, Dietmar von der,
Deskription, Evaluation, Präskription: Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht, 1993
- Pfordten, Rechtsethik, 2011** Pfordten, Dietmar von der,
Rechtsethik. Lehrbuch/Studienliteratur, 2., überarbeitete Auflage, 2011
- Pieper, Viergespann, 1964** Pieper, Josef,
Das Viergespann, Klugheit – Gerechtigkeit – Tapferkeit – Maß, 1964
- Pieroth, Demokratieprinzip, JuS 2010, 473 ff.** Pieroth, Bodo,
Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Juristische Schulung, 2010, 473 ff.
- Pillsbury, Justice, 1989, 655 ff.** Pillsbury, Samuel H.,
Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment, Cornell Law Review 74 (1989), 655 ff.

- Pitz, Verfassungslehre, 2006** Pitz, Ernst,
Verfassungslehre und Einführung in die deutsche Verfassungsgeschichte des Mittelalters, 2006
- Platon, Gorgias (Eigler), 1990, 269 ff.** Platon,
Gorgias, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), Platon. Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch, Band 2, Sonderausgabe 1990, 269 ff.
- Platon, Nomoi (Eigler), 1990** 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
- Platon, Politeia (Eigler), 1990** Platon,
Politeia, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), Platon. Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch, Band 4, Sonderausgabe 1990
- Platon, Protagoras (Eigler), 1990, 83 ff.** Platon,
Protagoras, in: Eigler, Gunther (Hrsg.), Platon. Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch, Band 1, Sonderausgabe 1990, 83 ff.
- Popper, Erkenntnis, 1984** Popper, Karl R.,
Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf (Objective Knowledge. An Evolutionary Approach, 1972) deutsche, 4. Aufl. 1984
- Popper, Logik, 1989** Popper, Karl R.,
Logik der Forschung, 9. Aufl. 1989
- Popper, Suche, 1984** Popper, Karl R.,
Auf der Suche nach einer besseren Welt, 1984
- Pufendorf, jure naturae, 1998** Pufendorf, Samuel,
De jure naturae et gentium, Böhling, Frank (Hrsg.), Band 4.1 (Buch I bis IV) und Band 4.2 (Buch V bis VIII), 1998
- Quaritsch, Souveränität, 1986** Quaritsch, Helmut,
Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland von 13. Jh. bis 1806, 1986

- Radbruch, Carolina, 1991** Radbruch, Gustav,
Zur Einführung in die Carolina, in: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung, Kaiser Karls V von 1532 (Carolina), 6. Aufl. 1991
- Radbruch, Rechtsphilosophie, 2003** Radbruch, Gustav,
Rechtsphilosophie, Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), 2. Aufl. 2003
- Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff.** Radbruch, Gustav,
Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 ff.
- Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991** Radbruch, Gustav/Gewinner, Heinrich,
Geschichte des Verbrechens, 1991
- Randelzhofer, Staatsgewalt, HdStR II 2004, § 17** Randelzhofer, Albrecht,
Staatsgewalt und Souveränität, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl., 2004, § 17
- Rappaport, Ritual, 1999** Rappaport, Roy A.,
Ritual and Religion in the making of Humanity, 1999
- Rawls, Liberalism, 1993** Rawls, John,
Political Liberalism, 1993
- Rawls, Regelbegriffe, 1992, 96 ff.** Rawls, John,
Zwei Regelbegriffe, in: Höffe, Otfried (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, 1992, 96 ff.
- Rawls, Theorie, 1993** Rawls, John,
Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice, deutsch), 7. Aufl. 1993
- Reese-Schäfer, Rezeption, 1996, 3 ff.** Reese-Schäfer, Walter,
Die politische Rezeption des kommunitarischen Denkens in der Bundesrepublik. Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament No. 36 (1996), 3 ff.
- Regge, Übersiebnen, 1997, 289 ff.** Regge, Jürgen,
„Übersiebnen landschädlicher Leute“ und „Verfahren auf Leumund“ als besondere Prozessformen gegenüber Fremden?, in: Erfen, Irene/Spieß, Karl-Heinz (Hrsg.), Fremdheit und Reisen im Mittelalter, 1997, 289 ff.

