

Axel Montenbruck

Deutsche Straftheorie

Ein Lehrbuch

3. erheblich erweiterte Auflage, 2018



veröffentlicht im Open Access der Freien Universität Berlin

ISBN 978-3-96110-060-6

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

Weitere einschlägige Schriften:

Strafrahmen und Strafzumessung, Duncker & Humblot, 1983, 269 S.

Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten, Duncker & Humblot, 1989, 145 S.

Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht. Chinesische Übersetzung von Yan Xie, (3. Auflage, zweisprachig, 2013, 134 S., XII, 180 S.), Freie Universität Berlin, Open Access (auch gedruckt).

Humanes Strafrecht: Wesen, Geständnis und Versöhnung, 2. Teilband, S. 207 – 426, von: *Zivile Versöhnung. Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven*, 5. erweiterte Auflage, 2016, 639 S., Freie Universität Berlin, Open Access (auch gedruckt), ISBN 978-3-946234-50-0.

Gerechtes Recht: Recht und Gleichheit, Humanität und Sinn, 3. Teilband, S. 407 – 563, von: *Zivile Versöhnung. Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven*, 5. erweiterte Auflage, 2016, 639 S., Freie Universität Berlin, Open Access (auch gedruckt), ISBN 978-3-946234-50-0.

Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen, 3. erweiterte Auflage, 2016, 317 S., Freie Universität Berlin, Open Access (auch gedruckt), ISBN 978-3-946234-56-2

Mittelwelt und Drei-Drittel-Mensch. Sozialreale Dehumanisierung und Zivilisierung als synthetischer Pragmatismus, 3. erneut erheblich erweiterte Auflage, 2014/2018, 472 S., Freie Universität Berlin, Open Access, 2014, gedruckt 2018, ISBN 978-3-944675-20-6.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
Vorwort zur ersten, zweiten und dritten Auflage	7
Allgemeiner Teil	11
1. Kapitel (§ 1).....	12
Art, Kultur und Herkunft der Vereinigungstheorie	12
I. Einleitung: Begründungsnotlage und erster Überblick, Bedeutung und Methode	12
II. Strafe und deutsches Recht: Verfassungs-, Zivil-, Sozial- und Sonderstrafrecht, vier Strafbegriffe der Straftheorie	19
III. <i>Bundesverfassungsgericht</i> : eine Frage der Kultur, der Willensfreiheit, der Tradition („althergebrachte Strafen“); Lebens- als Menschenwürdeschutz .	25
IV. Zur langen Geschichte der Vereinigungstheorie	32
V. Kurze Gesetzesgeschichte, Deutung des deutschen Strafrechtssystems als Rechtsidealismus, Wille des Gesetzgebers von 1969	38
2. Kapitel (§ 2).....	45
Gründungsväter der deutschen Vereinigungstheorie.....	45
I. <i>Kants</i> absolute Straftheorie und sein zweites relatives Konzept, Menschenwürde und Minimaethik im Recht.....	45
II. <i>Hegels</i> absolute Straftheorie und deren relative Elemente, Rechtspersönlichkeit und Rechtsstaatsidee.....	54
III. <i>Feuerbachs</i> relative Straftheorie und deren absolutes Bürgerrechtsfundament	59
IV. <i>Liszts</i> relative Straftheorie und deren absoluter rechtstaatlicher Rahmen ...	63
V. These: Gemeinsames von <i>Kant</i> bis <i>Liszt</i> , nachfolgende Strafmodelle	67
3. Kapitel (§ 3).....	73
Gegenwärtige Vereinigungstheorie und Sonderlehren	73
I. Vereinigungstheorie in der Fassung des <i>Bundesverfassungsgerichtes</i> , Verankerung in Strafrechtspraxis und Strafgesetzbuch	73
II. Gemeinsames Fundament: gesetzlich bestimmte Tatbestände und das Bürgerschutzstrafrecht; Arten der Vereinigungstheorie, Reduktion auf Straftheorie	84
III. Sonderlehren I: Selbstkorumpierung (<i>Köhler</i>), Loyalitätsverweigerung (<i>Pawlik</i>), Anerkennungsverlust und Abbüßungsvertrag (<i>Seelmann</i>), systemische Normgeltungslehre (<i>Jakobs u. a.</i>), Rechtsstaatsschutz (<i>Appel, Nettesheim</i>).....	90
IV. Sonderlehren II: Gesondertes Feindstrafrecht (<i>Jakobs</i>), <i>défense sociale/difesa sociale</i> (<i>Ansel, Gramatica</i>), liberales Bürgerkriegsmodell, Abolitionismus, Legitimation durch Verfahren (<i>Luhmann</i>), Einordnung	101
4. Kapitel (§ 4).....	107
Strafe-Tat-Täter-Mensch	107
I. Rückkoppelung von Menschenstrafe mit: Tatunrecht, Schuldbegriff, Handlung, Zurechnung, Täterschaft	107
II. Strafzumessungsperson, prozessualer Tatbegriff, Oberbegriffe: Bewertungsnorm und Verbrechen	130

III.	Nachbetrachtungen: Drei Straf-, drei Handlungslehren; Menschen-Strafrecht; einige demokratische Straferwägungen	133
	Besonderer Teil	141
5. Kapitel (§ 5).....		142
Grundkonsens und Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie		142
I.	Konsens über: Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen, Freiheit zu Gewalt und Ethik, Antinomie der drei Strafbegründungen; zur Widersprüchlichkeit	142
II.	Trennung von Strafgrund und Strafzweck, von Rechtfertigung, Wesen und Zweck der Strafe	152
III.	Trennung nach Gesetz, Urteil und Vollzug; drei Sichtweisen auf die Vereinigungstheorie	161
6. Kapitel (§ 6).....		166
Allgemeine Generalprävention I: Darstellung und Kommentierung		166
I.	Konzept: Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre	166
II.	Sozialschadenslehre, Alternativentwurf, Präventionsstrafe mit Schuldobergrenze (<i>Roxin</i>) und Feindstrafrecht (<i>Jakobs</i>)	170
III.	„Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz“	178
IV.	Bedeutung der Personenidee (<i>Roxin</i>), Sonderlehre: zwei personale Höchst- und Grundwerte: Existenz des würdigen Menschen (Art. 1 I) und Bestand des demokratischen Staates (Art. 20 I, 79 III GG) und ihre Ausfüllung durch Einzelwerte	187
V.	Sonderlehre: Rechtfertigung durch Abwägung von Schutzgütern	194
7. Kapitel (§ 7).....		201
Allgemeine Generalprävention II: Sonderlehren und Fortentwicklung		201
I.	Verletzung des Achtungsanspruchs von Normen, gesellschaftliche Kommunikation und Normgeltungsschaden (<i>Jakobs</i> , <i>Kindhäuser</i>), Tabubruch (<i>Hörnle</i>)	201
II.	Tadel als expressiver Charakter des Strafens (<i>Hörnle</i>), Eigenverantwortung als innere Kommunikation und Selbstwiderpruch	205
III.	Zwei Thesen: Strafe als Ausgleich (Widerspruch, Bekräftigung, Heilung, Restitution, Sühne und Genugtuung); Rechtsstaats- und Gerechtigkeitsidee als Strafpflicht und Strafbegründung	211
IV.	Schutzidee und Selbsterhaltung, utilitaristische Strafbegründung über Notlage und Güterabwägung (<i>Frisch</i>); Begrenzung der Strafe über die absolute Menschenwürde	224
8. Kapitel (§ 8).....		233
Positive und negative General- und Individualprävention.....		233
I.	Positive und negative Generalprävention: Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“, Treue und Vertrauen, Selbstjustiz, Strafbedürfnis.....	233
II.	Einzelnes: Allgemeinheit, Verfassungsmäßigkeit, Tatgeneigntheit, Staat ohne Strafe?	239
III.	Individualprävention: Strafmilderung, Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung	250
IV.	Einzelne präventive Mischkonzepte: Integrationsprävention (<i>Roxin</i> , <i>Müller-Dietz</i>), individualpräventive notstandähnliche Schuldstrafe (<i>Frisch</i>), Repression als ergänzungsbedürftige Prävention (<i>Kunz</i>)	256

V.	Paarungen: Feind- und Bürgerstrafrecht (<i>Jakobs</i>), Maßregelgedenken und Schuldstrafrecht, Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht	265
9. Kapitel (§ 9).....		277
Grund, Umsetzung und Kritik der präventiven Strafbegründungen.....		277
I.	Sozialpflichtigkeit des Menschen; Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht, sozialer Schuldbegriff	277
II.	Diskussion der präventiven Wirksamkeit des Strafens	281
III.	Begriffswelten von Prävention und Repression (<i>Niggli</i>), reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (<i>Kaspar</i>) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (<i>BVerfG</i>)	292
IV.	Präventive Strafbegründungen: Kritik und Replik	298
10. Kapitel (§ 10).....		306
Individuelle Schuld und gerechter Ausgleich		306
I.	Tatschuldausgleich	306
II.	These: Trennung und Konkordanz von mildernder Schuld (Art. 1 I GG) und strafbegründender Gerechtigkeit (Art. 20 GG).....	310
III.	Sühne: soziales Versöhnen und freiwillige Buße - Strafidée und Strafmilderungsgrund	316
IV.	Vorzüge der Schuldidee: Wahrheitserforschungspflicht und Individualisierung, Auswirkungen auf den Tatbegriff	323
V.	Sinn und Kritik der gesonderten Strafbemessungsschuld (Tatschuld plus Vorstrafen und Geständnis)	326
11. Kapitel (§ 11).....		330
Schuld und Gerechtigkeit: Standardkritik und Replik; Ergänzung um Humanität ..		330
I.	Schuld Kritik ohne Willensfreiheitsdilemma: nur relativ, nur höchstpersönliche Sühne als Folge der Schuld, nur Rekonstruktion der individuellen Schuld, Ausblendung fremder Mitverantwortung	330
II.	Gerechtigkeitskritik I: Inhumanität des Vergeltungsgedankens, ewige Wiedervergeltung; Ergänzung durch mildernde Humanität	338
III.	Gerechtigkeitskritik II: unzulässige Metaphysik, ideelle Überhöhung des Staates, bloße blinde Reaktion, gleich dem Täter, hohes Dunkelfeld und selektives Strafen	345
12. Kapitel (§ 12).....		352
Sonderlehren zu individueller Schuld und rechtem Ausgleich		352
I.	Ausgleich von unberechtigten Autonomiegewinn durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung.....	352
II.	Staatliche Strafe und autonome Einwilligung in das Strafrisiko.....	365
III.	Einwilligung und dreistufige gerechte Strafbegründung - legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe	371
IV.	Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue	385
V.	Strafmildernde Mitverantwortung von Gesellschaft und Natur als Rechtfertigung von humanen Strafen	390
Fundamentaler Teil		394
13. Kapitel (§ 13).....		395
Dogmengeschichtliche Fundamente: Naturrecht, Rechts- und Soziallehre.....		395
I.	Naturrecht und Gesellschaftsvertrag, Staats- und Friedensidee (<i>Grotius</i> , <i>Hobbes</i> , <i>Locke</i>)	395

II.	Rechtslehre: Achtungslehre (<i>Kant</i>), Anerkennungslehre und Leitidee des Anderen (<i>Fichte, Hegel</i>)	400
III.	Verfassungsgesellschaft: Gemeinwille und Volk (<i>Montesquieu, Rousseau</i>), Natürlich- und Wichtigkeit von Verbrechen (<i>Durkheim</i>), Selbstorganisation in Systemen (<i>Luhmann</i>)	407
14. Kapitel (§ 14)	416
Kernproblem der Schuldstrafe: Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit	416
I.	Grundfragen: Dualismus von freiem Geist und kausaler Natur, Schuldstrafrecht und das Dilemma der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit	416
II.	Einzelnes: Evidenz der Willensfreiheit, Arten der Willensfreiheit,	419
III.	Einzelnes: Beweislast.....	429
IV.	Ein Dutzend Bekenntnisse zur Willensfreiheit (<i>Aristoteles, Welzel, Schmidhäuser, Jescheck/Weigend, Zippelius, sowie Tugendhat und Schmitz u.a.</i>)	434
V.	Funktionale Alternativen: Person, Zurechnung und Motivierbarkeit statt Mensch, Schuld und Willensfreiheit (<i>Roxin, Lesch, Schünemann, Frister, Merkel, Jakobs, Günther</i>).....	443
15. Kapitel (§ 15)	455
Determinismus und Strafe	455
I.	Kritik an Metaphysik und deterministische Alternativen (<i>Baurmann, Kargl, Dux, Herzberg, Schiemann, Hörnle, Pauen</i>)	455
II.	Neurophilosophie - die Ausgangslage: Schuld-Illusion (<i>Libet-Experiment</i>), Ich-Leugnung	467
III.	Veto-Element und ambivalente Neurophilosophie (<i>Roth/Pauen, Krüger</i>) ...	470
IV.	Strafrechtliche Diskussion: deterministische Anerkennung (<i>Hörnle</i>); Unberechenbarkeit von komplexen Systemen, Gefahr des Naturtotalitarismus (<i>Fischer</i>); Unschlüssigkeit (<i>Hilgendorf</i>).....	475
V.	Vermittelnde Sicht: Reduktion der Komplexität und Selbstorganisation, <i>Rössners</i> Sozio-Naturalismus, <i>Keils</i> Grundfähigkeiten, symbolische Kulturphilosophie (<i>Cassirer, Lenk</i>), Methodik: Statt Dogmatismus ideeller Föderalismus	478
16. Kapitel (§ 16)	491
Schluss	491
I.	Willensfreiheit und Autonomie: kulturelle Fiktion, human-genetische Reduktion und psychische Ausstattung genügen!	491
II.	Schuldstrafe als nationale Ausprägung, eine relativ beste Vereinigungstheorie	497
III.	Persönliche Hauptthese: Ausgleich von unberechtigter Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung, und etliche Sonderlehren	503
Namensverzeichnis	517
Literaturverzeichnis	528

Vorwort zur ersten, zweiten und dritten Auflage

Gegenstand dieser Schrift bildet das staatliche Strafrecht in Deutschland und mit ihm die Grundfrage: Mit welchen guten Gründen rechtfertigen wir das Strafen?

Wer nach „Sinn und Zweck“ des Strafens fragt, der stößt in Deutschland alsbald auf die dreifaltige und als solche noch vage *Vereinigungstheorie*. Sie und ihre Probleme stehen deshalb im Mittelpunkt. Zahlreiche Sonderlehren sind ebenfalls vorzustellen.

Ein Lehrbuch, wenn auch kein schmales Lernbuch für Studenten, bildet diese Schrift deshalb, weil es Lehren zusammenstellt, kommentiert und mit eigenen Ansichten ergänzt. Es enthält das Angebot, sich einmal gründlich mit diesen Fragen auseinanderzusetzen. Das Inhaltverzeichnis lässt sich dazu als eine Art von Thesenpapier lesen.

Die deutsche Straftheorie hat sich zumindest mit *Feuerbach* ab etwa 1800 selbstständig entwickelt und die nachfolgenden deutschen Strafgesetzbücher erheblich mitgeprägt. Es ist vor allem die Theorie der deutschen Strafrechtswissenschaft, die sich ihr Strafrecht miterschaffen hat.

Das Verhältnis zur Verfassung erweist sich als ambivalent und auf gleicher Augenhöhe. Denn das *Bundesverfassungsgericht* greift die strafrechtlichen Lehren einerseits auf. Es will keine eigenen Lehren entwickeln. Andererseits sieht es das Schuldprinzip als Teil des deutschen Verfassungsrechts und deckelt die lebenslange Strafe mithilfe der Menschenwürde.

Die Frage der Schuld aber, und übrigens auch die Idee der Menschenwürde, sind mit dem *Dilemma* verbunden, die *Willensfreiheit* nicht nachweisen zu können.

Nachfolgend sind überwiegend die Vorgaben eingehalten, die das *Bundesverfassungsgericht* zu „Verfassungsidentität“ zählt (Art. 1, 20, 79 III GG). Auch wegen dieser Selbstbegrenzung handelt es sich um eine vor allem „*Deutsche Straftheorie*“.

Zwei eigentlich naheliegende Fragen sind ausgespart, weil sie traditionell nicht zur Suche nach Sinn und Zweck des Strafens im engeren Sinne zählen: Was

denn „Strafe“ meint und was die typischen Probleme einer „Theorie“ sind. Über die Definitionen der Strafe ist das Nötige an anderer Stelle ausgeführt (*Zivile Versöhnung. Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven*, 2016, 215 -249). Eines der Probleme einer jeden grauen Theorie, sich von der bunten Praxis zu trennen, hat dagegen schon die Vereinigungstheorie auf ihre Weise pragmatisch gelöst. Sie bündelt und offeriert gleich drei große Ansätze. Ihre Vertreter kennen deren Traditionen, leben mit deren Widersprüchen und Schwachstellen. Sie wissen aber auch alle drei Denkweisen an bestimmten Stellen im Strafrecht gesetzlich verankert.

Diese Eigenheiten und ihre vor allem strafrechtswissenschaftlichen Erörterungen gilt es zu verdeutlichen. Manche längeren Zitate sollen auch nicht nur das Nachschlagen ersparen, sondern dienen auch dazu, die Autoren sich mit ihren eigenen Worten erklären zu lassen.

Da das strafrechtliche Sanktionsrecht schon seit einigen Jahrzehnten zu den besonderen Interessengebieten des Autors gehört, handelt es sich gelegentlich auch um einen entsprechend weiten Rückblick. Zugrunde liegt ein unveröffentlichter Text aus dem Jahre 2006. Ihn habe ich seinerzeit für den Unterschwerpunkt des „*Sanktionsrechts*“ zusammengestellt und nun noch einmal gründlich überarbeitet.

Eine kurze vorzügliche und klassische Zusammenfassung bietet *Uwe Murmann* in seinem Grundkurs (2015), § 8. *Tatjana Hörnle* beschreibt ebenfalls recht griffig und mit eigenen Akzenten die „Straftheorien“ (2011). Eine große Darstellung mit sozialphilosophischem Hintergrund bieten *Hassemer/Neumann* (Vor § 1 StGB, Nomos Kommentar, 2017), die den Weg der Kommentierung wählen.

Mein Anliegen ist es hingegen, die hochabstrakte „Straftheorie“ als *Einheit* zu betrachten und sie zudem mit der *Gesetzeslage* und der *Praxis* zu verbinden. Ein praxisnahes Lehrbuch erlaubt dies alles. Es gestattet zudem auch, *einige eigene Fortschreibungen* mit anzubieten.

Die *zweite* Auflage enthält einige Nachträge, unter anderem zum Präventionsstrafrecht und zur Willensfreiheit.

Die *dritte* Edition bietet eine gründliche Überarbeitung. Die Sonderlehren, die ich selbst vertrete, habe ich noch deutlicher herausgestellt. Sie bewegen sich aber alle innerhalb des vorherrschenden deutschen Gesamtkonzepts. Mehr und neueste Literaturhinweise sind ebenfalls eingefügt:

- Zu den inhaltlichen Nachträgen gehört die Vertiefung der *Anerkennungslehre*, die auch die „Aberkennung“ impliziert.
- Eingefügt ist die eigene These der strafmildernden Mitverantwortung von *Gesellschaft* und *Natur*. Die vergleichsweise humane deutsche Strafrechtspraxis erweist sich ihr folgend sogar als streng gerecht.
- Auch habe ich die Gerechtigkeitsidee als Teil der *Rechtsstaatsidee* ausführlicher erörtert. Das Krumme ist -auch mit der Strafe- gerade zu richten.
- Eine weitere These lautet: Im Verfassungs- wie auch im Strafrecht, die sich insoweit gut verbinden lassen, gibt es zwei substantielle *personale Höchst- und Grundwerte*: die Existenz des würdigen Menschen (Art. 1 I GG, §§ 211 ff. StGB) und den Bestand des demokratischen Staates (Art. 20 I, 79 III GG, § 81 StGB). Beide bedürfen zu ihrer Konkretisierung und Entfaltung der Einzelwerte. Die Strafrechtsdogmatik bietet dafür die grobe Trennung in Delikte gegen Individualrechtsgüter und gegen Gemeinschaftswerte an.
- Zudem möchte ich versuchen, die *gerechte* Strafe verfassungskonform von der Autonomie des Täters her zu erklären und sie als „*Ausgleich von Autonomiegewinn und Autonomieerfahrung durch Autonomieverlust und Gegenerfahrung*“ deuten, um auf diese Weise auch den Einwand zu entkräften, es werde mit der Strafe ein Übel mit einem weiteren Übel vergolten, das Übel also noch verdoppelt.
- Im neuen Schlussteil fasse ich mein eigenes Konzept noch einmal zusammen.

Für das besonders mühevollen Lektorat aller drei Auflagen möchte ich mich bei Frau Ass. iur. *Susanne Dembour* recht herzlich bedanken. Herr Rechtsanwalt *Maximilian Montenbruck* hat mich auch bei dieser Schrift mit viel Geduld informationstechnisch unterstützt.

Axel Montenbruck, Berlin im Juni 2018

Allgemeiner Teil

1. Kapitel (§ 1)

Art, Kultur und Herkunft der Vereinigungstheorie

I. Einleitung: Begründungsnotlage und erster Überblick, Bedeutung und Methode

1. Im Mittelpunkt der Deutschen Strafrechtstheorie steht das Nachdenken über „Sinn und Zweck der Strafe“. Inwieweit ist die strafweise Gefangenhaltung von Menschen durch Menschen in unserem demokratischen Rechtsstaat überhaupt vernünftig zu begründen?

Grundlegung. Mit dem Nachdenken über Sinn und Zweck liegt dem Nachfolgenden die aufklärerische Grundidee von der *Vernunft* zugrunde, mit der wir überhaupt nach *guten Gründen* suchen und uns nicht fatalistisch mit der sozialen Realität von Strafe abfinden.

Dennoch handelt es sich nicht um eine „Strafphilosophie“¹, weil nicht das Fach Philosophie die Ausrichtung bestimmt, sondern die deutsche Strafrechtswissenschaft. Soweit sie sich der Philosophie bedient, hat sie sie sich zu eigen gemacht.

Was aber ist zu erwarten? Im Kern geht es um die vernünftige Bewältigung einer alten *Begründungsnotlage*, deren Ursprung in der „ewigen“ Existenz von Strafe und zudem darin liegt, dass es nach traditioneller und auch heute noch vorherrschender Ansicht darum geht, die Zufügung eines Übels, heute der Geld- oder Freiheitsstrafe, zu rechtfertigen. Kann aber etwas Übles etwas Gutes sein? Reicht es, dass das Übel für den Täter ein Gutes für die Gesellschaft darstellt?

Zudem ist dem Wortpaar „Sinn und Zweck“ zu entnehmen, dass die guten Gründe von bipolarer oder auch von dualistischer Art sind. Das Werte- und das Nutzendenken stehen im Wettbewerb und müssen doch zusammengefügt werden.

¹ So der Titel der letzten größeren lehrbuchartigen Schrift von Lampe, *Strafphilosophie*, 1999, mit dem Untertitel „Studien zur Strafgerechtigkeit“.

Am Ende sollte also eine Art von systemischer *Synthese* stehen (können), die zugleich *ein System* wissenschaftlich begründeter Aussagen anbietet.

So erklärt Hörnle² zu Recht:

„Eine Straftheorie, die einen einfachen Ansatz „aus einem Guss“ präsentiert, ist nicht überzeugend zu begründen. Wenn man jedoch bereit ist, sich auf komplexe Überlegungen einzulassen, dann ist es möglich, Argumente zu entwickeln, die insgesamt die Notwendigkeit und Legitimität von staatlicher Strafe hinreichend begründen.“

Das „Insgesamte“ bildet dann das „eine“ System.

Anzufügen ist allerdings, dass Hörnle vor allem den „Zweck“ aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet, vereinfacht den des Staates, der Gesellschaft, der Opfer oder auch der Täter. Die übliche weitere Frage nach dem „Sinn“ führt uns zusätzlich auf eine andere, die metaphysische Ebene von Schuld-Strafe, also von Strafe als vergeltender Sühne und auch zum Recht als blindem Ausgleich von Unrecht.

Drängt sich keine einzelne eindeutige Antwort auf³, und wir hätten sie dann schon lange, so sind die wichtigsten, aber kritisierbaren Rechtfertigungen in einem vagen System zu bündeln: in einer Vereinigungstheorie.

Welche Wege bieten sich dazu im Groben an? Es hilft die naheliegende und auch übliche Reduktion *der Komplexität*.

Das *deutsche Strafrecht* bildet schon einmal die gesetzliche Grundlage und zugleich den Gegenstand einer, allerdings auch (selbst)-kritischen Betrachtung. Sein Hauptgegenstand ist das Strafgesetzbuch, das die deutsche *Strafrechtswissenschaft* selbst mit entwickelt hat. Denn ausgearbeitet und

² Hörnle, *Straftheorien*, 2017, Einleitung, 2 f. Hervorhebung von „insgesamt“ im Original. Sie selbst verwendet allerdings im Titel, wie häufig in der Strafrechtlehre, den Plural und spricht von „Straftheorien“. Wer aber wie hier das System von Aussagen als *Ganzen* meint, der verbleibt gern im Singular, wie es etwa auch bei Begriffen wie *der Strafrechtslehre* oder *der Rechtslehre* der Fall ist.

³ Z. B. Frister, *Strafrecht AT* 2013, 3. Kap. Rn. 1 (... ist es bis heute nicht gelungen, eine allgemein anerkannte Antwort zu finden“).

gepflegt wird die deutsche Straftheorie von der deutschen Strafrechtslehre, vereinfacht seit 1800 und mit *Feuerbach*.⁴

Vor allem drei, folglich deutsch eingefärbte Begründungsstränge sind zu beleuchten. Gebündelt, mit welchem Schwerpunkt auch immer, heißen sie „die *Vereinigungstheorie*“. Diese pragmatische Lehre vereint die großen Ideen der (sozialen) *Generalprävention*, der (empirischen) *Individualprävention* und des (ethischen) *Tatschuldausgleichs*, und diese dreifaltige Lehre hat damit zu umzugehen, dass sie von vielen Seiten heftiger und durchaus einsichtiger Kritik ausgesetzt ist.

Auch spielt im Strafrecht, wie in jedem Recht, die *Idee des Rechts* eine Rolle: Gehört zum Recht nicht etwa die Idee des Ausgleichens? Inwieweit trägt der Gedanke der wechselseitigen Anerkennung von Freiheiten, der auch das Aberkennen von Freiheit mit beinhaltet? Insofern könnte man auch nicht nur von einer „Straftheorie“, sondern von einer „*Strafrechtstheorie*“ sprechen - wären mit diesem Wort nicht auch die gesamte Rechtstheorie und ihre vielfältigen Ansätze mit gemeint.⁵

2. *Bedeutung der Straftheorie für das Strafrecht*. Seltsam mag erscheinen, dass die Straftheorie nicht im Mittelpunkt des Strafrechts und auch nicht im Blickpunkt der deutschen Strafrechtswissenschaft und deren Strafrechtskultur steht. Stattdessen stehen die Delikte, also die Strafrechtsfolgenvoraussetzungen, im Fokus von Recht und Wissenschaft. Dafür gibt es auch einen guten Grund. So ist das Strafgesetzbuch vor allem als *Bürgerschutzrecht* vor missbräuchlichem Strafen konzipiert, Art. 103 II GG, § 1 StGB, Art. 7 EMRK, Art. 49 I EU-Grundrechtecharta.

Dennoch darf das *Sanktionsrecht* des Strafgesetzbuches der §§ 38 ff. StGB dann jedenfalls nicht mehr im strafrechtswissenschaftliche Halbdunkel verbleiben, wenn wir die Verurteilten nicht schlicht gedanklich *ausgliedern* und vergessen,

⁴ Feuerbach, „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts“ (gemein meint allgemein), 1801 . Es gab damals nur selbstständige deutsche Länder mit eigenen alten Strafrechtssystemen, aber einen wachsenden auch national eingefärbten Rechtsidealismus; Vormbaum, Einführung, 2015 § 2 III („Strafrechtslehre am Ausgangs des 18. Jahrhunderts“); Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff. , 49 (Um 1800 „Neuformierung“ der Strafrechtswissenschaft).

⁵ Zur Normtheorie im Verbund mit dem Satz in dubio pro reo: Montenbruck, In dubio, 1985, vgl. etwa 44 ff.

sondern sie und den Schutz der Achtung ihrer *Menschenwürde* ernst nehmen. Denn es ist auch die unsere! Zeige mir Deine nationale Strafpraxis und ich sage Dir in welchem Staat Du wirklich lebst. Auch der Rechtsfolgenteil des Strafrechts besitzt (heute) Verfassungsrang.

Die „Straftheorie“ steht zudem bei der *Auslegung* und bei der *Neufassung* einzelner Normen stets im Hintergrund. Sie kennzeichnet das Grundverständnis des Strafgesetzbuches, und zwar vor allem in teleologischer und historischer Weise.

Die *praktischen* Folgerungen der Strafadeen zeigen sich, wenn auch umstritten, vor allem bei der richterlichen *Strafzumessung*, also bei der Konkretisierung der weiten gesetzlichen *Strafrahmen* einerseits und der Frage nach der *Strafaussetzung zur Bewährung* und der *bedingten Entlassung* andererseits.

Dazu zählt auch die Einzelfrage, weshalb etwa verbüßte Vorstrafen erheblich strafscharfend und nachträgliche reuige Geständnisse deutlich strafmildernd zu berücksichtigen sind, als Teil der sogenannten Strafbemessungsschuld. Wo konkrete gesetzliche Vorgaben fehlen, müssen „gute Gründe“ zur Verfügung stehen. Der große Praktiker-Kommentar von *Fischer*⁶ spricht jedenfalls die Straftheorien überhaupt erst bei der Strafbemessung an.

Die Rechtsgutsidee sowie die Schuldlehren gehören -zumindest auch- zu den Gegenständen der Straftheorie. Strafzweckerwägungen benötigen wir ferner konkret bei Fragen des Versuchs, dem straflosen Rücktritt von der Tat und der Deutung des untauglichen Versuchs, der Definition des unmittelbaren Ansetzens, aber auch bei der Ablehnung des Betrugs zur Vermeidung von Geldsanktionen.⁷ Sie stehen zudem im Hintergrund bei allen Gefährdungsdelikten. Wir kennen sie auch als sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts und grundlegend im Notstandsrecht.

3. *Methodik*. „Gute Gründe“ für das Strafen einzufordern, meint nach der *Vernunft des Strafens* zu suchen.

⁶ Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 46, Rn 2 bis 4.

⁷ So Rengier, Strafrecht AT, 2017 § 3 Rn 4, der zwar zu Recht meint, ansonsten komme man bei der Fallbearbeitung nur selten mit den Straftheorien in Berührung. Aber sie gehören zu den Grundlagen des Rechts und bei der Fallbearbeitung bleiben aus Sicht der Strafrechtspraxis neben dem Strafprozess und das Vollzugsrecht auch gesamten *Sanktionsrecht* ausgeblendet.

In etwa in diesem Sinne spricht der praktische Philosoph *Nida-Rümelin* von einer Ethik der guten, „lebensweltlich etablierten Gründe“ und sieht diesen Ansatz als „ein Drittes“ zwischen einem angelsächsischen Rationalismus im utilitaristischen Sinne des rational choice und dessen Gegenpol, dem Intuitionismus.⁸ *Nida-Rümlin* spricht davon, dass sein Ansatz „kohärentistisch“ sei und auf die „*Verbundenheit normativer und deskriptiver Überzeugungen*“ setze, für die gute Gründe maßgeblich seien.

Methodisch ist dabei zu bedenken, dass alle großen Oberbegriffe, und also auch alle Ideen, von substanzieller und vager Art sind. Substanziell meint, dass sie zugrunde liegen, aber ihr eigener Grund nicht weiter bestimmbar ist. Damit hat die Straftheorie ein Schicksal zu tragen, das sie mit allen anderen großen Fragen teilt. Sobald wir die Lupe der Analyse über sie halten, zerfallen sie, wie auch alle Wissenschaften, in viele Ebenen und Unterfragen. Schon die Methoden der Auslegung zeigen die verschiedenen üblichen Ausrichtungen.

In Anlehnung an *Hassemer/Neumann*⁹, die damit allerdings nur den „Bedarf an Vagheit“ für die gesetzlichen Strafnormen gut erklären, sind zumindest drei Arten von Vagheit zu erkennen:

- die Vagheit als unsichere Zuordnung¹⁰,
- die Porosität bei fortschreitendem sozialen Wandel und
- die Wertausfüllungsbedürftigkeit,

die die allgemeinen Grundhaltungen zu den Strafbegründungen mit einfließen lässt, zum Beispiel beim großen Begriff der Schuld.

Dennoch können wir uns etwa unter „Gerechtigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ etwas vorstellen. Diese spannungs- und ertragreiche Dialektik von

- allgemeinsprachlichen Leitideen und
- fachwissenschaftlicher Analyse

gilt es zu nutzen, aber auch auszuhalten.

⁸ Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 11 f. Gosepath, Eigeninteresse, 1992, 49: „*Etwas (Meinung, Handlung, Wunsch, Ziel, Norm etc.) ist rational, wenn es begründet, d.h. durch Gründe gerechtfertigt ist.*“

⁹ Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, § 1 Rn 36.

¹⁰ Siehe dazu auch Koch, H.-J., Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff., 155; Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, § 1 Rn 36.

Zu jedem Verständnis gehört ferner auch ein *Vorverständnis*. Es zeigt die Position, von der aus etwas zu betrachten ist. Es gibt den Rahmen oder auch das System an, in dem man sich hauptsächlich bewegt.

Jeder von uns verfügt über eine laienhafte Vorstellung der Rechtfertigung von Strafe. In der Regel setzt sie mit dem Strafenden eine elternähnliche mächtige, aber auch moralische Person voraus, die auf diese Weise normative (oder Sollens-) Regeln mit Lob und Tadel umzusetzen sucht. Für die deutsche Strafrechtstheorie besteht das Vorverständnis in der vorwiegenden Ausrichtung, und damit auch Reduktion, auf das *deutsche Rechts- und Staatssystem*, das wir zugleich analog zum soziologischen Systembegriff als eine *Rechtskultur*¹¹, zu begreifen haben.

4. *Strafe und Freiheitsrechte*. Drei weitere Aspekte gehören, je nach Sichtweise, entweder zum *Umfeld* der Strafidée oder auch schon zum *Wesen* der Strafe selbst. Es handelt sich um die Strafe als *Recht*, und die materielle Rechtsidee bildet die Gerechtigkeit. Außerdem ist diejenige Strafe gemeint, die ein *Staat* durchsetzt, und zwar eine Staat, der die *Bürgerrechte* anerkennt, sodass es sich typischerweise um eine *staatliche Freiheitsstrafe* handelt.

Mit der „Strafe“ selbst ist also vereinfacht diejenige Sanktion gemeint, die das Strafrecht mit diesem Begriff umschreibt. Deshalb wissen wir in etwa, was Strafe im Sinne der Strafrechtstheorie meint. Den „Sinn und Zweck“ dieser Strafe gilt es deshalb vor allem zu erfragen. Und die Antworten darauf sind schwierig genug. Was Strafe sonst noch meinen kann, interessiert die Strafrechtstheorie nur am Rande. Andere Formen der Strafe sind zudem Gegenstand der Strafrechtsgeschichte; andere Blickwinkel auf sie bieten vor allem die Rechtssoziologie, die Rechtsphilosophie und auch die Kriminologie.

Die Gesamtheit des großen politischen Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ spiegelt sich in der Strafe. Die Strafe entzieht dem Verurteilten nicht nur Teile seiner „Freiheit“. Die Strafe bildet auch einen Rechtsnachteil im Sinne

¹¹ Dazu aus dem besonderen Blickwinkel der Übertragbarkeit von nationalem Recht „Die Kulturgebundenheit des Strafrechts und seine Übertragbarkeit in fremde Rechtskreise“: Kunz, Kulturgebundenheit, 2012, 145 ff., (”II. Recht ist in Rechtskulturen verwurzelt“). Das schließt nicht aus, dass es, wie die Kulturidee selbst zeigt, überall auf der Welt *menschliche Kulturen* und mit ihnen auch auf den Menschen ausgerichtete Normensysteme, also Sollensregeln, gibt. Der Ruf nach der Gerechtigkeit (Harmonie, Ausgleich etc.), dürfte, mit welchem konkretem Inhalt auch immer, von universeller Art sein.

des Art. 5 EGStGB. Der Bestrafte verfügt nicht mehr in vollem Umfange über die gleichen Rechte, er büßt also Teile seiner „Gleichheit“ ein. Es liegt auch kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG vor, weil er offenbar kein Gleicher mehr ist. Außerdem erleidet er einen Teilverlust an „Solidarität“, unter anderem sind seine Kommunikationswege und -formen eingeschränkt und er trägt einen sozialem Makel.

Aber das Schwergewicht des Strafübels liegt zu Recht auf dem „Freiheitsentzug“. Die Strafe wird „wegen“ der Begehung bestimmter Delikte verhängt. Diese vielfältigen Taten lassen sich wiederum vor allem als Anmaßung von *Freiheiten* zusammenfassen. Aber auch sie beinhalten zugleich den Verstoß gegen die Grundsätze von Gleichheit und Solidarität.

Der Schwerpunkt der modernen Strafe liegt bei der „Freiheit“. Die Freiheitsstrafe besteht im *Entzug von Freiheitsrechten*, und zwar wegen der *Anmaßung von Freiheitsrechten*. Aus welchen *Gründen* dies geschieht, versucht dann die Straftheorie zu klären.

Der *Freiheitsbegriff* ist dabei weit zu fassen. So stellt auch das Geld, das dem zu Bestrafenden die *Geldstrafe* abnimmt, geronnene Freiheit dar, so zählt auch das Eigentum zu den Freiheitsrechten, Art. 14 GG. Auch der sozialem Makel des *Schuldspruchs* greift in die Freiheitssphäre des Täters ein, wie der Straftatbestand der ungerechtfertigten üblen Nachrede belegt. Wir verwenden also eine zumindest dreispurige Art von Freiheitsentzug, denjenigen *körperlicher* Form, vor allem als Entzug der Fortbewegungsfreiheit, Art. 2 II, 104 GG, denjenigen des *sozialen* Meidens und die Einwirkung auf die *Psyche* des Täters, in dem wir ihm eine neue Erfahrung aufnötigen.

5. *Grobe Ordnung der Straftheorien*. Schuld setzt die *Willensfreiheit* des Menschen voraus und deren Nachweisbarkeit ist umstritten. So lassen sich die meisten Straftheorien danach ordnen, ob sie das umstrittene Schuldprinzip als zumindest eine beachtliche Säule der Strafgründung *akzeptieren* oder ob sie zumindest weitgehend *ohne die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit* auskommen. Dem entspricht auch die Gliederung dieser Schrift.

Bei der Suche danach, welche rationalen und humanen Begründungen denn überhaupt in Betracht kommen, zeigt sich zudem alsbald eine Begrenzung, die

der Fragestellung nach „Sinn und Zweck“ des Strafens innewohnt. So fragen wir damit immerhin, aber auch nur, nach der „Vernunft“ oder der „Ratio“ der Strafe.

Damit blenden wir die Frage nach den *Emotionen* zumindest weitgehend aus, also die nach der Psychologie des Strafens und der Natur des Menschen als Lebewesen, also der Biologie von Aggression und Gegenaggression. Kurzgefasst kann deshalb die Frage nach der Ratio vermutlich nur rationale Antworten oder aber die rationale Kritik an solchen Erklärungen ergeben.

Eine „demokratische“ Straftheorie muss schließlich versuchen, den *Demokraten* zu erläutern, weshalb ihr Staat und damit am Ende auch sie selbst Mit-Menschen und sogar Mit-Demokraten real in Gefangenschaft halten dürfen und müssen und es selbst den Betroffenen einleuchten sollte.

6. *Fazit*. Damit ist der geistige Raum in etwa umrissen, den die Diskussion um Sinn und Zweck des Strafens für das Kernstrafrecht zu füllen sucht.

II. Strafe und deutsches Recht: Verfassungs-, Zivil-, Sozial- und Sonderstrafrecht, vier Strafbegriffe der Straftheorie

1. Es lohnt sich, *den rechtlichen Kern und das rechtliche Umfeld* des speziellen Strafens im Sinne des staatlichen Strafrechts, um dessen Begründung es geht, einmal offenzulegen. Denn jede Eingrenzung bedeutet auch, dass das Strafen mit deren Sinn und Zweck aufgeladen wird.

Strafe und Staatsrecht. Wie verhält sich das Strafrecht zum Verfassungsrecht?

So gilt inzwischen, und aus der Sicht des *staatlichen Strafanspruchs* zu Recht, die Deutung, dass die Strafe *im Sinne des Strafrechts* von *öffentlich-rechtlicher Natur* ist.¹² Deshalb ist die Idee des staatlichen Strafens zwangsläufig mit „Sinn und Zweck“ des Staates verbunden. Wer straft, verfolgt immer auch eigene Interessen. Umgekehrt ist auch anzunehmen, dass die hoheitliche Rolle und die

¹² Vgl. Frister, Strafrecht AT 2013, 1. Kap Rn 2 (Zur „öffentlich-rechtlichen Natur der Strafe“, es gehe „auch nicht (oder zumindest nicht in erster Linie) darum, dem Opfer persönliche Genugtuung zu verschaffen“).

Bedeutung eines *Strafenden*, hier des demokratischen Staates, dessen Aufgaben und Wesen mitbestimmen.

Das öffentliche Recht unterliegt eigentlich dem Grundgesetz. Doch die deutsche Verfassung *setzt das Strafen selbst schlicht voraus*.

Sie trifft nur einzelnen Entscheidungen: zur Form (kein Strafe ohne Gesetz, Art. 103 II GG) und zu Verboten (Art. 102, Todesstrafe; Art 104, Misshandlungsverbot, Art 103 III GG, nicht zweimal für dieselbe Tat) und zu der Art und Dauer (menschwürdig, Art. 1 I GG). Mit diesen Regelungen erkennt das Grundgesetz das Strafen und auch das Recht dazu selbst an. Insofern verfügt das Strafrecht über eine *gesonderte Stellung* gegenüber dem Verfassungsrecht.

Die „guten Gründe“, die die Strafrechtswissenschaft als „Sinn und Zweck der Strafe“ diskutiert, können -erstaunlicher Weise- ferner auch der *Staatsrechtswissenschaft* helfen und zur *Legitimation* der Grundrechtseingriffe dienen. Denn das Staatsrecht selbst kümmert sich kaum um das Strafen. So erklärt der Staatsrechtslehrer Gärditz:

*„In den der deutschen Rechtswissenschaft eigentümlichen Staatslehren wird das Strafrecht nicht oder bestenfalls cursorisch gestreift. In neueren verfassungs- bzw. legitimationstheoretischen Diskursen spielt es keine Rolle.“*¹³

Er deutet mit den folgenden Worten auch die beiden Gründe dafür an, den formellen und den materiellen:

*„Die Konstitutionalisierung des Strafrechts ist zwar ubiquitär, hat aber weder die vorkonstitutionellen Basisstrukturen des Strafrechts überwunden, noch die hintergründigen theoretischen Diskurse verkoppelt.“*¹⁴

Das Strafrecht beruht also formal auf einer Art *vorkonstitutioneller Basis*, die inhaltlich von derart eigenständigen theoretischen Diskursen getragen wird, dass die gegenwärtige Staatsrechtslehre kein Interesse daran hat, dieses *gewachsene theoretische Fundament* des Strafrechts in das Staatsrecht zu integrieren.

¹³ In seiner Schrift: „Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?“, Gärditz, Staat, 2015 , 9.

¹⁴ Gärditz, Staat, 2015 , 10.

Die Staatstheorie müsste dazu die deutsche *Straftheorie* auf- und einarbeiten. Das bliebe auch nicht ohne Folgen. Die Staatslehre würde sich damit zugleich der Straftheorie annähern müssen und würde das staatliche Strafen als ständigen *Sonderfall* für einen rechtsstaatlichen Grundrechtseingriff mit sich schleppen. Die Straftheorie wiederum würde Gefahr laufen, ihre dogmatische (Teil-) Freiheit zu verlieren und eine Unterform eines etwas veränderten Staats- (und Verwaltungs-) Rechts zu werden. Im *Naturrecht* aber waren Strafadeen und Staatslehre noch eng verbunden, wie im dritten, dem „Fundamentalen Teil“ auszuführen sein wird.

Ansonsten bietet die Rechtsstaatsidee, Art 20 III GG, eine gemeinsame Brücke zwischen dem Straf- und dem Staatsrecht – und ihren Fachwissenschaften. Der vorkonstitutionelle strafrechtliche Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“, § 1 StGB, früher § 2 StGB, und Art 103 II GG, belegt diesen geistigen Verbund eindrucksvoll.

Zwei Staatsrechtler, die sich mit den *verfassungsrechtlichen Grenzen* des Strafrechts beschäftigen, stellen übrigens konsequenterweise vorrangig auf den Schutz der „Autorität der rechtlichen Vorgaben“ (*Appel*) ab oder sie sehen, wie mit Bezug auf *Appel*, *Nettesheim* die Aufgabe des Strafrechts im „Schutz des Geltungsanspruchs der Rechtsordnung“¹⁵ – eine Ansicht, die auch das Strafrecht mitdiskutiert.

Wie so häufig bietet es sich an, zunächst eine praktische Mitte zu finden. Aus der Sicht des Strafrechts sind zumindest die Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* aufzugreifen und einzupassen. Umgekehrt verweist das *Bundesverfassungsgericht* seinerseits auf die vorherrschende strafrechtswissenschaftliche Vereinigungstheorie.

Wer von seinem Denkansatz her das Gewicht auf den *Staat* legt, für den liegt es nahe, den Schutz *staatlicher Strukturen* betonen. Doch auch grundsätzlich gilt, alle Antworten sind eingefärbt. Es wird sich zeigen, die Wahl einer *ethischen*, einer *soziologischen*, einer *biologischen*, einer *kulturellen* (oder auch einer

¹⁵ Unter dem Titel: „Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens“, *Appel*, *Verfassung*, 1998, 464; *Nettesheim*, *Verfassungsrecht*, 2018, 30, siehe auch 28 f.

psychologischen oder wirtschaftlichen) Grundposition gibt die Antwort nach Sinn und Zweck des Strafens nahezu zwingend vor. Nötig ist also ein *Verbund* von verschiedenen Fachwissenschaften. Das Strafen ist auch deshalb am besten vom Strafen aus zu betrachten.

2. *Bundesrechtliche Aufgabenteilung.* Kern und Umfeld des staatlichen Strafrechts sind auch ansonsten zu trennen.

So heißt es staatskritisch: „Das moderne staatliche Strafrecht ist im Gegensatz zu früher kein Täter-Opfer-Strafrecht mehr, es hat das Opfer „neutralisiert“.“¹⁶. Das betrifft aber nicht das gesamte Recht und nur noch im Groben das *staatliche Strafrecht*, das vor allem dem Bürgerrechtsschutz vor staatlichen Machtmissbrauch dient. So helfen dem Opfer im deutschen Strafrecht inzwischen auch die Nebenklage, Opferanwälte und der Täter-Opfer-Ausgleich, diese Grundentscheidung abzuschwächen.¹⁷

Daneben stehen aber ohnehin (a) das *zivile Deliktsrecht*, (b) das *solidarische Sozialrecht*, mit der Sozialhilfe für Notfälle und mit einem (ausbaufähigen) Opferentschädigungsgesetz, und (c) auch die *privaten Versicherungen*, einschließlich der Krankenversicherung und der eigenen oder auch familiären Sparrücklagen. (d) Hinzu tritt das *Polizei- und Ordnungsrecht* zur Abwehr unmittelbarer Gefahren, einschließlich der Unterbringung in psychiatrische Krankenhäuser nach Landesrecht.

3. Den einfachen *Bußcharakter* hat der Gesetzgeber zudem aus dem Kernstrafrecht in das Ordnungswidrigkeitenrecht verbannt. Dennoch ist er eng an das Strafrecht angelehnt.

So lautet § 1 OWiG: „*Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt.*“

¹⁶ Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 10 ff.

¹⁷ „Wieviel Opferschutz verträgt das Strafverfahren?“, Kett-Straub, Opferschutz, ZIS 2017, 341 ff. , 345 (Im Hinblick auf den staatlichen Strafanspruch gibt sie den danach folgerichtigen und vorherrschenden Leitgedanken mit den Worten wieder: "Strafrechtspflege sollte selbstverständlich opferfreundlich, aber eben nicht opferorientiert sein.").

Auch handelt es sich mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts* um „eine Sanktion“, mit der „*lediglich eine nachdrückliche Pflichtenmahnung bezweckt wird, der die Eingriffsintensität der staatlichen Strafe fehlt*“.¹⁸

Vereinfacht handelt es sich also um eine *milde Form der Strafe im weiten Sinne*, für die grundsätzlich aber rechtstaatliche Regelungen entsprechend gelten, etwa auch das Gebot: Keine Strafe ohne Gesetz, gem. § 3 OWiG.

Geldbußen vermögen auch zur Einstellung des Strafverfahrens zu führen, § 153a StPO.

Nur Taten, die -auch- mit Freiheitstrafe bedroht sind, bilden den Gegenstand von Schuldspruch und Strafausspruch. Dass die übergroße Mehrheit der Strafen eigentlich auf *Geldstrafe* lauten, ändert daran nichts. Der *sittliche Makel* rückt in den Vordergrund und der Vorwurf eines erheblichen Rechtsbruchs. Kurz, der Schuldspruch ist -auch auf diese Weise- zu einem wesentlichen *Teil der Strafe* geworden.

Der Zusammenhang von Strafe und *Buße* hat sich -auch damit- für die leichte und mittelschwere Kriminalität etwas gelöst. Die Bußen sind von geringerer Art und meinen vor allem Geldbußen.