- Rehbinder, Fragen, 1983, 261 ff.** Rehbinder, Manfred,
Fragen des Rechtswissenschaftlers an die Nachbarwissenschaften zum sogenannten Rechtsgefühl, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik; Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 54, 1983, 261 ff.
- Rehbinder, Status, 1968, 141 ff.** Rehbinder, Manfred,
Status – Kontrakt – Rolle, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät (FU-Berlin), 1968, 141 ff.
- Rehbinder, Verweigerung, 1986, 237 ff.** Rehbinder, Manfred,
Die Verweigerung sozialer Kooperation als Rechtsproblem. Zu den Rechtsinstituten Ostrachismus und Boykott, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Ablehnung – Meidung – Ausschluß. Multidisziplinäre Untersuchung über die Kehrseite der Vergemeinschaftung, 1986, 237 ff.
- Rehbinder, Webers Rechtssoziologie, 1963, 470 ff.** Rehbinder, Manfred,
Max Webers Rechtssoziologie: Eine Bestandsaufnahme, in: König, René (Hrsg.), Max Weber zum Gedächtnis, 1963, 470 ff.
- Rheinstein, Einführung, 1987** Rheinstein, Max,
Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987
- Ricoeur, Schuld, 1970** Ricoeur, Paul,
Schuld, Ethik und Religion, Concilium 6, 1970
- Ridley, Biologie, 1999** Ridley, Matt,
Die Biologie der Tugend. Warum es sich lohnt, gut zu sein, 1999
- Riegel, Confucius, 2011** Riegel, Jeffrey,
„Confucius“, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2011.
- Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008** Röhl, Klaus F./Röhl, Hans C.,
Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 2008

- Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff.** Roskies, Adina L.
How does Neuroscience affect our conception of Volition?, Annual Review of Neuroscience, 33, 2010, 109 ff.
- Rössner, Autonomie, 1992, 269 ff.** Rössner, Dieter,
Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in: Arzt, Günther/Fezer, Gerhard/Weber, Ulrich/Schlüchter, Ellen/Rössner, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22. Juni 1992, 1992, 269 ff.
- Rottleuthner, Bundesrepublik, 2006, 13 ff.** Rottleuthner, Hubert,
Wie säkular ist die Bundesrepublik?, in: Rottleuthner, Hubert/Mahlmann, Matthias (Hrsg.), Ein neuer Kampf der Religionen? Staat, Recht und religiöse Toleranz, 2006, 13 ff.
- Rottleuthner, Ungerechtigkeiten, 2008** Rottleuthner, Hubert,
Ungerechtigkeiten. Anmerkungen zur westlichen Leidkultur, 2008
- Rousseau, Gesellschaftsvertrag, (Brockard), 1996** Rousseau, Jean-Jaques,
Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (1786), Brockard, Hans (Hrsg., Übrs.), 1996
- Rousseau, Ursprung, 1974** Rousseau, Jean-Jacques,
Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen (1762), deutsch, 3. Aufl. 1974
- Roxin / Schäfer/ Widmaier, Mühlenteichtheorie, 2006, 435 ff.** Roxin, Claus/ Schäfer/Gerhard/ Widmaier, Gunter,
Die Mühlenteichtheorie, in Festschrift zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 2006, 435 ff.
- Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff.** 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.
- Roxin, Strafrecht AT I, 2006** Roxin, Claus,
Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006

- Rückert, Hermeneutik, 2001, 287 ff.** Rückert, Joachim,
Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie, in: Schröder, Jan (Hrsg.), Theorie der Interpretation von Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 2. Oktober 1999, 2001, 287 ff.
- Rüping, Grundriss, 2011** Rüping, Hinrich,
Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011
- Rüthers, Gerechtigkeit, 2009** Rüthers, Bernd,
Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Fehldeutungen eines Begriffs, 3. Aufl. 2009
- Rüthers, Rechtstheorie, 2007** Rüthers, Bernd,
Rechtstheorie, 2007
- Saage, Denken, 2006** Saage, Richard,
Utopisches Denken im historischen Prozess. Materialien zur Utopieforschung, 2006
- Sachs, Grundgesetz, 2014** Sachs, Michael,
Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage 2014
- Sachs, Verfassungsrecht, 2003** Sachs, Michael,
Verfassungsrecht II, Grundrechte, 2003
- Saliger, Feindstrafrecht, JZ 2006, 756 ff.** Saliger, Frank,
Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres. Strafrechtskonzept?, JZ 2006, 756 ff.
- Sauer, Gerechtigkeit, 1959** Sauer, Wilhelm,
Die Gerechtigkeit, 1959
- Savigny, System, 1840** Savigny, Friedrich K.,
Das System des heutigen Römischen Rechts, Band I und II, 1840
- Schaefgen, Vergangenheitsbewältigung, 1998, 49 ff.** Schaefgen, Christoph,
Vergangenheitsbewältigung in justitieller Perspektive, in: Wüstenberg, Ralf K. (Hrsg.), Wahrheit, Recht und Versöhnung, Auseinandersetzung mit der Vergangenheit nach den politischen Umbrüchen in Südafrika und Deutschland, 1998, 49 ff.

- Schäfer / Sander / van Gemmeren, Praxis, 2012** Schäfer, Gerhard / Sander, Günther / van Gemmeren, Gerhard,
Praxis der Strafzumessung. Einzeldarstellung, 5., neu bearbeitete Auflage 2012
- Schäfer, Grundlagen, 1989** Schäfer, Helmut M.,
Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989
- Schaffner, Religion, 2006, 29 ff.** 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.
- Scheffler, Dauer, 1991** Scheffler, Uwe,
Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materiellrechtliche und strafprozessuale Rechtsfolgen, 1991
- Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff.** Scheffler, Uwe,
Freund- und Feindstrafrecht, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 123 ff.
- Scheffler, Hauptverhandlung, 2008, 593 ff.** Scheffler, Uwe
Kap. Hauptverhandlung, in: Heghmanns, Michael/Scheffler; Uwe (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, 593 ff., VII, Randnummer
- Schelsky, Soziologen, 1980, 77 ff.** Schelsky, Helmut,
Die Soziologen und das Recht, in: Schelsky, Helmut (Hrsg.), Die Soziologen und das Recht, 1980, 77 ff.
- Schiemann, Schädigungsverbot, JuS 1989, 345 ff.** Schiemann, Gottfried,
Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“, JuS 1989, 345 ff.
- Schild, Hegel, 2010, 37 ff.** Schild, Wolfgang,
„An diesem 30. Januar [1933] ist Hegel gestorben“. Anmerkungen zu einer These Carl Schmitts, in: Klein, Hans-Dieter/Langthaler, Rudolf (Hrsg.), Transzendente Konzepte in aktuellen Bezügen, 2010, 37 ff.

- Schild, Körper, 2003, 129 ff.** Schild, Wolfgang,
Recht und Körperlichkeit, in: Schwarte, Ludger/Wulf, Christoph (Hrsg.), Körper und Recht. Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie, 2003, 129 ff.
- Schild, Recht, 2006, 167 ff.** Schild, Wolfgang,
Modernes Recht als Inszenierung von Nicht-Inszenierung, in: Diehl, Paula/Grunwald, Henning/Scheffer, Thomas/Wulf, Christoph (Hrsg.), Performanz des Rechts, Inszenierung und Diskurs, Paragrana, Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie, Band 15, Heft 1, 2006, 167 ff.
- Schild, Reinigungs- und Kampf-
folter, 2008, 171 ff.** Schild, Wolfgang,
Reinigungs- und Kampf-
folter. Anmerkungen zum frühneuzeitlichen Folterrecht, in: Bendlage, Andrea/Priever, Andreas/Schuster, Peter (Hrsg.), Recht und Verhalten in vormodernen Gesellschaften, Festschrift für Neithard Bulst, 2008, 171 ff.
- Schild, Strafgerichtsverhandlung, 2006, 107 ff.** Schild, Wolfgang,
Die Strafgerichtsverhandlung als Theater des Rechts, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), Symbolische Kommunikation vor Gericht in der Frühen Neuzeit, 2006, 107 ff.
- Schild, Strafrichter, 1983** Schild, Wolfgang,
Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1983, 93 ff:
- Schlink, Abwägung, 1976** Schlink, Bernhard,
Abwägung im Verfassungsrecht, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 299, 1976
- Schmidt, Einführung, 1965** Schmidt, Eberhard,
Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (1947), 3. Aufl. 1965
- Schmitz, Legitimität, 2001** Schmitz, Heinz-Gerd,
Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen, 2001