Auch ist diese Art der *Ausgliederung* von Sanktionen aus dem *Kernstrafrecht* sinnvoll und sie erweist sich als günstiger für die Betroffenen. Aber auch diese Abspaltung verstärkt wieder die Idee des *Schuldstrafrechts*.

Dasselbe gilt für das Jugendstrafrecht, das je nach Reifegrad und Tatcharakter auch auf Heranwachsende bis 21 Jahre Anwendung finden kann, Art, 105 JGG.

§ 2 I JGG erklärt als „Ziel des Jugendstrafrechts“:

„Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten.“

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 02. Juli 2003 - 2 BvR 273/03; vgl. auch. BVerfG 45, 272 <288 f.

Das Jugendstrafrecht ist also mit einem gesonderten *gesetzlichen Ziel*, den Täter zu erziehen, ausgestattet, im Gegensatz zum Kernstrafrecht des Strafgesetzbuchs.

4. *Strafe im Sinne der Straftheorie*. Auch das, was in der Straftheorie jeweils mit „Strafe“ gemeint ist, erscheint zumindest auf den zweiten Blick von Standpunkten abhängig.

Als eigentliche Strafe gilt uns nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die *vollstreckte* Sanktion, die die Exekutive vornimmt. Sie geschieht aufgrund (oder „wegen“) des *Strafurteils* des Gerichts, also einem kommunikativen Einzelakt der Judikative. Das Urteil beruht auf dem allgemeinen *Strafgesetz* der Legislativen. Dem Strafgesetz wiederum liegt eine Ratio, die *Strafidee*, zugrunde. Mit ihr beschäftigt sich die Straftheorie zwar auch. Sie hat aber zudem sämtliche Folgestufen im Blick und betrachtet in teleologischer Weise auch deren jeweiligen Konsequenzen. Die Abstraktionskette lautet also:

- Strafvollzug,
- Strafurteil,
- Strafgesetz und
- Strafidee.

Jedes dieser vier Sichtweisen auf die Strafe ist mit einer eigenen Position verbunden und beinhaltet ein gesondertes soziales Rollenverständnis, die jeweils in Wechselwirkung mit den anderen stehen. So entfaltet etwa der Vollzug seine eigene Sicht auf die Strafe und verbindet mit ihr eine Vollzugsethik. Die „Strafidee“ nährt sich einerseits aus allen Blickwinkeln und bündelt deren Ethiken, aber sie verfügt mit der *straftheoretischen* Sicht zugleich auch über einen gesonderten alles überwölbenden Ansatz, der mit der deutschen Sichtweise dennoch schon eingeeignet ist.

5. Fazit. Das *staatliche Strafrecht für Erwachsene* bildet also nur *einen Teil* in einem hochkomplexen gesamten Rechts- und Schutzsystem. Es geht also zunächst, und später auch immer wieder, einmal darum, wenigstens „Sinn und Zweck“ eines *hoheitlichen Kernstrafrechts* aufzuzeigen.

Die vier Strafbegriffe (Strafvollzug, Strafurteil, Strafgesetz, Strafdie) lassen ebenfalls bereits erkennen, dass sie mit verschiedenen *Sichtweisen* auf das Strafen verbunden sind. Es wird helfen, sich dessen bewusst zu bleiben.

Aber es wird auch nötig sein, sie zu vereinigen, denn, und das erscheint als das *deutsche Credo*: Wir leben in einem Staatswesen, das nunmehr ausdrücklich beides, sowohl die Menschenwürde des Einzelnen als auch die Idee des demokratischen und sozialen Bundes- und Rechtsstaates für höchste Werte und Zwecke hält (Art. 1, Art. 20 I, III, 79 III GG).

III. Bundesverfassungsgericht: eine Frage der Kultur, der Willensfreiheit, der Tradition („althergebrachte Strafen“); Lebens- als Menschenwürdeschutz

1. *Halbeigenständige Strafrechtstheorie*. Die enge Beziehung zum auf den ersten Blick jedenfalls höherrangigen Verfassungsrecht, vor allem zu den Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* führt zwar zur Grundsatzfrage: Muss sich die Strafrechtstheorie nicht inzwischen doch dem Verfassungsrecht unterwerfen? Oder anders gefragt: Gibt es also heute immer noch Platz für eine wenigstens *halbeigenständige Strafrechtstheorie*? Dogmatisch fehlen zwar herrschende Meinungen dazu vonseiten der Staatslehre, aber es gibt etliche einschlägige Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts*.

So färbt das *Bundesverfassungsgericht* einerseits das heutige Verständnis des Strafens mit seiner Bindung an das Grundgesetz von 1949 verfassungsrechtlich in erheblichem Maße ein. Das gilt vor allem für den *Doppelkern des Grundgesetzes*, den die Verfassungsgeber in Art. 1 und 20, 79 III GG niedergelegt haben.

Andererseits verbietet es sich das *Bundesverfassungsgericht* selbst, eine *eigene Strafrechtstheorie* zu entwickeln.

Es erklärt vielmehr:

„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.

Es fügt zudem an:

„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.“¹⁹

Das *Strafrecht* gibt also einerseits den jeweiligen Konsens vor. Ihn greift dann das Verfassungsgericht auf, muss ihn allerdings auch mit dem Grundgesetz vereinbaren können.

Andererseits formt auch das Strafrecht und ihre Wissenschaft nicht völlig autark und autonom ihren Gegenstand. So wird auch sie nicht umhinkönnen, *verfassungsgerichtliche Feststellungen* und Blickwinkel mit einfließen zu lassen. Das gilt auch für das vorherrschende Verständnis von der an sich recht vagen Vereinigungstheorie.

Auch ordnet das *Bundesverfassungsgerichts* die Straftheorien auf seine kluge Weise. So beschreibt das Gericht 1977 in derselben berühmten Entscheidung, die im Übrigen die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit Blick auf die *Unantastbarkeit der Menschenwürde*²⁰ (Art. 1 I GG) einengt, auf ihre Weise und wirkungsmächtig den gegenwärtigen Konsens. Gutachter wie *Jescheck* haben daran mitgewirkt. Das Bundesverfassungsgericht beginnt mit dem Blick auf das „geltende Strafrecht und die Rechtsprechung“:

¹⁹ BVerfG 21. 6. 1977 45, 187 ff., 253 f. (Absätze nicht im Original). Es verweist dazu auf die Gesetzesgeschichte und auf nur auf zwei Stimmen aus der Strafrechtspraxis: („vgl. *BT Drucks V/4094, S. 4f*; *Dreher, StGB, 36. Aufl. 1976, Anm. 3 und 4 zu § 46 StGB*; *Lackner, § 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?*, in: *Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin-New York, 1973, S. 117, 121, 136.*). Den Kommentar von Dreher hat später *Fischer* übernommen.

²⁰ Dazu aus rechtsphilosophischer Sicht *Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016, 1. Kap.* („Westliche Subjekt, Personen-, Bürger- und Würde-Idee“, 10 – 65); 4. Kap. III („Unantastbarkeit und Lebensbezug: zur Unmöglichkeit der Todesstrafe“, 145 ff.).

„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.“

So heißt es weiter:

„Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen.“

Demgemäß hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen „einzelnen Strafzwecke“ anerkannt. Außerdem fährt das Gericht mit einer Art von *Sammeltheorie* fort, die eine Art von Laiensicht auf den Wortsinn beinhaltet:

„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 (BVerfGE 32,98 [109]; 28, 264 [278])“.

Maßgeblich ist also nicht nur die Theorie, sondern auch die Praxis und der Versuch, *„sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen“*.

2. Diese bloße eher alltagssprachliche Sammlung von Gründen ließe sich mit *Murmann* auch als „*additive Vereinigungstheorie*“ bezeichnen.²¹ Ihre Hauptaufgabe besteht darin, alle gängigen Begründungen zu bündeln. Es handelt sich auch um eine *Grundlegung*. Die additive Verneinungstheorie signalisiert zudem schon einmal die Breite der Antworten und die Offenheit, mit den guten Gründen umzugehen. Die Erkenntnis der *Komplexität* steht also am Anfang. Dann aber erfolgt die (strafrechts-) wissenschaftliche Analyse: Als die konstitutiven *Hauptelemente* der Vereinigungstheorie umreißt das *Bundesverfassungsgericht* dann dennoch die drei nachfolgenden:

²¹ Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 40.

- die Generalprävention mit dem Adressaten der *Allgemeinheit*,
- die Individualprävention, die den *Täter* betrifft
- sowie Sühne und Schuldausgleich, die vor allem die Idee der *Gerechtigkeit* aufgreifen.

Herkömmlicherweise heißen solche Begründungsmuster insgesamt oder auch ihre konkreten Ausprägungen, *Theorien*. Und als bunte Synthese nennen wir sie dann etwa hilflos „Vereinigungstheorie“. Schon auf den ersten Blick handelt es sich jedoch um drei recht *verschiedene* Begründungsstränge.

Das *Bundesverfassungsgericht* zeigt sich außerdem als noch europäisch und methodisch offen und lenkt seinen Blick über die Vereinigungstheorie hinaus. So erklärt es im Jahre 1977 den Gestaltungsrahmen des *Gesetzgebers*.

„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.“

In der *Lissabon- Entscheidung* erläutert das *Bundesverfassungsgericht* im selben Sinne im Jahre 2009 die kulturelle Seite des Strafrechts:

„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 (vgl. dazu Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 1993, S. 774 <785>).“²²

In seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl (2015) betont es dann später auch in Abgrenzung zu anderen Staaten der Europäischen Union:

„Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz (...) Dieser den gesamten Bereich staatlichen Strafens beherrschende Grundsatz ist in der Garantie der

²² Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 253.

Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen sowie im Rechtsstaatsprinzip verankert (...).

Dabei betont die Herleitung aus der „Verfassungsidentität“ das außerordentliche Gewicht, das das *Bundesverfassungsgericht* dem Schuldprinzip zuerkennt:

„Mit seiner Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gehört der Schuldgrundsatz zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist (...). Er muss daher auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils gewahrt werden.“²³

In diesem Sinn ist also von einer *deutschen Strafrechtskultur* zu sprechen.

3. Das Schwergewicht legt das *Bundesverfassungsgericht* inzwischen auf das *Schuldprinzip* und es positioniert sich mit fast *dogmatischen Bekenntnissen*:²⁴

„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>).

Zugleich ist etwas nach zu justieren:

Im Mittelpunkt steht zwar die Frage nach dem „Sinn und Zweck des Strafens. Dabei sind aber vor allem die *schwersten Sanktionen* in den Blick zu nehmen, in erster Linie die zu vollstreckende längere Freiheitsstrafe für die schweren Gewaltdelikte. Für die anderen Delikte wie Diebstahl oder Betrug sind somit deren fast nur fiktive Höchstfreiheitsstrafen zu rechtfertigen, die jeder

²³ Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55 mit etlichen Selbstzitatzen, die eine ständige einheitliche Rechtsprechung anzeigen (sollen). Zudem: Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 364. Siehe dazu auch Wischmeyer, Identität, AöR 2015, 415 ff. („Nationale Identität und Verfassungsidentität. Perspektiven, Schutzgehalte, Instrumente“), sowie den Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Voßkuhle, Verfassung, 2016 (mit der Betonung der Idee der *Mitte*, des *Ausgleichs* und der *praktischen Konkordanz*).

²⁴ Für eine -aus Gründen der Logik- naheliegende Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe plädieren: Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff. .

Straftatbestand vorsieht. Die real häufigen Geld- und Bewährungsstrafen treten dahinter ebenso zurück wie sich die jahrzehntelange mildere Strafrechtspraxis für die Normalfälle und die Ersttäter vor allem an den Untergrenzen der Strafraumen orientiert.

Den Nukleus der Gewaltdelikte wiederum bildet der Mord mit der sogenannten lebenslangen, zumindest fünfzehnjährigen Freiheitsstrafe in den deutschen Strafvollzugssystemen.²⁵ Das ist zwar auch der Ausgangsfrage nach der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe geschuldet, aber die Gründe des *Bundesverfassungsgerichts* zeigen, dass es sich nicht lediglich um Sonderbegründungen für die Höchststrafe handelt.

4. „*Althergebrachte Strafen*“. Das Grundgesetz bildet zwar einen geistigen Überbau, aber das Strafen als solches ist von vorkonstitutioneller Art. So gilt für das Freiheitsgrundrecht auch nicht die *Wesensgehaltsgarantie*:

„*Schließlich steht auch Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie insbesondere des Grundrechts auf Freiheit der Person) der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht entgegen. ...Die lebenslange Freiheitsstrafe gehörte zu den althergebrachten Strafen, die der Grundgesetzgeber vorfand.*“²⁶

Damit steht also nicht nur die lebenslange Freiheitsstrafe, sondern mittelbar auch das gesamte Strafrecht jedenfalls nicht unterhalb des Verfassungsrechts, sondern in seltsamer Weise *neben ihm*.²⁷ Auch das Strafgesetzbuch als solches

²⁵

²⁶ BVerfG 45, 187 ff. (Urteil vom 21. Juni 1977 · Az. 1 BvL 14/76 (Lebenslange Freiheitsstrafe), Abs. Nr. 267 lautet insgesamt, aber ohne Hervorhebungen: „Schließlich steht auch Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie insbesondere des Grundrechts auf Freiheit der Person) der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht entgegen. Dabei kommt es nicht darauf an, was unter "Antasten des Wesensgehalts" eines Grundrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG zu verstehen ist (vgl. BVerfG 2, 266 (285); 22, 180 (219f); 27, 344 (350ff)). Vielmehr ist hier folgende Überlegung ausschlaggebend: Der Parlamentarische Rat war sich bei seinen Beratungen über die strafrechtlichen Beschränkungen der persönlichen Freiheit im Klaren. Die lebenslange Freiheitsstrafe gehörte zu den *althergebrachten Strafen*, die der Grundgesetzgeber vorfand. Sie rückte nach der *Abschaffung der Todesstrafe* (Art. 102 GG) an die Spitze des Strafenkatalogs. Weder aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 (vgl. JöR N.F. Bd 1, S. 63ff) in Verbindung mit Art. 102 GG (a.a.O., S. 739ff) und Art. 104 GG (a.a.O., S. 745ff) noch aus der des Art. 19 Abs. 2 GG (vgl. a.a.O., S. 176ff) ergibt sich der geringste Anhaltspunkt dafür, daß diese überlieferte Strafe in Frage gestellt werden sollte“.

²⁷ Zur Diskussion des „staatlichen Strafanspruchs“ als *vorkonstitutionelles Recht* siehe Feltes, Strafanspruch, 2007, Teil 9. 1 ff; er wendet sich gegen die Ableitung aus dem Rechtsstaatprinzip, „für sich allein“ es sage es nichts zum Mittel der Strafe, Teil 9. 8.; zur Ableitung aus der

hat der Grundgesetzgeber vorgefunden. Er kann es abändern, wenn sich ein anderer politischer Konsens ergibt. Er ist aber nicht dazu gezwungen, die Wesensgehaltsgarantie für das Grundrecht der Freiheit zu durchdenken. Auch verbietet die Menschenwürde-Idee offenbar nicht das Strafen überhaupt. Sie gebietet nur, die Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden, von Rechtswegen vorzusehen und sie regiert nur, aber immerhin die humane Art und Weise des Strafvollzuges.

Außerdem bedeutet diese Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*, dass es der *Tradition* des deutschen Strafrechts eine besondere Bedeutung beimisst. Ferner rückt das Gericht zu Recht den „Strafen-Katalog“, in der Ursprungsform noch die Todesstrafe, in die erste Position. Die Strafen lassen sich zumindest *auch* gut von der Höchststrafe her erklären. Zu rechtfertigen sind also vor allem die langfristigen Freiheitsstrafen.

5. *Lebensschutz als Menschenwürdeschutz*. Wie weit reicht der Schutz der Menschenwürde, betrifft er nur die Demütigungen oder auch das Rechtsgut Leben?

Die einfachste Deutung des *Menschseins* besteht darin, die menschliche Existenz mit dem „menschlichen Leben“ zu verbinden. So gilt -mit dem deutschen *Bundesverfassungsgericht*- bis auf weiteres der Satz:

*„Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert.“*²⁸

So gehört der Grundwert des *Lebens* nicht allein zur Freiheit, wie es Art. 2 II GG nahelegen mag, sondern unmittelbar zur Menschenwürdeidee. Diese Zuordnung entspricht auch der *Europäischen Grundrechtecharta von 2009*, die das Leben, und im Übrigen auch das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, bereits unter dem ersten Abschnitt „Menschenwürde“ und vor

allgemeinen Schutzpflicht nach Art. 2 I GG, Teil 9. 9., dort auch zur Erweiterung auf die überindividuellen Rechtsgüter. Hier aber ist zunächst einmal von der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe auszugehen, die unter anderem ausdrücklich nicht nach der Beeinträchtigung des Wesensgehaltes des Art 2 GG fragen will und offenbar von einem zumindest *auch* vorkonstitutionellen Charakter des Strafrechts ausgeht, so wie es Feltes es für seine Sonderfrage nach dem staatlichen Strafanspruch zunächst auch diskutiert, dann aber abgelehnt hat.

²⁸ BVerfG, 1 BvR 357/05, Luftsicherheitsgesetz, BVerfGE 115, 118 (152)

dem zweiten Abschnitt „Freiheiten“ aufführt. Die Freiheit wiederum ist überdies gedanklich eng und, wie schon in Art. 3 EMRK und Art. 6 Grundrechtecharta, mit dem „Recht auf Sicherheit“ verbunden.²⁹

6. *Fazit.* Aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*, dem hier insoweit zu folgen ist, handelt es sich also bei der Straftheorie um eine Frage der Kultur der Willensfreiheit und auch der Tradition (der „althergebrachte Strafen“).

Die Straftheorie der Strafrechtswissenschaft ist als *halbselbständig* zu begreifen, und das Strafrecht kann sich als nachdrücklich aufgefordert sehen, die Strafadeen in der Diskussion zu halten.

Soweit die halbselbständige Straftheorie sich als unselbständig erweist, weil das *Bundesverfassungsgericht* das Strafen unter anderem an die Verfassungsidee der Menschenwürde zurückbindet, ist zu bedenken, dass dann auch das Rechtsgut *Leben* über diese erste Norm des Grundgesetzes mit erfasst sein soll. Damit werden die Reichweite und die strafrechtliche Bedeutung der Idee von der Unantastbarkeit der Menschenwürde erheblich *ausgedehnt*. Zudem zeigt sie sich über den Lebensschutz auch mit dem *Rechtsgütergedanken* verbunden.

IV. Zur langen Geschichte der Vereinigungstheorie

1. Mit den Worten von *Kindhäuser* heißt es in der Strafrechtslehre gern, dass die „für das Strafrecht grundlegende Frage, woher der Staat das Recht nimmt, seine Bürger – ggf. mit existenzbedrohenden Auswirkungen- zu bestrafen, wird seit Jahrhunderten im Grundsatz wie im Detail unterschiedlich beantwortet.“³⁰

²⁹ Grundrechtecharta: KAPITEL I WÜRDE DES MENSCHEN, Artikel 1, Würde des Menschen. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen. Artikel 2. Recht auf Leben. (1) Jede Person hat das Recht auf Leben. (2) Niemand darf zur Todesstrafe verurteilt oder hingerichtet werden. Artikel 3, Recht auf Unversehrtheit. Jede Person hat das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit. ...Artikel 4 Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung. Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.“...KAPITEL II FREIHEITEN Artikel 6 Recht auf Freiheit und Sicherheit. Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit.“

³⁰ Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, § 2 Rn 8, siehe auch Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 263 ff.

Dieser Satz stimmt zwar und zeigt das große Dilemma der Straftheorie, dass es *keine ganz eindeutige* Antwort auf Sinn und Zweck des Strafens bieten kann. Aber andererseits wiederholen sich die *diskutierten* Antworten, also solche, die zumindest erwogen werden, in beeindruckendem Maße. Auch wer eine bestimmte Sichtweise ablehnt, respektiert diese anderen zumindest. Auf dieser höheren Ebene *des Vertretbaren* zeigt sich zudem, dass unsere geistigen Ahnherren ebenso wie wir heute noch vor allem mit den *Elementen der Vereinigungstheorie* arbeiteten.

2. *Antike*. Bereits die griechische Aufklärung der Stadtstaaten des 5. vorchristlichen Jahrhunderts hat gefragt, ob die Strafe dem Täter ohne Rücksicht auf die Folgen auferlegt werden soll oder ob sie nicht vielmehr andere abzuschrecken und so die Gemeinschaft zu bessern habe.³¹ So lehnt der griechische Philosoph *Platon* (428/427 v. Chr. — 348/347 v. Chr.) die Strafe aus Gründen der Rache ab und erklärt, sie hätte der -generalpräventiven- Abschreckung anderer und der -individualpräventiven- Besserung der besserungsfähigen Straftäter zu dienen.

Doch auch wenn *Platon* die *Rache* als unvernünftig betrachtet, so *erwägt* er sie immerhin und er spricht an anderer Stelle von der *Gerechtigkeit* als das – nachträgliche– Gerade-Richten an.

Aus historischer Sicht dürften die in seiner Zeit die Rache übenden (kriegerischen) Personen ihre Art von zugleich hoch *emotionaler Selbstjustiz* zugrunde legen, also Gerechtigkeit nach altem Rechte zu üben. Grundsätzlich bleibt aber zu fragen, inwieweit nicht die hoheitliche Strafe in den damaligen Stadtstaaten die private Rache zwischen den Familienverbänden ablöste, indem sie unter anderem das Rachebedürfnis kanalisierte und die Stadtgesellschaft zugleich auf diese Weise ihr Gewaltmonopol nach innen sicherte. Rache musste der Stadtbürger also ablehnen, die Gerechtigkeit konnte er aber einfordern.

Für den Stadtstaat Rom hat, wie schon *Platon*, auch *Seneca* (etwa 1 bis 65) die Vergeltung abgelehnt, also ein „*punitur, quia peccatur*“ (Es wird bestraft, weil gesündigt worden ist). Er hat wohl nicht ohne Anlass gefordert, den Strafzweck

³¹ So in einem angeblichen Gespräch zwischen Anaxagoras und Perikles, an das Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011, § 1 Rn 5, u. Hinw. auf Murray, Euripides, 1913, 27, erinnert.

in den Vordergrund zu rücken, „*punitur, ne peccetur*“ (damit nicht gesündigt wird).³² Den verfassungsähnlichen Rechtsrahmen aber bilden die römischen Bürger- und Prozessrechte.

3. *Hochmittelalter*. Das Wort „Strafe“ selbst erscheint offenbar recht unvermittelt etwa erst um 1200³³ 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 beinhalten.³⁴

Für eine solche Strafe sei, so erläutert *Hattenhauer*, grundsätzlich die persönliche Vorwerfbarkeit des *Sünders* zu fordern. Denn aufgrund seiner Begabung mit der Vernunft sei er *im Willen* frei. Dabei schließe eine durch Furcht hervorgerufenen Handlung dessen freien Willen nicht aus (*voluntarium mixtum*). Aber bei den anderen beiden Arten der Strafe könnten Menschen auch für fremde Schuld (!) bestraft werden.³⁵ Die *poena medicinalis*, die kein Übel sei, sondern wirke wie ein bitterer Trank, die medizinische Strafe könne die Sünde heilen, aber auch -individualpräventiv- vor einer neuen bewahren oder auch -generalpräventiv- andere von ähnlichem Tun abhalten, sowie -ebenfalls generalpräventiv- auch sonst ein Gutes bewirken.³⁶

Auch könne die medizinische Art der Strafe der Bestrafung des eigenen Sohnes für den Vater oder einen Untergebenen, „gleichsam als dessen Eigentum“³⁷

³² Seneca (4 vor Chr. bis 65 nach Chr.), Über den Zorn, Seneca, *De ira*, 1999, I 19 7.

³³ 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“.).

³⁴ Hattenhauer, *Rechtsgeschichte*, 2004, 17; auch: Hattenhauer, *Buße*, 1983, 53; ebenso schon: His, *Strafrecht*, 1920/1964, 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.

³⁵ Aquin (eigentlich Thomas), *Summa theologica*, 1273/1953, 1953, Buch I 2, q. 87, a. 8; vgl. auch. a. 6 und a. 7 sowie Buch II, q. 198, a. 4. Dazu ausführlich Maihold, *Sündenstrafe*, 2008, 153 ff.

³⁶ Aquin, *Summa theologica*, 1273/1953, 1953, Buch II, q. 198, a. 4, mit Bezug auf andere: a. 8, Maihold, *Sündenstrafe*, 2008, 160 f.

³⁷ Dazu: Maihold, *Sündenstrafe*, 2008, 161.

beinhalten und so ein Gutes bewirken. Eingewirkt wird in diesen Fällen auf den Familienverband und dies erhält dann das gesamte Verbundsystem von Familien. Das Gute entspricht dabei dem Begriff vom „Wohl“, den wir auch als „Gemeinwohl“ kennen und der ebenfalls das Bild von der Gesundheit mit assoziiert.

Die die Selbstjustiz abwendende Wiedergutmachung über Bußleistungen stellt zwar „an sich“ eine Strafe dar, sie geschieht aber einerseits konkret freiwillig, sodass ihr insofern das Wesen einer Strafe fehlt. Sie enthält aber wegen der Drohung mit Blutrache auch Elemente der Unfreiwilligkeit. Sie dient zudem der *Genugtuung* auf der Opferseite.

Die Wiedergutmachung fand vorrangig zwischen Sippen statt und wendete dort die Rache ab. So konnten die Familienverbände (Sippen) im Mittelalter auch gesamte Sühneverträge³⁸ aushandeln, wobei sie sich anstelle eines hoheitlichen Richters einer Art Mediators bedienten. Aber die Rechtspersonen waren die Sippen und Untersippen, nicht die Einzelnen; sie agierten auf diese Weise untereinander und gleichsam völkerrechtlich.

4. *Spätmittelalter*. Die *Constitutio Criminalis Carolina* Kaiser Karls des V. (die peinliche Halsgerichtsordnung, *Pein*, von *poena* als Schmerz) von 1532³⁹, kennzeichnet für das *Recht* den Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. In Art. 104 greift sie alle drei Forderungen der Vereinigungstheorie zur Begründung des Strafens auf. Zu strafen sei

- „nach gelegenheyt und Regengüsse der Übeltat,
- aus lieb der Gerechtigkeits-
- und um des gemeinen nutz Willen“⁴⁰.

Strafen waren damals allerdings vor allem die *Körper- und Todesstrafen*. Haft gab es zumeist nur als unbestimmt lange Untersuchungshaft. Denn ohne Freiheit

³⁸ Zu Sühneverträgen in der germanischen Zeit: Radbruch/Gewinner, *Geschichte*, 1991, 18. Willoweit, *Rache*, 2007, 37 ff. , 41 ff. geht für den Übergang in die Neuzeit von einer Gemengelage von „Rache und Strafe“, „Sühne und Kirchenbuße“ aus.

³⁹ Vgl. den historischen Überblick bei Regge, *Kriminalstrafe*, 1989, 2 ff.

⁴⁰ Dazu: Schroeder, *Carolina*, 1986, 326, meint dies sei bislang unübertroffen formuliert; zustimmend: Regge, *Kriminalstrafe*, 1989, 227 ff., 330 f.; siehe auch Günther, L., *Wiedervergeltung*, 1966, 286; mit entsprechenden Erwägungen Schmidhäuser, *Sinn*, 1971, 18 f., Schreiber, *Strafkonzeptionen*, *ZStW* 1982, 279 ff.

ist auch die Freiheitsstrafe nicht denkbar. Festungshaft gab es für Adelige, erste Zuchthäuser später für die Stadtbürger.

5. *Frühe Neuzeit*. Die *Renaissance* (die Wiedergeburt der Antike und Rückbesinnung auf den einzelnen Menschen) beginnt aus Sicht des Rechts im Verein mit der frühmodernen Staatenwerdung und dem Naturrecht. Die *Aufklärung* bereitet dann den geistesgeschichtlichen Boden⁴¹ für die Freiheitsstrafe. Die staatliche Strafe erforderte wiederum den *Staat*, etwa nach dem Model des Gesellschaftsvertrages, den die Freien als Bürger miteinander schließen. Die Freiheitsstrafe als staatliche Strafe geht dann mit den Ansätzen zu einem freiheitlich verfassten *Rechtsstaat* einher.

Als Modellfall der *gerechten* Gewaltanwendung beschreibt der niederländische Naturrechtler *Grotius* im 17. Jahrhundert das Strafrecht. 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.⁴²

Grotius betont dazu *die Klugheit, die Strafe zur Heilung einzusetzen*, und verweist auf den römischen Philosophen *Seneca* (4. v. Chr. — 65 n. Chr.)⁴³, der sich auf *Platon*⁴⁴ bezieht. Diese Art der Strafe sei ein Diktat der Vernunft. Auf diese Weise spricht *Grotius* dennoch alle drei großen Begründungsstränge für das vernünftige Strafen an.

In Art. 4 der revolutionären französischen allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt es dann etwa, Freiheit bedeute, alles tun zu können, was „*einem anderen nicht schadet*“⁴⁵. Damit erhält der Bürger die

⁴¹ Küpper, Strafen, 2003, 53 ff., 54. Zur Aufklärung und Strafrecht siehe den vorzüglichen kurzen geistesgeschichtlichen Überblick bei Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, § 10, VI.

⁴² Grotius, De Jure, 1631/1950, Cap. XX, § 1, 1: „Malum passionis propter malum actionis“, siehe zudem: § 4, 1. Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe: Simson, Grotius, 1985, 651 ff. sowie insbesondere: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 69, Ferner: Jakobs, Strafe, 2004, 5 ff.

⁴³ Seneca, De ira, 1999 (Über den Zorn, den § 213 StGB aufgreift) II, xxxii, 1 und De ira I, xvii, 7; dazu: Schmitz, Legitimität, 2001, 87.

⁴⁴ Platon, Protagoras (Eigler), 1990., 269 ff., 428 a bis e: Strafen als Heilen. Seinerseits aufgegriffen von Jakobs, Strafe, 2004, 5.

⁴⁵ Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789, in: Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975, 210.

Freiheit zusammen mit einem Schädigungsverbot (vgl. auch Art. 2 I GG). Erst hernach konnte ihm diese dann und deshalb mit der Freiheitstrafe entzogen werden, und zwar vereinfacht: *weil* er als Freier geschädigt hat und *damit* er und auch andere Freie künftig nicht mehr Freie in ihren Freiheitsrechten schädigen.

6. *Erstes Fazit.* Schon seit der Antike werden die drei Elemente der Vereinigungstheorie diskutiert, und zwar dann, wenn man auf die Vernunft abstellt, also nach guten Gründen sucht und sich nicht allein mit göttlichen Vorgaben, vor allem denen der Bibel, zufriedengibt.

Doch auch dort finden wir Ähnliches. Das Alte Testament bietet die Ethik und auch das Gesetz der *Zehn Gebote* sowie es kennt die Drohung mit dem jüngsten Gericht, und bietet die Lockungen des Paradieses. Die Ideen von metaphysischer Schuld und Sühnepflichten beherrschen vor allem die mittelalterliche Kirche. Sie kennt aber auch die unantastbare Seele, die eine Grundlage für die Menschenwürde (Art. 1 I GG) bildet. Das Neue Testament fordert zudem die Nächstenliebe ein und kennt die Barmherzigkeit des guten Samariters. Dies sind Gedanken, die sich in den Menschenrechten (Art. 1 II GG) fortsetzen.

Wer im heutigen Strafrecht von „Schuld und Sühne“ spricht⁴⁶, argumentiert immer noch auf dem metaphysischen Boden des Geistig-Sittlichen.⁴⁷ Jeder Mensch ist danach zunächst einmal sich selbst gegenüber verantwortlich; denn er gilt uns als „autonom“ (sich selbst Gesetz gebend) und er vermag sich selbst zu beherrschen. Deshalb ist ihm auch das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit einzuräumen (Art. 2 II GG). Der Autonome verfügt über ein „Selbst“, an das er sich zurückbindet.

Insofern kann man auch von einer säkularen Zivilreligion oder mit *Kant* von einer Vernunftreligion sprechen. Sie tritt für das Diesseits an die Stelle der vor allem christlichen Religion oder liegt der Vernunft nach *Kant* sogar zugrunde.

⁴⁶ Dazu: Grommes, Sühnebegriff, 2006, („Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung,“), vgl etwa 41 ff.

⁴⁷ Dazu: Stübinger, Stellenwert, 2002, 187 ff. . („Der Stellenwert der Schuld im Rahmen der Geschichtsschreibung zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts.“) im Sammelband „Die Durchsetzung des öffentlichen Strafrechts“ - in „Alteuropa“.

„Die wahre, alleinige Religion enthält nichts als Gesetze, d. i. solche praktische Principien, deren unbedingter Nothwendigkeit wir uns bewußt werden können, die wir also als durch reine Vernunft (nicht empirisch) offenbart anerkennen.“⁴⁸

Zu den Gesetzen, also den praktischen Vernunftprinzipien, zählt auch die Gerechtigkeitsidee des *kategorischen Imperativs*.

Die *sozialen* Bewegungen und die *empirische* Sichtweise des 19. Jahrhunderts folgten nach und ergänzten diesen ohnehin schon ausdrücklich metaphysischen Ansatz. Metaphysik heißt jenseits der Physik und beruht auf dem sogenannten Dualismus, der strengen Trennung von Sollen und Sein, von Idee und Natur, von Subjekt und Objekt, von mind and body etc.

7. *Zweites Fazit*. Vernunft und Eigenverantwortung, Menschenwürde und Autonomie, Schuld und Sühne sind von metaphysischer Art und eng mit vor allem christlichen Ideen und Traditionen verwandt, die sich aber im Übrigen auch in den anderen beiden abrahamitischen Buchreligionen, der jüdischen und der islamischen, finden lassen.

V. Kurze Gesetzesgeschichte, Deutung des deutschen Strafrechtssystems als Rechtsidealismus, Wille des Gesetzgebers von 1969

1. Das Eigengewicht der „althergebrachten Strafen“ lenkt den Blick auf Herkunft und legt eine kurze Deutung des deutschen Strafrechtssystems nahe.

Herkunft. Das Strafrecht in der kodifizierten Form des Strafgesetzbuches von 1871 geht weitgehend das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 zurück. Dieses Gesetzeswerk beruht seinerseits auf dem von *Feuerbach* entworfenen Bayrischen Strafgesetzbuch von 1813, das im gleichen nachrevolutionären Geiste zusammen mit dem Französischen Strafgesetzbuch von 1810 entstand.

Zum Strafgesetzbuch von 1871 gehören das bürgerlich reformierte Strafverfahrensrecht von 1877 und das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 hinzu. Das Strafgesetzbuch von 1871 unterschied zwar noch zwischen Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft und Geldstrafe. Die

⁴⁸ Kant, Religion, 1793, AA, VI, 167 f.

Todesstrafe verbot erst das Grundgesetz von 1949. Aber im Kern ging es um den *Freiheitsentzug* und dieser setzt die bürgerlichen Freiheiten voraus!

Die *Einheitsfreiheitsstrafe* ist jung und erst in der Nachfolge der bundesdeutschen Verfassung entstanden. Zwar waren Zuchthaus- und Gefängnisstrafe faktisch weitgehend ineinander übergegangen, aber der bundesrepublikanische Gesetzgeber verabschiedete die Einheitsfreiheitstrafe erst 1969. Das Strafvollzugsgesetz von 1976 trennt allerdings deutlich zwischen dem offenen und dem geschlossenen Vollzug.⁴⁹

Ursprünglich regelte das Strafgesetzbuch zudem einspurig nur die Strafe. Es enthielt weder die Maßregeln der Besserung und Sicherung (bis 1933), die *Sicherungsverwahrung* war also in das System der Schuldstrafe eingebettet, noch kannte es die Aussetzung zur Bewährung (bis 1953). Heute aber trennen wir streng zwischen den beiden Spuren, dem Schuldstrafrecht und dem Maßregelrecht der §§ 61 ff. StGB. Wir deuten zum Teil die Sonderregelung der Strafaussetzung zur Bewährung gem. §§ 56 ff StGB, die sowohl Geldbußen als auch präventiven Weisungen zu Lebensführung erlaubt, als eine Art von verbindender *dritte Spur*.

2. *Deutung des Strafrechts aus der Herkunft*. Vereinfacht entwickelte sich um 1800 der deutsche Rechtidealismus. Er verbindet den metaphysischen Idealismus mit dem Recht, wozu er den Weg über die Aufklärung nimmt und sich für das Recht des Naturrechts des 17. Jahrhunderts bedient. Seinen ersten Höhepunkt erreicht er in der Philosophie *Kants* und der Rechtsidee von *Fichte*⁵⁰. Sie bieten das Gegenmodell zum *absoluten Staat* des 18. Jahrhunderts und nehmen den (semireligiösen) Gedanken des Absoluten gleichwohl selbst mit auf. Es gilt – zunächst neben dem realen aufgeklärten absolutistischen Staat – die Idee von der Vernunft Herrschaft des Rechts.

⁴⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 4 Rn 51 – 69; Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 4, I Rn 1 f.; ausführlich zu den Reformen, insbesondere § 4, V., Rn 15 ff.

⁵⁰ Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff., 52. Er erklärt die Idee des Rechts im Sinne des deutschen Idealismus: „Das deduzierte Verhältnis zwischen vernünftigen Wesen, das jede seiner Freiheiten durch den Begriff der Möglichkeit der Freiheit des anderen beschränkt, unter der Bedingung, dass der andere die seinigen gleichfalls durch die des ersteren beschränke, heißt das Rechtsverhältnis.“. Vgl. dazu Art. 2 GG. Siehe auch Renzikowski, Notstandslehre, 2012, 339 ff. („Fichtes Notstandslehre und ihre Rezeption in der deutschen Strafrechtswissenschaft“).

Auf diesen Rechtsidealismus gründet sich das deutsche Rechtsstaatsdenken. Es hat zunächst im vorkonstitutionellen Strafrecht und den sonstigen großen Gesetzeswerken seinen Niederschlag gefunden und dort den Schutz der Rechte der *Bürger* begründet. Danach hat es innerhalb der Weimarer Verfassung und vor allem auch durch das Grundgesetz als Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 79 III GG) seine besondere Verfestigung erfahren.

Insofern fand die wissenschaftliche Grundlegung der deutschen Straftheorie im 19. Jahrhundert statt, als sie noch ein etwas anderes, *strengeres* Strafrecht im Blick hatte.

Mildernde humane Elemente wie die Strafaussetzung zur Bewährung, die bedingte Entlassung nach zwei Dritteln oder den gelockerten Vollzug führt der Gesetzgeber erst 1953 ein. Er entnahm derartige Resozialisierungsangebote aus dem bereits individualpräventiven Jugendstrafrecht von 1923. Auch heute noch begreifen wir diese Regelungen eher als einen besonderen Teil des öffentlichen Rechts, im Sinne des humanen Vollzuges der Strafe, und weniger als Gegenstand der -vorrangigen- Frage nach der Begründung des Rechts zu strafen.

Die Kodifizierung des Strafrechts fand also *vor* der Einführung der Grundrechte statt und hat ihre Eigenständigkeit bis heute bewahrt. Ihr *Gesetzlichkeitsprinzip* „nullum crimen sine lege“, keine Strafe ohne Gesetz, besaß bereits den Verfassungscharakter eines Bürgerschutzrechts. Das Strafrechtswissenschaft pflegt mit der Strafrechtstheorie auch deshalb ihre eigenen Traditionen und Denkweisen. Auch deshalb hat sich die Straftheorie im Strafrecht *neben* und abseits von der heutigen Verfassung und ihrer Verfassungsethik entwickelt. Das *Bundesverfassungsgericht* hat diese Strafrechtsskultur aufgegriffen und mit dem Grundgesetz verbunden.

Jede *Unterart des Rechts* bildet ohnehin eine eigene Rechtssubkultur oder mit Worten aus der Rechtssoziologie ein halbautonomes „Subsystem“ aus. Umgekehrt prägen dann die Unterarten auch immer noch die Auslegung des Gesetzes und die Sicht auf das Gesamtsystem. So wird das deutsche Strafrecht vor allem vom idealen Strafgesetzbuch bestimmt und ihm dient das Strafprozessrecht (umgekehrt im pragmatischen angloamerikanischen Strafrecht). Der Vollzug, soweit er nicht im StGB inzwischen gleich mitgeregelt ist, tritt dahinter fast gänzlich zurück.

Die herkömmlichen Strafbegründungen, die dann für das *Bundesverfassungsgericht* 1977 in die *Vereinigungstheorie* einmündet, trennen gern zwischen den *absoluten* und den nichtabsoluten oder *relativen* Straftheorien. Die hier Feder führende Strafrechtswissenschaft vermengt sie dann doch in vielfältiger Weisen miteinander. Hierauf ist der Begriff von der Straf- oder auch Strafrechtstheorie gemünzt. Das Strafrecht versucht, seine eigenen Grundlagen zu erfassen.

Daneben erst entwickelt sich mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* eine Strafverfassungsethik. Sie setzt den Vorrang auf das Schuldprinzip, das es auf der Willensfreiheit des würdigen Menschen (Art. 1 I GG) gründet. Doch *dass* wir strafen dürfen, setzt offenbar auch die Verfassung voraus (vgl. Art. 103 GG). Die Verfassungsethik wird sich zwar vermutlich auf die Gerechtigkeitsidee stützen, die sie wiederum der Rechtsidee und somit Art. 20 III GG entnimmt.⁵¹ Aber die Verfassung selbst regelt ausdrücklich nur das „wann“ und „wie“. Auch ansonsten hat das *Bundesverfassungsgericht* auf die strafrechtliche Vereinigungstheorie verwiesen.

Wer die hoch komplexe, weil zumindest *dreiteilige Vereinigungstheorie* erfassen will, der sollte am besten den strafrechtswissenschaftlichen Streit verfolgen und zunächst den Konsens herausarbeiten, vor allem in der Kommentarliteratur, der sie für die Rechtspraxis in die heutige Form gebracht hat.

Mit einem selbstkritischen Blick auf die Strafrechtswissenschaft ist zunächst deren *Tradition* zu betrachten. Ihr Strafrecht war ursprünglich ein nach dem Rechtsprinzip von „*nullum crimen sine lege*“ kodifiziertes, gelehrtes und praktiziertes Recht, und zwar jenseits von Verfassung, Gnade und Menschenwürde vor allem ein Teil der Rechtsidee.

Der Streit um die Strafbegründungen hat sich zunächst in der Kaiserzeit ausgeprägt, er hat die Zeit der Weimarer Verfassung überdauert und zwangsläufig auch die Anfangszeit und später auch politisch das

⁵¹ Zur fundamentalen Bedeutung von allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätzen auch in Gesetzesstaaten Kontinentaleuropas, und zwar als Folge eines „Rechts offener Staaten“ aus verfassungsrechtlicher Sicht: Di Fabio, *Recht*, 1998, 146, sowie entsprechend zur Beziehung von „Staat, Recht und Gerechtigkeit“, 148 ff.

bundesdeutsche Strafverständnis wertkonservativ mitregiert. Dieses Selbstverständnis beruht zunächst auf dem an sich politikfernen deutschen Idealismus⁵² und führte zudem zu einem ebensolchen idealen oder pragmatischen staatsreuen Rechtspositivismus. Der Humanismus, der sich vor allem in den immer milder werdenden Sanktionen zeigte, verlief gleichsam nebenher. Er betraf nur die Art der Ausübung, nicht aber die Frage nach den Gründen überhaupt zu strafen.

Wer auf den sogenannten Schulenstreit um die rechte Strafbegründung zur Kaiserzeit blickt⁵³, der findet dort alle drei großen Begründungsstränge vertreten, und sie lassen sich heute wie folgt ordnen:

- *vergeltungsorientiert*, die klassische Schule mit dem Postulat der Willensfreiheit als Grundlage der Zurechnung⁵⁴,
- *naturwissenschaftlich* individual- und auch generalpräventiv: der Determinismus als Bekenntnis zur Motivierbarkeit des Menschen⁵⁵ sowie
- der *sozial-psychologische* Ansatz, das allgemein menschliche und soziale Vergeltungsbedürfnis führe zum „Drang nach der Reaktion des Staates“⁵⁶.

3. *Wille des Gesetzgebers*. Wer nach dem historischen Willen des Strafgesetzgebers sucht, findet ihn jetzt vor allem in den Materialien zur *Neufassung* des Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches von 1969, in Kraft seit 1975. Es soll auf einer Verbindung von Gesetzesentwürfen beruhen, an denen jeweils eine Reihe von namhaften Strafrechtswissenschaftlern maßgebend mitgearbeitet haben.

Wörtlich im Fließtext, nachfolgend nur optisch gegliedert und mit Zusätzen kommentiert, heißt es dort:⁵⁷

⁵² Küpper, Strafen, 2003, 53 ff., 53 ff.

⁵³ Vormbaum, Einführung, 2015, § 5 I, 1.

⁵⁴ Vgl. u.a. Beling, Vergeltungsidee, 1908, 54 f.; Buri, Kausalität, ZStW 1882, 232 ff., 233 f.; Binding, Normen, II, 1914, 52 f., 58 ff., 186; Bohnert, C., Straftheorie, 1992, 172.

⁵⁵ Liszt, Lehrbuch, 1919, 7., 111; 9., 118; vgl. 10., 102; 12./13., 124; Bohnert, C., Straftheorie, 1992; 163 ff.; Holzauer, Willensfreiheit, 1970, 98 ff.

⁵⁶ Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978, 53, 63; Bohnert, C., Straftheorie, 1992, 180 ff.

⁵⁷ In der berühmten Bundestagsdrucksache. 5. Wahlperiode, Erster schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, V / 4094, 3 f., auf die sich auch BVerfG 45.187 ff, 253 ff stützt. Im Original steht alles im *Fließtext*.

„Der Sonderausschuß hat sich bei seinen Arbeiten bemüht, aus den ihm überwiesenen Entwürfen, dem Alternativ-Entwurf zum Besonderen Teil und aus der Fülle der ihm zugegangenen Anregungen die besten Gedanken zu übernehmen und gewissermaßen eine Brücke zwischen den verschiedenen Standorten zu schlagen.“

Angestrebt ist also eine *Brücke* zwischen einem konservativen *Schuld- und Gerechtigkeitsansatz* und einer alternativen sozialliberalen Grundhaltung mit einem vorrangigen *präventiven* Verständnis. Die Brückenmetapher steht der Sache nach für die Bekräftigung einer -doppelspurigen- Vereinigungstheorie.

„Zu den entscheidenden Gesichtspunkten, von denen er sich leiten ließ, gehört

- der wirksame Schutz der Rechtsgüter des einzelnen*
- und der Allgemeinheit,*
- die schuldangemessene und gerechte Beurteilung der Tat des straffällig gewordenen Bürgers,“*

Diese sind die konservativen und rechtsethischen Elemente.

- „die moderne Ausgestaltung des Sanktionssystems als taugliches Instrument der Kriminalpolitik mit dem Ziel einer Verhütung künftiger Straftaten, vor allem*
- durch Resozialisierung des Straftäters, die Beschränkung des Strafrechts auf das unbedingt Notwendige durch Entfernung aller Bestimmungen, für die kein kriminalpolitisches Bedürfnis besteht, und die Einhaltung des Toleranzgedankens.“*

Mit diesen Worten hat der Gesetzgeber den präventiven Ansatz aufgenommen, mit einer deutlichen Tendenz zu Strafmilderung.

„Hierbei erfolgte eine Orientierung am Grundgesetz, namentlich eine strikte Beachtung der Grundrechte des einzelnen (Artikel 1 ff. GG) und ein dem Bestimmtheitsgrundsatz (Artikel 103 Abs. 2 GG) stärker Rechnung tragende Präzisierung der Tatbestände.“

Den präventiven Ansatz *bindet* der Gesetzgeber mit dem Verfassungsrecht ein und gibt ihm damit *zwei Maßstäbe* vor, die Ausrichtung auf die subjektiven

Grundrechte und an das Rechtsstaatsprinzip, das für das Strafrecht traditionelle und schon aus *vorkonstitutionellen* Zeit stammend in der Sondernorm „keine Strafe ohne bestimmtes Gesetze“ kodifiziert ist.

5. *Fazit*. Es gibt also gute historische und verfassungsrechtliche Gründe dafür, sich auch weiterhin mit der *Tradition* der Strafideen zu beschäftigen. Es hat zudem den Anschein, als würden wir mit den alten westlichen Strafideen vom Gerechtigkeit und/oder Vorbeugung und leben (müssen) und sie immer nur kulturell neu und dem Zeitgeist entsprechend einkleiden.

2. Kapitel (§ 2)

Gründungsväter der deutschen Vereinigungstheorie

I. *Kants* absolute Straftheorie und sein zweites relatives Konzept, Menschenwürde und Minimaethik im Recht

1. Der Blick auf die Tradition ist fortzusetzen.

*Gerechtigkeits*theorie. Die sogenannte Gerechtigkeitstheorie wird in der Strafrechtswissenschaft zumeist als *absolute* und *ethische* Straftheorie verstanden und im Gegensatz zu den *relativen* und *präventiv-pragmatischen* Straftheorien begriffen. Diesem in der Lehrbuchliteratur üblichem Ansatz ist auch hier -zunächst- zu folgen, er reduziert zumindest die feinsinnige Komplexität des Meinungsstandes, die danach zu entfalten ist.

Kant und *Hegel* gelten als die beiden großen Ahnherren der absoluten Straftheorie. Und ihre Ideen finden wir schon auf den ersten Blick auch als Kern unserer Verfassungsidentität in Art. 1 und Art. 20, 79 III GG.

Die Gerechtigkeit ist, so lautet das Credo dieser Lehren, um ihrer selbst willen zu üben, und bildet somit den *Selbstzweck*, oder auch für das Strafen den *Sinn* der Strafe. Die Gerechtigkeit, und damit auch die gerechte Strafe, dient sich selbst und ist *nicht* etwa auf den Staat, auch nicht auf den demokratischen Staat bezogen, also nicht relativ ausgerichtet. Sie ist von staatlichen Zwecken „losgelöst“ (absolut).

Verfassungsethisch ist aus heutiger Sicht anzufügen: Im Gegenteil, sobald der Staat sich als Rechtsstaat begreift (Art. 20 III GG), unterwirft sich der Staat sich der Rechtsidee. Diese beinhaltet, bekräftigt vom *Bundesverfassungsgericht*, die materielle Gerechtigkeit.

Im Anschluss an *Kant* und *Hegel* hat die „klassische Schule“ in der deutschen Strafrechtswissenschaft in der Anfangszeit des Reichsstrafgesetzbuches dem

Vergeltungsgedanken als *Gerechtigkeitstheorie* die Vorherrschaft zugesprochen. Ihren Ausdruck hat sie insbesondere durch *Binding* und *Beling* gefunden.⁵⁸

Kritisch ist diesen Vertretern der klassischen Schule und ihren Nachfolgern heute allerdings entgegenzuhalten, dass sie die Vorstellungen von *Kant* und *Hegel* nur teilweise übernommen haben. Insofern handelt es sich um eine Transformation der Rechtsphilosophie der Philosophen *Kant* und *Hegel* in das Strafrechtsdenken. Dasselbe geschieht auch heute noch und ist fast unvermeidlich, wenn man sich auf außerrechtliche Gesellschaftslehren und utilitaristische liberale (Nützlichkeits-) Philosophien stützt.

Bindings und *Belings* gewiss verengter Blickwinkel passt zu (und entspringt mutmaßlich) der *politischen* Grundhaltung dieser absoluten Straftheorien. Als moralische und deshalb nicht mehr hinterfragbare Lehre nutzen sie dem status quo der Jahrhundertwende der Kaiserzeit und stützen diesen konservativ.⁵⁹

Kants Sicht ist zudem aus verfassungsrechtlicher Sicht bedeutsam, weil seine Moralphilosophie und deren Transformationen die Menschenwürde-Idee des Grundgesetzes mitgeprägt haben (Art. 1 I GG, Objektformel).

Allerdings wird gleich mit zu prüfen sein, inwiefern es sich um *reine* absolute Straftheorien handelt und inwiefern sie, *zusätzlich auch relative* Elemente einfordern oder der Sache nach vertreten, sodass sich aus ihren Lehren das Gesamtbild einer Art von Vereinigungstheorie ergibt, wenngleich mit dem deutlichen Vorrang einer absolut gesetzten Gerechtigkeit und jeweils einer Art von absoluter Subjektstellung, des moralischen Einzelnen oder des die Freiheit garantierenden Rechtsstaates.

2. *Kant* erklärt im Sinne der Gerechtigkeitstheorie:

„*Er muss vorher strafbar befunden seyn, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen*“.⁶⁰

⁵⁸ Zur klassischen Schule siehe *Binding*, *Problem*, 1915, 61; *Beling*, *Vergeltungsidee*, 1908. Zur Einordnung *Roxin* *Strafrecht AT I*, 2006, § 4 II, Rn. 2, § 4 II, Rn 2.

⁵⁹ *Bohnert*, C., *Straftheorie*, 1992, 183 f.; *Wohlens*, *Deliktstypen*, 2000, 55 m. w. N.

⁶⁰ *Kant*, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331.

Damit wendet Kant sich in seiner Zeit gegen den Vorrang des liberalen Utilitarismus.⁶¹ Aber er erkennt auf diese Weise zugleich auch *zwei weitere Elemente* der Strafe, wenngleich als *nachrangig*, an, die wir heute als *individual- und generalpräventiv* begreifen würden. Nur gibt er dem absoluten Ansatz den *Vorrang*. Schon deshalb darf man *Kant* nicht lediglich als Vertreter einer rein absoluten Lehre ansehen.

Das Strafgesetz gilt *Kant* als „*kategorischer Imperativ*“. Strafe ist für ihn zuerst eine *moralische* Pflicht aller Einzelner und vor allem der Täter:

„Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“

*Denn die Tat richtet er gegen sich selbst*⁶².

Jedenfalls für den Mord laufen die moralische und pragmatisch-staatsphilosophische Begründung der Strafe zusammen.⁶³ Vorrang besitzt bei *Kant* dabei die moralische Sicht und Begründung. Denn grundsätzlich muss der Täter zunächst ihretwegen strafwürdig sein. *Kant* geht es um die Ablösung der sittlichen (oder je nach Sprachgebrauch: moralischen, ethischen) Idee von der Gerechtigkeit von der realen Existenz eines Volkes. Die absolute Gerechtigkeit, die der Moralität des Einzelnen innewohnt, bildet die von ihm gesuchte Letztbegründung, sie trennt *Kant* von der sozialen.

Kant setzt dennoch insgesamt *zweispurig* an, denn neben seine große, auf den Einzelnen bezogene Morallehre setzt er die obrigkeitliche Sicht, für die er seine (Staats-) Rechtslehre entwickelt. Die Strafe versteht *Kant* dann als staatliche

⁶¹ Nachdrücklich Walther, Rechtsbruch, 2000, 199 f.

⁶² Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 333; dazu auch Jakobs, Strafe, 2004, 23.

⁶³ Zur Trennung in moralphilosophische und staatsphilosophische Gründe, siehe Kaiser, H., Widerspruch, 1999, 69, m.w.N.; Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff., unterscheidet drei Begründungen: Sittlichkeit, § 304 ff., das allgemeine Rechtsprinzip, § 308 ff., und den Staat, 309 ff.

Strafe, wie er auch das Recht generell nur als „öffentliches“ Recht definiert⁶⁴. Aber auch insofern erklärt er in seiner Rechtslehre die „richterliche Strafe (poena forensis)“ und meint damit die staatliche⁶⁵. Eine bekannte Gedankenfolge *Kants* lautet:

„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, 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.“

3. *Kant* erkennt und verwirft auch nur in seinem berühmten Satz, der in unserer Objektformel für Art. 1 I GG einmündet, die Alternative der *reinen* präventiven Strafbegründung. *„Nie bloß als Mittel, eine anderes Gutes zu befördern“*⁶⁶ meint nicht vorrangig dem Gemeinwohl zu dienen, etwa einen Sündenbock zu finden, um aufgebrauchte Menschengruppen zu beruhigen. Aber „nicht bloß“ als Mittel heißt auch, dass er nachrangig mit seinen Tätigkeiten und seinen Pflichten „auch“ dem Gemeinwohl dient.

Auch hat schon *Kant* in einer nachgelassenen Handschrift, und auf seiner zweiten obrigkeitlichen Denkspur ausgeführt,

*„Alle Strafe im Staat geschieht wohl zur correction und Exempel“*⁶⁷ die *justitia punitiva* habe zur Absicht,

*den Untertan aus einem schlimmen in einen besseren umzuwandeln,-
durch warnende Beispiele andere abzuhalten und
Unverbesserliche aus dem Gemeinwesen, sei es durch Deportation,
exilium oder Tod wegzuschaffen“*⁶⁸.

⁶⁴ Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 438.

⁶⁵ Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331. Dazu auch Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 319.

⁶⁶ Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331.

⁶⁷ Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA, XIX, 586 Nr. 8029, aufgegriffen auch von Sinn, Freistellung, 2007, 281.

Mit dem Wort Gemeinwesen ist auch die Allgemeinheit erfasst, an die die Strafdrohung sich aus *general*präventiver Sicht wenden soll und somit die Befreiung der Strafbegründung vom Staat gemeint, der sich vereinfacht über „Volk, Gewalt und Gebiet“ definiert. Für die Befehlsmacht des hoheitlichen Staates und dessen Justiz wählt *Kant* ohnehin einen zweiten Blickwinkel.

Kant bleibt zwar scheinbar in seinem berühmten Inselbeispiel die Begründung schuldig, weshalb die Strafe nur wegen der Tat zu verhängen ist. Aber darin liegt exakt die *Absolutheit* der moralischen Gerechtigkeit. Er setzt auf die Evidenz dieser Art der Vernunft.

Zugleich aber sieht er den einzelnen Menschen als ein *Subjekt moralischer Selbstgesetzgebung*, weshalb jenem auch, aus heutiger Sicht, seine Würde als Höchstwert zukommt.⁶⁹ Die (objektive) Vernunftidee der Gerechtigkeit ist also mit dem (subjektiven) Menschsein verbunden.

Kant weitergelesen, führt deshalb zum Satz: Der Grund der Strafe ist also nicht allein im Verbrechen zu sehen, sondern darin, dass „er“ es verbrochen hat:

*„also: Was für unverschuldetes Übel du einem Anderen im Volk zufügst, tust du dir selbst an. ... tödtest du ihn, tödtest du dich selbst“*⁷⁰

4. Die Strafe erscheint danach als Folge des *Autonomieprinzips*. Mit *Schild* wird nur dadurch, dass der Verbrecher als Vernunftwesen, als Subjekt angesprochen wird, dass er diese Strafe „verdient“, die Strafe dann auch wirklich die „Seine“. Erst darin erweist sich seine Bestrafung als Akt der Widervergeltung⁷¹. Jedes Verdienen meint, sich selbst einen Wert wie einen Lohn zu verschaffen oder aber eben auch ein Übel, wie eine Strafe, auf sich selbst zu ziehen.

⁶⁸ Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA, XIX, 587, Nr. 8035, Sinn, Freistellung, 2007, 281.

⁶⁹ Dazu Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 309.

⁷⁰ Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 332; vgl. auch Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 238 f.

⁷¹ Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 438, u. Hinw. auf Kant (Weischedel), Metaphysik, Anhang, 1797/1982, Band VIII, 488: „er seine Übeltat sich selbst über den Hals zieht, und ihm, wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes gemäß, das widerfährt, was er an anderen verbrochen hat“.

Die eigentliche und an sich berühmte Grundlage des *kantschen* Denkens bleibt bei ständigen Hinweisen auf seine Vorstellungen zur Strafgerechtigkeit seltsam im Hintergrund. Es ist seine Handlungsmaxime. Das Erfahren von Unrecht führt zur Frage nach dem Recht:

*„Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar diese handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.“*⁷²

Kant beschreibt also die gute oder gerechte Handlung. Sie steht gleichsam hinter allen konkreten Straftatbeständen und deren Verbotsnormen. Mit diesem *Verallgemeinerungsgebot* beschreibt er auch die *Grundidee des allgemeinen Gesetzes*. Zudem verlagert *Kant* die Vernunftidee in das Selbst eines jeden Menschen, er begreift ihn als autonom.

Das große *Gesetzlichkeitsprinzip* findet hier seine Grundlegung, und zwar bis hin zum strafrechtlichen Grundsatz: „Keine Strafe ohne (allgemeines) Gesetz“.

Zugleich liefert *Kant* die Grundlage für den *Schuldvorwurf*. Der Täter habe sich nicht an die Maxime gehalten, obwohl er es als vernünftiger Menschen hätte tun können. Er hat gegen sein *eigenes Grundgesetz* verstoßen.

5. *Diskussion*. Das Talionsprinzip, also der Gedanke der Vergeltung, so meint zwar *Walther*, erscheine *Kant* eher als *Notlösung*. Im Vordergrund stehe die Gerechtigkeit im Sinne der Gleichheit.⁷³ Das Vergeltungsprinzip der Goldenen Regel „Wie Du mir, so ich Dir“ erscheint in der Tat erst als *eine Folgerung* aus des *kantschen* Verallgemeinerungsprinzip.⁷⁴ Nach seiner Maxime

⁷² Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 421, Hervorhebungen nicht im Original) „Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar dieser: *handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.*“ (Grundformel). Siehe zudem: 420 Fußnote: „Maxime ist das *subjective Princip* zu handeln und muß vom *objectiven Princip, nämlich dem praktischen Gesetze*, unterschieden werden. Jene enthält die praktische Regel, die die Vernunft den Bedingungen des Subjects gemäß (öfters der Unwissenheit oder auch den Neigungen desselben) bestimmt, und ist also *der Grundsatz, nach welchem das Subject handelt*; das Gesetz aber ist das *objective Princip, gültig für jedes vernünftige Wesen, und der Grundsatz, nach dem es handeln soll, d. i. ein Imperativ.*“

⁷³ Walther, Rechtsbruch, 2000, 199 f.; dazu mit weiteren Nachweisen Schmitz, Legitimität, 2001, 99 ff., ebenfalls in Betonung der Doppelspurigkeit des kantschen Ansatzes (S. 101 ff.).

⁷⁴ Zur goldenen Regel und zum kategorischen Imperativ Kants in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion siehe etwa Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff.,

verallgemeinert behandelt, wird der vernünftige Täter dasselbe Übel wollen und spüren müssen. Auch ergibt die Forderung nach Universalisierung für sich betrachtet nur die Antwort auf die Frage nach dem richtigen Verhalten und hilft, Falsches zu bestimmen. Sie zielt aber nicht auf die Frage, wie bei einem Verstoß zu verfahren ist. Dennoch offenbart das Inselbeispiel *Kants* den Umwertungsmaßstab, weil er sich darin sogar für die Todesstrafe ausspricht, er also für die Mordtat eine Vergeltung mit dem Gleichen fordert.

Der *staatliche Richter* bestätigt nach diesem Ansatz also in der Tat nur, was die Ethik des vernünftigen Verbrechers vorbeschrieben hat. Deshalb ist dem Täter, und zwar in diesem Sinne persönlich, seine Tat auch vorzuwerfen.

Geboten ist danach, wie im gegenwärtigen Strafrechtsverständnis in *erster Linie* also, das Übel zu erkennen und zu bestimmen. Auch die an sich verdiente *Selbstbestrafung* ist danach lediglich eine naheliegende, aber nicht einmal sie ist eine zwingende Folge.

Insbesondere Untersuchungen von *Schild*⁷⁵, *Seelmann*⁷⁶ und *Armin Kaufmann*⁷⁷ begründen die *Korrektur* der klassischen Gerechtigkeitslehren im Strafrecht.

Schild etwa⁷⁸ arbeitet den *zweckorientierten* Teilansatz nachdrücklich heraus. in der Philosophie des deutschen Idealismus habe ein nie eine „reine Vergeltungstheorie“ gegeben.⁷⁹ So erkläre *Kant*, aus der Strafe könne auch ein pragmatischer Nutzen für den Täter oder dessen Mitbürger gezogen werden, nur müsse der Täter vorher für strafwürdig befunden werden. Strafe könne nach den

582; ders., *Naturrecht*, 1963, 23 ff.; Maihofer, *Sinn*, 1956; Hruschka, *Konkurrenz*, JZ 1987, 941 ff.; ders., *Kant*, 1993, 129 ff..

⁷⁵ Schild, W., *Aktualität*, 1979, 199 ff.; sowie Schild, W., *Ende*, ARSP 1984, 71 ff.

⁷⁶ Seelmann, *Hegel*, JuS 1979, 687 ff.

⁷⁷ Kaufmann, Armin, *Aufgabe*, 1983, 5 ff. siehe auch Mosbacher, *Straftheorie*, ARSP 2004, 210 ff. 219 ff. (*Kants präventive Straftheorie*), Sander, *Grenzen*, 2007, 6.

⁷⁸ Schild, W., *Ende*, ARSP 1984, 71 ff., 76 f., vgl. auch die Ausführungen von Höffe, *Rechtsprinzipien*, 1990, und dessen *Kant-Analyse*, Höffe, *Grundlegung*, 1989, 242 f., u.a. mit der These, die Vergeltungstheorie beanspruche keine umfassende Legitimation. Die gewichtige Frage, ob der Staat überhaupt strafen dürfe, setze Kant als (positiv) beantwortet voraus. Höffe skizziert die Umriss einer „Vereinigungstheorie“ aus kantschem Blickwinkel, 42 ff., insbes. 245 f.: Der Vergeltungsgedanke (verbunden mit der Strafe als ultima ratio und der Forderung nach Bestrafung nur des Schuldigen) sei als „prioritär“ anzuerkennen. Neben dem Hauptzweck, der „Rechtsgarantie“, seien die beiden präventiven Begründungsstränge, die Abschreckung und die Resozialisierung legitime Nebenzwecke“ (247 f.).

⁷⁹ Schild, W. NK StGB, 2017, , § 20, 53.

Regeln der Klugheit als bessernde Strafe, die den Täter züchtige, oder als warnende, um andere durch das abschreckende Beispiel von der Begehung von Verbrechen abzuhalten, eingesetzt werden. Diese beiden Zwecke könnten auch vereinigt werden mit der Wirkung, „jedem das Seine zu erhalten“ *Kant* setze dementsprechend nach, indem er erkläre, diese Zwecke seien jedoch nicht aus sich selbst heraus gerecht, sondern könnten auch unsittlich sein. Unrecht oder pflichtwidrig seien sie, wenn sie gegen den kategorischen Imperativ verstießen und zwar aufgrund eines Verbrechens in der Vergangenheit.

Insofern sei die Strafe eine moralische, rächende und streng *vergeltende*, damit jedem geschähe, was Recht ist. Weiterhin liege die moralische und gerechte Strafe in der Erkenntnis, dass die Handlung des Täters eine böse sei, also im richterlichen Urteilsspruch⁸⁰. Aber *Kant* sage an anderer Stelle auch, dass die Obrigkeit nur *pragmatische* Strafen verhängen könne.

Diese heutigen straf-rechtsphilosophischen Deutungen der originären *kantschen* Lehre haben die *Lehrbuch-Literatur* aber zumeist nicht erreicht. Sie sehen ausschließlich die absolute Seite.

So setzt sich *Kant* einerseits für eine strenge Art von Gerechtigkeit ein. Zum anderen erlaubt sein Ansatz aber auch die Trennung von *Legalität* und *Moralität*. Auf die Strafe bezogen führen seine Vorstellungen zu einer Art von *zweisäuliger Vereinigungstheorie*. Die Moralität betrifft das Handeln des Einzelnen bis hin zur Selbstbestrafung. Die Legalität liegt weitgehend in den Händen des staatlichen Gesetzgebers.⁸¹

6. *Fazit*. *Kant* kann als idealistischer Philosoph noch zwischen Moral und Gesetz trennen.

Kants Zwischenlösung, zwischen persönlicher Ethik und hoheitlichem Recht zu trennen, hat das demokratische deutsche Verfassungs- und Rechtswesen

⁸⁰ Schild, W., Ende, ARSP 1984, 71 ff. , 83.

⁸¹ Dazu aus der Philosophie unter dem Titel „Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Kritik am Retributionismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus“: Merle, Strafen, 2007 , 35 ff (Zwar kritisch zur „Interpretation von Kants Strafrecht als Mischtheorie“) , dafür will auch Merle zwei Welten getrennt sehen, 72 („Weil die...moralische Strafe zur noumenalen Welt gehört stehen die alternativen Straftheorien nicht mit diesem moralischen Retributionismus in Konkurrenz Sie ignorieren einfach das Thema der der Vergeltung der moralischen Bosheit“).

überwunden, indem es die elementare Sittlichkeit zu Verfassungsrecht ausprägt. Heute geht es in der Rechtstheorie umgekehrt darum, wieweit der Rechtspositivismus reicht und ob das „Recht als solches“ überhaupt noch einen ethischen Kern beinhalten muss, ob es also ungerechtes Recht gibt. Dieses wäre jedenfalls verfassungswidrig.

Die deutsche Verfassung, die die Idee der Menschenwürde kodifiziert und auch die Idee des an ihr ausgerichteten Rechts enthält, verlangt einen *minimalethischen* Kern des Rechts⁸². Sie setzt nach vorherrschender Ansicht auf die Verbindung von Moral und Gesetz. Minimaletisch gelesen beinhaltet es mit einem anderen Wort die alte Paarung von „*Recht und Gerechtigkeit*“. Es mag dann formal und positivistisch gedacht „ungerechtes Recht“⁸³ geben, etwa die *grob menschenrechtswidrigen* Gebotsnormen für die „Mauerschützen“ in der DDR. Aber jenes Recht gilt entweder nicht einmal als Recht oder wenigsten nicht als gerechtes Recht.

Dabei bildet die große Idee der *Gleichheit* wiederum den Kern der Gerechtigkeit.⁸⁴ Ungerechtes Recht erweist sich als *grob unverhältnismäßig* und damit ungleich, und es verstößt zudem *grob* gegen ein vorrechtliches *sittliches*

⁸² 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“ und zur berühmten Radbruchschen Formel: Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff., 107. 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.

⁸³ Siehe im von ihr herausgegebenen Sammelband zu „Ungerechten Recht“; Müßig, Summum ius, 2013, 23 ff., 23 ff. Zudem: Pfordten, Rechtsethik, 2011, 195 ff.

⁸⁴ Immer wieder und immer auch mit Einschränkungen wie „im Kern“ wird die Gerechtigkeit in Bezug zur *Gleichheit* gesetzt. Weitere Beispiele und aus rechtsoziologischer Sicht Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff.: „elementaren Kern der herkömmlichen Auffassungen von Moral und Gerechtigkeit“. Zudem aus der Sicht der Strafrechtsgeschichte: 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“.

Wertesystem, das allerdings seinerseits typischer Weise bereits durch die *Menschenrechtskonventionen* und das deutsche *Grundgesetz* verrechtlicht ist.

Jedenfalls ist der vage *moralische* (*sittliche* oder auch *ethische*) Höchstbegriff der Gerechtigkeit untrennbar mit der Rechtsidee, also auch mit der Rechtsstaatsidee (Art. 20 III GG) verknüpft. Er gehört damit zur Vorstellung von *Straf-Recht*.

Insgesamt aber bietet Kant eine komplexe Art von *Vereinigungstheorie*.

II. Hegels absolute Straftheorie und deren relative Elemente, Rechtspersönlichkeit und Rechtsstaatsidee

1. *Hegels absolute Freiheits- und ideale Staatslehre*. Hegel⁸⁵ schreibt den *kantschen* moralischen Ansatz fort. Er gründet seine Sicht auf den Willen⁸⁶. Der Täter müsse als vernünftiges Wesen die Strafe als eigene wollen. Man müsse den Täter strafen, wenn man ihn als vernünftiges Wesen ehren wolle:

Den materiellen Kern seines Denkens gibt der folgende berühmte Satz wieder:

*„... 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; - ebenso wenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung.“*⁸⁷.

Heute könnten wir hinzusetzen, dass er trotz allem ein Wesen ist, dass seine Menschwürde behält, wir allerdings aus ihr auch das Prinzip der Eigenverantwortung ableiten. Im Zusatz „*nur*“ („als schädliches Tier betrachtet

⁸⁵ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 104, §§ 90 bis 103; Primoratz, Banquo, 1986, etwa 42 ff., mit der Bestimmung des Verbrechens als „in sich nichtig“; sowie die kritische Rezension von Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 1989, 265 ff.

⁸⁶ Nachdrücklich der Philosoph Schmitz, Legitimität, 2001, 116 ff. Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 101; auch das Gewissen will Hegel als ein objektives Verstehen, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 137.

⁸⁷ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 100. Siehe dazu auch: Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013, Der Begriff der Strafe, II.

wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung“) steckt zudem dieselbe Einsicht wie bei *Kants* „nicht bloß“ zum Objekt. Strafe kann *auch* diesem Zwecken dienen. *Hegel* bietet also ebenfalls eine *Vereinigungstheorie* an, er setzt den Schwerpunkt jedoch auf die Vernunft. Dem ist insofern auch heute noch zuzustimmen, als die Freiheitsstrafe die Idee der politischen Freiheit voraussetzt. Aber mit dem Wort „nur“ (bei Kant „bloß“) zeigt auch *Hegel*, dass präventive Gesichtspunkte doch auch eine beachtliche Rolle spielen dürfen.

Zudem beinhaltet diese Ehre eine überindividuelle Sicht insoweit, als sie der Vernunft entspringt. Danach hat der Einzelne einen Anteil an der Vernunftidee. Auch beinhaltet, eine Ehre zuzuerkennen, eine Zuschreibung von anderen, anders als das Bild vom Menschen als Subjekt bei *Kant*.

Hegel erklärt formal:

„Das Recht gegen das Verbrechen in der Form der Rache (§ 102) ist nur Recht an sich, nicht in der Form Rechtens, d. i. nicht in seiner Existenz gerecht. Statt der verletzten Parthei tritt das verletzte Allgemeine auf

und sich in die wahre Versöhnung des Rechts mit sich selbst, die Strafe verwandelt...

in dessen Vollstreckung an ihm er somit selbst nur die Befriedigung der Gerechtigkeit, nur die That, des Seginen findet.“⁸⁸

2. *Hegel* sieht also zwar die Rache einer einzelnen Partei als ein Grundelement des Strafens. Aber erst das Recht der *Allgemeinheit* lässt die Rache zu Recht und zur gerechten Strafe werden. *Hegel* geht es also vor allem um eine Art von säkularisierter Heilung⁸⁹ des *Rechtsbruches*. Es ist die Idee vom „*Aufheben des Verbrechens*“.⁹⁰

⁸⁸ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 220.

⁸⁹ Noch kritischer Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff., 58; solche Begründungen seien „trivial, erklären gar nichts“ und „verhüllen nur den nach wie vor wirksamen theologischen Ursprung.“

⁹⁰ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 101, 192; auch das Gewissen will Hegel als ein objektives Verstehen, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 137.

Strafe für die Rechtsverletzung sei die „Manifestation ihrer Nichtigkeit“. Das Recht ist dabei das „Dasein der Freiheit im k o n k r e t e n Sinne“.⁹¹

Strafe sei für *Hegel*, so die gängige Kurzformel, die etwa auch *Kindhäuser* verwendet, die „Negation der Negation des Rechts“⁹². Das Strafen beinhaltet insofern einen realen Akt (Manifestation), der zugleich der Änderung der normativen Welt dient (Nichtigkeit).

Der Staat stellt für *Hegel* die ideale Verkörperung der Freiheit dar und auch das Recht ist eng mit ihr verbunden. *Staat, Recht und Freiheit* bilden ein ganzheitliches Konstrukt. Die Idee des *Rechtsstaats*, Art. 20 III GG, ist eng mit diesem Idealbild des Staates verbunden.

Der Einzelne, sei er Opfer oder auch Täter, tritt dahinter allerdings zurück. Aus der Schuld wird vor allem die Ehre, ein vernünftiges Wesen zu sein. Die autonome Ich- Subjekt, das wir gegenwärtig mit der Menschenwürde verbinden, wird zur formellen Person. Deren Selbstbezug ist vereinfacht mit der Idee der Freiheit und mit einer intersubjektiven „Ego-Alter“-Rolle auszufüllen, wozu der Einzelne sich anstrengen muss:

„Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechtes aus. Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.“ (§ 35 I).

Offen bleibt also, was der Mensch *zuvor* oder auch dann ist, wenn er sich weder um seine eigene Personalität bemüht, noch respektvoll ist, aber die Grundfähigkeit zum freien Willen und zur Anerkennung der anderen besitzt, oder aber, was er denn darstellt, wenn er sich zwar als freie Personen begreift, aber die Personalität der anderen bestreitet und die anderen womöglich mit ihm ebenso verfahren.

⁹¹ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 95 "Der erste Zwang als Gewalt von dem Freien geübt, welches das Dasein der Freiheit im k o n k r e t e n Sinne, das Recht als Recht verletzt, ist V e r b r e c h e n, - e i n n e g a t i v - u n e n d l i c h e s U r t h e i l, in seinem vollständigen Sinne, durch welches nicht nur das Besondere, die Subsumtion einer Sache unter meinen Willen (§ 85), sondern zugleich das Allgemeine, unendliche im Prädikate des Meinigen, die R e c h t s f ä h i g k e i t und zwar ohne die Vermittlung meiner Meinung (wie beim Betrug) (§.88) ebenso gegen diese negiert wird, - die Sphäre des peinlichen Rechts“., zudem: §§ 97 ff.

⁹² So etwa Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015 , § 2 Rn 9.

Da das Recht im Mittelpunkt steht, dient die Strafe vor allem der Heilung des Rechtsbruchs, der Restauration des Rechts einer bestimmten *bürgerlichen Gesellschaft*.⁹³

3. *Diskussion*. Damit schlägt *Hegel* -insofern- eine deutliche Brücke zur *positiven Generalprävention* im Sinne der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit, als die vergangene Verletzung des Rechts dann nicht nur aufgehoben ist, sondern seine volle Geltung auch in die Zukunft wirkt und somit unter anderem auch die Rechtstreue stärkt. Insofern sieht etwa *Müller-Tuckfeld*⁹⁴ in *Hegel* zu Recht einen frühen Vertreter der „Integrationsprävention“⁹⁵, einer Ausformung der Strafbegründung vorrangig über die positive Generalprävention.

Zabel schreibt *Hegel* fort, indem er die Idee der rechtlichen „Institution“ hervorhebt und mit ihr eine „Kultur der Freiheit jenseits von Individualismus und Kollektivismus“⁹⁶ begründen will. Kulturen sind auf intersubjektive Kommunikation und Symbole, Rituale und Rollen auf deren Verfestigung ausgerichtet.

⁹³ § 218 „Indem Eigentum und Persönlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft gesetzliche Anerkennung und Gültigkeit haben, so ist das Verbrechen nicht mehr nur Verletzung eines subjektiv Unendlichen, sondern der allgemeinen Sache, die eine in sich feste und starke Existenz hat. Es tritt damit der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft ein, wodurch einerseits die Größe des Verbrechens verstärkt wird; andererseits aber setzt die ihrer selbst sicher gewordene Macht der Gesellschaft die äußerliche Wichtigkeit der Verletzung herunter und führt daher eine größere Milde in der Ahndung desselben herbei.

...so ist die Gefährlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft eine Bestimmung seiner Größe oder auch eine seiner qualitativen Bestimmungen. – Diese Qualität nun oder Größe ist aber nach dem Zustande der bürgerlichen Gesellschaft veränderlich, und in ihm liegt die Berechtigung, sowohl einen Diebstahl von etlichen Sous oder einer Rübe mit dem Tode als einen Diebstahl, der das Hundert- und Mehrfache von dergleichen Werten beträgt, mit einer gelinden Strafe zu belegen. Der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft, indem er die Verbrechen zu aggravieren scheint, ist es vielmehr vornehmlich, der ihre Ahndung vermindert hat. Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an.“

⁹⁴ Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985, 281 ff.

⁹⁵ Zur naheliegenden Frage, ob von Hegels Staatsphilosophie eine Linie zum Totalitarismus des Nationalsozialismus zu ziehen ist, und letztlich scharf ablehnend: Schild, W., Hegel, 1997, 179 ff., u.a. 216.

⁹⁶ Mit diesem Untertitel seines Aufsatzes: Zabel, Recht, 2014, 153 ff., 155 ff. und Seelmann, Räume, 2014, 389 ff. („Ethische Räume jenseits rechtlicher Institutionen?“), siehe insbesondere 390 ff. („Verzeihung im weiteren Sinne als Element der Nützlichkeit: Festigung der Gesellschaft und Bedarf der Strafe (§ 218 der Rechtsphilosophie)“).

Zudem deutet *Hegel* die Existenz eines *Sonderrechtes* an: Eine Einschränkung sei beim Strafen zu machen, wenn jemand aus „Blödsinn“ oder „Verrücktheit“ handele oder ein Kind sei.⁹⁷ Wenn der Täter nicht vernünftig, also unfrei, agiert, liegt also eigentlich kein Verbrechen im obigen Sinne vor. Auch kann solchem Täter dann nicht die „Ehre“ des Freien und Vernünftigen zuerkannt werden. Damit nähert *Hegel* sich im Ergebnis immerhin dem *heutigen Schuldstrafrecht* und seinen Ausnahmetatbeständen an. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung für Geisteskranke dienen zumindest auch dem Schutz der Allgemeinheit; das Bild vom wilden Tier ist allerdings von der eher *kantschen* Idee der Menschenwürde überwölbt.

4. *Fazit*. Die geistige Reduktion der sogenannten klassischen Schule des Strafrechts auf die *staatliche*, aber *absolute*, von jeder Vorbeugung losgelöste Vergeltungs- oder Gerechtigkeitstheorie erscheint deshalb eher am *hegelschen* Rechts- und Staatsverständnis ausgerichtet und hängt über seine Sicht zugleich eng mit der Idee des *Gesetzespositivismus* zusammen. Letztere verordnete gleichsam einen untertänigen Verzicht auf das Nachdenken über das ideale Staatswesen.

Es ist also in erster Linie die klassische Schule selbst, die auf den Vorrang der Gerechtigkeitstheorie im Sinne schlichter Widervergeltung setzt. Der Sache nach handelt es sich um eine, zudem zeittypische *historisierende* Verwendung von Elementen klassischer Ideen.

Getrennt zu halten sind zugespitzt ohnehin zwei absolute Straftheorien,

- (1) die individualistische *Kants* und
- (2) die überindividualistische Idee *Hegels*.

Kants Straftheorie wird von der *inneren Moral* des einzelnen *Menschen* bestimmt, vgl. Art. 1 I, II GG. *Hegels* Theorie bietet eine, wenngleich ebenfalls an der Vernunft orientierte Ausrichtung an der Über-Idee des *Freiheitsrechts*, das vor allem als *Recht* verletzt wird und damit in erster Linie den idealen Freiheits- und Rechtsstaat beeinträchtigt, vgl. Art. 20 III, 103 II GG.

⁹⁷ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 99.

Wer schlicht von Vergeltung spricht, zielt vor allem auf das Unrecht. Er erstrebt die Wiederherstellung eines ursprünglichen Rechtszustandes. Er will im *hegelschen* Sinne das Unrechte wieder aufheben, und zwar durch eine „Manifestation“.

Insgesamt hat sich gezeigt, dass auch *Hegel* eine Art von *Vereinigungstheorie* vertritt, wenn gleich mit dem deutlichen Vorrang einer absolut gesetzten Gerechtigkeit.

III. Feuerbachs relative Straftheorie und deren absolutes Bürgerrechtsfundament

1. *Relative Straftheorien*. Die relativen Straftheorien sehen wir rückblickend in Bezug auf die absoluten. Sie sind *nicht* wie jene auf den „Sinn“ ausgerichtet, und gelten „an sich“ und als Höchstidee, sondern sie dienen einem „Zweck“. Deshalb sprechen wir auch von „Sinn und Zweck des Strafens“.

Wir trennen in der Strafrechtswissenschaft zudem den *generalpräventiven* und den *individualpräventiven* Theorieansatz. Der erstere will unmittelbar und nur auf die *Allgemeinheit*, vereinfacht die Bevölkerung, einwirken. Der zweite blickt jedenfalls zunächst auf den *einzelnen Täter*, in der Regel aber auch, um auf diese Weise auch die *Allgemeinheit* schützen.

In der Rechtspraxis nimmt die Lehre von der Generalprävention vor allem das *Gesetz und seine Auslegung* in den Blick, etwa teleologisch als „Schutzzweck der Normen“ des Strafgesetzbuches. Die Idee von der *Individualprävention* prägt vor allem die Art und Weise des *Vollzuges*, etwa als bedingte Entlassung, und sie schließt auch Rechtfertigung der Verurteilung zur Freiheitsstrafe zur Bewährung mit ein, deren Aussetzung aber bei Nichtbewährung auch widerrufen werden kann.

Relevant sind diese Strafrechtstheorien also bis heute. Ihr Kerninhalt ist immer noch deutlich in den modernisierten Strafrechtstheorien der Gegenwart zu erkennen.

Zwei große Ahnherren des 19. Jahrhunderts beherrschen die präventive Seite der Diskussion, *Feuerbach* und *Liszt*.

2. *Feuerbachs Generalprävention*. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts hat Anselm von *Feuerbach* für das deutsche Strafrecht die psychische Zwangstheorie ausgearbeitet,⁹⁸ die wir heute als negative Generalprävention⁹⁹ bezeichnen. Er hat auch das für Deutschland grundlegende Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 verfasst.¹⁰⁰

*Feuerbach*¹⁰¹ zufolge liegt der Rechtsgrund der Strafzufügung in der vorangegangenen, auf den konkreten Fall bezogenen Drohung des Gesetzes.¹⁰² Die Sanktionsandrohung soll die Allgemeinheit von Straftaten abhalten:

*„...der Staat muss sich solcher Mittel bedienen, durch welche es dem Bürger p s y c h o l o g i s c h unmöglich wird, zu schaden; durch welche sie bestimmt werden, keine Rechtsverletzungen zu begehen, sich zu keiner zu entschließen.“*¹⁰³

Zudem:

*„..., wenn jeder Bürger gewiss weiß, dass auf die Übertretung ein größeres Übel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Handlung (als einem Objekt der Lust) entspringt.“*¹⁰⁴

⁹⁸ Siehe den Sammelband „*Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*“, und dort etwa zum neuen rationalen Strafsystem: Czeguhn, Strafgesetzbuch 2014, 227 ff., 235 („ein abgestuftes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragendes System“ der Strafen, mit der Freiheitsstrafe im Mittelpunkt, Todesstrafe wurde aber beibehalten).

⁹⁹ Dazu, dass Feuerbach als klassischer Vertreter der Theorie der negativen Generalprävention angesehen wird, vgl. Neumann / Schroth, Theorien, 1980, 333 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 68.

¹⁰⁰ Feuerbach, Revision, 1799, Hervorhebungen kursiv im Original, 40, 43 ff.; Feuerbach, Revisionen, JALZ-Ergänzungsblätter, 1801, Sp. 255 f., 257, 258. Siehe auch Hippel, Strafrecht, 1925-1930, 248 f.; Naucke, Kant, 1962, 12 ff.; Schreiber, Gesetz, 1976, 103 f.; Regge, Kriminalstrafe, 1989, 227 ff, 236; sowie Bohnert, J., Feuerbach, 1982, 11 ff.

¹⁰¹ Vgl. Feuerbach, Strafe, 1800, 101 ff.; Frommel, Präventionsmodelle, 1987 (ansetzend bei Feuerbach sowie mit einer Kant-Kritik, aber auch zu Binding); sowie Müller, H., Generalprävention, 1984, 78 f.

¹⁰² Dieser Ansatz ist älter. Regge, Kriminalstrafe, 1989, 227 ff., 237, weist darauf hin, dass Elemente der Theorie vom psychologischen Zwang in Umrissen bereits in den Lehren von Hobbes, Pufendorf und noch deutlicher bei Achenwall (1719 - 1772) aufgetreten seien.

¹⁰³ Feuerbach, Revision, 1799, 40- hervorgehoben im Original.

An dieser Art der Strafbegründung hat schon *Hegel* mit einem bekannten Wort Kritik geübt:

*„Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Menschen wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt“*¹⁰⁵.

Dennoch sprechen wir auch heute noch von *Strafandrohung*.¹⁰⁶ außerdem liefert *Feuerbach* auf den zweiten Blick -insofern- auch keine *Begründung* für die Strafe. Er will die Menschen „mit dem erhobenen Stock“ davon *abhalten*, Straftaten zu begehen und so reale Strafen zu erleiden. Allerdings hat die Androhung ihren *Zweck verfehlt*, wenn gleichwohl Straftaten begangen werden.

Ferner ist das Bild *Hegels*, und auch die übliche Abwertung der psychischen Zwangstheorie, einseitig und deshalb schief. Denn als Hund wird nur derjenige Mensch behandelt, der sich im Sinne von *Hegel* in *Freiheit* und unter Einsatz seiner *Ehre* dafür entscheidet, Straftaten zu planen oder dabei ist, zu ihnen unmittelbar anzusetzen. Nur die frei Handelnden und die Tatgeneigten trifft die Strafdrohung. Der Täter, der sich mit der Tat den Schuldspruch und also einen *sittlichen Makel* verdient, hat seinen Anspruch insofern verwirkt und strafweise auch Teile seiner Freiheit. Wir ehren ihn im *hegelschen* Sinne als Freien.

Im Sinne von *Hegel* belassen wir heute jedem Täter, auch dem Mörder, die Menschenwürde; er kann also niemals „nur“ verobjektiviert werden. Aber auch *Feuerbach* selbst spricht immerhin von „Bürgern“ und nicht von Untertanen.

3. Wichtiger ist aber ein anderer bedeutender Teil von *Feuerbachs* Schriften, der in der Regel nicht mit seiner psychischen Zwangstheorie verbunden wird.

¹⁰⁴ Feuerbach, Revision, 1799, 45 f.- überwiegend. Hervorgehoben im Original- Dazu ausführlicher Erber-Schropp, Schuld, 2016, 45.

¹⁰⁵ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 99, Zusatz.

¹⁰⁶ BVerfG, Inzest-Entscheidung, 120, 224, 240-Inzest-Urteil („Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe“); herausgestellt auch von Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 13.

Feuerbach hat zugleich die *rechtsstaatlichen* Grundideen seiner Zeit zum Satz „*nullum crimen, nulla poena*“¹⁰⁷ gestanzt und damit zur Formel für das Bürgerstrafrecht ausgeprägt, § 1 StGB, Art. 103 II GG, Art. 7 EMRK, Art. 49 GRC. Diese Form konnte er also mit Inhalt füllen. Die immer etwas vage Strafadeen benötigen ein solcher Gefäß. Damit hat er zugleich ein Element eingeführt, das wir der allgemeinen oder auch der positiven Generalprävention im Sinne der Rechtssicherheit und des Rechtsgüterschutzes zuordnen könnten und das auch zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit beiträgt.

Feuerbach hat nicht nur ein deutsches Strafrechtslehrbuch veröffentlicht, er war auch der Vater des *Bayrischen Strafgesetzbuches* von 1813. Dieses Gesetzeswerk lehnt sich seinerseits an den französischen Code Napoleon an. Es setzt also die progressiven und idealistischen Ideen der französischen Revolution von 1789 mit der Erklärung der Allgemeinen Menschenrechte ebenso voraus wie es zu einem Teil der konservativen und praktischen Gedankenwelt der Restauration wurde.

Dieses neue Recht bot die Grundlage für die übrigen deutschen Landesstrafgesetze, einschließlich des preußischen StGB von 1851.

Zu dieser gesetzlichen Drohung gehört bei *Feuerbach* also auch die Gegenseite, der Schutz der *Bürger* vor dem Strafrecht. Der Satz „*nullum crimen sine lege*“, geht auf die Zeit der Freiheitsrechte zurück und nicht auf das römische Recht.

Feuerbachs Schriften zeigen, dass er den generalpräventiven Ansatz vorrangig auf die Rechtfertigung von *Gesetzen* bezieht, die nunmehr auch grundsätzlich von allgemeiner Art sind und sein sollen. Sein Gegenstand erfordert also diese Blickwinkel. Rechtsprechung und Vollzug sind demzufolge nachgeordnet.

Die Rechtfertigung der konkreten Strafe selbst sieht er in der begangenen Handlung.¹⁰⁸ Insofern neigt *Feuerbach* einem nunmehr *bürgerlichen* Verantwortungs- und Gerechtigkeitsansatz zu. Die eigentliche *Strafbegründung* ergibt sich dabei aus der Unrechtstat.

¹⁰⁷ Feuerbach, Lehrbuch, 1801 . § 24.

¹⁰⁸ Feuerbach, Revision, 1799, 9, 13, 21, 24 sowie 48; vgl. auch Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff., 516, 521.

Der Schritt zur aufgeteilten Betrachtung der drei Strafbegründungsstränge, getrennt nach Strafgesetz (Generalprävention), Strafurteil (Schuldausgleich) und Strafvollzug (Individualprävention), die später etwa *Hellmuth Mayer* und *Roxin* vorschlugen, deutet sich damit schon an.

Dem entspricht auch die jeweilige Bedeutung des Schuldprinzips als Unterform der Gerechtigkeitsidee: Je stärker general- oder individualpräventive Gesichtspunkte in den Vordergrund rücken, desto leichter ist auf die herkömmliche Schuld zu verzichten. Die Problematik der Willensfreiheit wird weniger gewichtig und dementsprechend auch das demgegenüber noch nachrangige Problem der individuellen Nachweisbarkeit der Schuld.

4. *Feuerbachs absolute Ausrichtung*. *Naucke* ordnet *Feuerbachs* Ansatz schlüssig als eine gleichfalls *absolute* Sicht ein, weil sie über die Autorität und das Gewaltmonopol des Staates zum Recht im Sinne des Positivismus gelangt.¹⁰⁹ Der Begriff „absolut“ lässt sich unterschiedlich verwenden und *Naucke* trifft auch in dieser Weise eine wichtige Aussage für die Generalprävention. Der vage Volksgedanke der Allgemeinheit wird bei der Generalprävention *absolut* gesetzt und führt über das Strafrecht zur absoluten Strafmacht.

Insofern bedient *Feuerbach* zwar auch die politische Restauration, bietet aber zugleich eine Art von *absolutem Bürgerschutzrecht*. Also setzt er -jedenfalls- die *Freiheit* des Bürgers und die Idee des *Gesetzesrechts absolut*.

5. *Fazit*. *Feuerbachs* Gesamtansatz erweist sich als breiter als die übliche Reduktion auf die Generalprävention. Er bietet mit seinem auf bestimmte Taten ausgerichteten *Bürgerstrafrecht* insgesamt eine Art von Vereinigungstheorie.

IV. Liszts relative Straftheorie und deren absoluter rechtstaatlicher Rahmen

1. Scheinbar wertfrei ist die empirisch-soziologische Sicht und Begründung des Strafens angelegt. Aus den *naturwissenschaftlichen* Quellen des 19.

¹⁰⁹ Naucke, Notizen, 1998, 361 ff., 364 f.; Hobbes, lat. Leviathan, 1688, 26. Kap.: „Auctoritas non veritas facit legem“; Kelsen, Rechtslehre, 1960, 34 f.

Jahrhunderts gespeist, die mit der Ablösung der materialistischen *Ökonomie* und der amoralischen *Soziologie* von der (idealistischen) Philosophie einherging, hat sich eine alternative Geistesströmung entwickelt, die auch das deutsche Strafrecht erfasst hat. Dies ist mit dem Namen des Juristen *Franz von Liszt* (verwandt mit dem Komponisten) und seinem *Marburger Programm* von 1883¹¹⁰ verbunden. Mit seiner Sicht der Strafe hat *Liszt* nicht nur das spätere deutsche Jugendstrafrecht (von 1923) beeinflusst, sondern er ist auch der Ahnherr des Instituts der *Strafaussetzung zur Bewährung* im Erwachsenenstrafrecht, das 1953 ins StGB aufgenommen wurde.¹¹¹

Gemeint ist eine human- „medizinische“ Sicht, die „soziale Verteidigung und Heilung“ bildet ihre Leitidee.¹¹²

Liszts berühmte Leitgedanken lauten:

„Die richtige, das heißt die gerechte Strafe, ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Strafmaßes“.¹¹³

Diese Kernaussage belegt, dass auch *von Liszt* die Idee der Gerechtigkeit absolut setzt und sie als feste *Form* verwendet, die einen neuen Inhalt erhält.

Er knüpft schon insofern an die Gerechtigkeitsideen seiner geistigen Vorgänger an. Dennoch schreibt er in einer Zeit, in der sich mit Naturwissenschaften und Technik der *Ökonomismus* und die Sozialwissenschaften als neue Leitkulturen entwickeln. Sie lösen idealistische Philosophie ab und setzen auf die Empirie, die Praxis, das Erfahrbare. Inhaltlich, so könnte man auch schon sagen, setzt er den *ökonomischen Naturalismus* absolut.

¹¹⁰ Zum Marburger Programm siehe *Liszt*, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff.; *Liszt*, Einfluss, 1905, 75 ff.

Zu „Lebendigen und Toten“ der Vorstellungen von *Liszts* vgl. *Jescheck*, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff., 257 ff.; *Naucke*, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff.; *Frisch*, Marburger Programm, ZStW 1982, 565 ff.; *Müller-Dietz*, Marburger Programm, ZStW 1982, 599, ausführlich: *Kublink*, Strafen, 2002, 48 ff..

¹¹¹ Zur Bedeutung des Züricher Strafrechtslehrers *Stoß* vgl. *Frisch*, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 345 ff., sowie *Stoß*, Vorentwurf, 1983, Art. 8 - 11, Art. 23 und 40, Art. 24 und 26.

¹¹² So *Kublink*, Strafen, 2002, 66 ff.

¹¹³ *Liszt*, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff., 31; *Liszt*, Einfluss, 1905, 75 ff., 80.

2. Er erklärt:

- (1) Der nicht besserungsbedürftige Gelegenheitstäter sei durch einen „Denkzettel“ aufzurütteln, eine vor allem *psychologische*¹¹⁴ Idee.
- (2) Der besserungsfähige Zustandsverbrecher sei durch Erziehung zu sozialisieren, ein *pädagogischer* Ansatz.
- (3) Der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher sei durch „Strafknechtschaft“ auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen, die *politische Sicherungsverwahrung*.

3. Andererseits solle das Strafrecht aber „mit seinen klar umrissenen Tatbeständen“ aus Gründen der Rechtssicherheit die „*magna carta des Verbrechers*“ sein. Zum Ausgleich und als Schutz vor Missbrauch sind also zunächst die Straftaten nachzuweisen. Der Staat erweist sich als Rechtsstaat.

Damit heiligt die *Freiheit* den *Rechtsstaat*.¹¹⁵

„Dem allgemeinen Interesse darf die Freiheit des einzelnen nicht schutzlos preisgegeben werden. Mag auch immerhin die Grenze dieses Schutzes je nach den verschiedenen Ansichten über die Aufgaben von Staat und Recht zu verschiedenen Zeiten verschieden gezogen werden, so rechtfertigt sich doch im Rechtsstaate die Verhängung des Strafübels nur dann, wenn der Täter seine feindliche Gesinnung durch eine bestimmte, gesetzlich genau umschriebene Tat bewiesen hat.“

Liszt will damit -heute aus generalpräventiver Sicht- das *Recht des Rechtsstaates* geschützt sehen. Insofern stellt er zwar auf die rechts- „feindliche Gesinnung“ des Täters ab, will aber dennoch kein Täterstrafrecht, sondern entnimmt die Gesinnung ausschließlich der „gesetzlich genau umschriebenen Tat.“

In einer Fußnote seines wirkungsmächtigen Lehrbuchs (27. Auflage) verwendet er dann das berühmte bürgerrechtliche Schlagwort von Strafrecht als der „*magna Charta des Verbrechers*“:

¹¹⁴ Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 29.