- Schneider, H. v., Einübung, 2004** Schneider, Hendrik von,
Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004
- Schneider, W. L., Grundlagen, 2002** Schneider, Wolfgang L.,
Grundlagen der soziologischen Theorie, 2002
- Scholz, Grundgesetz, 1998, 11 ff.** Scholz, Rupert,
Das Bonner Grundgesetz und seine identitätsstiftende Wirkung in Deutschland, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Die Akzeptanz des Rechtsstaates, 1998, 11 ff.
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 2014** Schönke, Adolf/Schröder, Horst,
Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, Albin Eser, (Gesamtredaktion), Walter Perron, Detlev Sternberg-Lieben, Jörg Eisele, Bernd Hecker, Jörg Kinzig, Nikolaus Bosch, Frank Schuster, Bettina Weißer, Ulrike Schittenhelm, 29. Aufl. 2014
- Schott, Strafraumen, 2004** Schott, Tilmann,
Gesetzliche Strafraumen und ihre trichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzssystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen, 2004
- Schrey, Einführung, 1972** Schrey, Heinz-Horst,
Einführung in die Ethik, 1972
- Schröder, J., Recht, 2012** Schröder, Jan,
Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933), 2. Aufl., 2012
- Schroeder, Sachsenspiegel, 2001** Schroeder, Klaus-Peter,
Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz, 2001
- Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff.** Schünemann, Bernd,
Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 ff.
- Schuppert/Neidhart, Gemeinwohl, 2002** Schuppert, Gunnar F./Neidhart, Friedhelm (Hrsg.),
Gemeinwohl – auf der Suche nach Substanz, 2002

- Schurig, Überlegungen, 1983** Schurig, Werner,
Überlegungen zum Einfluß biosozialer Strukturen auf das Rechtsverhalten, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 53, 1983
- Schwemmer, Gerechtigkeit, 1995** Schwemmer, Oswald,
Stichwort „Gerechtigkeit“, in: Mittelstraß, Jürgen (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Band 1, 1995
- Searle, Geist, 2004** Searle, John R.,
Geist, Sprache und Gesellschaft, 2004
- Seher, Liberalismus, 2000** Seher, Gerhard,
Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg. 2000
- Seibert, Orte, 1994, 157 ff.** Seibert, Thomas-M.,
Orte der Wahrheit. Zur Semantik der Räume in Hauptverhandlung und Psychoanalyse, in: Rotter, Frank, (Hrsg.), Psychiatrie, Psychotherapie und Recht. Diskurse und vergleichende Perspektiven, 1994, 157 ff.,
- Seidler, Scham, 1997, 119 ff.** Seidler, Günter H.,
Scham und Schuld. Zum alteritätstheoretischen Verständnis selbstreflexiver Affekte, Zeitschrift für psychosomatische Medizin und Psychoanalyse 43 (1997), 119 ff.
- Seifert, Problemkreise, Jura 2007, 99 ff.** Seifert, Jens,
Problemkreise des Grundrechtsverzichts, Jura 2007, 99 ff.
- Seiler, Auslegung, 2000** Seiler, Christian,
Auslegung als Normkonkretisierung, 2000
- Seneca, Schriften (Rosenbach), 1999** Seneca, Lucius Annaeus,
Philosophische Schriften, Rosenbach, Manfred (Hrsg., Übrs.), 5. Aufl., 1999
- Sheldon, Constituting, 2008, 1129 ff.** Sheldon, Garrett W.,
Constituting the Constitution: Understanding the American Constitution. Through the British Cultural Constitution, Harvard Journal of Law & Public Policy Vol. 31 (2008), 1129 ff.