¹¹⁵ Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927, § 4 III

„Insofern erscheint das Strafgesetz als die magna Charta des Verbrechers. Es verhindert, indem es trotz der symptomatischen Bedeutung des Verbrechens an der Voraussetzung einer tatbestandsmäßigen Handlung festhält, daß an Stelle der individuellen Verschuldung die soziale Gefahr gesetzt wird. ...“

Er sieht also zum einen die drohende Alternative des sozialistischen Staates, auf die soziale Gefahr zu setzen und will zum anderen ausdrücklich das „*individuelle Verschulden*“ einfordern, und zwar der Tat im Sinne des Tatbestandes, so wie es auch das Strafgesetzbuch von 1871 vorsieht.

Er bekennt sich also -auch- zur *Schuldidee* und wendet sich gegen die „soziale Gefahr“.

Nachfolgend erklärt *Liszt*, erneut nunmehr im generalpräventiven Sinne:

„Die Gesetzgebung hat mit den im Volke lebenden Rechtsanschauungen, den „überlieferten Werturteilen“, als einem mächtigen und wertvollen Faktor zu rechnen. Sie muß sich hüten, plötzlich mit ihnen zu brechen; sie darf aber auch nicht vergessen, daß sie die Rechtsanschauung des Volkes vorsichtig zu leiten und allmählich zu erziehen imstande und berufen ist.

4. *Fazit.* *Liszt* hat im *Gesamtbild*, das er entwirft, nicht den generalpräventiven Aspekt *Kants* ausgeblendet und er hat auch nicht darauf verzichtet, eine *individualethische* Rechtfertigung der Sanktionen vor dem Hintergrund des im Willen freien Menschen mit aufzunehmen. Damit entgeht er nicht vollends dem Problem, dem betroffenen Individuum, etwa dem Unverbesserlichen, die Strafe erklären zu müssen. Aber er unterlegt zum Teil zwangsläufig ein utilitaristisch-anthropologisches Weltbild¹¹⁶, das auch er auf eine abstrakte Idee eines sozialetischen Guten, dem Gemeinwohl (dem *summum bonum*) für möglichst Viele, aber eben nicht für alle (die Schädlichen) stützt. Die Strafe wandelt sich zur fürsorglichen Maßnahme. Sie gerinnt zur *poena medicinales*, wie sie schon in der griechischen Aufklärung *Aristoteles* verstanden hat, mit der Aufgabe, den Menschen zu veredeln.¹¹⁷

¹¹⁶ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff.; vgl. auch Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff., 751 ff.; zum konkretisierenden Aspekt bei der Bemessung der Strafe innerhalb des Schuldstrafrahmens, vgl. 369 f.

¹¹⁷ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1104b, 1103a.

Da *Liszts* Straftheorie auf Erziehung, beziehungsweise auf Maßnahmen der Sicherung vor dem Straftäter zielt, birgt sie die Neigung in sich, Erziehung nicht um des Täters willen zu verlangen, sondern seine Resozialisierung anzustreben, um ihn dadurch unschädlich zu machen, also der *Gemeinschaft* zu dienen. Somit handelt es sich in Wirklichkeit tendenziell um eine Form der *Sozialverteidigung* im Sinne der Immunologie¹¹⁸. Der reale Bestand der Gemeinschaft von Menschen soll geschützt werden. Zu diesem Zweck sollen *Straftaten* verhindert, aber *nicht Täter* bestraft werden.

V. These: Gemeinsames von *Kant* bis *Liszt*, nachfolgende Strafmodelle

1. *Gemeinsames von Kant bis Liszt*. Alle vier Gründungsväter diskutieren also mehr Ansätze als nur den jeweils einen, den wir ihnen vereinfachend zuschreiben. Sie alle stehen für eine Art von *Vereinigungstheorie*, wenn auch mit vier unterschiedlichen-Schwerpunkten.

Sie alle gehen von der Idee der Gesetzlichkeit im Sinne eines *allgemeinen Gesetzes* aus. Dieser Idee bildet gleichsam

- die Geschäftsgrundlage
- und sie bietet die feste Rechtsform

für die immer noch andauernden inhaltlichen Fragen nach Sinn und Zweck des Strafens.

Damit aber zeigt sich zudem, dass das Bild vom Strafen immer auch von dieser *absoluten* Idee des allgemeinen Gesetzes *mitregiert* wird. Gemeint ist das Strafen innerhalb dieser Grenzen des Rechts, etwa „*nullum crimen sine lege*“ bei *Feuerbach* und *Liszt*. Ihre scheinbar so einseitigen und *inhumanen präventiven* Ansätze setzen bereits das Bild vom freien Bürger voraus. Man muss sie gleichsam dialektisch lesen (oder auch als „sowohl als auch“).¹¹⁹ Die Freiheitsstrafe verlangt per se das Bekenntnis zur Freiheit und zu Freiheitsrechten.

¹¹⁸ Zur Theorie der Sozialverteidigung siehe Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66.

¹¹⁹ Siehe auch Streng, Theorie, 2012, 677 ff. ("Die absolute Theorie als wahrer Kern der relativen Straftheorie?").

Wer aber die Idee eines solchen Rechts zugrundlegt, kann sich der Idee der Gerechtigkeit nicht verschließen. Sie lautet mit *Kant* schlicht: Jede Norm muss *verallgemeinerbar* sein. Welches Verhalten ist also grundsätzlich und auch in Bezug auf das Strafen gerecht? Dasjenige Tun, das - aus dem Blickwinkel von uns mit Vernunft begabten Menschen - verallgemeinerbar ist. Dass diese Sicht mit dem Allgemeinen zugleich ein *generalpräventives* Element erhält, ist offenkundig.

Als demokratisch erweist sich diese Position auch, denn jeder, der autonom denken, urteilen und handeln kann, kann gemeinsam mit anderen auch allgemeine Normen schaffen und sie immer wieder anpassen.

2. Auch lassen sich diese vier großen Lehren *in Bezug zueinander* und als Antworten aufeinander lesen:

Es beginnt mit *Kant*, der sich im Übrigen seinerseits gegen den englischen Utilitarismus absetzen wollte. Er hatte seine innere *Moralität* noch neben die Legalität und die *vernünftigen Strafinteressen* des aufgeklärten Herrschers gestellt.

Feuerbach verbindet beides zu einem allgemeinen Gesetzbuch und zielt auf die Vermeidungswirkung der gesetzlichen Strafdrohung.

Hegel ergänzt die Idee vom Einzelnen. Er setzt an die Stelle des aufgeklärten Herrschers den idealen Freiheits- und Rechtsstaat.

Liszt überprüft den Rechtsidealismus und setzt die Vernunft auf die empirische Schiene. Sein praktischer und differenzierter Blick auf Strafvollzug und Rückfall führt zu einem erheblichen *Verzicht* auf ursprünglich gerechte, aber harte Gefängnisstrafen. Der Nutzengedanke, die Strafe als „ultima ratio“ einzusetzen, beruht auf diesem Denken. *Liszt* hat uns mit seiner nüchternen Differenzierung geholfen, den Strafvollzug über die Strafpraxis zu humanisieren.

Die *humane* Seite des Strafrechts, vor allem des Strafvollzuges haben wir heute vor allem durch die Menschenwürde-Idee, mit ihrer Objekt-Formel im Sinne von *Kant* und *Hegel* mit seiner Hund-Stock-Metapher, abgesichert. Danach ist

und bleibt jeder Straftäter, selbst der Mörder, ein Mitmensch und ein Nächster, er ist kein Unmensch oder Staatsfeind.

3. Zwischen *Liszt* und *Hegel* bewegen sich mit *Schild*¹²⁰ die Anmerkungen von *Nietzsche* zur Strafe. Er verwendet offen das Modell der poena medicinalis. Es werde, so *Nietzsches* eigener Ausblick, immer Menschen geben, die die besten Züchtigungsmaßnahmen der weisen Gesetzgeber nicht erreichen könnten. Sie seien „entartet“ oder „krank“. Gegen sie seien Zwangsmaßnahmen als „Notwehr“ zulässig. Beide, Verbrecher wie Kranke, seien von Ärzten mit Klugheit und Wissen zu behandeln. Verzichten werde man in Zukunft aber vielleicht darauf, dem Verbrecher ein schlechtes Gewissen zu machen. Er solle den Schaden ersetzen und notfalls mit neuem Namen in die Gesellschaft zurückkehren. Brauche er Gewahrsam, so solle er eingesperrt werden, um seinen tyrannischen Trieb beherrschen zu lernen. Unheilbaren solle Gelegenheit gegeben werden, sich selbst zu töten. Die Gesellschaft aber solle die starke Kraft entfalten, auch „Parasiten“ zu ertragen.¹²¹ Der Verbrecher einer möglichen Zukunft werde sich selber zur Anzeige bringen und seine Strafe in dem stolzen Gefühl selbst bestimmen, dass er so das selbst gegebene Gesetz ehrt.¹²²

Dass allerdings ein solcher Verbrecher sich zuvor frei für die Tat entschieden hat, ist nicht zu vermuten; er haftet gleichsam für unbewusste tyrannische Triebe. *Freuds* Ideenwelt zeichnet sich ab.

4. *Nachfolgende Strafmodelle*: Die nachfolgenden Wellen der Leitbilder beschreiben *Kublink* (eher rechtspolitisch) und *Vormbaum* (rechtshistorisch) ausführlich und einsichtig:

(1) Im *Nationalsozialismus* regierte einerseits der „totale Staat“ unter einem „politischen Willensdiktat“ und führte zu einer „normativen Kriminalpolitik“. Der „*Fortschrittspessimismus*“ führte zu einer „neuen Kultursuche“ als Verbund von „Kultur, Recht und Rasse“. Der Täter, der sich kulturwidrig verhält, wurde zum *Staatsfeind* und Verräter einer Pflichtengemeinschaft. Ächtung, Todesstrafen und Ehrenstrafen trafen den Volksverräter und dienten der

¹²⁰ Schild, W., *Strafbegriff*, 1997, 101 ff., 123 ff.

¹²¹ Nietzsche (Colli), *Morgenröte*, 1881/1971, 3. Buch, Kap. 202.

¹²² Nietzsche (Colli), *Morgenröte*, 1881/1971, 3. Buch, Kap. 187.

„Auslese“.¹²³ 1933 wurde das „Gesetz über die Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“ in das Strafgesetzbuch eingefügt und blieb mit Änderung erhalten. Das Analogieverbot wurde 1935 durch das Analogiegebot ersetzt. Der Richter blieb im neuen § 2 StGB einerseits an das Strafgesetz gebunden, geöffnet wurde es ihm aber durch die zusätzliche, aber wiederum gesetzliche Bindung („und“) an das „gesunde Volksempfinden“.¹²⁴

Andererseits wurde in der Alltagskriminalität das alte gesetzte Strafrecht samt dem Strafprozess- und Strafgerichtsverfassungsrecht im positivistisch-pragmatischen Sinne weitgehend korrekt angewendet. Die Fälle der Todesstrafe, die auf das Strafgesetzbuch gestützt wurden, blieben gering.

Es herrschte also ein Verbund von altem Bürgerstrafrecht, neuem „Volksempfinden“ und individualpräventiven Maßregeln.

(2) Das Verfassungs- und das Strafrecht im *Nachkriegsdeutschland*¹²⁵ beinhalten einerseits eine *Rückbesinnung* auf die Zeit vor dem Nationalsozialismus, also eine Restaurationsphase und andererseits die *naturrechtliche Neubesinnung*: „Menschenwürde und sozialer Rechtsstaat“ bildeten die staatlichen Leitideen und führten zu einem Verbund von „Moralvermittlung und Güterschutz“.

Im Alltag wurden aber weiterhin die der Normen der Gesetzbücher umgesetzt. Der Satz „keine Strafe ohne Gesetz“ erhielt sofort Verfassungsrang, Art. 103 II GG. Die Idee des Rechts in Form eines gesamten Rechtssystems als Gesetzbüchern mit langer Tradition hatte sich also beharrlich gehalten (vgl. Art. 20 III GG).

(3) Die Ideen der „68er“ führten dazu, das Werthafte als Mittel der verdeckten konservativen Herrschaft *sozialwissenschaftlich* zu hinterfragen. Der „Behandlungsgedanke“ führte zur „sozialstaatlichen Blüte“. Ihre „Alternative Kriminalpolitik“ gründete sich auf „rechtssoziologischen Theoreme“. Das Strafrecht sollte nur noch subsidiär eingreifen. Über den staatlichen *Rückzug*

¹²³ Kublink, Strafen, 2002, 235 -266.

¹²⁴ Vormbaum, Einführung, 2015 § 5 V 3 („Strafgesetzgebung bis zum Kriegsbeginn“)

¹²⁵ Zu den bundesdeutschen Reformen im Einzelnen: Vormbaum, Einführung, 2015, § 6 VI insgesamt, sowie 6 („Konservatives Naturrecht der Adenauer Zeit“).

und die vorstaatliche Idee des Täter-Opfer-Ausgleichs und die Stärkung der Opferrechte im Strafprozess wurde nachgedacht.

Die Spezialprävention regierte und die Schuld limitierte sie nur noch. Der Vollzug sollte sozialtherapeutisch werden. Kurzfristige Strafen sollten als ineffektiv zurückgeschraubt, die Geldstrafe umgestellt, das Sanktionsrecht diversifiziert werden.

Die große Strafrechtsreform von 1969/1975 und ihre Nachfolgereformen legten ein „Teilstück auf dem Weg zum alternativen Strafrecht“ zurück.¹²⁶ Aber ihr Kern bleibt das System des hoheitlichen Gesetzesrechts. Nicht die Sanktionen, sondern das Bemühen um *Tatbestände* des Besonderen Teils regiert weiterhin die Strafjustiz. Der Strafvollzug bleibt in Praxis und Lehre den kriminologischen Spezialisten vorbehalten.

Das alternative sozialliberale Denken beherrscht aber weiterhin Teile der *Strafrechtswissenschaft* und führt zur *präventiv* ausgerichteten Vereinigungstheorie und deren Unterformen sowie zur sozialen Handlungslehre und dem sozialen Schuldbegriff.

(4) Die *gegenwärtige Sicht* ist nachfolgend auszubreiten. Sie lässt sich einerseits vielleicht „post-postmodern“ als einen *verfassungsethischeren* Pendelschlag zurück zur *metaphysischen Rechtsmoralität* deuten, zumal dann, wenn man sich mit der Rechtspraxis an die Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* zurückbindet. Aber das Gericht räumt der wissenschaftlichen Straftheorie und seiner Tradition weiterhin einen großen Freiraum ein. Andererseits ist deshalb eine Verbreiterung zu erkennen. Zum präventiven Ansatz treten der Gedanke des Feindstrafrechts, angloamerikanische Ansätze und die Anerkennungslehre hinzu. Diese Lehren sprengen zum Teil den Rahmen einer *deutschen Straftheorie*, die sich an die -neuen bürgerrechtlichen- Vorgaben des *Bundesverfassungsgerichts* halten will, und sie gehören somit zur *übernationalen Rechtsphilosophie*.

Auch weiß die gegenwärtige Straftheorie sich an das einfache Gesetzesrecht, vor allem an das *Strafgesetzbuch*, gebunden. So wird deren Straftheorie auch heute durch die alltägliche -positivistische- Grundhaltung der Umsetzung des

¹²⁶ Kublink, Strafen, 2002, 408 ff., 480.

Gesetzesrechts, mit dem juristischen Fokus auf das Deliktsrechts, untermauert. Das alte *Bürgerstrafrecht* (§ 1 StGB, Art. 103 II GG) bildet das Fundament.

5. *Fazit.* Das deutsche Recht und insbesondere das Strafrecht sind also von *Feuerbach* bis heute vom Prinzip der *Gesetzbücher* dominiert, die im Strafrecht vor allem dem Schutz des Bürgers dienen und ihn von Straftaten abhalten sollen. Das deutsche Rechtsstaatsprinzip sichert der *Rechtsidee* mithilfe von gewaltigen *Gesetzessystemen* seine geistige Macht und dem *Bürger* die Freiheit. Beidem dient das deutsche Strafrecht seit rund 200 Jahren. Jede Straftheorie enthält also immer auch derartige Rechtselemente.

3. Kapitel (§ 3)

Gegenwärtige Vereinigungstheorie und Sonderlehren

I. Vereinigungstheorie in der Fassung des *Bundesverfassungsgerichtes*, Verankerung in Strafrechtspraxis und Strafgesetzbuch

1. *Bundesverfassungsgericht*. Das *Bundesverfassungsgericht* hat die strafrechtswissenschaftliche Vereinigungstheorie aufgegriffen und mithilfe von Gutachtern eigenständig durchstrukturiert.¹²⁷ Seine Sichtweise ist nicht nur prototypisch für die vielen Ausformungen der Vereinigungstheorie, sondern hat sie auch festgeschrieben. Sie besitzt aber die Besonderheit, dass sie die Elemente offen nebeneinander stellt.

In der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe im Jahre 1977 weigert es sich zwar formal, die Vereinigungstheorie als eigene zu übernehmen („es kann nicht Aufgabe des *Bundesverfassungsgerichts* sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft¹²⁸ von Verfassungs wegen zu entscheiden“)¹²⁹. Aber sowohl die bescheidene Auswahl der wissenschaftlichen Literatur, als auch die nachfolgenden klaren Äußerungen des Gerichts belegen, dass es sich jedenfalls seinerzeit und bislang unwiderrufen, zur so genannten *Vereinigungstheorie* bekennt. Es wollte offenbar eine ethische Grundauffassung, zumal in der damaligen sozialliberalen Zeit nicht festschreiben. So konnte und kann es einen etwaigen Wechsel der vorherrschenden Meinung (Paradigmenwechsel) mitvollziehen.

Inhaltlich sieht sich das *Bundesverfassungsgericht* zudem in einer Linie mit dem *Bundesgerichtshof* in Strafsachen¹³⁰, auf dessen Äußerungen es mehrfach verweist.

2. Im Einzelnen:

¹²⁷ Zur Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts meint Alexy, Grundrechte, 1985, 17, zu Recht, was Grundrechte heute seien, seien sie vor allem aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die Grundrechtswissenschaft sei zu einem beträchtlichen Teil „Verfassungsrechtsprechungswissenschaft“.

¹²⁸ Vgl. Hörnle, Straftheorien, 2011 passim oder auch zunächst einmal: Momsen/Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff., 336 ff.

¹²⁹ BVerfG 45, 187 ff., 253

¹³⁰ BVerfG 45, 187 ff., 253; so etwa BGH 24, 40 ff., 44; 24, 64 ff., 66; GA 1976, 113 ff., 114.

(1) Als erstes Element nennt das *Bundesverfassungsgericht* die *Generalprävention*. Es unterscheidet:

(a) die *allgemeine* Generalprävention im Sinne des Schutzes der Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten, insbesondere des Schutzes der „elementaren Werte“ des Gemeinschaftslebens, strafrechtswissenschaftlich formuliert der Rechtsgüter¹³¹;

(b) die *positive* Generalprävention im Sinne der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in den Bestand und die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung¹³², kurz und als These: die Strafe dient der Erhaltung der „Rechtstreue der Allgemeinheit“¹³³ (die andernfalls geneigt wäre, Selbstjustiz zu üben);

(c) die *negative* oder spezielle Generalprävention im Sinne der Abschreckung anderer tatgeneigter Personen, also solcher, die in Gefahr sind, ähnliche Straftaten zu begehen.¹³⁴

(2) Das zweite Element stellt die Strafe zur *Spezialprävention* oder Individualprävention dar:

(a) die *negative* Spezialprävention im Sinne der Sicherung der Allgemeinheit vor etwaigen künftigen Taten des Täters, und zwar durch Abschrecken des Täters und durch Einsperren sowie

(b) die *positive* Spezialprävention im Sinne der Resozialisierung des Täters¹³⁵.

¹³¹ Zum Begriff des Rechtsguts und seinen Definitionen u.a. als „sozial wertvoll anerkanntes Lebensgut“, siehe den Überblick bei Eisele - Schönke/Schröder, 2014, Vorbem. §§ 13 ff., Rn 9, sowie: Jäger SK-StGB, 2017, Vor § 1 Rn 1 ff („sozial anerkannte Lebensgüter, die speziell unter dem besonderen Schutz des Strafrechts stehen“).

¹³² BVerfG45, 187 ff., 256.

¹³³ Siehe auch die Verbindung mit dem Rechtsgüterschutz in BVerfG 88, 203, 272: „...der verfassungsrechtliche Rang des Rechtsgutes des ungeborenen menschlichen Lebens muss dem allgemeinen Rechtsbewusstsein weiterhin gegenwärtig bleiben (sog. positive Generalprävention).“

¹³⁴ BVerfG45, 187 ff., 255, u. Hinw. auf BGH 24, 40 ff., 44.

¹³⁵ Als *Resozialisierungsgebot*, ableitet aus Art. 1 I und Art 2, BVerfG 45, 187, 238 f. BVerfG 98, 169, 200 ff. Dazu etwa auch Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 31.

(3) Das dritte Element bildet die Strafe als Schuldausgleich:

(a) zur *Strafbegründung*, in dem Sinne, dass die *Schuld*, verstanden als verschuldetes Unrecht *auszugleichen* sei; die Strafe sei deren Vergeltung mittels Sühne und persönlicher Schuldverarbeitung¹³⁶, kurz: sie dient dem Tatschuldausgleich; im Sinne von Vergeltung, ohne die emotionale Aufladung durch die unmittelbare Assoziation der unzivilisierten *Rache*¹³⁷,

(b) an anderer Stelle in dieser Entscheidung benennt es die Schuld als beherrschenden *Strafzumessungsgrund*:

Die Schuld des Täters sei zugleich für die Strafzumessung maßgebend. Die Höhe der angedrohten Strafe müsse im gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen¹³⁸. Die Strafe dürfe die Schuld des Täters nicht übersteigen¹³⁹. Wo die Tat verschiedene Grade des Verschuldens aufweise, müsse der Richter grundsätzlich über die Möglichkeit verfügen, die Strafe anzupassen¹⁴⁰.

3. *Schuldprinzip*. Die Schuld ist verfassungsrechtlich an hervorragender Stelle verankert. Die Existenz von *Schuld* im Sinne von verschuldetem Unrecht als allgemeine Vorstellung anzuerkennen und konkret im Urteilstenor als Schuldspruch einem Menschen vorzuhalten, setzt die Idee des grundsätzlich autonomen und deshalb würdigen Menschen voraus.

¹³⁶ BVerfG 45, 187, 258 f.; vgl. auch BGH 24, 40 ff., 46; 24, 64 ff., 66; GA 176, 113 ff., 114; ebenso Bruns, Recht, 1985, 81 ff.

¹³⁷ Zum Bestreben, die Vokabel der Vergeltung durch die des Schuldausgleichs zu ersetzen, siehe Bruns, Grundfragen, 1974, 739 ff.; Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986, 23 ff. m.w.N.; Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 1984, 641 ff., 644, spricht von einer Tautologie; zusammenfassend Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992, 112 ff. Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 46, Rn 4, lehnt den Begriff der Vergeltung ausdrücklich ab; („kann nicht Selbstzweck der Strafe sein“), obwohl die Ethik ihn als Form der Tauschgerechtigkeit kennt.

¹³⁸ BVerfG 45, 187 ff., 228; siehe zudem BVerfG 72, 105 ff., 114.

¹³⁹ 259 f.; zu den Forderungen an die Strafzumessung vgl. auch BVerfG 6, 389 ff., 439; 9, 167 ff., 169; 20, 323 ff., 331; 25, 269 ff., 285 f.; 39, 1 ff., 57; 64, 261 ff., 271; vgl. auch Volk, Strafe, ZStW 1971, 405 ff.

¹⁴⁰ Unter Hinweis auf BayVerfGH n.F. 3, 109 ff., 114; Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff., 13.

Zur Schuld hat sich der Große Senat des *Bundesgerichtshofes*¹⁴¹ schon 1952 in einer berühmten Entscheidung geäußert und erklärt, dass der „*durchschnittliche Mensch befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden*“ – kurz: Er besitzt die Willensfreiheit. Entscheidet er sich für eine unrechtmäßige Handlung, so ist ihm diese Entscheidung vorzuwerfen. Er hat den eingetretenen Erfolg verschuldet. Das *Schuldprinzip* besitzt deshalb als Ausprägung der *Menschenwürde* unmittelbaren Verfassungsrang Art. 1 GG.¹⁴²

Dieser Umstand führt aber dennoch nicht zum absoluten Vorrang des Gedankens des Tatschuldausgleichs und dessen Menschenbildes. Vielmehr ist der Begriff der Vereinigungstheorie gut gewählt: Vereinigen zum Beispiel Menschen ihre individuellen Fähigkeiten, so sollte dies eine Verbindung von in etwa gleichwertigen Partnern sein, die auch untereinander noch in engere zweiseitige Beziehungen treten können. Entsprechendes ist auch für die Erklärungspotentiale anzunehmen, die von den drei Einheiten der Vereinigungstheorie ausgehen sollen.

4. Als Formel lässt die dreifaltige Vereinigungstheorie mit den Worten *Arthur Kaufmanns* ansatzweise vereinheitlichen,

„..., dass es einzig um der Schuld willen gerechtfertigt ist, den für die Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüterschutz durch Strafen zu realisieren, aber auch nur solche Strafen, deren Vollzug primär auf die Resozialisierung des Täters gerichtet ist“.¹⁴³

Ähnlich sieht es bereits die etwas ältere deutsche Lehrbuch- und Kommentarliteratur. *Lenckner* schreibt in einem der großen Standardkommentare zum Strafgesetzbuch: Die Notwendigkeit des Strafens entspringe ausschließlich general- und spezialpräventiven Gründen. Allerdings rechtfertigten diese Präventionsgedanken die Strafe erst dann, wenn der Täter

¹⁴¹ BGH 2, 194 ff., 200.

¹⁴² Vorhergehende Entscheidungen: BVerfG 6, 32 ff., 41; 27, 1 ff., 6; 30, 173 ff., 193; 32, 98 ff., 108.

¹⁴³ So, allerdings mit einigen Zusätzen für schwerste Verbrechen, bei denen womöglich der Vergeltungssinn wieder zum Durchbruch komme, Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 276; aufgegriffen von Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff., 526 f.

den darin begründeten Tadel „verdient“ habe. Das aber sei ohne Schuld im Sinne eines Dafürkönnens nicht denkbar.¹⁴⁴

Ebenso kann *Roxin* die „neuste Strafzweckdiskussion“ 2015 mit den Begriffen von „*Prävention, Tadel und Verantwortung*“ zusammenfassen.¹⁴⁵ Dabei zeigt die Reihung, dass der Schwerpunkt zwar auf der Prävention liegt, aber die Paarung von Tadel und Verantwortung, die auch Schuld und Schuldübernahme mit umfassen, hinzukommen müssen.

*Jescheck*¹⁴⁶ erläutert in seinem großen *wirkungsmächtigen* Lehrbuch, dass das Strafrecht durch die Androhung, Verhängung und Vollstreckung der gerechten Strafe dem Zweck diene, Rechtsverletzungen in der Zukunft vorzubeugen. Er fordert, *Generalprävention durch Schuldausgleich in möglichst humaner Weise* zu betreiben.

5. Die *groben* Kennzeichen der Vereinigungstheorie sind, dass

- (1) ihre verschiedenen Elemente *nebeneinander* stehen können, und zwar
- (2) insbesondere der Schutz der Gesellschaft und der Werte oder der Rechtsgüter,
- (3) auch das Schuld- und Verantwortungsprinzip einen eigenen Rang erhält.
- (4) Diese Sicht auf die Strafe ist säkular und rational, also auf Verstand und Vernunft gegründet.
- (5) Die psychologischen Elemente der rächenden Vergeltung finden nur mittelbar, und zwar über die Idee von der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit und der Form des Schuldausgleichs Eingang in das deutsche Begründungssystem.
- (6) Auch handelt es sich um die Rechtfertigung einer staatlichen Strafe in einem demokratischen westlichen Staatswesen.

¹⁴⁴ So überwiegend wörtlich Lenckner - Schönke/ Schröder, 1997, Vorbem §§ 13 ff., Rn 109; er verweist wiederum auf Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff., 303. Fortgeführt von: Eisele - Schönke/Schröder, 2014, Vorbem. 13 ff., Rn 110 (es sei das „als „Anderswollenkönnen verstandene(n) Andershandelnkönnen die Voraussetzung auch der strafrechtlichen Schuld“).

¹⁴⁵ Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff. .

¹⁴⁶ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996 4; zum Zitat: Jescheck LK, 1994, Vor § 1, Rn 27.

Die sozialwissenschaftlich eingefärbte Spezialliteratur setzt Kontrapunkte und bietet Alternativen. Die Hirnforschung stellt wiederum die Willensfreiheit des Menschen in Frage.

6. *Strafgesetzgeber*. Der *Bundesgesetzgeber*, der für den politischen Konsens der Allgemeinheit steht, hat das alte Strafgesetzbuch im Hinblick auf die Rechtsfolgen umfassend erneuert. Er hat die einzelnen Elemente der Vereinigungstheorie jeweils gesondert an verschiedenen Stellen in das materielle Strafrecht eingehen lassen.

(1) Vom *Schuldprinzip* allerdings geht der Gesetzgeber aus. Nur diejenige Person ist zu bestrafen, die auch nachweislich schuldig ist. Geregelt hat er deshalb nur diejenigen Fälle, in denen die entsprechende Grundvermutung sich ausnahmsweise nicht bestätigt (§§ 19, 20, 21, vgl. auch §§ 15, 17, 18, 29, 56 b StGB sowie etwa § 3 JGG, §§ 153, 153 a StPO). Auch ausnahmsweise entschuldigt darf der an sich schuldfähige Mensch nicht sein (§§ 35, 33 StGB). Insoweit regiert das Schuldprinzip. Als Vorwerfbarkeit, die vom Unrecht getrennt zu prüfen ist, also die im engeren Sinne, und als *Voraussetzung* für die Strafbarkeit dient das Schuldprinzip vorrangig zum *Ausschluss* der Strafbarkeit und der Eröffnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung, insbesondere gemäß § 63 StGB. Der Gegenstand des Vorwurfs und des prozessualen Schuldspruchs ist hingegen die Entscheidung für ein bestimmtes *Unrecht* und dessen Verwirklichung.

Das Prinzip, dass der Täter nur für verschuldetes Unrecht zu bestrafen sei, hat der Gesetzgeber mit dem ersten Satz der „Grundsätze der Strafzumessung“ mit Gesetzeskraft übernommen: „Die Schuld ist Grundlage für die Zumessung der Strafe“ (§ 46 StGB). Der *Bundesgerichtshof* vertritt dementsprechend die Auffassung, dass das Maß der Schuld nicht nur die Ober-, sondern auch die Untergrenze der Strafe bestimmen soll. Auch aus spezialpräventiven Gründen dürfe die Strafe die Schulduntergrenze nicht unterschreiten¹⁴⁷. Insofern bestätigt das *Bundesverfassungsgericht* die entsprechende gesetzliche Regelung der Grundsätze der Strafzumessung in § 46 StGB.

¹⁴⁷ Vgl. BGH 24, 132 ff., 133 f.; 29, 319 ff., 321; JZ 1976, 650; NJW 1978, 174 f., 175.

Auflagen kann das Gericht, das die Strafe zur Bewährung aussetzt, zur *Genugtuung* verhängen (§ 56 b StGB). Auch der Täter-Opferausgleich dient zumindest auch dem Tatschuldausgleich (vgl. nur § 46 a StGB)

So erklärt *Weigend* zu Recht:

*"Die Strafe dient in einem „personalen“ Verständnis des Strafrechts auch dazu, gegenüber dem Verletzten symbolisch zum Ausdruck zu bringen, dass ihm Unrecht widerfahren ist; sie kann so sein Gerechtigkeitsgefühl befriedigen und nötigenfalls auch zu seinen Gunsten die Geltung der verletzten Norm bestätigen.“*¹⁴⁸

Allerdings gilt das auch aus der Sicht der *Allgemeinheit*, die solidarisch mit der Opferseite mitempfindet, und deren Rechtsgüter verletzt sieht und nach einem Ausgleich, welcher der *Genugtuung* dient, nicht nur für sich, sondern auch sie einfordert. Deshalb trägt dieser Gedanke nicht nur für ein vorrangig personales Verständnis, das die Rechtsgüterlehre zurückdrängt.

(2) *Generalpräventive* Gesichtspunkte verwendet der Gesetzgeber mit Begriffen wie der „Verteidigung der Rechtsordnung“¹⁴⁹ zum Ausschluss einer an sich angezeigten Strafaussetzung zur Bewährung oder zur Verhängung einer an sich zu vermeidenden kurzfristigen Freiheitsstrafe, §§ 56 III, 47 II StGB oder im „öffentlichen Interesse“, das eine Strafverfolgung durch den Staat bei Bagatelldelikten erforderlich macht (§§ 153, 153 a, 376 StPO, §§ 194, 232, 303 c, vgl. auch § 193 StGB).

(3) *Spezialpräventive* Gesichtspunkte fließen innerhalb des durch die Schuld gesetzten Rahmens in die Strafzumessung ein. Die Strafe soll auch der resozialisierenden Einwirkung auf den Täter dienen, künftig ein straffreies Leben zu führen (§ 46, vgl. auch § 47 StGB). Ob eine Freiheitsstrafe nach ihrer Festsetzung zur Bewährung auszusetzen ist, hängt maßgeblich davon ab, ob dem Täter eine günstige Sozialprognose zu stellen ist (§ 56 I, II StGB).

¹⁴⁸ Weigend, Strafe, RW 2010, 39 ff., 57:

¹⁴⁹ Zur Befürchtung des Gesetzgebers, es drohe eine Erschütterung der Bevölkerung, das Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit werde verletzt, siehe Engelhard, BT-Prot. 10/120, 8922; BT-Prot. 10/181, 13760; Seesing, BT-Prot. 10/181, 13754 ff.; Lang, BR-Prot. 1986/560, 8 ff.; Scholz, ebenda 51, Anlage 6 etc.; sowie Bericht der Bundesrepublik zur Beurteilung des strafrechtlichen Sanktionensystem, BT-Drucksache 10/5828, 3.

Spezialpräventive "Weisungen" zur Lebensführung können ihm helfen, straffrei zu bleiben (§§ 56 c, 59 StGB).

Entsprechendes gilt für die Frage, ob eine bedingte Entlassung, etwa nach zwei Dritteln der verbüßten Freiheitsstrafe, möglich ist (§ 57, vgl. auch § 57 a StGB). Als Erziehungsgedanke ist die Spezialprävention Grundlage der Jugendfreiheitsstrafe. Resozialisierung des Gefangenen und Sicherung vor ihm beherrschen zudem den Strafvollzug (früher § 2 StVollzG des Bundes, jetzt Ländersache)¹⁵⁰.

(4) Dass die Strafe nicht nur höheren Zielen dient, wie dem vergeltenden Schuldausgleich, der Gewalt- und der Spezialpräventiven, sondern auch eine Übelzufügung, also eine Rechtsgutsbeschränkung meint und bedeuten soll, ergibt sich zwar einerseits mittelbar aus dem Gesetz: Die Tat ist eine Übelzufügung und der Ausgleich soll homöopathisch auf dieselbe Weise erfolgen. Aber es widerspricht der Idee der Mitmenschlichkeit, Leid- und Schmerzzufügung offen als einen von drei Endzwecken einzufordern. Deutlich wird diese Seite hingegen bei

¹⁵⁰ Vgl. BVerfG 35, 202 ff., 235: "Dem Gefangenen sollen Fähigkeiten und Willen zur verantwortlichen Lebensführung vermittelt werden, er soll es lernen, sich unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch zu behaupten, ihre Chancen wahrzunehmen und ihre Risiken zu bestehen", u. Hinw. auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG.

Zum Anspruch auf Sozialisierung siehe BVerfG 45, 187 ff., 239; 40, 276 ff., 285; sowie Calliess/ Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, Einl. 31 ff.

Dazu, dass der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten nur als Aufgabe des Vollzuges angeführt, jedoch nicht zum Ziel des Vollzuges erklärt wird (vgl. § 2 StVollzG) siehe Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, § 2, Rn 5, u. Hinw. auf BTD 7/3998, 5 f., und 7/918, 44 f.: Die Isolierung der übrigen Gesellschaft soll kein selbständiges Ziel des Strafvollzuges darstellen. Die sichernde Isolierung habe eine der Resozialisierung dienende Funktion: BTD 7 3998, 5 f., 6.

Vgl. allerdings auch die bei Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, § 2, Rn 13, angegebene Tendenz der Rechtsprechung, darüber hinaus "Allgemeinstrafzwecke" in das Strafvollzugsrecht einzubeziehen (Schuldschwere und Schuldausgleich, Vergeltung und Sühne, Generalprävention und Verteidigung der Rechtsordnung, im Hinblick auf den Urlaub, § 13, sonstige Vollzugslockerungen, § 11, sowie für den offenen Vollzug, § 10). Für alle Gefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe OLG Nürnberg, ZfStrVo 1984, 114; OLG Stuttgart, NStZ 1984, 525; eine Ausdehnung für alle Gefangenen mit zeitiger Freiheitsstrafe: OLG Frankfurt NStZ 1983, 140; OLG Nürnberg NStZ 1984, 92, zum Teil wieder reduziert insofern, dass die Allgemeinstrafzwecke nur in Ausnahmefällen bei besonders schwerer Schuld und schwersten Straftaten zu berücksichtigen seien: OLG Celle, ZfStrVo 1984, 251; OLG Stuttgart, StV 1985, 466 (siehe im einzelnen Calliess/ Müller-Dietz, § 2, Rn 15); vgl. auch BVerfG 64, 261, wonach die zu versagende Gewährung von Urlaub einseitig unter dem Gesichtspunkt der Schuldschwere verfassungswidrig sei (vgl. dazu Callies/ Müller-Dietz, § 2, Rn 17).

- (a) insbesondere der Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die Strafe (§ 54 StGB),
- (b) der Anrechnung des Maßregelvollzugs auf die Strafe bis zu zwei Dritteln der Strafe (§ 67 IV StGB) oder
- (c) dem *Absehen von Strafe* oder der erheblichen Berücksichtigung, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, dass die Verhängung einer Strafe“ jedenfalls von bis zu einem Jahr „offensichtlich verfehlt wäre“ (§ 60 StGB), also der „poena naturalis“¹⁵¹.

7. *Wiedergutmachung* ist ein Element, das bereits *Henkel*¹⁵² neben der Strafe als der negativen Seite der Vergeltung und der Vorbeugung als dritte Rechtsfolge der Straftat setzen will. Sie stellt jedenfalls auch und vorrangig eine *positive* Form des Vergeltens dar, weil sie am Opfer orientiert ist. Negativ ist sie gleichwohl strafähnlich als *Genugtuung* im Sinne der Auflagen zu begreifen. Sie dient nicht nur dem konkreten Opfer, sondern auch generalpräventiv als *Heilung* des Rechtsbruchs, durch den die Allgemeinheit geschädigt ist.¹⁵³ Diesem Zweck im Sinne *Hegels* dient jede Art der Vergeltung. Diese idealisierte generalpräventive Aufgabe bildet den gemeinsamen *Oberbegriff* von Strafe und Wiedergutmachung und erklärt die Verrechenbarkeit mit der Strafe.

Enthalten ist der Gedanke der Wiedergutmachung etwa in den Vorschriften der Strafaussetzung zur Bewährung, zur bedingten Entlassung, zur Verwarnung mit Strafvorbehalt sowie der Einstellung des Strafverfahrens mit der *Auflage*, den Schaden wiedergutzumachen (vgl. §§ 56 b II Nr. 1, 57 III, 59 a II StGB sowie §§ 153 a I Nr. 1, 153 b StPO). Auch bei der Strafzumessung spielt er eine Rolle (§ 46 a StGB). Überdies ist er in engem Zusammenhang mit der Idee gemeinnütziger Arbeit zu sehen (Art. 293 EGStGB).

Zwar misst der Gesetzgeber der Wiedergutmachung einen strafähnlichen Charakter zu, indem er sie als Auflage „zur Genugtuung“ vorgibt (bei der Strafaussetzung zur Bewährung und der Einstellung des Verfahrens gem. § 153 a StPO). Wiedergutmachung zieht einen teilweisen, bei leichteren Delikten einen gänzlichen *Verzicht* auf Strafe nach sich (vgl. auch § 46 a StGB). Im Sinne

¹⁵¹ BT-Dr. V/4094, S. 6; siehe Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff.; auch z.B. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 2014, § 60 Rn 1 m.w.N. auf u.a. deshalb auch kritisch Stimmen, etwa Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff..

¹⁵² Henkel, Strafe, 1969, 12.

¹⁵³ Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff., 12.

von Schadensersatz ist sie eine Form des Vergeltens. Aber der Täter ist ohnehin nach *zivilrechtlichem* Deliktsrecht zum Schadensersatz verpflichtet¹⁵⁴. Was zur Strafmilderung führt, sind Einsicht und tätige Reue des Täters sowie der Umstand, dass er selbst um Wiederherstellung des Rechtsfriedens bemüht ist. Aus dem Blickwinkel widerruft der Täter, dass diese seine Unrechtstat sein darf. In jedem Fall handelt es sich um eine zum Teil *strafersetzende aktive* und insofern wenigstens freiwillige Verhaltensweise des Täters.

Den Kern des Strafrechts betreffen die Fälle der Einsicht und der tätigen Reue des Täters zwar nicht. Deshalb sind sie auch nachfolgend nicht gesondert herauszustellen. Aber die Verrechtlichung dieses alten Gedankens der demütigen Unterwerfung in der Erwartung von Gnade¹⁵⁵ lässt umgekehrt einen entsprechenden Strafgrund für die volle Härte des Gesetzes vermuten.

Das Strafrecht kennt mit der Verjährung auch den Verzicht auf Strafe. Der Rechtsfrieden verdrängt das Strafgedenken. Außerdem bleibt zu bedenken, dass die Nachweispflicht des Staates, kurz der Satz „im Zweifel für den Anklagten“, dazu führt, dass wir auf Strafe zugunsten der Rechtsicherheit und der Unschuldsvermutung verzichten (können müssen).

Die Strafraumenabsenkung nach §§ 46a, 49 StGB und die bedingte Entlassung nach *zwei Dritteln* der verbüßten Strafe bezeugen schließlich den *Umfang des Verzichts auf Strafe bei verurteilten Tätern*, aber auch die Begrenztheit dieser Sicht für das Strafrecht.

8. *Präventives Maßregelrecht*. Jenseits des Strafrechts, aber gleichwohl im deutschen Strafgesetzbuch kodifiziert, steht ein fast reines Präventionsrecht zur Verfügung. Das Maßregelrecht sieht - aus Anlass der Tat, und bei deren vollem Nachweis- freiheitsentziehende Maßregeln vor, 61 ff. StGB. Dazu gehört vor allem die *Unterbringung* in eine psychiatrische Anstalt, § 63 StGB. Danach ist der schuldunfähige Täter in der Öffentlichkeit doppelt stigmatisiert, als Straftäter und als geisteskrank. Nach Landesrecht ist ohnehin schon dann eine *Unterbringung nach öffentlichem Recht* in einem geschlossenen Krankenhaus möglich, wenn von dem Patienten nach dessen Krankheitsbild eine konkrete

¹⁵⁴ Zu diesem Problem ausführlicher Berndt, Bewährungsaufgabe, 1994, 137 ff.

¹⁵⁵ Eingefordert durch BVerfG 45, 187 (bereits im Leitsatz).

Gefahr für andere Menschen ausgeht. Wie immer im Recht ist es wichtig, das *gesamte Rechtssystem* mit einzubeziehen.

Jedem schuldfähigen Straftäter droht zudem bei schweren Delikten, Rückfall und hoher Wiederholungsgefahr die *Sicherungsverwahrung*, die er nach Verbüßung der vollen Strafe in einer eigenen Art von Vollzug ebenfalls als Freiheitsentzug erfährt.

9. *Fazit*. Das deutsche Strafrecht ist also inzwischen (zumindest) *zweispurig* ausgelegt. Die Straftheorien wollen zwar nur die Strafe erklären, aber dennoch zeichnet sich damit ab, dass die rein präventiven Strafzwecklehren -eigentlich- zumindest ein gewichtiges Argument verlieren. Sie können nicht mehr darauf hinweisen, dass ein Schuldstrafrecht bei hartnäckigen Rückfalltäten im Bereich der mittleren und der schweren Kriminalität versage. Es versagt nicht, es nutzt eine zweite Rechtsart.

Das kodifizierte deutsche *Schuldstrafrecht* hat also seine Grundidee schon dadurch *abgesichert*, dass es ein eigenes rein präventiv ausgerichtete Maßregelrecht geschaffen hat.

Insbesondere die Gründe für die *Sicherungsverwahrung* für hartnäckige Gewohnheits- und Hangtäter war bis 1933 in die Strafzumessung des alten *Schuldstrafrechts* integriert. Andere Staaten wie die USA gehen diesen Weg weiterhin.

Das Maßregelrecht betrifft aber in der Praxis und im Rechtssinne nur *Sonderfälle*. Das Schuldstrafrechts regiert also den *Regelfall*.

Aber es bleibt die Ausgangsfrage, wie denn die Strafe, nunmehr die des „Regelstrafrechts“, zu begründen ist.

II. **Gemeinsames Fundament: gesetzlich bestimmte Tatbestände und das Bürgerschutzstrafrecht; Arten der Vereinigungstheorie, Reduktion auf Straftheorie**

1. *Gesetzlichkeitsprinzip*. Die *meist unausgesprochene Grundlage* der deutschen Straftheorien bildet die Struktur des geltenden Strafgesetzbuchs mit der Idee der Freiheitsstrafe und der Satz „*nullum crimen sine lege*“, also das besonders strenge *Gesetzlichkeitsprinzip* des Strafrechts.

Daraus folgt, dass sich jede Strafbegründung der Idee des „Gesetzes“ jedenfalls nicht vollständig entziehen kann. Die Strafe muss also immer auch in *diesem Sinne* des allgemeinen Gesetzes „gerecht“ sein. Jeder rein präventive Ansatz wird diese zumindest formalen Gerechtigkeitsgedanken stillschweigend mitberücksichtigen (müssen).

Zum Strafrecht gehört überdies immer auch die Verbindung eines Tatbestandes mit einem Sanktionsrahmen. Grundlage der Strafe muss also immer -auch- die Tat sein. Diese Verbindung muss nicht zwingend ein Selbstzweck sein, wie es die Gerechtigkeitstheorie meint. Die Tat kann auch Anlass für die Resozialisierung „der Person“ bilden. Aber ohne einen gesetzlichen Tatbestand, an den eine Strafdrohung geknüpft ist, darf es jedenfalls keine Strafe geben und greift auch ohne Tat nicht einmal das strafrechtliche Maßregelrecht der §§ 61 ff StGB.

Präventive Straftheorien kommen also zum einen nicht ohne ein derartiges Rechts- und Gerechtigkeitsdenken aus und werden und müssen zum anderen immer von einem Bürger-Strafrecht ausgehen.

Die Gerechtigkeitstheorien wiederum müssen sich darauf zurückbesinnen, dass die Idee des *allgemeinen Gesetzes* immer auch die generalpräventive Idee der Allgemeinheit mit umfasst und dass sie mit dem *Schutz* von Werten (auch vor Missbrauch durch den Staat) einen individualpräventiven Ansatz in sich birgt.

So erklären *Hassemer/ Neumann* zu Recht: „*Dabei stehen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit nicht unverbunden nebeneinander, sondern befruchten und begrenzen einander in einem Spannungsverhältnis.*“¹⁵⁶

Die Widersprüche sind danach also auszuhalten und bringen konkreten Gewinn. Auch ist zu bedenken, dass die Idee der Gerechtigkeit nur schwer zu bestimmen ist. So kennen wir neben der strengen Tausch- auch die Zuteilungsgerechtigkeit. Ebenso unterscheiden wir bei der Zweckmäßigkeit zumindest schon einmal zwei präventive Zwecke.

An dem vagen Grundgedanken einer *Über-Vereinigungstheorie*, mit welchem Schwerpunkt auch immer, ist also auch schon deshalb nicht vorbei zu kommen. Doch ist dabei nicht stehen zu bleiben. Ohne den zusätzlichen *Vorrang eines Aspektes* „*fehlt ein übergeordnetes Entscheidungskriterium*“¹⁵⁷, um in Zweifelsfällen die Antinomie der Strafbegründungen aufzulösen.

Das Bekenntnis zur *Notwendigkeit der Über-Vereinigungstheorie* als solcher findet sich in *etlichen Lehrbüchern* zum Allgemeinen Teil des Strafrechts.¹⁵⁸ Sie

¹⁵⁶ Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 58, 62, die selbst auch das „Rechtsgut“ als „zentrales Kriterium um eine gerechte Strafwürdigkeitsbestimmung“ zu erreichen, anführen.

¹⁵⁷ Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 41. Besonders ausführlich, aber mit anderer Folgerung: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 20 ff, 53 („sieht sich jede der wiedergegebenen Straftheorien trotz ihrer grundsätzlich einleuchtenden Argumenten einzelne gewichtigen Gegenargumenten ausgesetzt. Demgemäß enthält das StGB keine Festlegung auf einen einzige, sondern bringt in einzelnen Vorschriften in unterschiedlichen Zusammenhängen Gedanken der verschiedene Theorien zum Ausdruck“, dennoch steht m. E. das *Tatschuldstrafrecht* im Vordergrund, wie schon die Trennung zwischen Maßregelrecht und dem *Tatschuldstrafrecht*, §§ 19 ff, 46 ff StGB belegt, und wie das Prozessrecht mit dem „Schuldpruch“ zu Ausdruck bringt, an den der „Strafausspruch“ geknüpft ist.

¹⁵⁸ Aus der Lehrbücherliteratur: So auch Murmann selbst, Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 41; Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015, 1. Kap, II 2, Rn 12 ff., 20 („Im Hinblick auf die...Kritikpunkte an (rein) absoluten und relativen Strafzwecklehren hat sich heute weitgehend ein integrierender Ansatz durchgesetzt, der im Sinne einer *Vereinigungstheorie* die Aspekte der Repression und der Prävention kombiniert“); Heinrich, Strafrecht AT, 2016, § 2 I bis III, Rn 19 („Da insoweit keine der genannten Theorien vollständig überzeugen kann, haben sich heutzutage mehrere Vereinigungstheorien gebildet, die je nach Ausprägung zwar den Schwerpunkt auf den einen oder den anderen Aspekt legen, im Ergebnis aber die genannten Theorien miteinander verbinden“). Ähnlich Rengier, Strafrecht AT, 2017 § 3 Rn 21 ff. („... das keine Straftheorie für sich allein zu überzeugen vermag. Vor diesem Hintergrund sind mit unterschiedlichen Akzenten vermittelnde Vereinigungstheorien entstanden, die versuchen, die Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen“); Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015, § 1, Rn 6 ff. („Die sogenannte Vereinigungstheorie verbindet...die absoluten und relativen Straftheorien zu einem einheitliche Ansatz“- was wohl nur mit dem Vorrang einer Sichtweise und der Unterordnung der anderen möglich ist); Gropp, Strafrecht AT, 2015, Rn 98 ff; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017, Rn 21 ff; Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, §

berichten dazu von den absoluten und relativen Theorien und ihren vier Ahnherren, erörtern diese, kritisieren jeweils die reine Form dieser vier Lehren, die in Wirklichkeit aber nicht so streng vertreten wird. Die Lehrbücher verzichten aber zugleich und sinnvoll auf eine konkretere weitere Stellungnahme dazu, welche Schwergewichte sie legen wollen.

2. *Unterarten.* Die Unterarten der Vereinigungstheorie, die auf einen bestimmten Vorrang setzen lassen sich grob in drei Gruppen ordnen. Die beiden herkömmlichen Unterscheidungen lauten:

(1) *Präventive Vereinigungstheorie.* Es gibt die präventive Vereinigungstheorie in vielerlei Ausprägungen. Sie herrscht wohl unter denjenigen Strafrechtlern vor, die sich intensiver mit der Begründung der Strafe beschäftigt haben.

Danach dient die Strafe, also der Entzug von Freiheit allgemein einem guten Zweck, der Verhinderung von Straftaten.

In der Regel vertreten wird dabei der *positiven Generalprävention* der Vorrang eingeräumt.¹⁵⁹ Allerdings betrachtet diese Lehre vor allem das *Gesetz*, das an die Allgemeinheit gerichtet ist. Die Vertreter des präventiven Ansatzes meiden soweit möglich vor allem den (naturgemäß konservativen) Gedanken von vergeltendem Schuldausgleich, der zur Strafschärfung neigt. Sie wollen die Schuld mit sozialliberalem Hintergrund umdeuten, etwa als soziale Schuld oder auch Rechtsschuld, als normative Motivierbarkeit oder „normative Ansprechbarkeit“¹⁶⁰. So umgehen sie zugleich das Problem der Willensfreiheit.

Die Komplexität schon dieser Begriffe zeigt an, wie vielfältig die Strafrechtswissenschaft mit den einzelnen Begründungssträngen umgeht und umgehen kann, je nach der eigenen Grundhaltung. Deshalb ist es sinnvoll und

2 Rn 9 ff.; Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016, Rn 132 – 154. Aus dem Sanktionsrecht: Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 6. 0 („Nach der heute Deutschland überwiegend vertretenen, zutreffenden Auffassung wird die Strafe durch einen die unterschiedlichen Grundpositionen von absoluter und relativer Theorie integrierenden Ansatz legitimiert“). Siehe zudem: Joecks Mü-Ko, 2017, Joecks, Einleitung vor §§ 1 Rn 47 ff. und den Überblick bei Momsen/Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff. , 339.

¹⁵⁹ Frister, Strafrecht AT 2013, 3. Kap. Rn 3, spricht sogar von „der heute herrschender Theorie der positiven Generalprävention“

¹⁶⁰ Roxin, unter anderem: Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff. . Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff., 723 ff.

guter Brauch in der Lehrbuchliteratur, sich zumindest immer auch abstrakt mit den drei großen Begründungsträngen zu beschäftigen.

(2) *Vergeltende Vereinigungstheorie*. Die die Tatschuld vergeltende Vereinigungstheorie beherrscht die Praxis, angeführt und inzwischen verfestigt vor allem vom *Bundesverfassungsgericht* in einer neueren Entscheidung.¹⁶¹

Die Gerichte, voran das *Bundesverfassungsgericht*, nehmen einen anderen Blickwinkel ein als den an die Allgemeinheit gerichtete Gesetz. Sie individualisieren das Recht, sie sehen den Täter als Grundrechtsträger und Prozessbeteiligten. Ihm müssen sie die Strafe mit dem Verbund von Schuld und Strafausspruch erklären. Den Vollzug wiederum erleidet der Täter wegen der Tat, aber diese Tat sitzt nicht im Vollzug ein. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe bildet zwar die eigentliche Strafe. Sie wird von der Menschwürde-Idee direkt regiert und unterliegt nach ihrer Ausgestaltung dem öffentliche Recht.

Auch gibt es der Sache nach die:

(3) *Gegliederte Vereinigungstheorie*. Diese Lehransicht will zwischen den großen Begründungssträngen trennen und sie auf bestimmte Blickwinkel reduzieren. Es sind zwar Trennungslehren, sie sollen aber dazu dienen, allen drei Blickwinkeln gerecht zu werden. Insofern sind sie als Vermittlungslehren gemeint. In ihrer strengen Form kann man sie auch als eine Art additive Vereinigungstheorie bezeichnen. Dazu bieten sich verschiedene Wege an. Einer besteht etwa darin, eine dreifaltige Strafstufenlehre aufzuzeigen, die etwa zwischen generalpräventivem Gesetz, vergeltendem Urteil und individualpräventivem Vollzug unterscheidet.

4. *Anderen Fachgebiete*. Andere Angebote beruhen auf externen Positionen und lassen sich (eher) *anderen Fachgebieten* zuordnen.

Das gilt auch für eine große weitere Gruppe, die *Straf-Rechtsphilosophen*, die nachfolgend aber wenigstens knapp vorzustellen sind.

¹⁶¹ BVerfG 110, 1, 13 („Strafübel... ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“). Siehe auch BVerfG 45, 187, 253 ff., 64, 261, 271 ff.; 109, 133, 167, 172 ff. Zudem BGI 20, 264, 267 f; 224, 132, 133 F; 28, 318, 326 f. 34, 150, 151. Etwa auch Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016 Rn 164 ff.

Ferner könnte man den Blick auf interessante *fremde nationale Rechtskulturen* werfen. Dazu zählt das liberal-personale angloamerikanische Rechts- Staats- und Strafverständnis¹⁶², mit dem auch die *Todesstrafe* der Preis für die eigene Entscheidung sein kann.¹⁶³ Gegenstand soll aber die „deutsche Strafrechtstheorie“ bleiben, auch wenn sie nicht immer klar von den Straf-Rechtsphilosophien zu trennen ist.

Auch an sich interessante *menschen- und europarechtliche* Aspekte sind weitgehend auszublenden. Was ohnehin schon das deutsche Recht und seine Tradition schon bietet, muss nicht erst noch europa- und menschenrechtlich hergeleitet werden.¹⁶⁴

An anderer Stelle sind auch etwa die Aspekte der *Rechtsoziologie* behandelt, die wertneutral das Strafen im Sinne von Ausschluss und Meiden lesen.¹⁶⁵

Durchweg sind auch die klugen Angebote der *Kriminologie* beiseite zu drängen, was umgekehrt und ebenso bedauerlicher Weise auch gilt. Nur gelegentlich, wie bei der Frage nach der Wirksamkeit von Prävention und dem Vollzug, gibt relevante Überscheidungen.¹⁶⁶

¹⁶² „Zu Liberalismus und Strafe“ im Allgemeinen und zur Strafrechtstheorie Joel Feinbergs im Besonderen siehe Seher, Liberalismus, 2000, 20 f. („Das Nützlichkeitsprinzip als axiologisches Prinzip“), 21 ff. („Freiheitsprinzip als praktisches Prinzip“), 24 („Freiheitsprinzip und Utilitarismus“ sowie „Glückseligkeit als Selbstentfaltung - Mills-Menschenbild“), zudem: 28 ff. („Das Freiheitsprinzip als Grund und Grenze staatlicher Strafbefugnis“), 33 (und zwar in Bezug auf „lebenswichtige Interessen“ und damit, wie anzumerken ist, also nicht „Werte“). Ferner zu Feinbergs methodischem Pragmatismus: 39 (Feinberg verzichte „auf jede Art dogmatischer Letztbegründung“ und begnüge sich „mit einem direkten Appell an die Person des Gesprächspartners“, im Sinne eines „ad hominem“ Argumentes). Siehe auch Sachs, C., Moral, 2015, „Moral, Tadel, Buße. Zur Strafrechtstheorie von Antony Duff“, u.a. 60 (Mensch als „moral agent“), 66 f. („1. Anerkennung der Autonomie“, „2. Respektierung der Rationalität“, „3. Instrumentalisierungsverbot“, der andere sei stets „als Zweck und nie als bloßes Mittel“ zu behandeln).

¹⁶³ Siehe dazu im Sammelband „Zur Aktualität der Todesstrafe“: Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff., 45 ff.; Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338 ff., 338 ff. (zur Europäischen Rechtspolitik). Rechtskulturvergleichend: Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016, 5. Kap. („Pragmatische Alternative des Liberalismus“), V. („...drei Rechtfertigungen der ... Todesstrafe“, 202 ff.)

¹⁶⁴ Vgl. etwa Morgenstern, Recht, Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff., („Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa“).

¹⁶⁵ Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 5. Kap. I 3. („Rechtssoziologisch: Meiden und Ausschluss, rechtsanthropologische Straffrollen“, 224 ff.).

¹⁶⁶ Vgl. etwa Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff., im Sammelband: „Long-Term Imprisonment and Human Rights“, und: Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. („Was sind eigentlich „wirksame,

5. *Einschränkungen*. Drei deutsche rechtliche Blickwinkel bieten sich zwar ebenfalls an, sind aber auch auszuklammern.

So soll die *rein verfassungs- und staatsrechtliche* Sicht auf das Strafrecht zwar auch, aber nur am Rande erörtert werden¹⁶⁷, und zwar deshalb, weil es sich *zumindest auch* um vorkonstitutionelles Strafrecht handelt und zudem, weil das deutsche Staats- und Verwaltungsrecht sich zu einem großen eigenständigen Rechtssystem ausgebildet hat.

Auch sind die Straftheorien durchweg auf die *staatliche Strafe* beschränkt. Die zivile und am Ende auch zivilrechtliche Idee vom *Täter-Opfer-Ausgleich* und das gesamte *Opferschutzrecht* bleiben weitgehend ausgeblendet.¹⁶⁸

Sie sind gemeinsam mit der kritischen Frage, inwieweit der Staat eigentlich über einen eigenen *staatlichen Strafanspruch*¹⁶⁹ verfügt und inwieweit es sich um eine stellvertretende Geltendmachung eines Anspruchs handelt, der dem Opfer zusteht, an anderer Stelle mit erörtert.¹⁷⁰

verhältnismäßige und abschreckende“ Strafen? Einige Überlegungen zur europäischen Kriminalpolitik und zur Rolle der Kriminologie“).

¹⁶⁷ Vgl. etwa Wilfert, Strafe, 2017, („Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat“). Zudem: Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, siehe etwa 28 f (Verfassung habe Vorrang vor dem einfachen Recht und damit auch vor dem Strafrecht. Auch mangle es an Analysen und Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Legitimation und Begrenzung speziell des materiellen Strafrechts); dazu Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. .

¹⁶⁸ Renzikowski, Dimensionen, 2015, 210 ff. (Aus supranationaler Sicht: "Dimensionen der Straftat: Täter - Opfer - Gesellschaft").

¹⁶⁹ Kritisch zum staatlichen Strafanspruch: Scheffler, Dauer, 1991, 141, der generell von einer „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht.

¹⁷⁰ Dazu: Weigend, Strafe, RW 2010, 39 ff. („Die Strafe für das Opfer?“ - Zur Renaissance des Genugtungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht“ siehe etwa 57, (Hervorhebungen nicht im Original, zur Gesetzeslage: „Ein *subjektiver, verfassungsrechtlich verbürgter Anspruch* des Opfers auf Durchführung eines Strafverfahrens oder auf Bestrafung „seines“ Täters lässt sich daraus jedoch nicht ohne weiteres herleiten. Ein solcher Anspruch kann sich nur *ausnahmsweise* für Opfer schwerer Straftaten gegen die Person aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben, da es dieses Recht verletzen würde, wenn die staatlichen Organe ein Begehren des Opfers auf Aufklärung und angemessene Ahndung der Tat ohne hinreichenden Grund zurückwiesen.“). Dazu auch: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 8. Kap. III 3 („Integriertes Konsens- und Sühneverfahren und These von ausgehandelten Sühnevertrag“, 383 ff.), Kap. VIII, IV („... Hoheitliche Effektivität der Strafrechtspflege, privater Täter-Opfer-Ausgleich“, 395 ff.).

Ferner ist darauf zu verzichten, den *Strafprozess* oder das *Strafvollzugsrecht* in den Mittelpunkt zu stellen. Dort wäre etwa der Aspekt des „the process is the punishment“, der insbesondere für Geldbußen passt, mitzubedenken.

Auch was unter dem Begriff der „Strafe“ im Alltag zu verstehen ist und was in der Rechtsgeschichte schon darunter zu verstehen war, ist nicht *im Einzelnen* anzusprechen.¹⁷¹ Hier geht es vor allem um „Sinn und Zweck“ des gesetzlichen hoheitlichen Strafens.

6. *Selbstkritik*. Alle diese Begrenzungen, etwa auf das staatliche Strafen, beeinflussen einerseits das *Vorverständnis* der Straftheorie. Jede Reduktion solche birgt die Gefahr von verdeckten Vorgaben. Wer etwa die Strafe gleich mit Recht und Staat verbindet, läuft Gefahr, den Sinn der Strafe zumindest auch in der Rechtsidee zu sehen und sie mit dem Staatssinn, etwa über die Generalprävention, zu verknüpfen. Die Opfersicht etwa gerät dabei aus dem Blick. Dies wird sich alles nebenbei auch tatsächlich zeigen. Doch andererseits gilt es die *enge Verbindung* der *Strafe* mit dem *Recht* und dem *Staat* mit zu berücksichtigen. So geht es zunächst einmal darum, überhaupt Sinn und Zweck des *geltenden deutschen Strafrechts* auszuformulieren.

Die Grundlage für die deutschen Straftheorien bilden also vorrangig das deutsche Strafgesetzbuch, das die *Strafrechtswissenschaft* seit *Feuerbach* halbautonom mit entwickelt und seitdem auch kritisch mit begleitet hat, und nachrangig das Strafprozessrecht einschließlich des Strafvollstreckungsrechts.

III. Sonderlehren I: Selbstkorumpierung (Köhler), Loyalitätsverweigerung (Pawlik), Anerkennungsverlust und Abbüßungsvertrag (Seelmann), systemische Normgeltungslehre (Jakobs u. a.), Rechtstaatsschutz (Appel, Nettesheim).

1. *Sonderlehren*. Aufreihen lassen sich unter anderem die folgenden deutschen Sonderlehren, die überwiegend mit dem Namen und Konzepten bestimmter

¹⁷¹ Montenbruck, *Zivile Versöhnung. Zivilreligion II*, 2016, 5. Kap. II 1 („Private und öffentliche Strafen, 233 ff.), Kap. V, II 2 („Einzelne Arten der Strafe und der Strafenden“, 237 ff.), Kap. V. III 2 (Idee der Freiheits- als Bürgerstrafe...“, 238 ff.), 6. Kap. I 1 („Strafe als Übel, gerechte Reaktion auf eine Aktion“, 250 ff.), 7. Kap. II 3 („Private Vertrags-, Vereins- und Betriebsstrafe“, 319 ff.).

Strafrechtslehrer verbunden sind und die aus der Sicht der Vereinigungstheorie vor allem wichtige *einzelnen* Gesichtspunkte gedanklich ausarbeiten.

2. Vor allem an *Kant und Hegel* knüpfen *Wolff* sowie *Köhler, Schild, Zaczyk* und auch *Felix Herzog*¹⁷² an. Sie sehen mit den Worten von *Köhler* den Grund der Strafe in der materiellen Schuld und Schuld in der „*Selbstbestimmung*“ des Täters mit seiner Entscheidung zum Bösen.¹⁷³ Sie bestehe in seiner „*Selbstkorrumpierung*“ durch „*verweigernde Negation schlüssiger Handlungsbestimmung überhaupt*“. Der Täter verneine den „*subjektiv-autonomen Geltungsgrund des Rechts*“.

Was Unrecht, Verbrechen und damit Strafe konkreter bedeute, entspringe letztendlich dem

„*autonomen Vernunftschluss, also einem praktisch für sich allgemeingültigen Wissen des der konkreten Rechtsbeziehung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses*“.

Notwendige Grundlage einer solchen Sicht ist die Existenz elementarer, jedermann einsichtiger moralischer (sittlicher) Vorstellungen.

Kritik. Diese Sichtweisen beruhen auf der Idee von der *Autonomie*, der Fähigkeit des Menschen zur Selbstgesetzgebung, die wiederum einen wesentlichen Teil der *absoluten* Menschenwürde-Idee bildet. Aber es fehlt, jedenfalls insoweit, deren humane oder auch mitmenschliche Seite, die die Todesstrafe ebenso ausschließt wie die lebenslängliche Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf bedingte Entlassung. Sie kann, aber muss auch hinzugefügt werden.

3. Auch andere *Straf-Rechtsphilosophien* lehnen sich vor allem an die Rechtsphilosophie von *Hegel* (aber etwa auch *Fichte*) an.¹⁷⁴

¹⁷² Wolff, Verständnis, ZStW 1985, 786 ff.; Köhler, Fahrlässigkeit, 1982, 133 ff.; Köhler, Strafe, 1986; Zaczyk, Unrecht, 1989, 130 ff.; Schild AK-StGB, 1989, Vor § 13, Rn 46 ff., 50 ff. sowie Herzog, F., Prävention, 1987, 57 ff.

¹⁷³ Wörtliche Zitate aus Köhler, Strafe, 1986, 29, 34, 63, aufgegriffen und diskutiert von Jakobs, Schuldprinzip, 1993, 28, u. Hinw. auf den entsprechenden Blickwinkel von Bock, Ideen, ZStW 1991, 636 ff., 648: Der „entehrende strafrechtliche Eingriff“ dürfe nur stattfinden, wenn sich die Person auch vor sich selbst im Unrecht wisse.

¹⁷⁴ Wohlers/Went, Bedeutung, 2011, 173 ff. fassen „Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion“ im Sammelband, Hirsch/Neumann/Seelmann

Seelmann legitimiert die Strafe, indem er auf das Modell des Verlustes der Anerkennung aus der Sicht *Hegels* abstellt. Das Recht gilt danach, wie im Grundsatz bei jedem Modell, das auf den Konsens abstellt, als eine *Anerkennungsbeziehung*.

Auch sei der Verweigerer nicht „friedlos“ zu stellen, sondern über die Konstruktion eines „*Abbüßungsvertrages*“ in Anlehnung an *Fichte* zu erfassen.¹⁷⁵

So erklärt *Fichte*¹⁷⁶ (zeitgleich mit *Kant*):

„Dieser Abbüßungsvertrag ist ein nützlicher sowohl für Alle (das Staatsganze), als für jeden Einzelnen. Das ganz erhält dadurch die Aussicht, den Bürger, dessen Nützlichkeit die Schädlichkeit überwiegt zu erhalten und die Verbindlichkeit, die Abbüßung anzunehmen; der Einzelne das vollkommene Recht zu fordern, dass man sie statt der verwirkten größeren Strafe annehme. Es gibt ein Recht, und ein sehr wichtiges und nützlich Recht des Bürgers, abgestraft zu werden. Dieser Vertrag wird zum Staatsgesetze, und die exekutive Gewalt ist darauf verpflichtet.“

Allerdings fügt *Fichte* dann doch auch an: *„Der Abbüßungsvertrag erstreckt ...sich nicht weiter als inwiefern neben ihm die öffentliche Sicherheit bestehen kann...“*. Und *Fichte* erklärt zudem: *„Die Strafe ist nicht absoluter Zweck“* (was *Fichte* somit immerhin zu erwägen hatte.) *...Sie ist Mittel für den Endzweck des Staates, die öffentliche Sicherheit.“*

Kritik. Über diese Art eines Vertrages, wengleich in Sinne eines Versöhnungsvertrages, ist noch im Verbund mit dem Geständnis nachzudenken.

(Hrsg.), „Strafe - warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie“. Aber Ausschnitte müssen genügen, weil keine vorrangig rechtsphilosophische Hegeldiskussion zu führen ist.

¹⁷⁵ Seelmann, Anerkennungsverlust, 1995, siehe insbes. 67. Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 2014, § 9, Rn. 49.

¹⁷⁶ Zum „Abbüßungsvertrag“: *Fichte*, Grundlage, 1797 ("Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre" 2. Teil), § 20 (Hervorhebungen bei *Fichte*), siehe zudem zum Zwangsrecht: §§ 13-15. In § 20 entwickelt *Fichte* anschließend eine Mischtheorie, mit Elementen der Generalprävention durch Androhung, der Spezialprävention, der Besserung und Resozialisierung); dazu auch der Philosoph *Merle*, Strafen, 2007, 74 f.

Aber grundsätzlich erlaubt die *Anerkennungslehre* immer auch die *Aberkennung* der Bürgerrechte und damit auch den Ausschluss aus der Schutz- und Lebensgemeinschaft, also eine Art von Friedlosstellung, die ursprünglich auch die Tötung des Rechtlosen gestattete. *Seelmann* ergänzt also die reine Anerkennungslehre um einen weiteren Gesichtspunkt, indem man sich selbst die Aberkennung soweit als möglich -per Gesellschaftsvertrag- verbietet.

Einerseits soll nach *Fichte* der Staatsvertrag, lies: die Verfassung, nicht weitergehen als „neben ihm die öffentliche Sicherheit bestehen kann“. Andererseits will *Fichte* immerhin dem Täter als Bürger den *Bürgerrechtsstatus* soweit als möglich erhalten.

Die deutsche Verfassung geht zwei wichtige Schritte weiter. Sie untersagt der Exekutive, dem Täter mit der Strafe den nationalen *Bürgerrechtstatus* zu nehmen. Darüber hinaus darf ihm der Staat nunmehr den *allgemeinen Menschenwürdestatus* weder rechtlich, noch auch nur faktisch aberkennen. Das Grundgesetz deutet die Menschenwürde als *absolutes Dogma*. Deshalb muss das *Bundesverfassungsgericht* auch die staatliche Strafe anders und besser ebenfalls absolut und mithilfe der *Eigenverantwortung* des würdigen Menschen begründen, und zwar auch dann, wenn es etwa wegen des Verzichts auf die Todesstrafe einen öffentlichen Aufruhr geben würde oder sonst die „öffentliche Sicherheit“ gefährdet wäre. Allerdings kennt auch das Grundgesetz immerhin die Staatsnotstandsnormen, Art. 95 I, 35 GG, und das Strafrecht regelt die Sicherungsverwahrung über die Schuldstrafe hinaus, §§ 66 ff. StGB.

4. *Pawlik*¹⁷⁷ bietet ein „freiheitstheoretisch abgesichertes Verständnis der Vergeltungstheorie“ und erklärt:

„Diese Konzeption beruht auf einer Unterscheidung verschiedener Unrechtsformen, die als das "Unrecht der Person", das "Unrecht des Subjekts" und das "Unrecht des Bürgers" bezeichnet werden. Das spezifisch strafrechtliche Unrecht ist zu verstehen als ein Unrecht des Bürgers. Der Täter

¹⁷⁷ Pawlik, Person, 2004, siehe unter anderem 86, 88 ff., Text aus der Verlagsankündigung. Siehe auch Pawlik, Unrecht, 2012, unter den Titel „Unrechts des Bürgers“, etwa 87. Zudem: Wolf, J.-C., Strafe, 2003, 199 ff. , („Strafe als Wiederherstellung eines Gleichgewichts“, 199 f., Zum Verbund von "Verwerflichkeit einer Tathandlung und moralischer Elemente" und dem retributiven Charakter der Strafe: Martins, Strafrecht, ZIS 2014, 514 ff. , („Ein nachmetaphysisches Strafrecht? Gedanken zum retributiven Charakter der Strafe“, etwa 515).

verletzt danach nicht allein seine Pflicht gegenüber seinem konkreten Opfer, sondern zugleich auch seine Verpflichtung zur Loyalität gegenüber dem gemeinsamen bürgerschaftlichen Projekt eines "Friedens durch Recht". Auf diese Loyalitätsverweigerung antwortet die Strafe. Sie hält den Täter an seiner Mitverantwortung für das Allgemeine fest und ehrt ihn auf diese Weise „als Vernünftiges“ (Hegel).“

Ähnlich spricht auch Kindhäuser davon, dass der Täter „die in ihn gesetzte Erwartung an Loyalität gegenüber dem Recht enttäuscht hat.“¹⁷⁸

Kritik. Danach wäre die gerechte Sanktion, sobald man Gerechtigkeit im engen Sinne von Wechselseitigkeit versteht, die „Loyalitätsverweigerung“ gegenüber dem Täter. Zudem erlaubt die Idee von der Verweigerung der Teilnahme am Projekt „Frieden durch Recht“ die dazu passende Vorstellung der Tat, vor allem von einem Gewaltdelikt, und zwar als ebenfalls einer Art von *Bürgerkriegsakt*.

5. Zabel setzt ebenfalls vor allem bei Hegel an. Er erläutert im Sinne der Anerkennungslehre, es laufe auf die „struktur- und körperschaftlich vermittelte Teilnahme an dem Projekt gesellschaftlicher Normgenese und Normrepräsentation, zugleich aber auch auf die, mehr oder weniger kritisch reflektierte Akzeptanz demokratisch generierter Verhaltens- und Handlungsorientierungen“ hinaus.¹⁷⁹

Schuldhaftes Verhalten sei deshalb „eine die gemeinschaftlich erarbeitete und individuell erlebte Freiheit verfehlende Weltinterpretation“.¹⁸⁰

Hoch reduziert, erklärt der Täter danach also sich mit seiner Tat, und zwar gegenüber sich selbst: „Ich darf so handeln“, und verfehlt damit seine eigenen Freiheitsregeln, die er im Wesentlichen von einer *Gesellschaft* übernommen hat, deren Teil er ist. Dabei erscheint vereinfacht die *Freiheitsidee* selbst als etwas Absolutes, die Art und Weise der Entwicklung von Recht aber etwas Gesellschaftliches und Demokratisches im Sinne von Teilhabe.

¹⁷⁸ Kindhäuser, Strafrecht AT § 2 Rn 14.

¹⁷⁹ Zabel, Schuldtypisierung, 2007, 171; dazu auch: Pawlik, Buchrezension, ZIS, 2011, 761 f., 762.

¹⁸⁰ Zabel, Schuldtypisierung, 2007, 402.

Kritik. Die Strafe muss hier, wie immer, wenn, wie bei *Hegel*, der Staat oder die organisierte Gesellschaft den Maßstab hergibt, am Ende auf die Negation der nationalen Bürgerrechte einer *bestimmten Demokratie* hinauslaufen. Es bedarf also zusätzlich der *kantschen* Verallgemeinerung, etwa im Sinne der (auch verfassungsmäßig „anzuerkennenden“ allgemeinen Menschenrechte oder der Idee des *Weltbürgertums* (vgl. Art. 1 II GG: Menschenwürde mit Bezug zu Menschenrechten und Gerechtigkeit und Frieden in der Welt) oder eben auch der Feststellung der unantastbaren Würde, analog zur Geist-Seele, eines jeden Menschen, Art. 1 I GG.

6. *Hegel und Hörnle.* *Hegels* Idee von der Idee der *Negation der Negation*, so die später zugespitzte Formel, führt unter anderen zur Betonung des *Tadels* für die Strafe¹⁸¹, den das deutsche Strafrecht als *Schuldspruch* kennt, § 260 IV StPO. Der Tadel bildet dann den vor allem *generalpräventiv* ausgerichteten Widerspruch gegen die Aussage, dass diese Tat sein dürfe. Auch der Strafvollzug wirkt danach vorrangig generalpräventiv. Er dient der *Bekräftigung des Schuldspruchs* und übermittelt dasselbe Signal an die Allgemeinheit. Insofern hilft auch *Hegels Denken*, die Idee von der „expressiven Funktion der Strafe“¹⁸² zu begründen.

Auf den Tadelsaspekt, den etwa *Hörnle* betont, wengleich vor allem mit Rückgriff auf den amerikanischen Denker *Strawson*, wird später noch ausführlichen einzugehen sein.

7. *Jakobs* großes Modell¹⁸³ gründet unter anderem auch auf *Hegels* Sicht und zudem auf einem rechtssoziologischen systemischen Grundansatz, den *Jakobs* in Anlehnung an *Luhmanns Vertrauenslehre*¹⁸⁴ ausformt. *Otto* geht einen ähnlichen Weg und *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*¹⁸⁵ mischen diese rechtssoziologische Art des Denkens in ihr buntes Gesamtkonzept mit ein.

¹⁸¹ Dazu abwägend: Wolf/Haaz, Strafe, 2011, 69 ff.. („Strafe als Tadel? Argumente pro und kontra“, im selben Hegel-Sammelband).

¹⁸² Dazu: Hörnle/Hirsch, Generalprävention, GA 1995, 261 ff. („Positive Generalprävention und Tadel“). Müller-Tuckfeld, Straftheorie, 2000, 263 ff. , sowie: Hörnle, Straftheorien, 2017, 21 ff. Zudem und ebenso wie Hörnle/Hirsch mit Blick auf den angloamerikanischen Kulturkreis hier nun auf den Moralisten Duff: Sachs, C., Moral, 2015 131 ff. („Tadel bei Duff“).

¹⁸³ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 4 ff.

¹⁸⁴ Luhmann, Vertrauen, 2000 , 8.

¹⁸⁵ Otto, Unrecht, ZStW 1975, 540 ff., 580; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 1.

Jakobs verbindet seinen Ansatz mit einem anthropologischen Menschenbild, das etwa in seiner Nachfolge *Rössner* noch weiter ausführt. Es ist *normativ* ausgerichtet und soll von *idealistisch-ethischen* Überhöhungen¹⁸⁶ befreit sein.

Es bestünde für „die Menschen“ die „Notwendigkeit sicherer Normgeltung“.¹⁸⁷ Das gelte für ihren „Umgang mit der Umwelt“ ebenso wie bei ihren „-hier allein interessierenden- sozialen Kontakten.“ Der Mensch erwarte ein bestimmtes normgerechtes Verhalten. Werde die „Erwartung“ (ein Leitbegriff) enttäuscht, so entstehe für den Enttäuschten ein Konflikt und er müsse darauf reagieren.

„Die Orientierungsmuster des Enttäuschten müssen überprüft werden“.

Dabei gilt die soziale Sicht:

„Die Enttäuschung, der Konflikt und die Reaktion sind... als Ereignisse im gesellschaftlichen Bezugssystem zu verstehen.“

Jakobs fasst zusammen:

„Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Normen als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm.“¹⁸⁸

Denn „kontrafaktisch“ will man am Normensystem festhalten.

Und *Jakobs* erklärt zugleich:

„Die Strafe bedeutet etwas“, und zwar kein Übel, „sonst käme nur die Sequenz zweier Übel heraus..., sondern, dass die Norm nach wie vor maßgeblich ist.

... Es wird demonstriert, dass der Täter sich nicht richtig organisiert hat. Man nimmt ihm Organisationsmittel weg“^{189 190}.

¹⁸⁶ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff., Rn 7

¹⁸⁷ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 4 (als Überschrift für seine nachfolgenden Ausführungen).

¹⁸⁸ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 11.

¹⁸⁹ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 10.

Diese wichtigen Sätze sind rechtlich eingebunden. Seine Erläuterungen zur „materiellen Legitimation des Strafrechts“ beginnt *Jakobs* mit der Überschrift „Das Bezugsniveau des Strafrechtsschutzes: Normen als Strafrechtsgut“.

„Die materielle Legitimation besteht darin, dass die strafrechtlichen Gesetze zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt erforderlich sind. Es gibt keinen genuinen Inhalt strafrechtlicher Normen, sondern die möglichen Inhalte richten sich nach dem gegebenen Regelungszusammenhang“.

Um dann aber zu erläutern: *„Zum Regelungszusammenhang gehören die Wirklichkeit des sozialen Lebens ebenso wie die -insbesondere verfassungsrechtlichen- Normen“.*¹⁹¹

Offenbar aber bildet dennoch zumindest *„Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt“* ein absolutes Meta-Rechtsgut und wenn die Verfassung der deutschen Gesellschaft die Menschenwürde als Höchstgut begreift, muss das Strafrecht dem auch, wengleich aus generalpräventiven Gründen folgen.

Kritik. Diese Sichtweise bildet zunächst einmal einen berühmten und zwingend ausgearbeiteten sozialen Aspekt in Anlehnung an *Hegel* und enthält mit dem Gedanken des *Widerspruchs* (der „Negation der Negation“) ein *Gerechtigkeitselement*.

Im Hinblick auf die *„Normen als Orientierungsmuster“* ist allerdings wenigstens zu *ergänzen*, dass die demokratische Allgemeinheit auch ganz bestimmte Straftaten und Grund- und Menschenrechtsverletzungen je nach Sprachgebrauch erfahrungsgemäß „erwartet“ oder „befürchtet“. In den Fällen des *„erwarteten Normbruchs“* ist deshalb auf eine andere Ebene zu springen. Die Allgemeinheit der Enttäuschten „erwartet“ dann eine Reaktion und sie ist erneut

¹⁹⁰ Ähnlich wengleich nur als Teilelement: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 26 („Werden die normativen (Verhaltens-) Erwartungen der Bürger durch Straftatbegehungen enttäuscht, so kann diese Enttäuschung nicht einfach durch Anpassung und kognitives Lernen aufgelöst werden“. Es muss „von der Gemeinschaft das Festhalten an der normativen Erwartung demonstriert werden“). Allerdings sehe auch sie das Recht (§ 2 Rn 4) vorrangig als Dienerin der Gesellschaft, und begreifen die Sittlichkeit nur als etwas Verwandtes.

¹⁹¹ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 2. Abschn. Rn 1 f.

enttäuscht, wenn sie ausbleibt. Dann erst wird sie ihre *Orientierungsmuster umstellen*, etwa indem sie für mehr Selbstschutz sorgt, sich privaten Schutz(-Geld) - Organisationen unterwirft und anderer Formen von Justiz befürwortet, die alle den Staat und sein Gewaltmonopol untergraben.

Die systemische Ausprägung der *Normgeltungslehre* ersetzt auf den zweiten Blick die Ethik durch zwar wertfreie, aber *analoge Begriffe*. Die *Orientierungsmuster* entsprechen offenkundig den *Rechtsgüter- und Werteordnungen*. Freiheiten, die dem Täter genommen werden, sind „Organisationsmittel“. Diese Parallelität spricht für, aber auch gegen diese Lehre. Denn Etwas hat dann einen Wert oder ist gut und damit ein Gut, wenn es für den *einzelnen Menschen*, beziehungsweise es für die *Gemeinschaft* gut ist und einen Wert hat.

Werte, Nutzen, Interessen gelten als die rationalen Orientierungsmaßstäbe für das individuelle und jedes kollektive Verhalten von Personen.

Die Normgeltungsidee kann zudem *nicht unmittelbar* auf die gesetzlichen Normen abzielen, denn sie sind den Menschen zumeist nicht im Wortlaut bekannt. Normen sind also diejenigen gesetzliche *Rudimente*, die die Allgemeinheit der Enttäuschbaren kennt oder kennen könnte, deren „Rechtstreue“ zu erhalten ist. In der Ethik sind die „sittliche“ Normen. Sie sind wie der Begriff Sitte anklingen lässt, solche, die die Allgemeinheit als *maßgebend* anerkennt und die sich aus ihrer Mittel heraus entwickeln. Gesetzliche Normen gelten und bilden Orientierungsmuster zum einen nur im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre. Zum anderen treten sie als bei einzelnen Rechtsstreitfragen und innerhalb einer hoch arbeitsteiligen Gesellschaft im Verbund mit der Expertise der Rechtskundigen an Licht der Öffentlichkeit.

Die Wertfreiheit dieser soziologischen Lehre führt im Übrigen dazu, dass *Ordnungswidrigkeiten* und Straftaten nach diesem Modell kaum zu trennen sind.

Es fehlt dieser *rein generalpräventiven Sicht*¹⁹² vor allem die gesamte *Individualethik*. Dieses soziale Konzept ist zwar schlüssig und aussagekräftig,

¹⁹² Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. Rn 50.

aber zu einseitig. Die Strafe wird lediglich zu *Demonstrationszwecken* (!) gebraucht und gilt nicht als Übel, weil die Tätersicht ausgeblendet bleibt.

Aber eine Gesellschaft, deren Verfassung die Menschenwürde heiligt und das Tatstrafrecht kennt, muss seine Strafadee diese Ethik eigentlich *anpassen* und sich selbst -naheliegende Weise- ein *Tatschuldstrafrecht* verschreiben.

Aber auch für *Jakobs* gilt, dass sein Gesamtwerk zu bedenken ist. So betont auch er immerhin die Bedeutung der *Person* (im Verbund mit der Norm) und behandelt die Idee *des Bürgerstrafrechts* (in Bezug zum Feindstrafrecht). Darauf ist *nächsten* Abschnitt einzugehen.

8. Der Staatsrechtler *Appel*¹⁹³ erklärt ähnlich wie etwa *Pawlik* und *Jakobs*, Wesen und Bedeutung des staatlichen Strafrechts sei es

"im Falle von Normbrüchen das Verhältnis des Normbrechers zur Norm und zur normsetzenden Instanz zu thematisieren und die Autorität der rechtlichen Vorgabe durch rechtlich verbindliche Degradierung des Normbrechers zu verdeutlichen".

In der Tat werden dem Täter Freiheitsrechte entzogen, sodass das Wort von der Degradierung wohl in diesem Sinne zu begreifen ist. Mit der Strafe werden dem Täter personale Rechte entzogen und insofern seine Rechtspersönlichkeit verändert.

Der Staatsrechtler *Nettesheim*¹⁹⁴ bezieht sich auf *Appels* Aussage und folgert unter der Überschrift "Freiheitliche Basiskonstruktion eines Straf- bzw. Sanktionsrechts":

"Eine Sanktion (wenngleich bei ihm bezogen auf die wettbewerbsrechtliche Geldbuße) dient daher nicht unmittelbar dem Schutz eines substanziellen Rechtsguts; es geht auch nicht um einen (beliebigen) mittelbaren Rechtsgüterschutz. Der Strafgewalt geht es um den Schutz des Geltungsanspruchs der Rechtsordnung".

¹⁹³ Appel, Verfassung, 1998, 464.

¹⁹⁴ Nettesheim, Verfassungsrecht, 2018, 30, 28 f.

Damit aber erkennt (auch) er ein (Meta-) Rechtsgut an: Die Geltung der Rechtsordnung bildet das (höchste) oder gar das alleinige Rechtsgut: Personalisiert wird auf diese Weise -über die Rechtsautorität- *der Rechtsstaat* geschützt. Dies stellt eine schlüssige Ansicht für den staatsrechtlichen Blickwinkel dar.

Zum Beleg verweist *Nettesheim* auf denjenigen Teil der Lissabon-Entscheidung, in dem das *Bundesverfassungsgericht*, die Bedeutung der "Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung" konstatiert.¹⁹⁵ Er sieht aber ansonsten nur Unklarheiten über Sinn und Zweck des Strafers, zu denen er auch den Hinweis des Gerichts auf den Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zählt, mit einem strafrechtlichen Begriff die Rechtsgüter. *Nettesheim* meint positivistisch. "Zuvörderst ist es eine Aufgabe des Gesetzgebers sich darüber zu verständigen, welche Zwecke er mit einem (Straf-)Gesetze verfolgt. Später räumt er dann doch ein, dass "sich etwa Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs 3 GG oder Art. 26 GG entnehmen lässt, dass der Staatsgewalt nicht jede Zwecksetzung möglich ist. Die Verfassung begrenzt den Zielhorizont jeglichen staatlichen Handelns."

Kritik. Um diesen großen Verfassungsrahmen geht es aber. Zu ihm gehören auch die einzelnen Grundrechtswerte (Art, 2 I, II 1, II 2 GG oder auch Art 14 GG), die sich wiederum in den strafrechtlichen *Individualrechtsgütern* spiegeln. Es zählt grundsätzlich auch das übernommene *vorkonstitutionelle Strafrecht* dazu und mit ihm dessen immer noch fortentwickelte breite Begründungsdiskussion, die das *Bundesverfassungsgericht* gerade nicht beendet will, und die nach herrschender Ansicht in eine Vereinigungstheorie einmündet. Auch die Frage nach der *Minimalethik im Verfassungsrecht* wäre zu stellen. Diese staatsrechtliche Sicht, die vereinfacht mit dem Strafen vor allem den *Rechtsstaatsschutz* betreibt einfordert, bietet also nur *einen*, wenngleich für das Recht wichtigen Ansatz.

9. *Sammelkritik.* Einige der *Straf-Rechtsphilosophien* wurden an anderer Stelle schon diskutiert.¹⁹⁶ Das Hauptproblem aller liberal-personalen

¹⁹⁵ BVerfG 123, 267, 416; *Nettesheim*, Verfassungsrecht, 2018, 28 f.

¹⁹⁶ *Montenbruck*, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016, 3. Teilband Westlich Ethiken. Individual-, Leit- und Fachethiken, 11. Kap. II 7 („Anerkennung von Freiheitsrechten, Hegel und: Seelmann, Wolff, Zaczyk, Herzog, Köhler, Schreiber sowie Honneth“, 795 ff.). Siehe auch: Kap 11 II 5 („Negativer Utilitarismus (Arthur Kaufmann), Utilitarismus der

Anerkennungslehren besteht meines Erachtens nach darin, dass sie auch die *Aberkennung* implizieren. Aberkennen können wir zwar aus unserer Verfassungssicht dem Täter immerhin seine personale Freiheit (Art. 2 GG), und zwar in erheblichen Umfang, aber nicht seine Menschenwürde (Art. 1 GG).

Die Frage nach dem Umgang mit der Menschenwürde-Idee das Art. 1 I GG, und zwar in der Form, in der sie das *Bundesverfassungsgericht* versteht, das den Menschen als geistig-sittliches Wesen aus sich selbst heraus begreift, bildet die *Grenze* zwischen der engen deutschen rechtskulturellen Sicht und den davon befreiten rechtsphilosophischen Ansätzen.

Der bürger- und staatsrechtliche Ansatz, mit der Strafe vor allem die Geltung des Rechts zu schützen, erweist sich zwar ebenfalls einerseits als konsequent. Denn alle Recht und jede Durchsetzung von Recht, und also auch das Strafrecht, dient auch der Idee und der Geltung von Recht. Aber in der Staatsform der westlichen *Demokratie* (Art. 20 GG) dient das Recht zumindest auch den Einzelnen und unter der Geltung der Menschenrechte jedem dem Menschen. Sein Achtungsanspruch, seine Existenz oder auch seine Werte oder Güter gilt es *zumindest gleichrangig* mit dem Bestand des demokratischen Rechtsstaates, notfalls auch mit der Strafe, zu sichern.

Außerdem bleibt zu fragen, ob die hohe ethischen *Idee des Gerechten* sich nicht der Gestaltungsmacht des einzelnen Gesetzgebers entzieht und sie eben auch zur Idee des Rechts und mithin auch des Strafrechts gehört.

IV. Sonderlehren II: Gesondertes Feindstrafrecht (*Jakobs*), *défense sociale/difesa sociale* (*Ancel, Gramatica*), liberales Bürgerkriegsmodell, Abolitionismus, Legitimation durch Verfahren (*Luhmann*), Einordnung

1. Vorzustellen sind zudem die Idee eines Feindstrafrechts (*Jakobs*), ausländische Ansätze und sonstige Ansichten von außen auf das Strafen.

Feindstrafrecht. *Jakobs* leitet seinen *Personenbegriff* aus der politischen Philosophie ab. Unter anderem bezieht er sich einleuchtend auf *Rousseau*. Er

Rechtspersonen“, 775ff.), 11 Kap. II 6 („*Jakobs*: Vorüberlegungen zu „Norm, Person, Gesellschaft“, 782 ff.).

begründet damit auch seine Idee von der Existenz eines auch *sozialrealen* deutschen *Feindstrafrechts*, etwa in der Terrorismusabwehr, das zugleich ein Feindstrafrecht als eigentliches *Bürgerstrafrecht* impliziert.¹⁹⁷ Beides sei in reiner Form kaum sozialreal vorhanden, aber *idealtypisch* betrachtet erklärt er:

*„Der prinzipiell Abweichende bietet keine Garantie personalen Verhaltens; deshalb kann er nicht als Bürger behandelt, sondern muß als Feind bekriegt werden.“*¹⁹⁸

Mit der Tat werde etwa der Terrorist zur *bürgerlichen Unperson*, er büße seine *Personalität* ein. Auf diese wichtige Sonderlehre wird später noch etwas ausführlicher unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr einzugehen sein.

Kritik. Nicht klar erscheint bei *Jakobs* allerdings, ob der Terrorist damit nur seine Freiheitsrechte im Sinne des Art. 2 GG verliert, in dem er eine Freiheitsstrafe erleidet und auf diese Weise zumindest große Teile seiner *sozialen Personalität* einbüßt. Dieses Denkmodell wäre in etwa noch verfassungskonform, wenn ihm die Tür zur Rückkehr in die deutsche Gesellschaft offen gehalten bleibt. Anders würde sich seine Lehre zeigen, wenn die *Personalität* auch die *Menschenwürde* (Art. 1 I GG) des Täters mit umfassen sollte. Eigentlich folgt auch aus dem Feindgedanken die Anwendung der Regeln der *Kriegsgefangenschaft*.

Ein Feindstrafrecht fußt zudem darauf, dass die Tat als *Angriff* wahrgenommen wird, je nach Sichtweise auf die Geltung des Rechts oder auf die Gesellschaft, auf Rechtsgüter oder auf die Personalität eines Opfers. Die Geltung etwa wird wiederhergestellt, in dem auf die *Negation* der Geltung (durch den Täter) mit der *Negation* (der Rechte oder der Güter oder der Personalität des Täters) zu antworten ist. Mit der Strafe wird der eingetretene „*Normgeltungsschaden*“¹⁹⁹

¹⁹⁷ Unter anderem: *Jakobs, Norm, 1997, 23*, ursprünglich habe es nur Nomaden gegeben, ohne Freunde und Feinde, erst dann folgte die Gesellschaft nach, unter Hinweis auf: *Rousseau, Ursprung, 1762, 77 ff., 183*. Zudem: *Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff.* („Zur Theorie des Feindstrafrechts“), 167 ff.

¹⁹⁸ Unter dem Titel „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, *Jakobs, Bürgerstrafrecht, HRRS 2004, 88 ff., 90*.

¹⁹⁹ Reduziert darauf *Jakobs, Norm, 1997, 103 ff.* So auch und ebenfalls aus der Sicht einer *personalen* Lehre: *Freund, Strafrecht AT, 2008, § 1 Rn 10* („Tragende Funktion der Strafe ist demnach die Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens durch angemessenen mißbilligenden Reaktion auf einen begangenen Normverstoß (Straftat)“... Strafe ist zu verstehen als Widerspruch gegen über dem Normverstoß zur Beseitigung der Gefahr eines

geheilt. Jeder *missbilligende Schuldspruch* enthält zumindest *auch* diese Komponente und an ihn ist der Strafausspruch unmittelbar geknüpft.

2. Eine mit dem Feindstrafrecht verwandte *romanische* Idee der Strafe besteht im eher empirischen Modell der legalen *sanitäreren* Sozialverteidigung, der „*défense sociale*“ oder der „*difsa sociale*“, die mit dem Namen von *Ancel*²⁰⁰ und *Gramatica*²⁰¹ verbunden sind und auch in Deutschland diskutiert werden. Der exekutiv-lastige französische Ansatz der Sozialverteidigung deutet die Strafe sozialpolitisch und setzt in generalpräventiver Weise auf den kollektiven gemeinen Willen.²⁰²

3. Der reine *angloamerikanische Liberalismus* der souveränen Persönlichkeiten setzt bei *Hobbes* und *Locke* an. Danach existiert hoch vereinfacht *völkerrechtsähnlich* unmittelbar ein Kriegs- und Friedensrecht zwischen den „Freien“. Für den angloamerikanischen Kulturkreis beklagt zwar zum Beispiel *Garland* das Verstummen liberaler Stimmen und rügt den Rückzug der spätmodernen Gesellschaft auf einfache „penal solutions“²⁰³. Aber auch sie verbleiben innerhalb des Systems. Der Angriff auf den bürgerlichen Wohlstand²⁰⁴ und die Glücksuche des Freien führt folglich zur organisierten bürgerlichen Abwehr. Es handelt sich um eine Art des Bürgerkrieges, „war on crime“, der folglich vor allem auf der überschaubaren kommunalen Ebene der gewählten Strafverfolgungsorgane ausgetragen wird und zwangsläufig Minderheiten benachteiligen muss, aber auch die persönlicher und moralische Verantwortung der Wahlbürger einfordert. Die deutsche Art der Strafrechtsdogmatik wird in der Strafrechtspraxis der USA schon deshalb nicht

Normgeltungsschadens“). Vgl. auch Frister, Strafrecht AT 2013, 1. Kap Rn 2 („Die Strafe ist eine Reaktion der Allgemeinheit auf die Verletzung des öffentlichen Interesses an der Geltung der durch die Begehung verletzten Rechtsnorm“). Siehe auch Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 4. 0 („Geltung der verletzen Norm“, „im präventiven Rechtsgüterschutz“).