- Sickor, Geständnis, 2014** Sickor, Jens Andreas,
Das Geständnis. Rechtsnatur und Bedeutung im reformierten Strafverfahren, 2014
- Siems, Idee, 2004, 1 ff.** Siems, Mathias,
Die Idee des Neoliberalen im deutschen Recht, Rechtstheorie 35 (2004), 1 ff.
- Siep, Naturgesetz, 1993** Siep, Ludwig,
Naturgesetz und Rechtsgesetz, in: Krawietz, Werner/Gerhardt, Volker (Hrsg.), Recht und Natur. Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, 1993
- Simmel, Soziologie, 1992** Simmel, Georg,
Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Gesamtausgabe Band 11, Rammstedt, Otthein (Hrsg.), 1992
- Simon, Gesetzesauslegung, 2005** Simon, Eric,
Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2005
- Smart, Utilitarismus, 1975, 121 ff.** Smart, John J. C.,
Extremer und eingeschränkter Utilitarismus, in: Höffe, Otfried (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte, 1975, 121 ff.
- Sodan, Grundgesetz, 2015** Sodan, Helge
Grundgesetz: GG, 3. Aufl., 2015
- Soden, Confessio, 2010** Soden, Henning Freiherr von,
Confessio zwischen Beichte und Geständnis. Eine dogmengeschichtliche Betrachtung über die Entwicklung des Schuldbekenntnisses vom römischen Recht bis zum IV. Lateranum, 2010
- Sommermann, Staatsziele, 1997** Sommermann, Karl-Peter,
Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997
- Stahl, Strafzumessungstatsachen 2015** Stahl, Dominik,
Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenlehre und Straftheorie, 2015

- Starck, Grundlagen, 2004, 556 ff.** Starck, Christian,
Die philosophischen Grundlagen der Menschenrechte, in: Brenner, Michael/Huber, Peter M./Möstl, Markus (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, 556 ff.
- Starck, Staatslehre, 2005, 711 ff.** Starck, Christian,
Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union, in: Dicke, Klaus/Hobe, Stephan/Meyn, Karl-Ulrich/Peters, Anne/Riedel, Eibe/Schütz, Hans-Joachim/Tietje, Christian (Hrsg.), Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück, 2005, 711 ff.
- Stein/Buttlar, Völkerrecht, 2012** Stein, Torsten/Buttlar, Christian von,
Völkerrecht, 13. Aufl. 2012
- Steinvorth, Ethik, 1990** Steinvoth, Ulrich,
Klassische und moderne Ethik, Grundlinien einer materialen Moraltheorie, 1990
- Sternberger, Verfassungspatriotismus, 1990** Sternberger, Dolf,
Verfassungspatriotismus, 1990
- Stölting, Machtbildung, 1999, 111 ff.** Stölting, Erhard,
Informelle Machtbildung und Leitidee im institutionellen Wandel, in: Edeling, Thomas/Jann, Werner/Wagner, Dieter (Hrsg.), Institutionenökonomie und Neuer Institutionalismus, 1999, 111 ff.
- Strate, Ende, NStZ 2010, 362 ff.** Strate, Gerhard,
Ende oder Wende des Strafzumessungsrechts? – Zu den Auswirkungen des Gesetzes über die Verständigung im Strafverfahren, NStZ 2010, 362 ff.
- Stratenwerth, Gerechtigkeit, 1993, 353 ff.** Stratenwerth, Günter,
Wie wichtig ist Gerechtigkeit?, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 353 ff.

- Streng, Sanktionen, 2012** Streng, Franz,
Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. 2012
- Suppe, Grund- und Menschenrechte, 2004** Suppe, Rüdiger,
Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatlehre des 19. Jahrhunderts, 2004
- Sutor, Theorien, 2004, 205 ff.** Sutor, Bernhard,
Theorien sozialer Gerechtigkeit zwischen liberaler und personaler Sozialphilosophie, in: Waas, Lothar R. / Ballestrem; Karl (Hrsg.), Politik, Moral und Religion - Gegensätze und Ergänzungen, 2004, 205 ff.
- Sykes/Matza, Techniken, 1957/1979, 360 ff.** Sykes, Gresham M./Matza David,
Techniques of Neutralisation: A theory of delinquency, American Sociological Review 1957, 664 ff. Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz (deutsche Übersetzung), in: Sack, Fritz/König, Rene (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, 360 ff.
- Systematischer Kommentar-StGB, 2014** Systematischer Kommentar-StGB, 2014
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. SK-StGB. Jürgen Wolter (Hrsg.), begründet von Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson. Autoren: Mark Deiters, Andreas Hoyer, Christian Jäger, Klaus Rogall, Hero Schall, Arndt Sinn, Ulrich Stein, Gereon Wolters, Mark A. Zöllner, 148. Ergänzungslieferung, 2014.
- Tacitus, Germania, 1944** Tacitus, Publius Cornelius,
Germania, Fehrle, Eugen (Hrsg.), 4. Aufl. 1944
- Tammelo, Philosophie, 1982** Tammelo, Ilmar,
Zur Philosophie der Gerechtigkeit; Salzburger Schriften zur Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie, Band 1, 1982
- Tammelo, Ungerechtigkeit, 1980, 30 ff.** Tammelo, Ilmar,
Ungerechtigkeit als Grenzsituation, in: 61. Schopenhauer-Jahrbuch für das Jahr 1980, 30 ff.
- Tangney/Miller/Flicker/Barlow, shame, 1996, 1256 ff.** Tangney, June P./Miller, Rowland S./Flicker, Laura/Barlow, Deborah H.,
Are shame, guilt, and embarrassment distinct emotions?, Journal of Personal Social Psychology 70 (1996), 1256 ff.