²⁰⁰ Ancel, Sozialverteidigung, 1966/1970. Passim. Zu dieser europäischen Kriminalpolitischen Sicht zunächst: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66; Hassemer, Einführung, 1990, 28, 310 f.; sowie Naucke, Strafrecht, 1995, § 3, Rn 38 ff. Zudem: Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff. („Zum Grundsatz der Wiedereingliederung im französischen Strafrecht“).

²⁰¹ Gramatica, Principi, 1961 („Principi di difesa sociale“); Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff. . 418 ff.; Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff. , 518 f.

²⁰² Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 9. Kap. I 1 („Deutscher Rechtsstaat, angloamerikanische Vertragsidee, französisches Solidaritätsdenken“, 402 ff.).

²⁰³ Garland, Culture, 2001, 152; Kunz, Strafe, 2004, 71 ff., 71; herausgestellt auch von Jung, Garland, Neue Kriminalpolitik, 2001, 16 ff., 16 ff.

²⁰⁴ Schild, G., Bürgerrechte, Der Staat 2003, 329 ff., 338 (als: persuit auf property).

verfolgt, weil das Strafrecht vorrangig prozessual und auf die Jury ausgerichtet ist.²⁰⁵

Dieses Denken ist aber nicht nur in Worten wie „war on crime“ erkennbar, sondern schwingt auch im deutschen Wort von der Verbrechensbekämpfung mit. In seltsamer Weise wird das Verbrechen vom Täter getrennt. Auch der individualpräventive Gedanke von der *Unschädlichmachung* assoziiert -für sich betrachtet- eine ähnliche Sichtweise, die den Täter als Menschen „neutralisiert“.

Zum Umfeld dieser Feind-Sichtweise gehören ferner alle Lehren, die auf die *Gefahrenabwehr* abstellen und das Strafen als eine Art von *Not- Abwehrrecht* begreifen.

4. *Vorfeld der Straftheorie*. Auch zählen die folgenden Ansätze zumindest zum Vorfeld der Strafrechtstheorie:

(1) Zu den Gerechtigkeitsformeln zählt das alte *Schädigungsverbot* (neminem laedere, im englische Recht das dort besonders bedeutsame „harm principle“).²⁰⁶ Diesen Aspekt werden wir also trotz erster verfassungsrechtlicher Bedenken schon deshalb mitverfolgen können und auch müssen, weil (und soweit) er in Deutschland vorwiegend *eingebunden* in die anderen Strafbegründungen und also nicht in seiner reinen Form vertreten wird und weil er somit auch nicht gegen die Menschenwürdeidee verstößt.

(2) Der sogenannte *Abolitionismus*²⁰⁷ verlangt zwar angeblich die „Abschaffung des Strafrechts“. Er wendet sich auf den zweiten Blick aber vorrangig gegen das

²⁰⁵ Zum Fehlen einer Dogmatik in der englischsprachigen Strafrechtstheorie mit Hirsch, A. v., Strafrechtstheorie, 2005, 257 ff. , 259 (u.a. zu Hart, Feinberg, Daft, Posner). Jedenfalls bis zur jüngeren Vergangenheit stellt er fest, 266: „Die englische Legislatur und die höheren Gerichte sahen sich als quasi allein bestimmend innerhalb ihrer rechtlichen Autorität und waren eine Beratung durch andere Quellen nicht gewohnt“. Der im Grundansatz absolutistische Dezonismus der königlichen Richter regiert also nach innen. Der Vorzug aber besteht in der unmittelbaren Wirksamkeit der Strafrechtspraxis als gelebte praktische Bürgerphilosophie.

²⁰⁶ Montenbruck, Zivile Versöhnung, Zivilreligion II, 2016, 12. Kap. 3. („Schädigungsverbot und das Recht zur Not- und Gefahrenabwehr“) in Verbindung mit 12. Kap. 4 („Strafidee: „Aktion und unmittelbare Reaktion“ auch durch kommunikative Wiederbelebung der Tat“, so dass auf diese Weise die unmittelbar hergestellt erscheint

²⁰⁷ „Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts“, Plack, Plädoyer, 1974 . Abwägend: „Abschaffen des Strafens?“, Lüderssen, Abschaffen, 1995, 99 ff („Partieller Rückzug und Ambivalenzen“) sowie 323 ff, („Verfahren - liberale und autoritäre Effekte der Ablösung tradierten Formen“); zudem: Hassemer/Neumann StGB, 2017, Vor § 1 Rn 18 ff. Zur

staatliche Strafen und nicht gegen den Gedanken des Ausgleichs. Er fordert, wie in *vorstaatlichen Zeiten*, stattdessen Alternativen im Sinne einer versöhnenden Wiedergutmachung; er setzt auf Bußakte. Ausgerichtet ist dieses Denkmodell vor allem auf den Bereich der mittleren und leichteren Kriminalität. Es bedeutet eine Art *zivilen Täter-Opfer-Ausgleich*. Es betrifft also vor allem Delikte, bei denen das deutsche Strafrecht schon heute die Geldstrafe vorsieht, die sogar in gemeinnützige Arbeit umgewandelt werden kann, §§ 459 e, h StPO, Art. 293 EGStGB, bei der die Strafaussetzung zur Bewährung samt Geldauflagen und Weisungen zur Lebensführung die Regelsanktionen darstellen, §§ 56 ff. StGB, und das Institut des Täter-Opferausgleichs seine gesetzliche Verankerung erfahren hat, § 46 a StGB.

Diese rechtssoziologische *Konfliktlösungsidee* ist eng mit dem liberalen Aushandeln von Strafe verwandt ist und findet sich auch ansatzweise im *hegelschen* Bild von der Versöhnung oder der Heilung durch die Aufhebung des Unrechts.

(3) Der Rechtssoziologe und Rechtspositivist *Luhmann* spricht auch -insofern überzeugend- von der selbständigen „*Legitimation durch Verfahren*“²⁰⁸. Der Verfahrensritus, 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.²⁰⁹ Aber aus der Sicht von Kläger und Beklagtem beinhaltet das dialogische Verfahren, das beide Parteien vor dem Recht als *Personen* achtet, bereits einen

„Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle“: Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987, 135 ff., 170 ff., 374 ff. Zudem: Lampe, Strafrecht, 1999, 178 (Hervorhebung im Original: „Wiedergutmachung ein Teil der strafrechtliche Sühne“... Hinzutreten müssen vielmehr regelmäßig die innere Tendenz, den Beleidigten zu versöhnen und die zerstörte Ordnung wiederherzustellen, sowie weitere Akte, die den Täter vom Mal des Handlungsunrechts befreien“, dazu auch 181: „Funktion der Entsühnung“, ...eine Strafleistung, die das Unrecht der Tathandlung ausgleicht, 181 f: „Wiedergutmachung...gleicht nur das Erfolgsunrecht aus und erfüllt damit hauptsächlich die zivilrechtliche Verpflichtung zu Schadensersatz“. – Damit übersieht *Lampe* allerdings die zusätzliche Genugtuungsfunktion, die in jedem, auch in einem zivilen Täter-Opfer-Ausgleich, etwa per Mediation steckt.

²⁰⁸ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a. (Beweisverwertung), Abs. Nr. 111 („gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens“).

²⁰⁹ Luhmann, Systeme, 1994, 174 ff.; sowie: Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff., 22 ff.; Siehe auch: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivile Religion II, 2016, 4. Kap. II 2 („Legitimation durch rituellen Zwang“).

wesentlichen Teil der Streitauflösung und das Verfahren²¹⁰ zielt auf eine *ausgehandelte Gerechtigkeit*. Die aus dem angloamerikanischen Denken stammende Prozessmaxime des „fair trial“ ist in Art. 6 EMRK und im Rechtsstaatsprinzip verankert.

5. *Fazit*. Alle diese kurz angesprochenen Sonderlehren bieten kluge Ansätze und liefern auch Begriffe, die die Gesamtdiskussion maßgeblich mit beeinflussen. Dazu gehört insbesondere der Gedanke des *Normgeltungsschadens*, der auf symbolische und damit auch auf *kommunikative* Weise mit dem Schuldspruch und der Signalwirkung der Strafe soweit möglich zu beseitigen ist.

Für sich allein setzen sie zwar eine gesonderte *Rechtsphilosophie* oder *Rechtssoziologie etc.* voraus, die, würden ihre Gedanken in Reinform in die deutsche Verfassung integriert sein, eine zumindest etwas andere deutsche *Rechtskultur* erzwingen.

Dennoch finden alle Sichtweisen als Unterelemente im deutschen Recht ihren Ort.

Der rechtsphilosophische Blick „von außen“, also auch von den *naturrechtlichen Denkwelten* aus oder auch von anderen Verfassungskulturen her, wird uns zwar helfen, die eigenen Vorbedingungen zu erkennen. Aber er kann uns die Frage nicht ersparen, wie wir *innerhalb* unserer eigenen Straf- und Rechtskultur das Strafen vernünftig begründen können. Dieser Aufgabe nimmt sich die deutsche Straftheorie an.

²¹⁰ Börner, *Legitimation*, 2014, vgl. etwa 27 (zur „Idee einer funktionalen Theorie des Strafverfahrens“, als erstes Ziel gelte herkömmlicher Weise die „Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs“).

4. Kapitel (§ 4)

Strafe-Tat-Täter-Mensch

I. Rückkoppelung von Menschenstrafe mit: Tatunrecht, Schuldbegriff, Handlung, Zurechnung, Täterschaft

1. *Notwendige Rückkoppelung von Menschenstrafe und Tatunrecht.* „Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft“ stellen vier wichtige Anknüpfungspunkte für die Strafe dar. Sie bilden die üblichen Formen, mit denen wir die *Beziehung* zwischen der Tat und dem Täter herstellen. Zwar haben wir auf der *Tatbestandsseite* ein Tatstrafrecht normiert. Aber bestraft werden „Menschen“, und dies regelt das Strafgesetz auf der *Rechtsfolgenseite* der Strafnomen. Wir müssen also die wenig bedachte *Brücke vom Tatunrecht zum Menschen* schlagen. Das Wort *Mensch* ist dabei den Begriffen und der Ideen der deutschen Menschenwürde-Idee und den allgemeinen Menschenrechtserklärungen entlehnt.

So ist über die Strafe selbst hinauszugehen, weil sie zumindest auch *reflexiv* angelegt ist. sich also auch über den *Strafgrund* erklärt. Zum herkömmlichen Strafkern des Strafrechts gehören deshalb der Begriff der Schuld, vor alle als vorwerfbares Unrecht, und die Beziehung von Tatunrecht und Täterstrafe. Denn bestraft werden Menschen.

Rechtsphilosophisch gewendet geht es darum, die *verobjektivierte Tat* mit dem zu bestrafenden *Rechtssubjekt* zu verbinden. Die Trennung, vor allem zwischen dem *Taterfolg* und dem subjektiven Menschen, müssen wir in formalisierter Weise herstellen und damit die klassische Trennung von (subjektivem) Mensch und (objektiver) Welt lockern, aber nicht ganz auflösen. Denn beides behält immer -auch- seine jeweilige Eigenständigkeit, die *Unrechtstat* mit ihren Folgen und der *bestrafte Mensch*.

Im Recht schlagen die Rechts- und personale Rollenbegriffe wie Täter, Beschuldigter, Verurteilter oder auch Rechtsperson die passenden Brücken zwischen dem Menschsein und der Strafe.

Im Erkenntnisverfahren, vor dem rechtskräftigen Urteil, wird der Mensch zum Rechtsperson des Beschuldigten umgeformt und dann als Angeklagter „wegen“

der schuldhaften Verwirklichung eines Unrechtstatbestandes verurteilt. Das Vollstreckungsverfahren wiederum regelt die Exekution der Strafe an einem Verurteilten, der eine verurteilter Mensch ist.

Mit den Zusätzen beschuldigt, angeklagt oder verurteilt, signalisiert das einerseits Recht, dass es den *Rechtstatus* des Betroffenen ergänzt. Zwar behält der jeweilige Mensch weiterhin seine Würde und seinen Grundstatus als Rechtssubjekt. Er wird also nicht bloß zum Objekt des Verfahren, Art. 1 I GG, er wird als Rechtssubjekt Beteiligter an seinem Prozess. Aber er wird zugleich auch zu einer besonderen Rechtsperson, indem er eine bestimmte Rechtsrolle einzunehmen hat, die seine *allgemeine Rechtspersönlichkeit* (etwa im Sinne von Art. 2 I GG) jedenfalls abändert.

Insofern gilt es aus dieser Sicht, einen bestimmten Menschen rechtsförmig mit einer bestimmten Tat zu verbinden und ihm einen abgeänderten Rechtsstatus zu verpassen. Es handelt sich also einerseits um eine Art vom neuer *normativer* „*Etikettierung*“ des personalen Rechtsstatus, andererseits um die *sozial-reale* Einschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit: als Beschuldigter, als Angeklagter, als Verurteilter und als Strafgefangener.

Doch im Mittelpunkt der deutschen Strafrechtstheorie steht nicht das Strafprozess- oder gar das Vollzugsrecht, sondern das *materielle Strafrecht*. Es geht also vorrangig, aber nicht ausschließlich, um die Verbindung der Unrechtstat mit den zu bestrafenden Menschen auf der Ebenen der Gesetze, vor denen grundsätzlich alle Menschen gleich sind, sofern sie nicht besonderen Pflichten unterworfen sind.

Dabei legt das Strafrecht des StGB das Schwergewicht auf das *Delikt* und es erfüllt damit zugleich den *anders* gerichteten Zweck, den Bürger vor dem Missbrauch des Strafrechts durch den Staat zu schützen.

Die Strafrechtstheorie setzen erst bei der Rechtfolge „*Freiheits- oder Geldstrafe*“ an, und wer von den Rechtfolgen ausgeht, muss sich zu den *Rechtsfolgevoraussetzungen* zurückarbeiten und die *unvermeidliche Rückkoppelung* aufdecken Er stößt dann im Strafrecht auf eine Vielzahl von Begriffen, deren dogmatische Feinheiten einerseits der Abwehr von Missbrauch

dienen (*nullum crimen sine lege*), aber andererseits zu Begründung der Strafe zählen. Diese beiden Funktionen lassen sich nicht klar trennen.

2. *Schuldbegriffe*. Die Schuld ist ein vager *auslegungsbedürftiger Begriff*, der die Auseinandersetzung um Sinn und Zweck des Strafens in Deutschland beherrscht.²¹¹ *Stübinger* stellt -aus dem Blickwinkel der präventiven Strafbegründungen zu Recht- die Frage: „*Strafe als Umgang mit Schuld oder Umgehung der Schuld?*“²¹², und zwar eine Umgehung mithilfe der Idee der Zurechnung, die wiederum von vor allem generalpräventiven Straffideen gespeist wird.

Der Begriff der Schuld und ihr Verbund mit der Strafe ist zunächst aus der Sicht des *gesetzlichen Strafrechts* näher zu betrachten.

Schuld bezeichnet den *Gegenstand* der konkreten Strafe, wenn das *Strafgericht* den *Strafausspruch* an den *Schuldspruch* bindet („wegen ... wird bestraft“, §260 IV 1 StGB). Auch das *Strafgesetz* normiert einen *Strafrahmen* für einen bestimmten *Unrechtstatbestand* und setzt voraus, dass der Täter ihn in der Regel *vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft* verwirklicht. Der Schuldspruch des Gerichts, der sich auf die Angabe des Tatbestandes beschränkt geht es also tatsächlich um die konkrete Schuld im weiteren Sinne des „*vorwerfbares Unrechts*“, und nicht um die Schuld im engen Sinne als bloße Vorwerfbarkeit.

Dazu verlangt das Gesetz vom Täter ein konkretes *Unrechtsbewusstsein*. Er muss das Unrecht der Tat in *seiner Laiensphäre* als solches erkannt haben, nur aber immerhin abgeleitet aus §§ 17- 21 StGB.

Der Kern des Schuldvorwurfs lautet: *Du hättest anders handeln können. Du hast Dich gegen das Recht und für das Unrecht entschieden*. Der Gesetzgeber selbst hat allerdings die Schuld nicht positiv definiert.²¹³

²¹¹ Siehe zunächst: Zabel, Schuldtypisierung, 2007, 242 ff. Zudem: Stübinger, Schuld, 2000 (unter dem Titel: „Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie“), insbesondere 378 ff.

²¹² Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff., „Strafe als Umgang mit Schuld oder Umgehung der Schuld? Zur Spannung zwischen Strafzweck und Schuldzurechnung“ im Sammelband: Engert/Moos (Hrsg), Umgang, 2016, („*Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung*“, - Schuldidee auch international, psychologisch, soziologisch, philosophische, theologisch und kulturwissenschaftlich betrachtet).

²¹³ Betont auch Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff., 188.

Allgemeines zum Schuldbegriff. Der Philosoph *Pothast* beklagt zwar zu Recht ebenso wie *Schreiber*, der im Übrigen seinerseits auf *Pothast* hinweist, dass in der strafrechtsdogmatischen Literatur zahlreiche unterschiedliche Definitionen und Funktionen des Schuldbegriffs angeboten würden. Die Bedeutung von Schuld wird in der Tat umso dunkler, je mehr Erklärungsversuche man zur Kenntnis nimmt.²¹⁴

Maiwald meint sogar, dass der Begriff der Schuld, ein „Zentralbegriff unseres Strafrechtssystems“, inhaltlich überhaupt nicht geklärt sei²¹⁵. Aber es handelt sich dabei zum Teil um das alte methodische Dilemma, das sich stellt, wenn man große Begriffe fachwissenschaftlich unter die Lupe nimmt und auch nehmen muss. Man löst sie in Bestandteile auf und muss diese Teile und ihre Summe dann aus dem Blickwinkel des *jeweiligen Umfeldes* neu betrachten.

Die erste Annäherung an den Begriff zeigt jedenfalls: Schuld meint zwar im Kern und zur Unterscheidung vom Unrecht die bloße *Vorwerfbarkeit von Unrecht*, aber eben nicht allein. Denn diese Sicht spaltet die Vorwerfbarkeit vom Unrecht ab. Vielmehr wird dem Angeklagten immer ein konkretes Verhalten oder eine *Handlung* vorgeworfen, und zwar eine die einem gesetzlichen Tatbestand entspricht.

3. Weitere Annäherungen an den Schuldbegriff.

Die „Schuld im weiteren“ Sinne, so wie das Gericht sie im Urteilstenor mit dem *Schuldspruch* festlegt, beinhaltet eine Handlung, ein *Unrecht* und die Tat, kurz es geht um das „verschuldete Tatumrecht“. In einem noch weiteren Sinne, und zwar unter Einbeziehung auch der *Person* des Täters, verwendet der Gesetzgeber den Schuldbegriff bei der *Strafzumessung*.

²¹⁴ So der Philosoph *Pothast*, *Unzulänglichkeit*, 1987, 321; zudem: *Schreiber*, *Schuld*, 1983, 73 ff., 74.

²¹⁵ *Maiwald*, *Schuldbegriff*, 1987, 147 ff., 147, m.w.N., der dann allerdings gleichwohl das Problem des Anders-Handeln-Könnens mit der Frage der Schuld in Verbindung setzt; siehe überdies *Neumann*, *Entwicklungen*, *ZStW* 1987, 567 ff., 577 (Erläuterung 41 zur Diskussion auf dem Strafrechtslehrertag 1987). *Neuerer Überblick* von *Herzberg*, *Schuldbegriff*, *GA* 2015, 250 ff. .

Allgemeiner Sprachgebrauch. Nach dem *allgemeinen Sprachgebrauch*, der bekanntlich vage und immer neu ausformbar ist, meint Schuld die *Beziehung* einer *Person* zu einem von ihr beeinflussten *Sachverhalt*. Der Sachverhalt wird in der Regel durch einen *versachten Schaden* bestimmt. Der Begriff vom Schaden beinhaltet umgekehrt auch den *konkreten Wert* (als Gut) oder den Rechtsgutscharakter eines Tatobjektes.

Verschulden können Menschen aber allgemeinsprachlich Schäden oder auch Gefahrenlagen in jeglicher Form, nicht nur den Schaden an einem Menschen oder einer Sache.

Verantwortlich können sie auch für eine bestimmte "Lebensführung" oder für die "Erschütterung der Rechtstreue" der Allgemeinheit sein, oder auch für den Eindruck einer bestimmten Art und Höhe der Gefährlichkeit, den sie vermitteln. Jeden Nachteil, den Menschen ursächlich mitbestimmen können, könnten sie grundsätzlich auch verschuldet haben. Dass Menschen auch Veränderungen der Umwelt zugerechnet werden können, die sie tatsächlich nicht verursacht haben, etwa über ein Fehlurteil oder auch eine Fiktion, beruht dennoch darauf, dass andere Menschen an die Ursächlichkeit glauben. Selbst die hypothetische Kausalität der Unterlassungsdelikte bedient sich der analogen Anwendung des Gedankens der Kausalität.

Wer in die Tiefen des Strafrechts vordringt, wird feststellen, dass die Strafrechtsdogmatik den Begriff der Schuld nicht nur in einem engeren und einem weiteren Sinne verwendet. Er ist überdies auch abhängig von dem Gegenstand, auf den sie sich beziehen soll, den abstrakten gesetzlichen Unrechtstatbestand oder die konkrete Unrechtstat. Zudem verselbstständigt das Strafrecht Vorsatz und Fahrlässigkeit, die nach allgemeinem Sprachgebrauch typische Elemente der Schuld darstellen.

Aus der Schuld folgt die *Verantwortung* gegenüber sich und den anderen und daraus folgt dann die Haftung des Täters „mit dem Seinen“, Geld oder Freiheit. Für das *eigenverantwortliche* Tun, und nur dafür, haftet der Täter mit dem Eigenen. Auf die *Aktion* erfolgt, wenn die prozessualen Voraussetzungen vorliegen, die *Reaktion*. Das Unrecht der Tat wird mit Strafe vergolten, wenn es schuldhaft begangen wurde.

4. *Kern des vorherrschenden Schuldbegriffs und weitere Schuldbegriff im Strafrecht.* Der Kern des Schuldbegriffs und der Bereich, der das Problem der Willensfreiheit betrifft, bildet die Antwort auf die Frage, ob demjenigen, der ein Verbrechen begangen hat, seine Tat *vorwerfbar* ist: Hätte er denn wirklich anders und rechtstreu handeln können?²¹⁶

Schuld- und Sonderbegriffe im Strafrecht:

(1) *Unrechtsbezogenen Schuld*, Schuld meint also im Sinne der *unrechtsbezogenen Schuld* die gesamte dem Täter vorzuwerfende rechtswidrige Straftat. Die entsprechenden Tatbestände hat der Gesetzgeber in den Überschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches kurzgefasst. Sie verwendet der Richter im Tenor seines Urteils, das aus zwei Teilen, dem Schuldspruch und dem nachfolgenden Strafausspruch besteht: Der Angeklagte wird wegen Mordes, Raubes, Diebstahls usw. zu einer Freiheits- oder Geldstrafe von (...) verurteilt (vgl. § 260 IV StPO). Gemeint ist stets die schuldhaft und rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes.

(2) *Vorwerfbarkeit*. Schuld im engeren Sinne der Vorwerfbarkeit meinen der Gesetzgeber und mit ihm die Strafrechtswissenschaft, wenn sie von der Schuld als einem der drei Hauptelemente des Verbrechens, Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, sprechen. Gesondert wird geprüft, ob dem Täter seine Unrechtstat auch vorzuwerfen, insbesondere, ob er bei Begehung der Tat schulfähig gewesen ist, also die Fähigkeit besaß, das Unrechtmäßige seines Verhaltens einzusehen und dementsprechend zu handeln. An der Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens fehlt es insbesondere bei Geisteskranken, Volltrunkenen und Kindern (§§ 20, 19 StGB). Überdies muss der Täter nicht nur die Fähigkeit gehabt haben, das Unrecht einzusehen, er muss es auch tatsächlich eingesehen haben, beziehungsweise im konkreten Fall hätte einsehen können (§ 17 StGB). Daran fehlt es etwa, wenn er irrigerweise Umstände annimmt, die ihn zur Notwehr berechtigen würden. Auch dürfen keine Umstände vorliegen, die ihn "entschuldigen" würden, wie etwa die Ausnahmesituation, dass er sein Leben auf Kosten des Lebens eines Unschuldigen gerettet hat (§ 35 StGB).

²¹⁶ Siehe auch Tiemeyer, Grundlagenprobleme, GA 1986, 203 ff; Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 1988, 527 ff.

Ist der Täter schuldig, hat er die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkannt, ist er auch nicht ausnahmsweise entschuldigt und handelt er gleichwohl so, ist ihm vorzuhalten, dass er sich für die Unrechtstat entschieden hat.²¹⁷

(3) *Motive im Tatbestand.* Ferner gibt es in einigen wenigen Tatbeständen Merkmale, die als schuldsteigernd gelten, etwa ein „niedriger Beweggrund“, der den Totschlag zum Mord erhebt (§ 211 StGB) oder das Merkmal „rücksichtslos“ (§ 315 c I StGB). Absichten, wie die Bereicherungsabsicht, kennzeichnen zwar Ziele, die der Täter anstrebt. Aber sie wirken auch motivierend.

(4) *Vorsatz und Fahrlässigkeit.* Der Vorsatz und die Fahrlässigkeit sind nach dem Alltagsverständnis typische Elemente der Schuld. Wer den Begriff von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ernst nimmt, muss diese enge Verbindung neben der strafrechtlichen parallel mitverfolgen.

Vorsatz und Fahrlässigkeit gehören zum Schuldbegriff im weiten Sinne des Schuldspruchs, denn er erweist sich als „vorwerfbares Unrecht“, als allumfassend. Das Zivilrecht erfasst im Übrigen die schuldhaft Verursachung eines Schadens insgesamt, wenn es vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweisen gleichberechtigt nebeneinander setzt. Dieses Verschulden löst die Rechtsfolge des Schadensersatzes aus (§§ 823 I, 249 BGB). Schuld ist im Zivilrecht also ein Oberbegriff vorrangig für vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln.

Hingegen nennt das Strafgesetz Vorsatz und Fahrlässigkeit gesondert (§§ 15, 16, 18, vgl. auch § 17 StGB) und neben den Normen, die den Ausschluss der Vorwerfbarkeit regeln. Gemeinsam schließen sie die Haftung für Zufall aus²¹⁸. Bloßes Verursachen eines Schadens genügt nicht; der Täter muss im Strafrecht zumindest fahrlässig gehandelt haben (vgl. § 18 StGB).

²¹⁷ Vgl. BGH (Großer Senat) 2, 194 ff., 200, „Beziehung des Täters zur Unrechtstat“ oder: das Belastetsein mit der Verantwortung (für eine rechtswidrige Tat); dazu: Gallas, Stand, ZStW 1955, 1 ff., 45; Otto, Unrecht, ZStW 1975, 540 ff., 580.

²¹⁸ Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 23, mit dem Hinweis, dass sich dieser Gedanke schon im römischen Zwölftafelgesetz (um 450 v. Chr.) befunden habe, also ältestes europäisches Kulturgut sei; Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899 (1961), 85 zum griechischen Recht u. Hinw. auf Löffler, Schuldformen, 1895, 51 ff.

Vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweisen sind deshalb von der Schuld im Sinne der Vorwerfbarkeit zu trennen, ganz oder aber auch nur teilweise, weil sie insofern Doppelstrukturen besitzen, einerseits dem (personalisierten) Unrecht zugehören, als auch Elemente der Vorwerfbarkeit darstellen. Jedenfalls gelten sie auch als subjektive Elemente des Unrechtes, das ansonsten objektive Rechtsgutsbeeinträchtigungen oder Schädigungen durch menschliches Handeln erfasst. Erkennbar soll Unrecht, und zwar zu Recht im Strafrecht, nicht nur irgendeine verbotene Schadensverursachung meinen, die im Übrigen auch durch ein Tier oder ein Naturereignis hervorgerufen worden sein könnte, sondern eine durch einen Menschen bewirkte Beeinträchtigung, der dazu typischerweise vorsätzlich oder wenigstens fahrlässig, jedenfalls nicht lediglich zufällig handelt. Der Sache nach ist der Begriff des Unrechtes damit, weil auf den Menschen bezogen, bereits mit Schuldelementen aufgeladen.

(5) Schwieriger noch zu fassen, weil umfassender und individualisierender, ist das, was Gesetzgeber und Rechtsprechung unter der Schuld im Sinne der Strafzumessung (§ 46 I StGB) verstehen. Die Schuld hat die Grundlage für die Strafzumessung zu bilden.

So trennen *Achenbach* und die ihm folgenden Autoren *Strafbegründungsschuld*, die von der *Strafbemessungsschuld*²¹⁹ zu trennen ist. Es ist das *verschuldete Tatunrecht*, die unrechtsbezogene Schuld auf der abstrakten Ebene der gesetzlichen Tatbestände. Schuld und sein Gegenstand, das Unrecht, werden zusammengefasst.

Die gesonderte *Strafbemessungsschuld* Sinne des § 46 StGB umfasst unter anderem auch *Vorstrafen*, die die Rechtsprechung berücksichtigt, weil der Täter sie sich bei Begehung der Tat nicht habe zur Warnung diene lassen. Das nachträgliche *Geständnis* bildet hingegen zumindest ein Indiz für eine weniger rechtsfeindliche Grundhaltung des Täters bei Begehung der Tat.²²⁰

Zwar muss das Gericht zunächst feststellen, dass der Täter eine ihm vorwerfbare Straftat begangen hat. Doch legt der Gesetzgeber die Rechtsfolge, die Strafe, in

²¹⁹ Achenbach, Grundlagen, 1974, u.a. 2 ff.

²²⁰ Vgl. BGH NStZ 85, 545; Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 46, Rn 46 („soweit sich daraus Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zur Tat oder deren Unrechtsgehalt ziehen lassen“).

aller Regel nur grob mit Hilfe eines weiten Strafrahmens fest. Dem *hochabstrakten* Tatbestand etwa des Raubes entspricht ein dazu passend weitgefasst Strafrahmen von sechs Monaten bis zu fünfzehn Jahren (vgl. §§ 249 I, II, 38 StGB, der allerdings auch für die Fälle der Idealkonkurrenz mit anderen Delikten, hier wie Raub mit schwerer Körperverletzung an mehreren Opfern, noch ausreichen muss, § 52 StGB). Innerhalb dieses Rahmens hat das Gericht eine nach *Monaten* zu bemessende Strafe zu finden. Grundlage hierfür bildet das konkrete Maß der Schuld (§ 46 I StGB), auch wenn generalpräventive und spezialpräventive Erwägungen hinzukommen. Um die konkrete Strafe zuzumessen, hat der Richter erstens alle Elemente, die er verwendet hat, um den Schuldspruch zu begründen, erneut zu betrachten und zu konkretisieren:

Im Fokus der konkret *vorwerfbaren Unrechtstatschuld* steht also zum Beispiel nicht, dass der Täter einem Menschen gewaltsam eine Sache weggenommen hat (also einen Raub begangen hat, § 249 StGB). Vielmehr geht es nun um das *Maß* der Gewaltanwendung, die Höhe der Beute, Absichten und Beweggründe sowie neben den tatbezogenen Umständen eben auch um die persönlichen Umstände des Täters (§ 46 II StGB), und häufig noch um das Gewicht der mit *derselben Tat* und ebenfalls *vorwerfbar* mit verwirklichten weiteren Delikte.

Zweitens sind neben der Begehung der konkreten Tat gewichtige täterbezogene Umstände zu berücksichtigen, das *Vor-* und auch das *Nachtat*verhalten. Die Rechtsprechung und auch ein Teil der Lehre verknüpfen *Vor-* und *Nachtat*verhalten unmittelbar mit der Tatschuld. Sie werfen dem Täter zum Beispiel einschlägige Vorstrafen damit vor, dass er sie sich nicht zur Warnung habe dienen lassen.²²¹ *Nachtat*verhalten, wie das Geständnis und tätige Reue, etwa als Bemühen, den Schaden wieder gut zu machen, vermögen insbesondere die Schuld des Täters erheblich zu mildern (vgl. § 46 II StGB). Alle diese weit in das Leben des Täters ausgreifenden Umstände bestimmen die sogenannte „Strafbemessungsschuld“.

(5) Sowohl der Strafbegründungs- und Strafbemessungsschuld im Sinne von Grund und Maß der Vorwerfbarkeit, als auch dem Gedanken, dass eine Zufallshaftung ausgeschlossen sein soll, liegt schließlich das Schuldprinzip im engeren Sinne zugrunde. Die Tat muss dem Täter vorwerfbar sein und die Strafe muss auch der Höhe nach der Schuld entsprechen. Das so gefasste Schuldprinzip

²²¹ So schon BGH 24, 198; JR 1972, 470; MDR 1954, 18.

ist unmittelbar mit der Menschenwürde verknüpft und besitzt deshalb auch Verfassungsrang.

5. *Einige Sonderbegriffe.* Darüber hinaus benutzt die Strafrechtswissenschaft den Begriff der Schuld mit verschiedenen Zusätzen:

(1) Den Begriff der *Lebensführungsschuld* verwendet die Strafrechtswissenschaft vorrangig, aber nicht ausschließlich in einem negativen Sinne. Seine gesamte Lebensführung soll dem Täter an sich nicht im Sinne der alten nationalsozialistischen Tätertypenlehre vorwerfbar sein. Die Tat des Menschen ist zu ahnden, nicht seine Entwicklung zum Verbrecher ist ihm vorzuwerfen. Es geht deshalb nicht darum, ihn als Täter(-typ) abzusondern.

Der Lebensführungsschuld in diesem Sinne liegt ein Bild vom Menschen zugrunde, das den Täter nicht als im Willen freien, mit Menschenwürde ausgestatteten Mitbürger begreift, sondern als ein schlecht soziales Wesen. Das allgemeine Schuldprinzip führt zur Forderung nach dem Vorwurf der Einzeltatschuld.

Dennoch spielt die Lebensführungsschuld der Sache nach weiterhin eine bedeutende, wenngleich nachrangige²²² Rolle, soweit die Person des Täters zu berücksichtigen ist. So verlangt der Gesetzgeber für die Strafzumessung, "das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse" zu berücksichtigen (§ 46 II StGB). Bei mehreren Taten des Angeklagten hat das Gericht "die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend" zu würdigen (§ 54 I StGB). Überdies nennt der Gesetzgeber "besondere persönliche Merkmale", um mit ihrer Hilfe die Strafbarkeit des Täters überhaupt erst zu begründen oder deutlich zu erhöhen (§§ 14, 28 StGB), zum Beispiel die Beamten- oder Amtsträgereigenschaft (§ 11 StGB), oder um die Strafbarkeit des Täters auszuschließen, zum Beispiel als Angehöriger (vgl. §§ 11, 35, 157, 258 StGB).

²²² So forderte schon Jescheck sogar ausdrücklich die Verbindung der Einzeltatschuld mit der Lebensführungsschuld, allerdings mit dem "Kern" der Einzeltatschuld, Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 423, u. Hinw. auf BGH NJW 1976, 2220. Zur Lebensführungsschuld siehe Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974, 481 ff., 538 ff.

(2) *Rechtsschuld*. Diese Art der Schuld gilt auch als gesetzliche geregelte *Rechtsschuld* und steht insofern der *sittlichen Schuld* gegenüber.²²³ So muss der autonome Täter auch nur ein Unrechtsbewusstsein haben, die Normen aber nicht als die Seinen anerkennen. Bei Überzeugungstätern oder Kulturfremden genügt die Kenntnis oder die Rechtsfahrlässigkeit als vermeiden können der Unkenntnis, § 17 StGB. In der Regel aber wollen die Täter selbst in diesem Normensystem leben, sie erkennen also die Kernnormen, wie Du sollst nicht töten, oder Du sollst nicht stehlen, -im Grundsatz- auch als die Eigene an. Auch sieht das *Bundesverfassungsgericht* grundsätzlich den „*Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen*“ an.²²⁴

Der Begriff der *Rechtsschuld* dient also vorrangig dazu, den Sonderfall des *Überzeugungstäters* zu regeln. Das Rechtsbewusstsein und damit auch das Unrechtsbewusstsein gewinnt der Täter aus seinen eigenen ethischen Grundüberzeugungen. Sein Gewissen²²⁵ zeigt es ihm an. Danach wäre es folgerichtig, demjenigen, der aufgrund einer abweichenden Überzeugung eine Straftat begeht, zum Beispiel dem Revolutionär, seine Tat nicht vorzuwerfen²²⁶. Er selbst hält es für gerecht, so zu handeln. Deshalb begnügt sich das deutsche Recht nach überwiegender Ansicht damit, dass der Täter jedenfalls die Kenntnis besessen haben muss, dass die Allgemeinheit ein bestimmtes Verhalten als Unrecht einstuft.

Die Kenntnis der Strafnorm verlangt das Strafrecht ohnehin nicht. Eine „*Parallelwertung in der Laiensphäre*“ reicht aus.²²⁷ Um Unrechtsbewusstsein zu besitzen, muss der Täter also mit den Grundzügen der Rechts-, beziehungsweise der Sozialethik, der Sittlichkeit vertraut sein oder ihm müssen die „elementaren Werte der Gemeinschaft“ bekannt sein, die das Strafrecht schützen soll.²²⁸

²²³ Dazu etwa Lampe, Strafrecht, 1999, 228 (der „die Möglichkeit sittlicher Schuld des Menschen aufgrund seiner sittlichen Natur“).

²²⁴ Lissabon-Entscheidung des BVerfG, Sicherungsverwahrung, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 364; vgl. auch: BVerfG 45, 187 ff., 227.

²²⁵ Zum „Gewissen“ vgl. Henkel, Rechtsphilosophie, 1977, 331; Welzel, Naturrecht, 1960, 1980, 238; Hupperschwiller, Gewissen, 1970, 41 ff.

²²⁶ Dazu, dass ohne präzise Unterscheidung von rechtlicher und sittlicher Schuld die Strafbarkeit des Überzeugungstäters nicht begründbar ist, siehe Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 137 ff.

²²⁷ Vgl. Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982.

²²⁸ Zu „elementarer Sittlichkeit“ etc. vgl. Montenbruck, In dubio, 1985, 44; Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976, 109, u. Hinw. auf Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein, NJW 1954,

(3) Der sogenannte *normative oder auch normativ-psychologische Schuldbegriff* dient der Aufgabe, die Abkehr vom rein psychologischen Schuldbegriff aufzuzeigen. Dieser entsprang der alten schlichten Zweiteilung von rein objektivem Unrecht und der Schuld als dem rein subjektiven Element. Die Hauptmerkmale des psychologischen Schuldbegriffs waren der Vorsatz und das Fehlen psychischer Notlagen und geistiger oder körperlicher Defekte, also biologischer Elemente. Sie standen ohne rechten Zusammenhang nebeneinander. Ihnen fehlte als zusammenfassendes und normatives Element die Forderung, dass gegen den Täter auch der Vorwurf erhoben werden kann, sich für das Unrecht und gegen das Recht entschieden zu haben. So kann der Geisteskranke zwar vorsätzlich, aber trotzdem schuldlos handeln (vgl. § 20 StGB). Diese Lücke schließt der normative Schuldbegriff im Sinne der Vorwerfbarkeit der Tat.

(4) Den *sozialen* Schuldbegriff verwenden Autoren, die meinen, es sei nicht auf die Vorstellung des konkreten Täters abzustellen, sondern auf diejenige der Allgemeinheit.²²⁹ Auf diese Weise passen die Vertreter einer Straftheorie, die sich vor allem an der Generalprävention orientiert, den Schuldbegriff (teleologisch) ihrem präventiven Ansatz an. Denn das Strafgesetz verwendet den Begriff der Schuld.

Versteht man *Schuld* solchermaßen sozial, liegt die Folgerung nahe, präventive, insbesondere generalpräventive Gesichtspunkte zumindest in *Grenzfällen* mit einzubeziehen. Ob der Täter die Tat schon als Schuldunfähiger im Sinne von § 20 StGB oder noch als erheblich vermindert Verantwortlicher (§ 21 StGB) begangen hat oder ob er wegen einer Überschreitung der Grenzen des Notwehrrechtes entschuldigt ist (§ 33 StGB), ist letztlich von den Vorstellungen der Gesellschaft, verkörpert durch Gesetzgeber und Gericht, abhängig. Sie allerdings legt aufgrund ihres Menschenbildes Wert auf humane Erwägungen, also individuelle Elemente, so dass es im Kern bei der sozialen Fiktion der Willensfreiheit bleiben kann.

908 ff., 908; Jescheck, Anm. zu BGH 10, 35, JZ 1967, 551; Roxin, Offene Tatbestände, 1959, 117.

²²⁹ Vgl. Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff..

Dieser Schuldbegriff ist zwar auch deshalb ein normativer, weil er die Vorwerfbarkeit zum Inhalt hat, aber ebenfalls deshalb, weil er zumindest für die Grenzfälle *präventive* Aufgaben als *Zweckmomente* der Schuld mit erfasst.²³⁰ Doch soll es offenbar im Kern bei dem herkömmlichen Verständnis der Schuld mit dem Hauptelement der Vorwerfbarkeit bleiben, und sei es auch nur auf der Grundlage einer Schuldfähigkeit, die die Gemeinschaft den Menschen allgemein und dem Täter im konkreten Fall individuell zuschreibt.

(5) Die *Unschuldsvermutung* (Art. 6 II EMRK) betrifft die verfahrensrechtliche Seite²³¹. Bis zur Rechtskraft des Urteils gilt der Angeklagte als unschuldig. Doch können die Strafverfolgungsorgane in der Zwischenzeit Maßnahmen wie die Untersuchungshaft anordnen, die sich bereits mit einem bestimmten Tatverdacht begnügen. Die Unschuldsvermutung schützt den Täter also nicht vor Tatverdacht, Beschuldigung oder der Anklage, die einen genügenden Tatverdacht voraussetzt (§ 170 StPO) und vom Gericht zugelassen wird, wenn der "Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint" (§ 203 StPO). Gemeint ist nur, dass auch der Tatverdächtige sich gleichwohl noch als unschuldig zu entpuppen vermag und deshalb Vorverurteilungen zu begegnen ist.

6. *Handlung/Tat*. Ebenso wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, die nach allgemeinem Verständnis eindeutig der Schuld zugehören, sieht das Strafrecht auch andere Begriffe als eigenständig an, die mehr oder weniger eng mit dem weiten Schuldbegriff zusammenhängen: Ist dem Täter ein unrechtmäßiges Verhalten vorzuwerfen, so ist zu fragen, was überhaupt eine menschliche *Handlung* erfasst. Denn sie, also die Tat, ist der eigentliche Gegenstand des Vorwurfs, und zur Bestimmung des (vorwerfbaren) Unrechtsgehalt der einen Tat bedarf häufig mehrerer Tatbestände (Schwerer Raub in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und gefährlichem Eingriff in den-Straßenverkehr).

²³⁰ So insbesondere Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976, 321; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969, 1; Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff., 73; Lackner, Prävention, 1985, 245 ff., 245, 255; Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 1988, 527 ff., 527.

²³¹ Zum Verständnis dieses Rechtsinstitutes vgl. BVerfG 19, 342 ff., 347 f.; 74, 358 ff., 370 ff. Zum Verhältnis zum Satz „Im Zweifel für den Angeklagten“ siehe Montenbruck, In dubio, 1985, 61 ff.; siehe auch Frister, Schuldprinzip, 1988. Kritisch zum Verhältnis von Tatverdacht und Unschuldsvermutung Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992, 242 ff.

Die *Gesamtstrafe* wiederum erfasst die ebenfalls häufigen Fälle, dass der Täter *mehrere Taten* begangen hat. Auch der Gedanken des Tatstrafrecht stellt also eher eine sehr sinnvolle *Reduktion der Komplexität* dar. Das Strafrecht bietet dem Gericht also viele gut relativ gut bestimmbare *Module*, die es zur Bestimmung der Strafe im Sinne des *Strafauausspruch* in der Art eines *bunten Baukastens* verwendet.

Unstreitig ist in der Strafrechtswissenschaft nur, dass Handeln als „gewillkürtes Körperverhalten“ zu begreifen ist.²³² *Nicht-Handlungen*, wie Reflexbewegungen, instinktive Abwehrreaktionen, Handeln in bewusstlosem Zustand oder unter unwiderstehlicher Gewalt, sind also bereits keine Handlungen im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandes. Wer in eine Schaufensterscheibe gestoßen wird, hat sie nicht „zerstört“.²³³ Vorzuwerfen ist dem „Verursacher“ seine Bewegung schon deshalb nicht, weil sie keine eigene Handlung (Tat) darstellt.

Da das Strafrecht wie selbstverständlich nur *menschliches* Verhalten als Handeln begreift, besteht überdies die Möglichkeit, in den Handlungsbegriff einiges aufzunehmen, was aus dem Bild vom Menschen abzuleiten ist, zum Beispiel, dass er in der Regel zielgerichtet, in einem sozialen Umfeld und als verantwortliche Person handelt.

Verursachung. Zu handeln bedeutet, dass der Mensch etwas in der Außenwelt bewirkt, durch ein positives Tun oder ein Unterlassen. Er *verursacht* einen *Erfolg*; der Straftäter verletzt oder tötet einen Menschen, führt also den Todes- oder Verletzungserfolg herbei. Aber auch wenn das Gesetz bei schweren Delikten den Versuch unter Strafe stellt oder auch allgemein die Gefährdung eines elementaren Wertes, verlangt es eine Handlung, beim Versuch das äußerlich erkennbare unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB). Zur persönlichen Willensentscheidung muss immer auch eine äußerlich erkennbare Willensbetätigung kommen, denn „die Gedanken sind frei“.

²³² Kargl, Handlung, 1991, 1 f.; siehe überdies Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 44 ff. (u. Hinw. auf die Definition des Handelns nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gem. dem Grimm'schen Wörterbuch (Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956, Bd. 10, Sp. 404) wonach Handlung im allgemeinsten Sinne die „Ausführung eines Willens oder Vorsatzes“ bedeute).

²³³ Kargl, Handlung, 1991, 1.

7. *Kausalitäts-, Zurechnungs- und Handlungslehren.* Was ein menschliches Handeln ansonsten kennzeichnet, ist umstritten. Es ist sogar zweifelhaft, ob es überhaupt bestimmbar ist, oder ob es denn für das Strafrecht, das über die gesetzlichen Tatbestände verfügt, hinaus definiert werden muss.

Wer allerdings nach Sinn und Zweck der Strafe jenseits deren konkreten gesetzlicher Ausprägung fragt und zur Antwort erhält, der Täter werde wegen einer schuldhaft begangenen Rechtsgutsverletzung bestraft, erkennt, dass Handlung und Schuld zusammenhängen und er irgendeine Vorstellung vom Handeln entwickeln muss.

Die einfachste Vorstellung ist, das Handeln wie das Verschulden zunächst einmal auf das Verursachen zurückzuführen. Damit sind die Türen zu den sogenannten Kausalitätslehren geöffnet. Die in der Strafrechtswissenschaft vorherrschend vertretene Theorie ist diejenige der objektiven Zurechnung des Erfolges zur Tat und damit zum Täter. Im Zivilrecht wird sie Adäquanztheorie genannt.

(1) *Kausaler Handlungsbegriff.* *Beling* fasste die Handlung noch rein naturalistisch auf und beschrieb die Verbindung von Körperbewegung und Veränderungen der Außenwelt (Erfolg) mit Hilfe der "Äquivalenztheorie" im Sinne von *Buri*²³⁴. Das Setzen einer Ursache für ein Ereignis genügt; im Prinzip reicht jede vom Täter gesetzte Bedingung aus, um ihn zum Verursacher zu machen.

Der deshalb sogenannte kausale Handlungsbegriff bestimmt die Handlung als ein "vom Willen beherrschbares (willkürliches)" menschliches Verhalten. Es führe eine bestimmte Folge in der Außenwelt herbei, entweder durch eine bloße Körperbewegung (Tätigkeitsdelikte) oder durch einen weitergehenden Erfolg (Erfolgsdelikte)²³⁵.

Der kausale Handlungsbegriff ist dem Einwand ausgesetzt, dass der Wille die menschliche Handlung zwar von bloßen Naturvorgängen unterscheidet, die den

²³⁴ Beling, *Lehre*, 1906, 7; Buri, *Causalität*, 1873, 2 ff. Vgl auch Welzel, *Naturalismus*, 1935, 41 ff., und u.a. zum Problem, das Unterlassen zu beschreiben vgl. Radbruch, *Handlungsbegriff*, 1904, 143.

²³⁵ So bereits Beling, *Lehre*, 1906, 9, 17.