- Taylor, Sources, 1994** Taylor, Charles,
Sources of the Self. The Making of the Modern Identity, 1994
- Teubner, Netzwerk, 2004** Teubner, Gunther,
Netzwerk als Vertragsverbund, Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, 2004
- Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff.** Thurmann, Quints, C.,
Deviance and the neutralization of moral commitment – An empirical analysis, Deviant Behavior, 1984, 291 ff.
- Tomasello, Cooperate, 2009** Tomasello, Michael,
with Dweck, Carol/ Silk, Joan / Skyrms, Brian /Spelke, Elizabeth (eds.), Why We Cooperate, 2009
- Tönnies, F., Gemeinschaft, 1887** Tönnies, Ferdinand,
Gemeinschaft und Gesellschaft, 1887
- Tönnies, S., Kommunitarismus, 1996, 13 ff.** Tönnies, Sibylle,
Kommunitarismus – diesseits und jenseits des Ozeans. Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament No. 36 (1996), 13 ff.
- Trapp, Utilitarismus, 1988** Trapp, Rainer W.,
„Nicht-klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit; Philosophische Abhandlungen, 55, 1988
- Trivers, Evolution, 1971, 35 ff.** Trivers, Robert,
The Evolution of reciprocal Altruism, Quaterly Review of Biology 46 (1971), 35 ff.
- Trotha, Ordnungsformen, 1995, 129 ff.** Trotha, Trutz von,
Ordnungsformen der Gewalt oder Aussicht auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols, in: Nedelmann, Birgitta (Hrsg.), Politische Institutionen im Wandel, 1995, 129 ff.
- Trotha, Recht, 1982** Trotha, Trutz von,
Recht und Kriminalität, 1982

- Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff.** Tschentscher, Axel,
Der Konsensbegriff in Vertrags- und Diskurs-
theorien, in: Rechtstheorie 2002, 43 ff.
- Tuscheling, Recht, 2002, 557 ff.** Tuscheling, Burckard,
„Was ist Recht?“ Oder Jurist und Philosoph-
sprachlos?, in: Graul, Eva/Wolf, Gerhard
(Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer,
2002, 557 ff.
- Uerpmann, Interesse, 1999** Uerpmann, Robert,
Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als
Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Be-
griff, 1999
- Uhle, Verfassungsstaat, 2004** Uhle, Arnd,
Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle
Identität, 2004
- Vesting, Netzwerk, 2004, 247 ff.** Vesting, Thomas,
The Netzwerk Economy as a Challenge to create
New Public Law (beyond the State), in: Ladeur,
Karl-Heinz (Hrsg.), Public Governance in Age
of Globalisation, 2004, 247 ff.
- Vogel, Strafrecht, GA 2010, 1 ff.** Vogel, Joachim,
Transkulturelles Strafrecht, GA 2010, 1 ff.
- Volkan, Versagen, 1999** Volkan, Vanik,
Das Versagen der Diplomatie. Zur Psychoanaly-
se ethnischer und religiöser Konflikte, 1999
- Volkan, Vertreibung, 2002, 183
ff.** Volkan, Vanik,
Nach der Vertreibung. Eine Flüchtlingsfamilie
von innen betrachtet, in: Schlösser, Anne-
Marie/Gerlach, Alf (Hrsg.), Gewalt und Zivilisa-
tion. Erklärungen und Deutungen, 2002, 183 ff.
- Vöneky, Vorwort, 2013, V ff.** Vöneky, Silja, Vorwort,
in: Beylage-Haarmann, Britta / Höfelmeier, An-
ja / Hübler, Anna-Katharina (Hrsg.); Ethik und
Recht - Die Ethisierung des Rechts/Ethics and
Law - The Ethicalization of Law (Beiträge zum
ausländischen öffentlichen Recht und Völker-
recht), 2013, V ff.
- Vorländer, Wertvorstellungen,
1995, 39 ff.** Vorländer, Hans,
Gesellschaftliche Wertvorstellungen und politi-
sche Ideologien, in: Jäger, Wolfgang/Welz,
Wolfgang (Hrsg.), Regierungssystem der USA.
Lehr- und Handbuch, 1995, 39 ff.

- Voßkuhle, Kompensationsprinzip, 1999** Voßkuhle, Andreas,
Das Kompensationsprinzip: Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, 1999
- Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff.** Wadle, Elmar,
Der Ewige Landfrieden von 1495 und das Ende der mittelalterlichen Friedensbewegung, in: Helm, Claudia (Bearb.), 1495 – Kaiser-Reich-Reformen, 1995, 71 ff.
- Wallace, Responsibility, 1998** R. Jay Wallace,
Responsibility and the Moral Sentiments, 1998
- Walzer, Sphären, 1992** Walzer, Michael,
Sphären der Gerechtigkeit. Plädoyer für Pluralität und Gleichheit (1983), deutsch, 1992
- Weber, Objektivität, 1973, 186 ff.** Weber, Max,
Die Objektivität sozialwissenschaftlicher Erkenntnis, in: Weber, Max (Hrsg.), Soziologie, Universalgeschichtliche Analysen, Politik, 1973, 186 ff.
- Weigend, Deliktsoffer, 1989, 28 ff.** Weigend, Thomas,
Deliktsoffer und Strafverfahren, Strafrecht und Kriminologie, Band 10, 1989, 28 ff.
- Weiler, Love, 1991, 197 ff.** Weiler, Hans N.,
On Love and Altruism, Rationality and Society 3 (1991), 197 ff.
- Weinfurter, Welt, 2005, 1 ff.** Weinfurter, Stefan,
Die Welt der Rituale: Eine Einleitung, in: Ambos, Claus/Holz, Stephan/Schwedler, Gerald/Weinfurter, Stefan (Hrsg.), Die Welt der Rituale. Von der Antike bis heute, 2005, 1 ff.
- Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff.** Weitzel, Jürgen,
Strafgedanke im frühen Mittelalter, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, 21 ff.

- Werle, Wahrheit, 1996** Werle, Gerhard,
Ohne Wahrheit keine Versöhnung! Der südafrikanische Rechtsstaat und die Apartheid-Vergangenheit, Öffentliche Vorlesungen Heft 60 (1996)
- Wesche, Gegenseitigkeit, 2001** Wesche, Steffen,
Gegenseitigkeit und Recht. Eine Studie zur Entstehung von Normen, 2001)
- Wesel, Geschichte, 2014** Wesel, Uwe,
Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 4. Aufl., 2014
- Whitehouse, Cognition, 2008, 35 ff.** Whitehouse, Harvey,
Cognition and Religious Evolution, *Ethnology and Anthropology n. s.* Vol. 3. No. 3 (2008), 35 ff.
- Wiener, Persönlichkeit, 1987, 92 ff.** Wiener, Oswald,
Persönlichkeit und Verantwortung (Materialien zu und aus meinem Versuch „Poetik im Zeitalter naturwissenschaftlicher Erkenntnistheorien“ bei Matthes und Seitz, 1988), *Manuskripte, Zeitschrift für Literatur* 27 (1987), 92 ff.
- Willems/Winter, Repräsentation, 2000** Willems, Ulrich/Winter, Thomas von (Hrsg.),
Politische Repräsentation schwacher Interessen, 2000
- Willoweit, Verfassungsgeschichte, 2010** Willoweit, Dietmar,
Deutsche Verfassungsgeschichte, vom Frankreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 6. Aufl., 2010
- Wilson, Sociobiology, 1978** Wilson, Edward O.,
Sociobiology: The new synthesis (1975), 6. Aufl. 1978
- Winker, Gewalt, 2002, 33 ff.** Winker, Benno,
Gewalt als Ausdruck missglückter narzisstischer Regulation in: Schlösser, Anne-Marie/Gerlach, Alf (Hrsg.), *Gewalt und Zivilisation, Erklärungen und Deutungen*, 2002, 33 ff.
- Wolf, Verhütung, 1992** Wolf, Jean-Claude,
Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien, 1992

- Wulf, Ritual, 2003, 30 ff.** Wulf, Christoph,
Ritual und Recht, Performatives Handeln und
mimetisches Wissen, in: Schwarte, Lud-
ger/Wulf, Christoph (Hrsg.), Körper und Recht.
Anthropologische Dimensionen der Rechtsphi-
losophie, 2003, 30 ff.
- Württemberg, Zeitgeist, 1991** Württemberg, Thomas,
Zeitgeist und Recht (1987), 2. Aufl. 1991
- Wüstenberg, Dimension, 2003** Wüstenberg, Ralf K.,
Die politische Dimension der Versöhnung, Eine
theologische Studie zum Umgang mit Schuld
nach den Systemumbrüchen in Südafrika und
Deutschland (Öffentliche Theologie Band 18),
2003
- Zaczyk, Begründung, 2005, 207
ff.** Zaczyk, Rainer,
Zur Begründung der Gerechtigkeit menschi-
chen Strafens, in: Arnold, Jörg (Hrsg.), Men-
schengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin
Eser, 2005, 207 ff.
- Zaczyk, Einheit, 2005, 1111 ff.** Zaczyk, Rainer,
Zur Einheit von Freiheit und Sozialität, in: Söll-
ner, Alfred (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Mein-
hard Heinze, 2005, 1111 ff.
- Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649
ff.** Zaczyk, Rainer,
„Fiat iustitia, pereat mundus“ – Zu Kants Über-
setzung der Sentenz, in: Wallerath, Maximilian
(Hrsg.), Fiat iustitia – Recht als Aufgabe der
Vernunft. Festschrift für Peter Krause, 2006,
649 ff.
- Zaczyk, Toleranzgebot, 2007,
235 ff.** Zaczyk, Rainer,
Das Toleranzgebot als strafrechtsbegrenzendes
Prinzip?, in: Enders, Christoph/Kahlo, Michael
(Hrsg.), Toleranz als Ordnungsprinzip?, 2007,
235 ff.
- Zimmermann, ius commune, JZ
1992, 8 ff.** Zimmermann, Reinhard,
Das römisch-kanonische jus commune als
Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992,
8 ff.

- Zimmermann, Recht, 2008, 29 ff.** Zimmermann, Reinhard,
„Römisches Recht und Europäische Kultur“, in:
Dreier, Horst/Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Kulturelle
Identität als Grund und Grenze des Rechts,
2008, 29 ff.
- Zippelius, Ausschluss, 1986, 12 ff.** Zippelius, Reinhold,
Ausschluß und Meidung als rechtliche und ge-
sellschaftliche Sanktionen, in: Gruter,
Magaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Ableh-
nung – Meidung – Ausschluß. Multidisziplinäre
Untersuchung über die Kehrseite der
Vergemeinschaftung, 1986, 12 ff.
- Zippelius, Bedeutung, 1987** Zippelius, Reinhold,
Die Bedeutung kulturspezifischer Leitideen für
die Staats- und Rechtsgestaltung; Akademie der
Wissenschaften und der Literatur. Abhandlungen
der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen
Klasse, Nr. 7, 1987
- Zippelius, Leitideen, 1987** Zippelius, Reinhold,
Die Bedeutung kulturspezifischer Leitideen für
die Staats- und Rechtsgestaltung, Akademie der
Wissenschaften und der Literatur. Abhandlungen
der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen
Klasse, Nr. 7, 1987
- Zippelius, Rechtsphilosophie, 2011** Zippelius, Reinhold,
Rechtsphilosophie: ein Studienbuch, 6. Aufl.,
2011
- Zippelius, Staatslehre, 2010** Zippelius, Reinhold,
Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl. 2010
- Zoglauer, Problem, 1990** Zoglauer, Thomas,
Das Problem der theoretischen Terme: eine Kri-
tik an der strukturalistischen Wissenschaftstheo-
rie, 1990
- Zürcher, Legitimation, 2014.** Zürcher, Tobias,
Legitimation von Strafe, 2014