Kausalverlauf gestaltende "Finalität" allerdings Eigenschaft allein des Menschen sei. Sie käme in diesem Handlungsbegriff nicht hinreichend zum Ausdruck. Außerdem vermöge der kausale Handlungsbegriff die Unterlassung nicht mit aufzunehmen, denn ein Unterlassen, etwa eine Mutter, die ihr Kind verhungern lässt, sei nicht als kausal im naturwissenschaftlichen Sinne zu bezeichnen. Endlich sei beim kausalen Handlungsbegriff ein Rückgriff auf jeden Mit-Verursacher möglich, denn es genüge, irgendeine der Ursachen gesetzt zu haben, im Sinne der sogenannten Äquivalenztheorie.

Dem *Alltagsverständnis* des Verursacherprinzips dürfte diese Sicht immer noch entsprechen. Doch ist ebenso offenkundig, dass das Setzen "irgendeiner" Bedingung nicht ausreicht: Zwar hat die Zeugung eines künftigen Mörders den Tod des Opfers mit verursacht, doch scheiden die Eltern "selbstverständlich" aus dem Kreis der "Verursacher" aus.

(2) Die Vertreter der *finalen Handlungslehre* meinen, menschliche Handlungen seien nicht nur vom Willen getragene Kausalabläufe. Eine Handlung stelle vielmehr die Ausübung einer Zwecktätigkeit dar. Der Mensch vermöge die Folgen seines Handelns jedenfalls in gewissen Grenzen vorauszusehen. Er sei ein "Steuerungsfaktor", der das äußere Kausalgeschehen "überformt". Dennoch bleibt offenkundig die Abhängigkeit von der Idee der Kausalität erhalten.

Die Gemengelage von sozialer und realer Determination einerseits und unterstellter verbleibender Willensfreiheit spiegeln sich in dieser Doppelsicht von Kausalität und Finalität des Handelns wider.

Allerdings betont bereits *Welzel*²³⁶, er habe nicht die Sache, sondern lediglich den Begriff der Finalität übernommen. Der *finale Handlungsbegriff* birgt bekanntlich Schwierigkeiten, das fahrlässige Verhalten zu erklären. Er beschreibt den typischen Fall der Straftat, die Vorsatztat (§ 15 StGB). Im Hinblick auf die Rechtsfolge der Freiheitsstrafe beherrscht sie das Strafrecht. Auch stellen die Fahrlässigkeitsdelikte in der Regel das Unterlassen einer bestimmten Gegensteuerung oder Finalität unter Strafe²³⁷.

²³⁶ Welzel, Strafrecht, 1969, 37.

²³⁷ Erklärungsversuche zum Ansatz Stratenwerths: Suppa, Mensch, 2003, 47 ff. sowie insbesondere 225 ff.

(3) *Sozialer und personaler Handlungsbegriff*. Um einen Handlungsbegriff zu entwickeln, der sowohl das Unterlassen, als auch das fahrlässige Verhalten mit umfasst, wird in der Wissenschaft zudem der sogenannte soziale Handlungsbegriff angeboten. Danach ist Handlung jedes "sozialerhebliche, menschliche Verhalten"²³⁸. Wer einer generalpräventiven Straftheorie den Vorrang gibt, muss nicht nur den Schuldbegriff entsprechend anpassen, sondern auch den Handlungsbegriff darauf abstimmen.

Auch der *personale Handlungsbegriff* erweist sich zum Teil als eine Unterart des sozialen Handlungsbegriffs.²³⁹ Denn die Personalität einer Person entsteht durch die Anerkennung des Anderen, also theoretisch intersubjektiv. Aber praktisch werden diese Rollen durch die „Allgemeinheit“ entwickelt und dann vom demokratischen Recht verfestigt. Zugleich aber gehört die Personalität eines Menschen auch zur Deutung der Schuld.

Mit einem zusätzlichen personalen und damit schuldbezogenen Akzent formuliert *Jescheck*, eine Handlung sei *jede Antwort des Menschen "auf eine erkannte oder wenigstens erkennbare Situationsanforderung durch Verwirklichung einer ihm nach seiner Freiheit zu Gebote stehenden Reaktionsmöglichkeit"*. Sozialerheblich sei ein Verhalten, wenn es *"das Verhältnis des Einzelnen zu seiner Umwelt betrifft und diese durch seine Auswirkungen berührt"*²⁴⁰.

Dieser Ansatz leidet einerseits zwar ersichtlich an seiner Zirkelschlüssigkeit, denn die Aufgabe besteht darin, die Tat als menschliche Verhaltensweise für eine soziale Reaktion auf sie näher zu definieren. Aber andererseits gehören aus rechtstheoretischer Sicht die „Rechtsfolge“ (hier Strafraumen) und die Rechtsfolgenvoraussetzung (hier der Tatbestand) untrennbar zusammen. Jede

²³⁸ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017, Rn 21 ff, 24; Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 ff., 611 ff., insbes. 647; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 222 ff., die zumindest als nahestehend die Auffassungen von Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, 207; siehe insbes. auch Maihofer, Handlungsbegriff, 1953, 10 f.; und Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 1961, 156 ff.

²³⁹ Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 7 Rn 60 („Ein Mensch hat gehandelt, wenn sich bestimmte von ihm ausgehende oder nicht ausgehende Wirkungen ihm als Person, d. h. als geistigem Aktionszentrum zuordnen lassen“; es sei eine „Persönlichkeitsäußerung“). Der Begriff der Person ist danach unklar, aber die *soziale Zuordnung* bestimmt letztlich über die Handlung.

²⁴⁰ So schon Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996 223, zum Merkmal der Freiheit u. Hinw. auf Lampe, Gleichstellung, ZStW 1967, 476 ff., 496 ff.

teleologische Deutung birgt die Gefahr verdeckter Zirkelschlüsse, Sie lassen sich bei Höchstbegriffen, wie „Schuld, Handlung, Zurechnung, Täterschaft“ nicht vermeiden. man sollte dann aber eben auch gleich die gewählte Straftheorie hinzufügen, also zu „Sinn und Zweck“ der Strafe Position beziehen.

Diese soziale Sichtweise ist aber -zumindest- stets zusätzlich zu berücksichtigen. Sie ist unmittelbar insbesondere zum pragmatischen sozialadäquaten begründeten Ausschluss der Strafbarkeit, dem Absehen von Strafe und auch zur Einstellung der Strafverfolgung mangels öffentlichen Interesses heranzuziehen.

8. *Objektiven Zurechenbarkeit.* Der soziale oder personale Handlungsbegriff²⁴¹ ist wiederum eng verwandt mit der Auffassung derjenigen, die für das Herbeiführen einer Folge nicht nur eine schlichte "Verursachung" im Sinne der Äquivalenztheorie verlangen, sondern darüber hinaus weitere Voraussetzungen erfüllt wissen wollen. Statt auf die Finalität und Vorsatz zieht die „Lehre der objektiven Zurechenbarkeit“ die Hauptelemente der Fahrlässigkeit in das Unrecht und über den Unrechtstatbestand in den entsprechenden Handlungsbegriff. So halten ihre Vertreter, zu denen als Vertreter des sozialen Handlungsbegriffs auch *Jescheck* und *Wessels* gehören, einen Erfolg dem Täter nur dann für objektiv zurechenbar, wenn die "*Handlung eine rechtlich verbotene Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts geschaffen und die Gefahr sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat*"²⁴².

Die rechtlich missbilligte Gefahr, die sich im tatbestandsgemäßen Erfolg verwirklicht haben muss, erfasst also Umstände, die *erfahrungsgemäß geeignet* sind, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Sie hat sich zum Beispiel nicht verwirklicht, wenn das mit Tötungsvorsatz niedergestochene Opfer erst im Krankenhaus nach einem schweren Kunstfehler des Arztes zu Tode kommt. Erfahrungsgemäß geeignet sind die Umstände, die vorhersehbar sind.

²⁴¹ Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff., 135 (Rückführung der objektiven Bezweckbarkeit auf das Risikoprinzip).

²⁴² Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff., 136; vgl. auch Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff., 99 ff.; Samson, Kausalverläufe, 1972, 86 ff.; Puppe, Erfolg, ZStW 1980, 863 ff.; Wolter, Zurechnung, 1981; Kindhäuser, Handlung, 1980, 202 ff.; Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff.; sowie Hruschka, Strukturen, 1976, 13 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017, Rn 179 ff.

Diese Lehre von der objektiven Zurechnung entspricht in etwa der älteren, sogenannten Relevanztheorie, die nur jene Verhaltensweisen erfassen will, die strafrechtlich relevant sind, vgl. Blei, Strafrecht AT, 1983, 104 ff., für die Fahrlässigkeitsdelikte in ähnlicher Weise aufgenommen vom BGH 11, 1 ff., 7.

Die Vorhersehbarkeit aber ist zugleich ein wesentliches Kriterium der generellen Fahrlässigkeit. Es führt also ein Weg vom sozialen Handlungsbegriff zur Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit bis zum Schuldkriterium der Fahrlässigkeit, dem Mindestmaß für die Schuld (vgl. § 18 StGB, wenngleich dort als weiterreichende individuelle Fahrlässigkeit verstanden).

Die Äquivalenztheorie, die zur Feststellung der Kausalität, jedenfalls bei den Vorsatzdelikten, zunächst jede Bedingung ausreichen lässt, genügt jedoch bei Vorsatzdelikten, weil dann im Rahmen des Vorsatzes (mit Hilfe der Frage nach der wesentlichen oder unwesentlichen Abweichung der Vorstellung des Täters vom Kausalverlauf) die Korrektur vorzunehmen ist. Ihr folgt deshalb mit guten Gründen der Sache nach lange die höchstrichterliche Rechtsprechung.²⁴³

Die Bedenken gegen die Lehre vom sozialen Handlungsbegriff sind ähnlich wie die gegen die Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit: Sie zeigen einen Weg auf, der in einer feinsinnigen Rechtskultur so verführerisch nahe liegt, Sachbeschreibung und Bewertung, weil sie ohnehin aufeinander bezogen sein müssen, auch schon begrifflich aufeinander zuzuschreiben. Der Begriff "sozial" ist, wie der der rechtlichen Missbilligung, vage und normativ. Es besteht also die Gefahr, ihn als Leerformel zu missbrauchen. Er lädt überdies zu einem Zirkelschluss ein. *Missbilligt* oder sozial relevant ist, was strafbar oder nicht strafbar sein soll²⁴⁴. Der soziale Handlungsbegriff vermengt schließlich Handeln und Erfolgszurechnung. Wer personale Elemente mit einbezieht, vermischt Tat und Schuld. Dennoch, so ist einzuräumen, sind am Ende im Recht stets Sachverhalte und abstrakte Normen in Deckung zu bringen und einzelne Prüfungsschritte nur Teile eines Ganzen. Das moderne Strafrecht ist insgesamt ein Tatschuldstrafrecht; das wie anzufügen ist, eine Person als den Verantwortlichen sanktionieren will.

Eine weitere rechtswissenschaftliche und auch philosophische Diskussion hat eben diesen Begriff der *Zurechnung* zum Gegenstand. Er ist zwar kein Alltagsbegriff, aber eng verwandt mit demjenigen der „Verantwortlichkeit“.

²⁴³ Siehe BGH 1, 332 ff., 332; 2, 20 ff., 24; 7, 112 ff., 114; 24, 31 ff., 34; sowie OLG Stuttgart JZ 1980, 618, 619.

²⁴⁴ Vgl. Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 62; Kindhäuser, Handlung, 1980, 154; sowie schon insbes. Blei, Strafrecht AT, 1983, 74 f.

Koriath zeigt eindrücklich dessen vielfältige Verwendungen auf. Fünf Fragen ließen sich stellen: Was wird zugerechnet? Wem wird zugerechnet? Nach welchem Maßstab wird zugerechnet? Wer rechnet zu? In welchen Formen wird die Zurechnung vollzogen?²⁴⁵

Aus der Zurechnung folgt dann die *Verantwortung*, und gibt es neben der“ individuellen Verantwortung nicht auch eine kollektive Verantwortung?²⁴⁶

Die Schuld ist bei *Jakobs* eine Art von „Zuständigkeit“²⁴⁷., die einem Mitglied der Gesellschaft zugeschrieben wird, um einen sozialen Konflikt auf eine bestimmte Weise lösen zu können.²⁴⁸

Außerdem ist zwischen *objektiver* und *subjektiver* Zurechnung zu trennen.²⁴⁹ Die objektive Zurechnung ist eng mit der Frage nach der einfachen Kausalität verwandt und setzt sie zunächst einmal voraus.²⁵⁰ Die *subjektive* Zurechnung ist eng mit dem Vorsatz und über ihn wohl auch mit dem (vorsätzlichen) Verschulden eines Erfolges verknüpft.

Was für den Handlungsbegriff gilt, gilt auch für die objektive Zurechnung. Die jeweils vertretene Straftheorie beeinflusst ihr Verständnis.

²⁴⁵ Koriath, Grundlagen, 1994, 17 ff, 98 ff.

²⁴⁶ Günther/Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff., 331 Koriath, Grundlagen, 1994, 17 ff, 98 ff. Mit Kant, dem wir das Menschenbild verdanken, das uns zum Schuldprinzip führt: ”Zurechnung in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) eine Handlung, die alsdann Tat (faktum) heißt, unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus der Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (...), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (...) sein würde. - Diejenige (...) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (...)” Wem zugerechnet wird, beschreibt Kant mit den Worten ”Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind”, Kant, Grundlegung, 1785, AA , 334, 329; Weinberger, O., Norm, 1988, 148.

²⁴⁷ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 7. Abschn. Rn 53.

²⁴⁸ So noch einmal in seiner Beteiligungslehre: Jakobs, Theorie, 2014, 2. „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...“); dazu auch Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 6. Kap. II 3 („Strafphilosophisches: Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit“, 254 ff.)

²⁴⁹ Koriath, Grundlagen, 1994, 98 ff.

²⁵⁰ Zu „Zurechnung und Kausalität“: Gössel, Zurechnung, GA 2015, 18 ff. ; zum „System der objektiven Zurechnung“: Puppe, System, GA 2015, 203 ff.

Bei der subjektiven Zurechnung spiegeln sich, wie bereits oben gezeigt, alle Probleme wider, die auch mit dem Verschulden und dem Verantwortlichmachen verbunden werden.

9. Methodisch können zudem sämtliche Elemente der *Strafbegründung* auch dazu dienen, den Grund und Gegenstand des Strafens zu beschreiben. Dazu die folgenden Beispiele:

(a) *Kindhäuser*²⁵¹ zufolge ist die *Handlung* weder ein Ereignis, noch eine Entität, noch könne Handlung mit Zustandsveränderung gleichgesetzt werden. Handlung sei das Hervorbringen von Veränderungen im Sinne einer Relation zwischen faktischen und kontrafaktischen Ereignissen, die wir jemandem als *Verantwortlichem* zuschrieben. In der Tradition von *Hegel*, als einer Negation des Rechts, sei mit *Jakobs* die Handlung das „Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“²⁵². Es sei, setzt *Kindhäuser* folgerichtig nach, ein „Kommunikationsakt mangelnder Normanerkennung“²⁵³.

Damit wird die Handlung zur Kommunikation. Ihr Gegenstand wird auf den „Ausdruck des Willens“ beschränkt. Die Handlung entspricht zwar nunmehr dem Vorwurf an den Täter, sich „freiwillig“ für das Unrecht entschieden zu haben. Aber diese Lehre übersieht, dass der geäußerte böse Wille allein nicht strafbar ist. Stets bedarf es realer Schäden. Die Verletzung bestimmter Werte und nicht nur der intendierte Geltungsschaden begründet die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einer menschlichen Handlung.

(b) *Allwart*²⁵⁴ geht noch einen Schritt weiter. Er betont, dass die Vielgestaltigkeit der Handlung es verbiete, sie als ein „Wesen“ für verfügbar zu halten. Er meint, Handeln ähnele dem Sprechen. Wie ein Begriff nichts anderes sei als die Bedeutung eines Wortes, so sei die Handlung nichts anderes als die Bedeutung eines Verhaltens.

²⁵¹ Kindhäuser, *Handlung*, 1980, etwa 16.

²⁵² Jakobs, *Handlungsbegriff*, 1992, 44.

²⁵³ Kindhäuser, *Grundfragen*, 2001, 638

²⁵⁴ Allwart, *Recht*, 1987, u.a. 87, 126.

Mit *Küpper*²⁵⁵ ist gegen diesen Vergleich allerdings einzuwenden, dass der Verzicht auf Trennung zwischen Sprache und Wirklichkeit nicht nur zu einem Realitätsverlust führe. Wer über die Sprache und ihre Regeln nachdenke, müsse sie vielmehr wiederum zum Objekt machen und, wenn er dies mit Sprache umschreibe, zu denselben Problemen kommen. *Küpper* verweist auf den Satz des Philosophen *Schneider*²⁵⁶: "Das Leben verlangt mehr als „Sprachspiele wittgensteinscher Art“²⁵⁷.

Erkennbar bestimmt danach die Folge die Voraussetzung. Insofern ist methodisch eine *teleologische* Bestimmung der Handlung gewählt, die die Gefahr der Zirkelschlüssigkeit birgt, die allerdings in hoch abstrakten Fragen, wie derjenigen nach dem Verhältnis von Verantwortung und Gegenstand der Verantwortung, und zwar für den breiten *normativen Begriffshof* der Tat, unvermeidbar ist.

Aber dass die Handlung vorrangig eine schlüssige Erklärung darstellt, ist nur auf der sozialen Ebene folgerichtig, nicht aber in der Welt der realen Schäden zu vermitteln. Beide Ansätze können deshalb, wenn sie nicht inhaltlich miteinander verbindbar sind, dann, wie die Straftheorien als Vereinigungstheorie, nebeneinander und nach jeweiligem Bedarf, also „topisch“ verwendet werden.

Maihofers These wiederum, es gebe keinen allgemeingültigen Handlungsbegriff, egal ob philosophischer oder handlungspraktischer Art, und keine Überlegenheit eines systemrelativen Handlungsbegriffes im Vergleich zu anderen²⁵⁸, ist ebenso zu bewerten wie die These, Strafe lasse sich nicht fassen, weil sie von ihren Voraussetzungen und Zielen abhängt. Ohne ein Vorverständnis seiner Aufgaben ist der Handlungsbegriff ein aussageloser Teil des jeweiligen Theoriegebäudes. Aber in der Alltagssprache hat sich eine Bedeutung dieses Begriffes herausgebildet. Deshalb ist es das Problem jeder sozialen Handlungslehre, dass sie Begriffe lediglich teleologisch von ihren

²⁵⁵ Die Intentionale Handlungslehre beruht, wie *Küpper*, Strafrechtsdogmatik, 1990, 68 ff. betont, auf den Untersuchungen des Philosophen *Wright*, Erklären, 1984, u.a. 36, der seinerseits wiederum an das Werk von *Anscombe* (*Anscombe*, Causality, 1971) anknüpft.

²⁵⁶ *Schneider*, F., Philosophie, 1964, 127.

²⁵⁷ *Küpper*, Strafrechtsdogmatik, 1990, 71.

²⁵⁸ *Maihofer*, Sozialer Handlungsbegriff, 191, 156 ff.; siehe auch *Jescheck*, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff.; *Bloy*, Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 ff.; betont auch von *Paliero*, Selbstverständnis, 2000, 75 ff., 85.

Aufgaben her definiert. Sie erhebt eine Methode, die dazu dient, Grenzprobleme einer Definition zu meistern, indem man Begriffe nach dem Normzweck auslegt, zum Hauptkriterium für deren Vorverständnis überhaupt²⁵⁹. So droht auch das Vorverständnis der Schuld als soziale Schuld in einer zwar widerspruchsfreien, aber zirkelschlüssigen Begriffsbestimmung zu enden.

Über das Strafrecht hinaus ist jede *Fachwissenschaft*, die den Menschen zum Gegenstand hat, gehalten, für ihre Zwecke einen eigenen Handlungsbegriff zu entwerfen. Allerdings spiegeln sich in ihnen auch die strafrechtlichen Ansätze wider, weil und soweit sie ebenfalls *metarechtlich* ansetzen.

10. *Täterschaft*. Aus der Handlung oder auch Tat ergibt sich in Verbindung mit den gesetzlichen Tatbeständen die jeweilige Art der Täterschaft. Ebenfalls kaum trennbar von den Begriffen der Handlung und der Verursachung ist derjenige des Handelnden, des Täters. *Täter* eines Vorsatzdeliktes kann auch nach dem Strafrecht der mittelbare Täter (§ 25 I StGB) oder der Mittäter sein, nicht dagegen der Anstifter oder Gehilfe (§§ 26, 27 StGB). Hier hilft jedoch der Oberbegriff der Tatbeteiligung. Jeder, der einen Erfolg fahrlässig verursacht, gleich wo er in der Ursachenkette steht, kann im Übrigen als „Täter“ in Betracht kommen. Es gibt also vielerlei Formen der anteiligen Mitverursachung, die jedoch bei Vorsatzdelikten sorgfältig geschieden werden müssen.

Die Täterschaft ist zudem mit der *Tatherrschaft* verbunden, also der Machtseite des Unrechts, wie sie *Arndt Sinn* vorrangig *betont*.²⁶⁰

An die *Tatbestände* ist die Strafe allerdings nur in der Form der Strafrahen gebunden. Der Angeklagte wird im Schuldspruch mit dem sittlichen (oder ethischen) Makel der Täterschaft etikettiert. Dieser verändert nicht seinen Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde, aber doch seine Rechtspersönlichkeit.

²⁵⁹ Vgl. auch Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff., 85: Es sei eine Auseinandersetzung mit der gesellschaftlich und typologisch vorformalisierten Handlung vonnöten.

²⁶⁰ Sinn, Freistellung, 2007, § 29 ("Strafrechtliches Unrecht als Machtmissbrauch"), § 36 ("Macht und die einzelnen Momente der strafrechtlichen Zurechnung"), als Parallelmodell zum herkömmlichen vorrangigen Betonung der "Autonomie also Zurechnungs- und Freistellungsprinzip", § 5.

Fazit. Das Begriffsviereck lautet also „Strafe-Tat-Täter-Mensch“. Um die Beziehung von Tatunrecht und Menschenstrafe zu umreißen, waren vor allem die vielfältigen Schuldbegriffe aufzuzeigen und zudem zunächst Handlung, Zurechnung, Täterschaft auszufächern.

II. Strafzumessungsperson, prozessualer Tatbegriff, Oberbegriffe: Bewertungsnorm und Verbrechen

1. *Strafzumessungsperson, vor allem bei Tatmehrheit.* Wenig beachtet wird die *Personenidee* bei Tatmehrheit. Denn die Strafrechtsdogmatik nimmt sich vor allem der *einzelnen* Tatbestände des StGB an und sucht diese zu erfassen. Jedoch insbesondere bei Tatmehrheit wandelt sich das Tatstrafrecht sichtbar zu einem *personalen Täterstrafrecht*. Aber auch ansonsten gilt, dass der Angeklagte zwar wegen bestimmter tatbestandmäßiger Taten verurteilt wird, jedoch die konkrete Strafe noch auf ihn als „Strafzumessungsperson“ zugeschnitten werden muss. Definiert wird sie mithilfe von Art und Umfang der typischen Strafzumessungsgründe, wie etwa Motive, Alter, Vorstrafen oder Unrechtseinsicht.

Neben der Verantwortung für die *Tat* hat das Gericht stets auf die „Person“ des Täters und damit offenbar auch auf die „Entwicklung seiner Persönlichkeit“ abzustellen. Die „Person“ zu berücksichtigen, verlangt das Gesetz folgerichtig *ausdrücklich* für die Bemessung der Gesamtstrafe in den Fällen der *Tatmehrheit* (§ 54 StGB). Denn bei Tatmehrheit löst sich der Tatbezug je nach der inneren Verbindung der Taten mehr oder weniger auf. An die Stelle der -überholten- Idee von der Täterstrafe im Rahmen eines gesamten Täterstrafrechts (im Nationalsozialismus) tritt somit die Idee von der *menschlichen Person* im Rahmen der Strafzumessung. Denn Strafen erleiden (würdige und freie) Menschen und nicht ihre Taten, auch wenn sie „wegen“ ihrer Delikte bestraft werden.

Insofern ist zu differenzieren. Die Personenidee ist *unterhalb* der unantastbaren *Menschenwürde* zu verankern *Die Personalität und deren freie Entwicklung ergibt sich aus Art. 2 I GG*. Deshalb kann der demokratische Staat dem verurteilten Menschen auch die *Freiheit* strafweise beschneiden. Der Staat hat aber bei der Art und Weise und Höhe der Strafzumessung und im Vollzug den

Anspruch auf Achtung der Menschenwürde auch des (Mörders) zu achten. Dies ist jedenfalls die Blickweise des Schuldstrafrechts, das das Schulprinzip als gewichtigen Teil der Vereinigungstheorie ansieht.

Die Art und Weise der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit wird dem Straftäter danach vorgeworfen und der Begriff der *Person* über die Verfassung abgesichert. Für seine im Laufe des Lebens erworbenen Dispositionen und sonstigen Veranlagungen, die seiner Kontrolle unterliegen, hat der Täter einzustehen, und zwar in etwa analog zu den bekannten Strafrechtsmodellen. Er hat für seine Persönlichkeit entweder (a) dem Modell der vorsätzlichen oder nur fahrlässigen „*actio libera in causa*“ die Verantwortung zu tragen oder (b) dem Modell der mittelbaren Täterschaft „*durch sich selbst*“ zu haften oder aber auch (c) für seine kriminelle Persönlichkeit ähnlich dem Garanten für die Eindämmung der eigenen Gefährlichkeit einzustehen.

2. *Strafverfahrensrecht*. Der notwendige *Pragmatismus* des Verfahrensrechts ergibt sich aus der Ausrichtung auf den konkreten Fall. So hat das Verfahrensrecht den Begriff der Tat im *prozessualen Sinne* entwickelt. Es gilt also ein zweiter Tatbegriff, und zwar ein an „Sinn und Zweck“ des Verfahrens ausgerichteteter.

Diesen Begriff der Tat setzt etwa der Satz „*ne bis in idem*“ des Art. 103 I GG voraus. Er erfasst neben deren Bewertung als Unrecht auch und in erster Linie die Vorstellung, etwas im *kausalen Sinne* in der Außenwelt verändert zu haben. Er beschreibt nach vorherrschender Ansicht einerseits einen realen *geschichtlichen Sachverhalt*, dessen Grenzen andererseits von der natürlichen Vorstellung der *Allgemeinheit* von der Identität der Tat bestimmt sind.²⁶¹

3. *Dahinterliegende Bewertungsnorm*. Dieser Sachverhalt nach den Vorstellungen der *Allgemeinheit* ist aber als solcher durch die Tatbestände des Strafgesetzbuches und des Rechts insgesamt, nach denen er ausgewählt wird,

²⁶¹ Vgl. BGHSt. 35, 60, 62; BGHSt. 41, 385, 388; BGHSt. 43, 252, 255; BGHSt. 45, 211, 212; BVerfG 56, 22, 28; zur Einbeziehung subjektiv-normativer Kriterien: „Zielrichtung des Handelns“: BGH 35, 60, 64; zu seiner normativen Ergänzung als „völlig anderes rechtliches Gepräge“; Beulke, Strafprozessrecht, 2016, Rn 521, allerdings liegt bei der Trennung von Dauerdelikt (§ 129) und schwerem Zustandsdelikt (§ 211) zugleich nur ein Teildelikt der Tat vor.

vorbestimmt, die ihrerseits jeweils auf materiellen *Bewertungsnormen*²⁶² beruhen, die vorrangig an intendierten Rechtsgutsverletzungen ausgerichtet sind.

Typische gesetzliche Handlungsbeschreibungen wie Töten, Brandstiften, Nötigen, Wegnahme, falsch Aussagen, Fälschen oder auch Führen eines Kraftfahrzeugs beweisen die Berechtigung dieses Ansatzes. Diese pragmatische Sicht erlaubt es dann auch, zwischen der Unrechtstat und der Frage nach ihrer Vorwerfbarkeit als der Schuld im engeren Sinne zu trennen.

4. *Oberbegriff Verbrechen*. Mit dem Begriff der Tat untrennbar verbunden ist zudem die Lehre vom *Verbrechen*. Denn das Strafrecht regelt nicht irgendeine, sondern die Antwort auf ein strafwürdiges Verhalten. Der Verbrechensbegriff umfasst seinerseits den Gesamtgehalt des Schuldvorwurfs. So weist *Jescheck*²⁶³ darauf hin, dass bereits *Beling* am Anfang dieses Jahrhunderts einen vollentwickelten Verbrechensbegriff gebildet habe, der laute:

”*Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellte und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung*”²⁶⁴.

Das Verbrechen in diesem Sinne ist Gegenstand des *Schuldpruchs*.

Dass schließlich der Handlungs-, aber auch der Verbrechensbegriff durch die Brille einer jeden Straftheorie anders erscheinen, ist mit *Kargl* anzumerken²⁶⁵.

5. *Fazit*. Wer eine *präventive Vereinigungstheorie* vertritt, dürfte zu *Mischkonzepten* wie der sozialen Handlungslehre neigen und als Kausalitätstheorie die Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit vertreten.

Wer der *Tatschuldvergeltung* den Vorrang einräumt, wird die Aspekte der Zurechenbarkeit und die Sonderfälle, die sie gut zu lösen vermögen, auf die Ebene von *Ausnahmen* zurückdrängen und sie soweit möglich auf der Rechtswidrigkeits- und der Schuldebene behandeln wollen. Die pragmatische

²⁶² Sinn, Freistellung, 2007, § 28 ("Bewertungsnorm vs. Bestimmungsnorm").

²⁶³ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 201 f.

²⁶⁴ Beling, Lehre, 7.

²⁶⁵ Kargl, Handlung, 1991, 526 ff. (zur Handlung), 529 ff. (zum Verbrechensbegriff), 545 ff.

Einfachheit von Regel und Ausnahme siegt dabei über die dogmatische Schlüssigkeit.

Die Auswirkungen der Angebote der Vereinigungstheorie, also zu Sinn und Zweck des Strafens, zeigen sich konsequenter Weise auch in der Strafrechtsdogmatik, und umgekehrt.

III. Nachbetrachtungen: Drei Straf-, drei Handlungslehren; Menschen-Strafrecht; einige demokratische Straferwägungen

1. *Rückblick und Ausblick.* An dieser Stelle ist der Blick auf die Feinheiten des deutschen Strafrechtssystems und seine Begrifflichkeiten abzurechnen und es sind einige Nachbetrachtungen anzustellen.

Die Schwierigkeiten, die eine jede Fachwissenschaft mit den näheren Definitionen der von ihr verwendeten Begriffe hat, sind bekannt, aber intrasystematisch in Kauf zu nehmen.

Andere Problemlagen entstehen jedoch dann, wenn eine Wissenschaft ihre Kernfragen aus dem Blickwinkel der Philosophie, also von außen und unter Einbeziehung anderer Fachwissenschaften zu lösen sucht. Sie muss, wenn auch nicht gänzlich, auf den allgemeinen Sprachgebrauch umsteigen, ihn jedoch als Zweitwährung gelten lassen. Das gilt insbesondere für die Begriffe der Schuld im Strafrecht und ihres rechtstheoretischen Gegenstücks, der Verantwortung.

Jede Straftheorie, die die Tat als Gegenstand der Strafe ansieht, ist genötigt, für den *Gegenstand* der Strafe einen passenden Begriff von Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft zu entwickeln, der sich an ihrem eigentlichen Schutzzweck oder auch Strafsinn ausrichtet. Er bietet, wenngleich einerseits zirkelschlüssig angelegt, andererseits auch nicht tautologisch zu verstehen, auch an den Folgen orientierte Aussagen über den Charakter der jeweiligen Strafbegründung.

2. *Drei Straffideen und drei Handlungslehren:* Ist davon auszugehen, wofür Vieles spricht, dass die Straftat und die Strafe als Aktion und Reaktion einander

entsprechen, dann passen umgekehrt auch die drei großen Straffideen zu den drei großen Handlungslehren.²⁶⁶

(1) Die eher naturwissenschaftlich orientierte *Individualprävention*²⁶⁷ erfordert die *empirisch-kausale Handlungslehre*. Der von einem Menschen bewirkte Erfolg, als Veränderung der Außenwelt, steht im Mittelpunkt. Der Täter ist ein menschlicher Verursacher. Er erscheint dabei vor allem als der der Erfahrung nach letzte *fremde* Akteur (im Sinne eines allgemeinen Regressverbotes). Aber der empirische Grundansatz ist von pragmatischer Art. Er ist darauf angelegt, die reine physikalische Kausalität bei Bedarf mit dem *Alltagsdenken* (phänomenologisch) zu überformen. Was uns als kausale Veränderung eines Menschen „erscheint“, „ist“ kausal (also nicht „gilt“ als kausal).

Daneben gibt es aber besondere *sozialreale Erfahrungssätze*, die tatanalogen Unterlassungsdelikte. Insbesondere letztere beinhalten über die Garantenstellung eine Art von *sozialer Zuschreibung*. Auch die mittelbare Täterschaft, die Mittäterschaft oder etwa die psychische Beihilfe beinhalten soziale Abweichungen von dem üblichen Kausalitätsmodell.

Den *Kernfall* der Handlung bildet aber die (äußere) Verursachung eines Erfolges durch einen Menschen, und zwar ebenfalls erfahrungsgemäß sichtbar willkürlich. Aus ihr ergibt sich die Wiederholungsgefahr.

(2) Die *ethische* Idee des Tatschuldausgleiches passt zur finale Handlungslehre. Die (innere) Absicht wird vor allem bewertet, zunächst einmal autonom durch den Täter selbst. *Ich* handele im Willen *frei* und erlebe diese Freiheit bei meinen „Bewegungen“. Deshalb hätte ich die Tat unterlassen können.

Dies überprüft das Gericht nur und es weist dem Beschuldigten gegebenenfalls nach, dass er diese Tat als eigene erlebt hat und dass er auf sein Tun hätte verzichten können.

Ähnliches gilt auch für die Unterlassungsdelikte, das Unterlassen ist dem Täter bewusst; das Drängen der Handlungspflicht hat er als innere Verpflichtung erfahren und damit auch empfunden, aber trotzdem nicht gehandelt.

²⁶⁶ Vgl. statt vieler: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 9 R, 1 – 27.

²⁶⁷ Die kausale Handlungslehre genügt also auch: Liszt, Lehrbuch, 1919, § 28, 116.

Die Fahrlässigkeitsdelikte beinhalten dagegen eine *Zuschreibung*, und zwar erneut vorrangig von Seiten des Täters. Er selbst weiß, dass er die möglichen Folgen hätte erkennen und verhindert können und müssen.

Den Kernfall dieser ethischen Sicht bildet das absichtsvolle Tun eines autonom gedachten Menschen. Dafür ereilt den Täter die Strafe.

(3) Die *Generalprävention* benötigt die soziale Handlungslehre. Sie geht von dem Blickwinkel der Allgemeinheit aus und stellt deshalb deren Interessen, als das Gemeinwohl und dessen normative Organisation, in den Mittelpunkt.

Eine Straftat ist, was die *Allgemeinheit* als Tat begreift und zudem *demokratisch* als unrechtmäßige Tat in gesetzlichen Strafnormen fasst. Schon die Taten werden also kollektiv definiert und dann auch dem Einzelnen auch durch ein staatliches Gericht -im Namen des Volkes- konkret zugeschrieben.

Die Unterlassungs- und die Fahrlässigkeitsdelikte bilden danach keine Sonderfälle, sondern sie verkörpern den Kern und das Wesen sozialer Handlungen.

Selbst der einzelne Straftat ist vorrangig an die Allgemeinheit gerichtet: Seht her, wir strafen! Denn die Rechtstreue der Allgemeinheit gilt es vor allem zu erhalten.

Folgerichtig ist es nach dem sozialen Ansatz etwa auch, der Tat mit einem *öffentlichen Widerspruch*, und zwar nur gegen die Tat und nicht auf den Täter bezogen, zu reagieren. Begründet ist danach also nur derjenige Teil des Tenors, in dem die verbotene Tat im Schuldspruch in Form eines gesetzlichen Tatbestandes bezeichnet wird. Verurteilt wird also die Tat, und zwar als eine im Tatbestand typisierte. Dass der Widerspruch „auf Kosten“ der Täter geschieht, erscheint zugespitzt eigentlich beliebig und verzichtbar. Bestraft wird er auch nur als kommunikatives Mittel zu einem sozialen Zweck.

Eine wichtige Unterform mit der sozialen Sicht auf die Handlung bildet deren *personale* Deutung, Danach werden dem Menschen soziale Rechtsrollen (normativ) zugeschrieben, die mit (personalen) Freiheitsrechten verbunden sind.

Der Mensch hat sie nicht von sich aus, sondern weil alle innerhalb einer Gemeinschaft sie sich wechselseitig zuerkennen (sollten).²⁶⁸

(4) Die *Vereinigungstheorie* verlangt danach, diese drei Handlungslehren, mit welchem der drei Schwerpunkt auch immer, *zusammenzuführen*, notfalls additiv. So liegt etwa die *Alltagserfahrung* von *kausalem* Denken dem Tatbegriff zugrunde (*conditio sine qua non*). Dieses Denken wird aber ergänzt, etwa durch die Unterlassungsdelikte oder die noch verfeinerte -finalistische-Idee vom Vorsatz. Dieser wiederum wird um die *Der-Täter-hätte-doch-Konstruktion* der Fahrlässigkeit erweitert.

Auch regiert offenbar ein jeweiliger *Zeitgeist* den gemeinsamen Vorrang bestimmter Straf- und Handlungsideen.

Hoch vereinfacht steckt der *sozialwissenschaftliche Zeitgeist* (nach 1968) hinter der sozialen Handlungslehre und ihrem Verständnis des Unrechtstatbestandes. Die soziale Sicht hat wiederum die strenge *Willensethik* der finalen Handlungslehre (nach 1945, *Welzel*) und ihre Deutung des Unrechts abgelöst. Diese Lehre hat ihrerseits die kalte *kausale* Handlungslehre (nach 1871, *von Liszt*) aufgebrochen, die in scheinbar objektiver Weise rein beim äußeren *Erfolg* ansetzt und die Bewertung der gesonderter Schuld vorbehält.

Diesen drei Handlungslehren ging jedenfalls die *Imputationslehre* voraus (lat. *putare* glauben, meinen, also „hinein schätzen“, auch als Lückenfüllung bei statistischen Unklarheiten), die als kriminalistische Zurechnungsidee auftrat (*Berner*, 1843) und die wiederum aus der *Moralphilosophie* und dem Naturrecht stammt. Sie wird auch als das Ende der katholisch-mittelalterlichen *Ursünde-Idee* diskutiert.

Der Begriff der Imputation ist zumindest eng mit dem *Verantwortungsgedanken* verwandt. Dieser ist heute vor allem in der Form der *Eigenverantwortung* relevant (Art. 1 i.V. m. Art. 2 I GG).

Die Jetztzeit, die es immer schwer hat, sich selbst einzuordnen, erweist sich wohl entweder eher als postmodern und rechtspragmatisch. Als solche

²⁶⁸ Mit unterschiedlichen Ansätzen: Jakobs, Strafrecht AT 1991, Abschnitt 6/23 und 6/27; Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 8 Rn 44. Rudolphi/Stein SK-StGB, 2017, Vor §§ 13 Rn 1 ff.

befürwortet sie die Idee der *Vereinigung* von Dogmen, mit welchem Schwerpunkt auch immer. Oder aber sie setzt -bis auf weiteres- mit dem *Bundesverfassungsgerecht* auf die *Rückkehr* einer allerdings *humanisierten Gerechtigkeitslehre*, etwa im Sinne des Tat-Schuld-Ausgleichs.

Dieser ethische Ansatz beinhaltet aus der Sicht der Gegenwart eine *Rückkehr der Metaphysik*, die dem „post-postmodernen“ Gedanken von der „Rückkehr der Religionen“ (*Habermas*) zunächst einmal entspricht. *Habermas* überwindet ihn aber andererseits auch schon wieder, indem er mit der Idee von der verrechtlichten Menschenwürde auf *Kants Sittenlehre* zurückgeht, der im Übrigen eine *Vernunftreligion* eingefordert hat und damit die herkömmlichen rituellen Religionen auflösen und auf die Vernunft reduzieren wollte.

Aber: Gibt es nicht im Zweifel gleich *drei gleichberechtigte Blickwinkel*, die mit einer Art von „praktischer Konkordanz“, wie auf der Ebene der Verfassung bestimmte gegenläufige Grundwerte, miteinander auskommen müssen? Die *Vereinigungstheorie* verschreibt sich nicht einem einzelnen Dogma. Sie bietet einen solchen am Ende *dreifaltigen* -vernünftigen- Ansatz, der uns die *Freiheit* des Abwägens im Allgemeinen und für jede einzelne Fragestellung belässt.

3. *Menschen-Strafrecht*. Zu überlegen ist, ob unser Strafrecht sich nicht auf der ethischen Ebene der „Tatschuld“ weiter hin zu einem Menschen-Strafrecht entwickeln sollte.

Die Tat bestimmt zwar die personale Rolle des *Täters*. Doch die darüberhinausgehende Trennung der personalen Täterschaft von der Menschenwürde bildet eine große Errungenschaft der deutschen Tradition des Rechtsidealismus.

Die Strafe samt Schuldspruch trifft den Täter zwar wegen der Tat, aber er als Mensch erleidet sie „ganzheitlich“, also „mit Körper, Seele und Geist“. Der von der Strafe verselbständigte Vorwurf, der den Schuldspruch begrifflich auszeichnet, kehrt mit der Strafvollstreckung gleichsam in die Persönlichkeit des Täters zurück, aus der er seine eigentliche Kraft bezieht. Anders gewendet: *Taten* verändern die Umwelt, aber sie lassen sich *nicht real bestrafen*. Insofern regiert den Sanktionsrechtsteil des Strafgesetzbuches die Idee des *Menschen-Strafrechts*.

Die *Schuld* und auch die *Strafe* treffen den *Menschen* wegen seiner unrechtmäßigen Tat. Die Kurzformel zur öffentlichen und auch demokratischen Begründung lautet im Strafurteil, das den Schuldspruch mit dem Strafausspruch verbindet, die Strafe erfolge „wegen“ dieser Tatschuld. Aber auf den zweiten Blick beschränken sich die einfache „Tatschuld“ und der Begriff des Täters nur auf die Seite des *Tatbestandes*. Den Makel und die Strafe erleidet aber kein Ausgestoßener, sondern (inzwischen) ein Mit-Mensch.

Das Strafgesetzbuch und seine ausgefeilte Dogmatik dienen vor allem dem Menschenrechts- und Bürgerschutz vor staatlichem Machtmissbrauch. Es soll helfen, dem Menschen dadurch seine *Freiheit* zu sichern, dass es an den Entzug von Freiheit möglichst feste und klare Bedingungen knüpft. Das Strafgesetz und seine Dogmatik aber *verfremdet* und *verobjektiviert* bewusst und aus guten Gründen den straffälligen *Menschen*. Sie reduzieren ihn zum Täter bestimmter *Taten*. Deshalb ist -für das Strafen- der zweite Schritt hin zur „Vermenschlichung“ der vertypen Tat von ebenso großer Bedeutung. Demgemäß ist die Schuld und nicht etwa der Tatbestand von so großen Gewicht. Zwar ist auch die Schuld noch weitgehend an die Tat gebunden, aber gerade dieser Umstand erlaubt, die Tat vom Menschen zu trennen. Man kann *Täter* sein und *Mensch* bleiben. Erst der Verbund des Strafgesetzbuches mit dem *Strafprozessrecht* und nunmehr auch mit dem *Strafvollzugsrecht* gleicht diese Verfremdungseigenheit des Strafgesetzbuches vollends aus. Beiden sehen auf ihre Weise den Menschen als *Subjekt*.

Zumal in der Demokratie sind es auch *Menschen*, die Menschen strafen. Sie tragen die Verantwortung für das Strafen und haben ihr Urteil deshalb auch gegenüber sich selbst, dem Täter und dem Opfer und seinen mitbetroffenen Angehörigen zu begründen.

- Also regiert den Strafteil des demokratischen Strafrechts die Idee des *Menschenstrafrechts*: Menschen strafen Menschen.
- Dasselbe gilt auch für den unmittelbaren Strafgrund: So hat sich dieser *Mitmensch-Täter* auch an seinen *Mitmenschen* vergangen, obwohl er bei seinem verwerflichen Tun ein *Unrechtsbewusstsein* besaß.
- Zu erwarten ist, dass sich dann auch die Strafe als von *mit-menschlicher* Art erweist.

Insofern spricht einiges für die verfeinerte Gedankenkette vom Menschen-Tat-Schuld-Strafrecht. Mit ihr würden wir unser gesamtes Strafrecht, mit dem Verbund von Delikts- und Sanktionsrecht, umreißen. Da sich aber das *Schuldprinzip* bereits aus dem Idealbild des autonomen Menschseins ergibt und wir zudem zwischen dem autonomen Menschsein und den *unwertigen Taten* des Menschen trennen, erscheint auch die weit griffigere Kurzfassung als *Menschenstrafrecht* noch als sachgerecht.²⁶⁹

Allerdings muss für die straf- und die verfassungsrechtliche Relevanz dieser Einsicht dem Verurteilten, und zwar auch als Mörder, ein passender *Rechtstatus* erhalten bleiben. Aus seinem Menschsein müssen sich nicht nur die allgemeinen Menschenrechte, sondern auch die *Existenz sichernde* nationale Bürger-Rechte ergeben. Auf diese Weise entsteht dann ein auch *nationales* deutsches *Menschenstrafrecht*.

4. Vier außerrechtliche und laienhaft-demokratische Straferwägungen sind nachfolgend in Erinnerung zu rufen.

Aktion und Reaktion. Zunächst ist eine Reduktion der Komplexität zu versuchen, mit dem Schwergewicht auf den beiden einfachen Begriffen von „menschlichem Akteur“ (Täter) und „menschlicher Aktion“ (Tat) lässt sich auch der Vorgang des Strafens, das immer auch eine „menschliche Reaktion“ ist, selbst wenn es nur Zwecken dient, deshalb besser verstehen. Diese Paarung wirkt sowohl auf den Menschen, als auch durch die Begrenzung seiner Handlungsfreiheit auf seine Aktionsmöglichkeit.

Der strafende Akteur, also derzeit der demokratische Staat, ist verantwortlicher Urheber der Strafe. Er sollte und darf sich nicht hinter einem selbstgesetzlichen Automatismus der „blinden Reaktion“ verbergen, wie es Art. 103 II GG naheulegen scheint.

Egoismus. Wer auf die Motivation beider Akteure blickt, des Täters und des Strafenden, wird sie ebenfalls dem Menschbild entnehmen: In der Regel wird der Täter für seine Vorstellung also im weiteren Sinn *egoistisch und* zur

²⁶⁹ Zur verwandten Idee der „Menschenrechtsstrafe“ aus rechtphilosophischer Sicht: Montenbruck, Strafrechtsphilosophie, 2010, D. V. („Zwölf Thesen zur Menschenrechtsstrafe“, 125 ff.).

Entfaltung seiner Persönlichkeit tätig. Aus den gleichen Gründen straft das „Volk“, in dessen Namen das Gericht sein Urteil fällt. Es setzt seine Vorstellungen durch. Diese sind an seinem *Selbstverständnis* ausgerichtet. Stimmen die Aktionen des Einzelnen mit dem Selbstverständnis der Allgemeinheit überein, dienen sie beiden, anderenfalls „stört“ der Einzelne die anderen und die Gemeinschaft.

Sozialvertragsstrafe. Diese Sicht ist eine doppelt relative, die einem *Friedens-* beziehungsweise *Kriegsmodell* entsprungen ist und letztlich ein liberalistisches Aushandeln auch von (Sozial-) Vertragsstrafen erlaubt, und zwar im Bereich der „verfügbaren Güter“.

Semireligiöses Strafopfer als Wiedergutmachung. Ein ganz anderes kirchenähnlich hoheitliches Modell entsteht dadurch, dass die Gerechtigkeit als solche verabsolutiert wird und damit einen eigenen säkulären Höchstwert erhält. Er kann auch noch religiös überwölkt sein, etwa fatalistisch als Schicksal. In diesem Fall haben sich der Täter, die anderen Einzelnen und die Gemeinschaft als solche diesem Höchstwert zu unterwerfen. Sie müssen ihm allerdings zur „Wiederherstellung“ auch als „Wieder-Gut-Machung“ klassischer Weise ein schmerzliches Opfer bringen. Anklänge an dieses zweite Grobmodell werden im nächsten Kapitel aufzuzeigen sein.

5. *Fazit.* Mit diesen Nachbetrachtungen ist soll das Gesamtbild abgerundet sein: Drei große Handlungslehren sind im Angebot, eine naturwissenschaftliche, eine ethische und eine soziale Handlungslehre. Wir verwenden die Elemente von allen dreien. Die personalen Rollen des gesamten Strafrechts sind nachdrücklich vom Menschsein und der Menschenwürde zu trennen. Vier außerrechtliche und laienhafte Straferwägungen drängen sich zudem auf und waren anzusprechen *actio* und *reactio*, der Egoismus, die Strafe als semireligiöses Wiedergutmachungsopfer. Der Ausblick auf das Schuldprinzip, die Prävention und die Person des Täters soll den Blick dann nach innen und auf den strafrechtswissenschaftlichen Kern der Straftheorie lenken.

Mit diesen Erwägungen ist die allgemeine Einführung abzuschließen. Es folgt die straftheoretische Vertiefung.

Besonderer Teil

5. Kapitel (§ 5)

Grundkonsens und Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie

I. Konsens über: Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen, Freiheit zu Gewalt und Ethik, Antinomie der drei Strafbegründungen; zur Widersprüchlichkeit

1. Die Betrachtung der Diskussion der Straffidee erlaubt eine vorherrschenden, wenn auch nicht ganz unstrittigen, *Grundkonsens* in drei Frage auszumachen. Die ersten beiden werden allerdings bei der Suche nach der richtigen Strafgründung kaum artikuliert.

Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen. Dass Strafe jenseits der Frage um ihre Begründbarkeit jedenfalls in dieser Gesellschaft „sein muss“, erscheint den meisten von uns als *evident*. Die *Notwendigkeit*, mit welcher Begründung auch immer, zu strafen, stellt offenbar ein *unhinterfragbares Dogma* dar. Auch das Grundgesetz geht erkennbar von der Notwendigkeit von Strafe aus und regelt nur deren Ausgestaltung, vgl. Art. 103 GG. Art. 2 GG erwähnt die Strafe als den schwersten Eingriff in die Freiheitsrechte von Menschen durch den deutschen Staat nicht einmal gesondert. Sie ist eben von „althergebrachter Art“.

Auch die abweichenden Ansichten zur Art und Weise der *Begründung* des Strafens akzeptieren im Übrigen das Institut der Strafe als solches. Es erweckt den Anschein, als müsse die Rechtfertigung des Strafens nicht einmal vernünftig sein. Auch wütendes und willkürliche Strafen gilt uns offenbar noch als ein Strafen. Das Strafrecht dient insofern vor allem dem Ziel, dass allgemein verbreitete Strafen mithilfe des Rechts zu *zivilisieren*. Insofern erweist es sich, jedenfalls für unsere Rechtskultur, als von kategorischer Art. Verzichten könnten wir auf das Strafen überhaupt offenbar nur, wenn wir Konsens und Tradition darüber entwickeln, es, etwa als schwarze Pädagogik, zu tabuisieren. Aber selbst dann bliebe die Idee selbst noch virulent.

Auch der sogenannte *Abolitionismus* der angeblich die „Abschaffung des Strafrechts“ verlangt, wendet sich auf den zweiten Blick vorrangig gegen das *staatliche* Strafen, aber nicht gegen den Gedanken des Ausgleichens. So fordert

sie, wie in vorstaatlichen Zeiten, stattdessen Alternativen im Sinne einer versöhnenden Wiedergutmachung; er setzt auf Bußakte.

Das *Dogma* der Erforderlichkeit der Strafe nimmt durch seine Evidenz jedem grundsätzlichen Einwand, der es zu gefährden droht, seine Überzeugungskraft. Hinnehmbar erscheint nur die wissenschaftliche Kritik an einzelnen Teilen der Vereinigungstheorie, die die Möglichkeit anderer dann allein tragenden Begründungen der Strafe offenlässt.

2. *Freiheit zu Gewalt und Ethik.* Dennoch kann man versuchen, diese Evidenz mit rechtsanthropologischen Gedanken²⁷⁰ zu untermauern: Die *Grundfähigkeit des Menschen* zu

- Gewalt,
- List und
- Treubruch

bilden offenkundig den negativen Ausdruck seiner *Handlungsfreiheit*. Seine positive Gegenfähigkeit besteht darin, sich mit

- Ethik,
- Recht und
- Zwang

selbst zu zivilisieren, das heißt, *sich selbst zu beherrschen*.

Auf diese Weise vermögen wir in demokratischer Weise selbst eine einigermaßen geregelte *Kooperation und Kommunikation* zu sichern. Wir können gesamte technische Welten aufzubauen, ohne aber, wie die staatsbildenden Bienen, von denen sich schon *Aristoteles* mit seiner Vernunftidee absetzte, in starre „tierische“ Verhaltensprogramme verfallen zu müssen. Das seltsame nachträgliche Strafen gehört offenbar auch dazu. Es wird von einem *Strafbedürfnis* gestützt, das nach *Ausgleich* von angemessener Macht über fremde Güter ruft. Abmilderte wird der strenge Ausgleich durch empathische *Solidarität*. „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ bestimmen also

²⁷⁰ Dazu ausführlicher Montenbruck, *Mittelwelt, Zivilreligion IV*, 2014/2018, 1. Kap („Gewalt, Recht, Herrschaft“, 18 ff.), 2. Kap. III („Sanktionen, Macht, Egoismus“, 49 ff.) 4. Kap. („Heilige Gewalt und Herrschertabu“, 121 ff), 5 Kap. („Psychobiologische Realität der Dehumanisierung: Aggression, Strafe und Neutralisierungstechniken“, 143 ff.), insbesondere Kap 5 IV („Doppelthese: Kriegerische Entmenschlichung von Opfer und Täter und friedlicher Versuch der Re-Humanisierung“, 168 ff.)

auch unser deutsches Strafrecht. Die vor allem deutsche Idee von der Menschenwürde überhöht diesen Dreiklang noch einmal und betont unter anderem die Autonomie eines jeden Einzelnen.

Die Idee des Strafens ist also zumindest aus der Sicht der deutschen, und wohl auch aus der Sicht aller westlichen Rechtssysteme, als *absolut* gesetzt zu betrachten. Nur ihre vernünftige Begründung bereitet uns so große Mühe. Denn daraus, dass Strafe und ihr Recht existent „ist“, folgt nicht, dass sie auch wirklich vernünftig ist, sie sein „soll“.

Konsens auch über die Standardkritik. Die Einwände gegen die sogenannte Vereinigungstheorie sind im Wesentlichen ebenfalls bekannt. Viele Autoren haben sie schon aufgelistet.²⁷¹ Deshalb ist schon im Vorwege davon auszugehen, dass die nachfolgenden Einwände selbst bereits *immanente Bestandteile* der herrschenden Meinung bilden. Jene wiederum weiß also um die Angreifbarkeit ihrer Begründung der Strafe. Sie rückt aber offenbar mangels deutlich besserer Alternativen nicht von ihr ab.

3. *Erster Haupteinwand: Widersprüchlichkeit der drei Begründungsstränge.* Gegen die sogenannte Vereinigungstheorie *insgesamt* ist aus objektivistischer und deduktiv-rationaler Sicht einzuwenden, dass sie aus verschiedenen Ansätzen besteht, die einander *widersprechen*.

Es handele sich nicht um eine einzelne Theorie, sondern um eine pragmatische oder postmoderne Gemengelage dreier theoretischer Ansätze mit zum Teil gegensätzlichen Folgerungen. Es bestehe die sogenannte *Antinomie der Strafzwecke*.

Da es sich um drei Ausrichtungen handelt, soziale Generalprävention, der naturwissenschaftliche Individualprävention und dem ethischer Tatschuldausgleich, kann man auch zugespitzt von einem letztlich

²⁷¹ Vgl etwa Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 41; Heinrich, Strafrecht AT, 2016, § 2 I bis III, Rn 19 Rengier, Strafrecht AT, 2017 § 3 Rn 21 ff.“; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015, § 1, Rn 6 ff.; Gropp, Strafrecht AT, 2015, Rn 98 ff; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017, Rn 21 ff. Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, § 2 Rn 9 ff.; Frister, Strafrecht AT 2013, 2. Kap. Rn. 1 ff: Siehe zudem: Joecks Mü-Ko, 2017, Joecks, Einleitung vor §§ 1 Rn 47 ff. und den Überblick bei Momsen/Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff., 339.

Ein Überblick aus rechtsphilosophischer Sicht: Küpper, Grenzen, 1990, 54 ff.; als Überblick in essayistischem Stil und staatskritischen Ansatz: Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff., 32 ff.

unauflösbaren *Trilemma* der drei großen einzelnen Strafdogmen sprechen. Denn dieses Trilemma geht auf den alten *Zwei-Welten- Dualismus* von Sein und Sollen, von Natur und Ideen, zurück und ist im Sinne von *Radbruchs Trialismus*-Ansatz mit dem *Kulturellen* um eine *dritte Welt* zu ergänzen.²⁷² Der kulturellen Welt sind die sozialen Sichtweisen der *Allgemeinheit* sowie auch das lebendige Recht als solches zuzurechnen.

Aus kritischer wissenschaftstheoretischer Sicht lautet der Einwand also: Die Vereinigungstheorie erfüllt nicht die Voraussetzung der Widerspruchsfreiheit.²⁷³ Zu verlangen wäre zumindest, dass im Kollisionsfalle einer Begründung der Vorrang einzuräumen ist.

Wird der *Antinomie*-Vorwurf, die Widersprüchlichkeit der drei Strafnormbegründungen, akzeptiert, so bleiben nur zwei Auswege. Es wird entweder dessen Gewicht *bagatellisiert* oder offen und offensiv der an sich logische Ausweg beschritten, den Verzicht auf theoretische Reinheit zur Lösung sozialer Problem einzufordern. Die Kritik wird so auf die praktische Vernunft in Form des *common sense* verwiesen. Damit aber regiert am Ende der ganzheitliche *Pragmatismus* die entscheidende Frage, weshalb Menschen gefangen gehalten werden dürfen.

Der ungewollte menschenrechtliche Preis für die geistige Bequemlichkeit, die er bietet, besteht in dem Umstand, dass mit seiner Anerkennung unbemerkt staatlicher Willkür das Tor geöffnet ist. Wer die Beschäftigung mit den guten Gründen für das Strafen verweigert oder zu früh abbricht, lässt Raum für niedere Motive.

Zwar spricht die Tradition der dreifaltigen Vereinigungstheorie zur Lösung einer alten Frage, die das gesamte soziale Leben eines Mitmenschen zum Gegenstand hat, für sich und im theoretischen Notstand notfalls auch für den Pragmatismus. Er sollte in diesem Falle aber offen eingeräumt und nicht nur schweigend praktiziert werden. Die bekannten Brüche der Begründungen des Strafens sind,

²⁷² Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932/2003, 31 (25). Ausführlicher: Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, 3. Kap. III, insbes. 133, zudem: 6. Kap. II („Drei Welten: Humanismus, Naturalismus und kultureller Pragmatismus“, 256 ff).

²⁷³ Jakobs, *Strafrecht AT 1991*, 1. Abschn. Rn 48 ff insbesondere 50 („Durch Kombination lässt sich nicht die Notwendigkeit umgehen, *eine* Theorie für eine *praktizierbare* Strafe zu entwickeln“).

soweit sie nicht doch aufgelöst werden können, in der Demokratie auch von den Straftenden *auszuhalten*.

4. *Standardbeispiele für die Widersprüchlichkeit*. Die typischen Beispiele für die Widersprüchlichkeit lauten:

(1) *Exemplarische Härte bei Massenkriminalität*. Bei *Massenkriminalität* bietet es sich an, sie mit harten generalpräventiven Maßnahmen zu bekämpfen. Sachbeschädigungen bei Demonstrationen könnte der strafende Staat mit dem Argument der positiven und der negativen *Generalprävention*, zur Erhaltung der Rechtstreue und zur Abschreckung der Übrigen, sehr streng ahnden und auch zum Beispiel bei leichten Drogendelikten *schwerste* Strafen verhängen. Solche Strafen aber widersprechen dem *Schuldprinzip*, das eine am verschuldeten Unrecht zu bemessende Strafe verlangt. Ihm zufolge sind leichte Delikte nur mit leichten Strafen, derzeit also mit Geldstrafen zu ahnden. Anders gewendet ist der Eingriff in die Freiheit des Täters unverhältnismäßig gewichtiger als dessen Normbruch.

Außerdem stehen hohe Freiheitsstrafen für Ersttäter im Gegensatz zu *spezialpräventiven* Forderungen. Für jeden Ersttäter oder Jungerwachsenen birgt die vollstreckte Freiheitsstrafe die Gefahr der kriminellen Infizierung. Zumindest würde der Strafvollzug sie ohne Not aus ihren sozialen Bindungen herausreißen. Sie müssten sich der Gefängniskultur unterwerfen, die sie weiter entwurzeln würde.

(2) *Einmaliger Konflikt*. Aus *spezialpräventiver* Sicht erscheint es unnötig und schädlich, gegen einen *Konflikt-Mörder* eine längerfristige Freiheitsstrafe zu verhängen und zu vollstrecken. Befreit sich zum Beispiel der Sohn durch eine Gewalttat von einem Vater, der ihn und seine Mutter seit Jahren tyrannisiert (*Haustyrannenfälle*)²⁷⁴, so spricht viel dafür, dass er nicht wieder in ähnlicher Weise mit dem Gesetz in Konflikt geraten wird.

(3) *Sozial integrierte Ausschwitztäter*. Entsprechendes gilt auch für einen seit Jahren voll integrierten *Auschwitz-Täter* (oder DDR-Mauerschützen). Mit dem

²⁷⁴ Vgl. Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff., 231; Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425 ff., 429 ff.; Bruns, Reflexionen, 1988, 34; Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff., 826 f.; Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff., 291; sowie Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff., 144 f.

Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes und seiner vollen Integration in die Gemeinschaft sowie auch wegen seines hohen Alters ist zu erwarten, dass er nicht wieder in ähnlicher Weise mit dem Gesetz in Konflikt treten wird. Trotzdem nötigt das Prinzip des *Tatschuldausgleichs* jeweils zur Verhängung einer längerfristigen Freiheitsstrafe.²⁷⁵

Dahinter steht zudem ein janusköpfiges Menschenbild. Die Strafe zu Präventionszwecken sieht den Menschen entweder als tatgeneigt, labil und durch Strafe beeinflussbar an²⁷⁶ oder unterstellt, er neige emotional aufgeladen zur blinden Selbstjustiz. In beiden Fällen erscheint er *determiniert*. Das Verantwortungsprinzip begreift ihn hingegen als autonomen (und als souveränen Herrn²⁷⁷) seiner Entscheidungen. Er gilt als *indeterminiert*. Allein auf dieser Annahme beruht die Schuldstrafe. Deshalb müsste folgerichtig jede erhebliche Sozialschwäche in Anlehnung an § 21 StGB zu einer erheblichen Verringerung der Schuldstrafe führen. Andererseits müssten die sozialtherapeutischen Angebote nach der Maxime Sozialrecht statt Strafrecht erweitert werden. Staatsbürgerliche und sozialpädagogische Schulungen der Bevölkerung müssten zudem im Verein mit psychologischen Übungen zur Dämpfung der Provozierbarkeit eingeführt werden, um jedenfalls anstelle von vollstreckter Freiheitsstrafe die Rechtstreue der Bürger zu gewährleisten.

5. *Rechtspraxis*. Der nochmalige Blick ins *Gesetz* zeigt, dass auch der Gesetzgeber weder die Widersprüchlichkeit auflösen kann oder auch nur will, er sich vielmehr der einzelnen Elemente zum Teil losgelöst voneinander und nacheinander, gleichsam nach Bedarf bedient.

(1) Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren hat der Richter in einem ersten Akt gemäß den Grundsätzen der Strafzumessung nach Monaten oder Wochen und Monaten zu bestimmen. Er hat also dazu deren Grundlage, die unrechtsbezogene *Schuld* des Täters, vorrangig zu beachten (§ 46 StGB). *Anschließend* erst darf er, jedenfalls von Gesetzes wegen, prüfen, ob er die Strafe nicht zur Bewährung

²⁷⁵ Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 9 Rn 6 (zur Antinomie der Strafzwecke und zum Haustyrannenfall).

²⁷⁶ Zur entsprechende Kritik insbesondere der Generalprävention siehe zunächst Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff. , 64 f.

²⁷⁷ Mit: Sinn, Freistellung, 2007, ist die Autonomie mit der Macht zu verbinden, § 29 ("Strafrechtliches Unrecht als Machtmissbrauch"). Ohnehin ist die Täterschaft auch eng mit der Tatherrschaft verknüpft.

auszusetzen hat (§ 56 StGB). Für diesen zweiten Akt ist die günstige Sozialprognose, also die *individualpräventive* Sicht und nicht die Tatschuld maßgebend.²⁷⁸ Hat das Gericht die Strafe zur Bewährung ausgesetzt, so ist sie kaum noch mit einer entsprechenden zu vollstreckenden Freiheitsstrafe vergleichbar, etwa einer, die ein Mittäter erhält.²⁷⁹

Ein Vorschlag des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages, auch Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren zur Bewährung aussetzbar zu machen, fand keine Mehrheit. Eine weitergehende Ausdehnung der Strafaussetzung zur Bewährung drohe den Abschreckungseffekt aufzuweichen. Strafdrohungen würden bei Täter und Öffentlichkeit nicht mehr ernst genommen. Bei der heutigen Praxis der Verurteilungen sei bei einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren davon auszugehen, dass eine recht gewichtige Tat vorliegt²⁸⁰. Kurz: Die Erhaltung der Rechtstreue nötige zur zu vollstreckenden Freiheitsstrafe.

Die fachwissenschaftlich gestützte Begründung für den Vorschlag zur gemäßigten Ausdehnung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung lautet, auch bei erhöhtem Unrecht einer Einzeltat sei nicht mit einer größeren Rückfallwahrscheinlichkeit zu rechnen. Lediglich bei der Aussetzung langjähriger Freiheitsstrafen ergebe sich das Problem, dass dies der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit entgegenwirken könne. Deshalb regelt dies auch - als Gegen Ausnahme und, wie anzumerken ist als gesetzlicher Umgang mit der Antinomie der beiden Strafzwecke der Individual- und der Generalprävention- die Einführung der Idee von der Verteidigung der Rechtsordnung (§§ 56 III, 47 II StGB).²⁸¹ Was der Gedanke der

²⁷⁸ Die revisionsrechtliche Rechtsprechung jedenfalls hält an dieser Reihenfolge –erst über die Schuldstrafe und dann über eine etwaige Strafaussetzung zu entscheiden- fest; vgl. statt vieler Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 2014, § 56, Rn 2; BGH 29, 319; NStZ 1988, 309.

²⁷⁹ Vgl. BGH StV 1986, 529, NStZ 1987, 21, StV 1993, 243.

²⁸⁰ Siehe dazu Änderungen im Sanktionensystem. Empfehlungen des Bundestages -"Arnoldshainer Thesen", DRiZ 1989, 393; vgl. Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff., 668 ff.; Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff., 137; Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987, 1041 ff., 1042.

Zudem weist Walter darauf hin, dass bei einer Erweiterung der Aussetzungsmöglichkeit der Gerichte die Gefahr bestünde, dass dann wegen Widerrufs ohnehin vermehrt längere Strafen zu verbüßen seien (Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff., 276 f.).

²⁸¹ Dazu Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 2014, § 67 Rn 19 ff, 25 f. (praktische Bedeutung bei wiederholter Trunkenheitsfahrt oder solcher mit schweren Folgen); Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff., 550 f.; Schall, Suche, 1990, 339 ff., 346; Dünkel, Strafaussetzung, 1983, 1039 ff., 1072.

Dazu, dass keine größere Rückfallwahrscheinlichkeit bei schwereren Taten zu erwarten sei, siehe außer Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff., 551; auch Eisenberg, Kriminologie, 2005, §

Individualprävention nahelegt, hemmt sie bei der Vielzahl der leichteren Delikten in die allgemeine Macht der Idee der Generalprävention. Bei schwereren Delikten aber überwiegen offenbar die Generalprävention und der Gedanke des Tatschuldausgleichs.

(2) Der Gesetzgeber hat zudem für die Fälle erheblich verminderter Schuldfähigkeit die Möglichkeit geschaffen, die Strafe entsprechend zu senken (§§ 21, 49 StGB). Damit folgt er dem Schuldprinzip, verminderte Schuld muss zu einer geringen Schuldstrafe führen. Zugleich aber eröffnet er dem Strafrichter den Weg, in Fällen, in denen der vermindert schuldfähige Täter gemeingefährlich ist, zusätzlich zur Strafe die Unterbringung in einer Anstalt anzuordnen, also auf die rein individualpräventiv ausgerichtete Form des Freiheitsentzuges zu erkennen (§ 63 StGB). Insofern dient dieses individualpräventive Institut als eine Art von Auffangnorm. Aber es dient nicht der Entlastung des Verurteilten, weil auf die Schuldstrafe zu verzichten ist; im Gegenteil: Den gemeingefährlichen Straftäter wird die Tatschuldstrafe mit ihrer Art des Vollzuges in der Regel weit weniger belasten als der Freiheitsentzug in einer geschlossenen Heilanstalt; denn sein Aufenthalt dort ist fremdbestimmter und mit dem zusätzlichen Makel der Geisteskrankheit verbunden.

(3) Außerdem bemüht der Gesetzgeber mehrfach den Gedanken der "Verteidigung der Rechtsordnung", also ein generalpräventives Element²⁸², um anstelle einer an sich zu verhängenden Geld- auf Freiheitsstrafe erkennen zu lassen (§ 47 I StGB), beziehungsweise die an sich aufgrund günstiger Sozialprognose gebotene Strafaussetzung zur Bewährung ausnahmsweise einmal auszuschließen (vgl. § 56 III StGB).

(4) Ferner sind die Fälle der *Sicherungsverwahrung* gemäß § 66 StGB zu nennen, in denen der Staat den Verurteilten nach der Verbüßung der verhängten schuldangemessenen Freiheitsstrafe aus individualpräventiven Erwägungen weiter in Haft hält. In diesem Falle dominiert das Sicherheitsinteresse das Prinzip des Tatschuldausgleichs.

37, Rn 42; zusammenfassend Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448 ff.; ders., 451, u. Hinw. darauf, dass die Strafaussetzung zur Bewährung in Frankreich zwar keiner rechtlichen Begrenzung unterliege, der Hauptanwendungsbereich dort aber Freiheitsstrafen unter einem Jahr betreffe.

²⁸² Küpper, Grenzen, 1990, 57

(5) Schließlich, und in der Literatur wenig beachtet, ist das Gericht gehalten, die erlittene *Untersuchungshaft* mit der an sich verwirkten Freiheits- oder Geldstrafe gemäß § 51 StGB zu verrechnen (bei letzterer nach der Zahl der verhängten Tagessätze). Mit diesem evidenten, aber kaum begründbaren Gebot existiert neben den entsprechenden Maßregeln im Falle der Verurteilung rückwirkend eine dritte, weil fingierte, ursprünglich prozessuale Spur des strafweisen Freiheitsentzuges.

6. *Gegenargumente gegen die Widersprüchlichkeit.* Die theoretische Durchschlagskraft des Antinomie-Einwandes versucht *Frisch*²⁸³ mit dem Hinweis zu entkräften, man würde das Problem der Widersprüchlichkeit vermutlich überschätzen. Über die spezial- oder generalpräventive Wirkung der Strafe sei zu wenig bekannt. Gesicherte langfristige Prognosen seien kaum zuverlässig zu stellen²⁸⁴.

Damit jedoch stellt er sich zumindest gegen die Annahmen des Gesetzgebers. Gesetzgeber und auch *Bundesverfassungsgericht* setzen auf General- und Spezialprävention. Deshalb sind die präventiven Gründe in der sozialen Wirklichkeit für die Strafe und ihren Vollzug zumindest im gesetzten Recht von erheblicher Bedeutung. Aus *Frischs* Überlegungen würde im Übrigen folgen, auf präventive Erwägungen weitgehend zu verzichten, sich also auf den Tatschuldausgleich zu beschränken und auf die Strafaussetzung zur Bewährung ebenso wie auf die bedingte Entlassung zu verzichten.

Köhler meint zum Beispiel, das Merkmal der Verteidigung der Rechtsordnung enthalte letztlich Gesichtspunkte, die die *Schuldschwere* betreffen. So verbiete auch und gerade die Schuldschwere es, die lebenslange Freiheitsstrafe (insbesondere für Mord) bereits nach 15 Jahren zur Bewährung auszusetzen (§ 57 a StGB). Wer also zum Beispiel die Strafaussetzung zur Bewährung mit dem Hinweis auf die Verteidigung der Rechtsordnung versage (§ 56 III StGB), würde Schuldgesichtspunkte und nicht generalpräventive Erwägungen ins Feld führen²⁸⁵.

²⁸³ Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff., 364 f.

²⁸⁴ Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff., 366.

²⁸⁵ Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983, 60 f. Auch der BGH will diesen Begriff nicht nur im Sinne spezieller Generalprävention verstehen, BGH 24, 40, 43 ff.

Für *Köhler* fließen insoweit generalpräventive und schuldbezogene Erwägungen zusammen. Dafür spricht einiges. Denn wer meint, es bedürfe zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit der Durchsetzung des Tatschuldprinzips (also Generalprävention und Schuldausgleich verknüpft), sieht zwischen Tatschuldausgleich und Generalprävention keine Widersprüche.

Aber auch bei dieser Zusammenführung verbleibt das Problem, den Verbund von Generalprävention und Schuldausgleich nicht mit den Erfordernissen der Individualprävention, wie etwa der bedingten Entlassung nach zwei Dritteln der verbüßten Strafe gemäß § 57 StGB, vereinbaren zu können.

Zudem ist zu bezweifeln, dass das Strafrecht ausnahmslos dadurch die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten sucht, dass es Tatschuldausgleich vollzieht. Die Rechtstreue wird zum Beispiel auch durch Untersuchungshaft gestärkt, die beim Verdacht schwerster Straftaten angeordnet wird (vgl. § 112 III StPO). Der Gesetzgeber, der den Drogenhandel, zum Beispiel das Einführen größerer Mengen illegaler Betäubungsmittel, mit hohen Strafen belegt (vgl. §§ 29, 30 BtMG), kommt im Übrigen auch in Erklärungsnot. Er muss insbesondere erläutern, gegen welches so außerordentlich wichtige Rechtsgut der Drogenhandel verstößt. Formulierungen wie, die „Volks Gesundheit“ sei gefährdet²⁸⁶, befriedigen nicht.

7. *Forderung nach Einheitslehre.* *Küpper* mahnt eine Begründung dafür an, dass das Strafrecht überhaupt auf einem einzigen Strafzweck beruhen müsse. Es sei auch daran zu denken, die Strafbarkeit bestimmter *Täter- und Tatgruppen* auf jeweils spezielle Strafzwecke zu stützen.²⁸⁷

Darauf ist in verschiedener Weise zu antworten. Zunächst einmal wäre es schon ein Fortschritt, wenn überhaupt eine Begründung aufzuzeigen wäre, die ohne gewichtige Gegenargumente bestehen könnte und deshalb für sich allein tragfähig wäre. Deshalb liegt in der Bündelung von drei schwachen Begründungssträngen auch ein pragmatisches Element. Zudem nötigt die *Einheitlichkeit der Rechtsfolgen* des Strafrechts, allgemein als Rechtsnachteile gemäß Art. 5 EGStGB definiert oder über den strafgesetzlichen Verbund von

²⁸⁶ Zur entsprechenden Begründung vgl. Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 2016, § 1, Rn 6, § 29, Rn 141.

²⁸⁷ Küpper, Grenzen, 1990, 59.

Freiheits- und in sie umrechenbare Geldstrafe, dazu, sie gemeinsam, und zwar zudem im Hinblick auf die verbrieften Grund- und Verfassungsrechte zu rechtfertigen.

Die Diversion der Strafe findet dennoch statt: über Normalvollzug, Lockerung und Bewährung, über Auflagen und Weisungen, die Einrechnung von Nebenfolgen und Nebenstrafen, die gemeinnützige Strafe (gemäß § 293 EGGVG) und den Täter-Opfer-Ausgleich. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, die ihrerseits zum Teil anrechenbar sind, bilden ohnehin eine Sondergruppe der Strafrechtsfolgen.

Besonders wichtig ist zwar zudem unter Schuldgesichtspunkten die Fallgruppe der erhöhten Strafe für *hartnäckige Wiederholungs- und Karrieretäter*. Aber im Vordergrund steht die Rechtfertigung der vollstreckten Freiheitsstrafe, die für eine schwere Einzeltat, in der Regel eine *Gewalttat* verhängt wird. Auf Gewalt wird in diesen Fällen erkennbar mit Gegengewalt geantwortet. Diese scheinbar einfache Fallgestaltung bildet den *Modellfall*.

8. *Fazit*. Es gibt offenbar das Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen und ebenso die vorherrschende Ansicht, dass die drei Strafbegründungen nicht vollends vereinbar sind. Die Vereinigungstheorie erfüllt demzufolge also eigentlich nicht die Voraussetzung der Widerspruchsfreiheit, die eine gute Theorie auszeichnet. Auch die Alternative, dann für verschiedene Deliktgruppen einzelne Lehren anzubieten, überzeugt nicht recht. Denn die Rechtsfolge Strafe sieht das auch sogenannte Strafgesetzbuch gleichermaßen für alle Delikte vor. Allerdings liegt es nahe, sich einen Kernbereich herauszuschälen. Zu blicken ist vorrangig auf die *vollstreckte Freiheitsstrafe* wegen *schwerer Gewaltdelikte* und auf die für die *hartnäckigen Wiederholungstäter* bei den sonstigen Delikten.

II. Trennung von Strafgrund und Strafzweck, von Rechtfertigung, Wesen und Zweck der Strafe

1. *Einführung*. Es gibt zudem kluge Versuche, das Antinomie-Problem durch andere Unterscheidungen zumindest abzuschwächen. Methodisch erscheint dies für eine rationale Strafbegründung auch ein naheliegender Weg.

Um die Bruchlinien zwischen Generalprävention, Individualprävention und Schuldausgleich zu glätten, wird in der Literatur insbesondere angeregt, deutlich zwischen dem *Grund* des Strafens und den verfolgten *Zwecken* zu trennen. Die Vorschläge variieren:

So erklären *Hassemer / Neumann* etwa, der Streit zwischen den absoluten und relativen Straftheorien hänge zwar auch, aber nicht nur mit dem jeweiligen politischen Kontext zusammen. Der politische Zeitgeist beeinflusst in der Tat zumindest die Gewichtung innerhalb der Vereinigungstheorie. Aber die Unterschiede ergäben sich auch daraus, dass „sich die unterschiedlichen Antworten auf unterschiedliche Fragen beziehen“.²⁸⁸ Auf „Strafe“ antworte man meist „Wofür?“ und nicht in erster Linie „Wozu?“ Denn Strafe sei für uns in erster Linie „Retribution“ und die „Sprachregeln...spiegeln die Strukturen der sozialen Institutionen“.

Dem ist zwar zuzustimmen, aber die Straftheorie fragt anders, nicht nach der Strafe, sondern nach den *guten Gründen* für die Strafe. Sie will die Strafe rechtfertigen. Es geht also um die bekannte Gemengelage der Idee, die *Hassemer/ Neumann* selbst sofort anschließend anführen. Die „Legitimation“, „Sinn und Zweck der Strafe“ oder auch um „latente Funktionen“ sind aus der Sicht der Gesellschaft zu betrachten oder, wie aus individualistischer Sicht anzufügen ist, auch für die Opfer und ihre Nächsten sowie für die Täter und ihre Nächsten relevant. Der Zeitgeist nimmt vor allem auf die *gesellschaftliche* Sicht Einfluss, aber die Verluste der Opfer bleiben im Kern real.

Das methodische Dilemma liegt darin, dass man in einer Diskussion zunächst immer offen ist und auch weiterhin sein muss und dass sich die richtigen Fragen und die Antworten erst im Lauf der Zeit herauschälen, sie dann aber immer wieder hinterfragt werden dürfen und müssen.

Zudem haben wir im deutschen Recht einen erprobten *Auslegungskanon* und damit unterschiedliche Arten von guten Gründen entwickelt, der aber zum Schluss eine *Gesamtabwägung* verlangt. *Alle* Sichtweisen zählen also, wiewenig sie unterschiedlich zu gewichten sind. Eine solche systemische

²⁸⁸ Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 102 f.

Gesamtabwägung erzwingt, rückwärts gelesen und abstrahiert, immer einer Art von bunter *Vereinigungslehre*.

2. *Trennung von Strafzweck und Strafgrund*. Einige Autoren erklären²⁸⁹, die Vertreter der klassischen Schule, der Gerechtigkeits- und Vergeltungstheorie, und die Vertreter der modernen Schule, der Prävention, hätten aneinander vorbeigeredet. Die Klassiker fragten nur nach dem *Rechtsgrund*, also der Legitimation staatlichen Strafens. Sie meinten irrigerweise, damit auch den durch die Strafe verfolgten Zweck zu erfassen. Hingegen hätten die Modernen zwar die „*Realzwecke*“ in den Blick genommen, aber eine Rechtfertigung der Strafe lieferten sie nicht.

Dreifaltige Trennung. Jescheck²⁹⁰ regt an, methodisch zwischen *Rechtfertigung*, *Wesen* und *Sinn* (oder „*Zweck*“) der Strafe zu unterscheiden.

Die *Rechtfertigung* der Strafe liege allein darin, dass sie zur „Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, als einer Grundbedingung für das Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft, notwendig“ sei²⁹¹. Ohne sie würde die Strafgewalt sich selbst aufgeben (*staatspolitische* Rechtfertigung). Ohne sie entstünden Lynchjustiz und Privatstrafe. Deshalb habe die Gemeinschaft ein Bedürfnis nach Strafe (*sozialpsychologische* Rechtfertigung). Da das Bedürfnis, sich „*durch Sühneleistung von der Schuld zu befreien, (...) eine fundamentale Erfahrung des Menschen als eines sittlichen Wesens*“ sei, müsse der Staat zumindest die Möglichkeit hierfür eröffnen (*individualethische* Rechtfertigung der Strafe).

Das *Wesen* der Strafe liege in dem „öffentlichen, sozialetischen Unwerturteil über den Täter wegen der von ihm schuldhaft begangenen Rechtsverletzung“²⁹². Sie finde ihren Ausdruck darin, dass sie den Schuldigen in seiner Rechtsstellung

²⁸⁹ Otto, Grundkurs, 2004, § 1 Rn 74, u. Hinw. auf Gallas, Stand, ZStW 1955, 1 ff.; Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986, 109 ff; Geerds, Einzelner, 1969, 16.

²⁹⁰ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66.

²⁹¹ Unter Hinweis auf Schmidhäuser, Sinn, 1971, 74 ff.; Maurach, Wesen, 1960, 26 ff.; Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff., 21.

²⁹² Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 65, u. Hinw. auf Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff., 285; Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983, 263 ff., 265; Henkel, Strafe, 1969, 7; Noll, Begründung, 1962, 17.

als ein Übel treffe, seine Freiheit, Vermögen, Freizeit, soziales Ansehen beeinträchtige.

Der Sinn der Strafe, den *Jescheck* als „Zweck“ des Bestrafungsaktes verstanden wissen will, entspringe dem Grundgedanken der Vergeltung (in Verbindung mit dem Schuldprinzip) und dem der Vorbeugung (sowohl als positive, als auch als negative Generalprävention) sowie der Spezial- oder Individualprävention. Zu einer Einheit verbunden bedeute dies *Generalprävention durch Schuldausgleich in möglichst humaner Form*.

3. *Vergangenheit und Zukunft*. *Jescheck*²⁹³ trennt zudem unter Hinweis auf *Grotius*²⁹⁴ deshalb klarer die zwei Grundgedanken, aus denen seit jeher der Sinn der Strafe entwickelt wird: *Vergeltung* und *Vorbeugung*. Blicke man auf die *Vergangenheit*, wolle man durch die gewollte Zufügung des mit ihr verbundenen Übels einen Ausgleich der geschehenen Rechtsverletzung herbeiführen²⁹⁵. Blicke man in die *Zukunft*, wolle man auf den Täter und die Allgemeinheit zum Zwecke der Verhütung einwirken. Die Strafe sei dann nur ein notwendiges Übel²⁹⁶.

Allerdings differenziert auch er. Anknüpfungspunkt für die Vergeltung sei die Tatschuld. Die Vorbeugung sei an die Gefährlichkeit des Täters gebunden. Sie sei sogar, so fügt *Jescheck* hinzu, „in einem weiteren Sinne (an) die in jedem Menschen angelegte Bereitschaft zur Begehung strafbarer Handlungen“ geknüpft. Doch ließen sich Vorbeugung und Vergeltung miteinander verbinden²⁹⁷ und, wie anzufügen ist, sie werden deshalb auch miteinander verknüpft: Strafe wird zum Schutz der Gesellschaft vor künftigen Verbrechen angedroht und ausgesprochen, dies aber so, dass sie dem Ausgleich der Schuld wegen der begangenen Verbrechen diene, also „Generalprävention durch Schuldausgleich“.

Jescheck betont zudem eine weitere wichtige Erkenntnis. Vergangenheit und Zukunft sind über die Gegenwart (des Urteils) miteinander verknüpft. Ohne die

²⁹³ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66 f.

²⁹⁴ Grotius, De Jure, 1631/1950, Cap. XX, § 1, 1: *Malum passionis propter malum actionis*.

²⁹⁵ Grotius, De Jure, 1631/1950, § 4, 1.

²⁹⁶ Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe Simson, Grotius, 1985, 651 ff.

²⁹⁷ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 69

Erfahrungen, die Menschen in der Vergangenheit erwerben, ist ihr Blick in die Zukunft ergebnislos. Vorhersagen wären unmöglich. Auch wäre zu fragen, weshalb wir heute die Schuld von gestern verarbeiten sollten. Weshalb sollten wir uns überhaupt an Vergangenes erinnern? Zu leben ist auch ein zeitlicher Prozess.

Jeschecks Unterscheidung zwischen Rechtfertigung, Wesen (im Sinne von Art) und Sinn (hier verstanden als „Zweck“) der Strafe erleichtert es zwar, den Streit um Sinn und Zweck des Strafens zu strukturieren. Dennoch bleibt die Schwierigkeit, dass es verschiedene Zwecke gibt, die zu unterschiedlichen Anforderungen an die Strafe führen (müssen). Zudem ist und bleibt das Wesen (die Art) des Strafens vom Zweck abhängig. Allein aus dem Blickwinkel der Resozialisierung betrachtet, kann es zum Beispiel von Nachteil sein, ein sozialetisches Unwerturteil über den Täter abzugeben, ihn also mit einem desozialisierenden Makel zu belegen. Auch das Ergebnis der Rechtfertigung muss sich auf die Zwecke auswirken und ebenfalls auf die Art des Strafens. Bei der „sozialpsychologischen Rechtfertigung“ schimmert die Forderung nach der Erhaltung der Rechtstreue (positive Generalprävention), bei der sozialetischen Rechtfertigung das Prinzip des Schuldausgleichs durch. Die staatspolitische Rechtfertigung wiederum führt direkt zur Einschränkung der Rechtsstellung des Betroffenen. Utilitaristische Gemeinwohlforderungen und die Begrenzung durch den Satz von der Strafe als ultima ratio bilden die Folge. Wer schließlich den Ausgleich zwischen Täter und Opfer fördern möchte, wird überlegen, inwieweit er auf staatliche Strafe verzichten, also das staatliche Gewaltmonopol lockern und etwa auf Wiedergutmachung im Sinne der alten Buße abstellen kann.

4. *Vierfaltige Gründe nach Gössel*. *Gössel*²⁹⁸ will zunächst unter Hinweis auf *Schopenhauer*²⁹⁹ in ähnlicher Weise zwischen dem Real- und Erkenntnisgrund, dem Final- oder Zweckgrund und dem Sollens- und Rechtsgrund³⁰⁰ unterscheiden:

²⁹⁸ Gössel, *Wesen*, 1988, 3 ff.; siehe auch Schild, W., Ende, ARSP 1984, 71 ff., 72.

²⁹⁹ Schopenhauer, *Wurzel*, 1891, 8. Kap., § 49; zum Realgrund verweist Gössel auf die entsprechenden Überlegungen von Hartmann, *Möglichkeit*, 1966, 37.

³⁰⁰ Zudem verweist Gössel auf dieselbe Differenzierung bei Laun, *Satz*, 1956; sowie Spindel, *Grundfragen*, 1957, 39 ff., der sie auch zur Bestimmung der Stufen der Strafzumessung nutzt (vgl. dazu Montenbruck, *Abwägung*, 1989, 19 f.), eine Differenzierung, die auch Eingang in das Lehrbuch von, *Strafzumessungsrecht*, 1974, 52 f., gefunden hat.

Als *Realgrund* sei die wirklich³⁰¹ existierende Straftat zu sehen, letztlich aber auch die künftige Gefährlichkeit des Täters, denn die entsprechende Prognose beruhe auf realen Tatsachen.

Der *Erkenntnisgrund*³⁰² befinde sich im Reich der Begriffe. Er sei ein Satz, durch den ein anderer erkannt werde, ein logischer Schluss. Auch Sanktionen hätten diese Qualität. Sie seien Folgen eines Realgrundes (Straftat oder Gefährlichkeit).

Der *Rechtsgrund* sei die Legitimation des Staates zu strafen (im Groben zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung und damit seiner Existenz)³⁰³.

Der *Final- oder Zweckgrund* sei auf das Ziel ausgerichtet, das mit der Strafe erreicht werden solle. Gemeint sind offenbar die präventiven Straftheorien. Dieser Grund werde häufig mit dem „Wesen der Strafe“ vermengt.

Gössel bietet einerseits mit Blick auf die Sanktionen eine *modifizierte Vereinigungstheorie* an³⁰⁴ und vertritt andererseits die Überzeugung, der Streit der Straftheorien sei mit Hilfe des Satzes vom Grunde zu schlichten³⁰⁵: Vergeltung sei das „Wesen“ strafrechtlicher Sanktionen, denn diese seien Folge der Tat und der auf Tatsachen gegründeten Gefährlichkeit. Zwecke dagegen seien die bekannten: Resozialisierung, sühnende, selbstverantwortliche Übernahme der Schuld, Einwirkung auf die Allgemeinheit. Danach allerdings müsste die Vergeltung in etwa gleicher Weise also zum Freiheitsentzug führen, wie sie zur Resozialisierung, eigenverantwortlichen Sühne und zur Einwirkung auf die Allgemeinheit erforderlich ist. Zudem führt das Doppelwesen der Strafe als Folge von Tat und Gefährlichkeit in die Zweispurigkeit von vergeltender Strafe und der Sanktion der Maßregel. Auch der Oberbegriff des Freiheitsentzuges kann bekanntlich nicht, nicht einmal für die jeweils angemessene Dauer, das Problem der unterschiedlichen Anforderungen entschärfen.

³⁰¹ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 8 f.

³⁰² Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 11 f.

³⁰³ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 13.

³⁰⁴ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 22.

³⁰⁵ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 25.

Gössel meint hingegen, eine Antinomie der Strafzwecke bestehe somit nur noch innerhalb der Art der Prävention: durch Sicherung oder durch Besserung³⁰⁶. Über den „sinnvollen Einsatz“ dieser beiden Strafzwecke wolle er nichts Abschließendes sagen³⁰⁷.

Zwar bietet es sich an, *begrifflich* zwischen *Grund* und *Zweck* zu trennen. Dies zeigt schon der Umstand, dass wir über diese beiden Begriffe verfügen. Der eine ist auf *Vergangenes* gerichtet, der andere auf die *Zukunft*. Aber wie eng Grund und Zweck miteinander verknüpft sind, zeigt sich daran, dass wer den Grund des Strafens in der begangenen Tat sieht, diesen Grund schon zuvor formuliert haben müsste, schon damit der Täter sich daran ausrichten kann. Das bedeutet aber, dass er den Grund für zukünftiges Verhalten festgelegt hätte. So war der *Grund* einst ein *Zweck*. Entsprechendes gilt für die Zwecke. Wem es um Verhinderung künftiger Straftaten geht, der will den Täter vorrangig strafen, weil er gleichsam als Richter etwas Vergangenes, die Tat, zur Beurteilung vorliegen hat und hieraus Schlüsse für die Zukunft ziehen kann. Auch diesen Zweck müsste er schon vorher formuliert haben, „damit“ die Allgemeinheit sich beruhigt und sich rechtstreu verhält. Insofern ist der Präventionszweck zugleich ein Grund des Strafens.

Wer den Täter straft, „weil“ er eine Unrechtstat begangen hat, blickt dabei zugleich in die Zukunft und fordert den Täter zu Schuldausgleich, Sühne oder Buße auf, „damit“ er erfahre, was seine Tat wert ist. Gründe und Zwecke wandeln sich auf der Zeitschiene ineinander um, je nachdem, ob der Beobachter in die jeweilige Zukunft oder in die Vergangenheit blickt. Deshalb bereitet es auch so erhebliche Probleme, zu bestimmen, was denn Strafe ist.

Zu bezweifeln ist, dass die methodischen Trennung im Hinblick auf die Erklärung des Strafens die Widersprüchlichkeit aufzulösen hilft. Denn die klare Trennbarkeit unterstellt, müssten die jeweiligen Sichtweisen die konkret ausgesprochene Rechtsfolge, vor allem das einheitliche Übel der Freiheitsentziehung, erklären. Entweder sind die so getrennten Sichtweisen von gleichem Gewicht, dann müssten sie *parallel* gedacht werden. Dann müssten alle die Strafe begründenden Erwägungen idealer Weise zum selben Ziel, der Erklärung von Strafe, führen, anderenfalls wären sie für die Begründung

³⁰⁶ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 23.

³⁰⁷ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 24.

irrelevant. Oder sie ließen sich doch *hierarchisch* ordnen. Dann regierte eine Begründungsart, wie das Schuldausgleichsprinzip als Grund gegenüber den präventiven Strafzwecken (oder umgekehrt). Dann böten die anderen immerhin aber auch nur *komplementäre* (ergänzende) Aspekte.

Die guten Vernunftgründen, die wir suchen, können vielfältig sein, aber sie müssen demselben methodischen Zweck dienen, das offenbar evidente Strafbedürfnis zu rechtfertigen.

Einerseits bildet also die Strafe eine Einheit und diese gilt es zunächst einmal überhaupt zu rechtfertigen. Aber dass mit der Vereinigungstheorie drei Ansätze dazu vonnöten sind, zeigt auch, dass es keine klare einzige Begründung gibt. Sachgerechter als die Blickwinkel zu trennen, um die Antinomie feinsinnig aufzulösen, erscheint Folgendes:

Die Widersprüche sind zunächst zwar einzeln zu betrachten, wie oben geschehen. Aber sie sind als solche eher zu akzeptieren und auszuhalten als in verdrängender Weise weg zu argumentieren.

Dennoch geben die Differenzierungen, etwa die einfache nach Strafzweck und Strafgrund, Hinweise darauf, wie man fragen kann und wie man mit den Fragen zugleich die Antworten begrenzt. Wer nach dem Zweck (Ziel oder Nutzen) des Strafens fragt, der erklärt zugleich, dass das Strafen über den Zweck zu rechtfertigt sein muss. Er begibt sich in die Denkwelten des *Utilitarismus*, des *Ökonomismus* und der *Gesellschaftslehre*.

Wer nach dem objektiven „Sinn“ des Strafens fragt, sucht nach dem Guten und Gerechten, also nach den Selbstzwecken. Er fragt nach dem Wert des Strafens, also nach dem Straf-Rechtsgut, und bleibt darin gefangen

Wer fragt, ob das Strafen nicht von anderen Ideen überwölbt wird, wer den Einzelnen in den Blick nimmt und wer alle Menschen und damit auch den Mörder als würdige Wesen und (Selbst)Subjekte begreift, der muss seine Strafbegründung an dieser Höchstidee ausrichten.

5. *Erstes Fazit*. Kurz: Grund und Zweck sind jedenfalls für die Folge unaufhebbar miteinander verknüpft.

Wer *umfassend* nach allen -vernünftigen- Antworten sucht, der wird diese Sichtweisen zu bündeln haben. Vor allem Fragen nach gutem „Sinn“ und nützlichem „Zweck“ sind üblicherweise getrennt zu stellen und beantworten - weil es offenbar nicht anders geht, aber der Vernünftige wird sie beide stellen.

Theorie und Praxis. Sie fließen demgemäß beide in der bunten *Praxis* zusammen, indem sie dort an unterschiedlichen Stellen, also *topisch* relevant werden - aber auch erst dort und dann dort nur in ihrer jeweiligen Art.

So existiert neben der Theorie, und dass könnte die Lösung für das Strafrechtssystem sein, auch die Strafpraxis, die des Strafgesetzgebers ebenso wie die der Strafgerichte und des Strafvollzuges Sie alle können versuchen, im konkreten Falle zu einem *angemessenen Ausgleich* kommen. So hat auch das deutsche Strafgesetz vielfältige Möglichkeiten angeboten.

Der deutsche Gesetzgeber hat den Weg der Differenzierung ohnehin schon zum Teil beschritten, indem er *neben* dem Strafrecht das *Maßregelrecht* eingerichtet hat. Außerdem sieht er für alle Strafgefangenen im Vollzug eine präventive Zwischenprüfung gemäß § 57 ff. StGB vor, indem er die bedingte Entlassung nach *zwei Dritteln* eröffnet und von einer guten Sozialprognose abhängig macht und indem das Strafvollzugsrecht der Bundesländer zur Probe zuvor schon Vollzugslockung bis hin zum Freigang in Aussicht stellt. Siehe auch den Gedanken der Strafaussetzung zur Bewährung bei mittelschweren Delikten, § 56 I, II StGB. Auch die Maßregel der zusätzlichen Sicherungsverwahrung bei Rückfalltaten §§ 66 ff. StGB umrankt die eigentliche Strafe.

Zwar kommt zur *liberalen* Begründung der bedingten Entlassung auch die Idee einer Art von *Versöhnungsvertrages* in Betracht. Er könnte sich *Fichtes* und *Seelmanns Abbüßungsvertragsidee* für das Strafen generell anlehnen, und würde lauten „*Nachträglicher Strafvollstreckungsverzicht gegen glaubhafte Unterwerfung unter das Recht*“. Dieser Gedanken ist aber bisher noch nicht weiter diskutiert worden.³⁰⁸ Historisch gelesen stammt die Aussetzung zur

³⁰⁸ Vgl. aber Montenbruck, *Zivile Versöhnung. Zivilreligion II*, 2016, 8. Kap. II 4. (Für die Unrechtseinsicht in Form des Geständnisses: „Gründe der Strafmilderung und Elemente eines informellen Sühnevertrages“, 359 ff).

Bewährung jedenfalls aus der *empirischen* Gedankenwelt der Individualprävention.

Zweites Fazit. Es bleibt also -eigentlich- nur die Frage nach der Begründung von Strafe überhaupt, und zwar vereinfacht zur Rechtfertigung für die deutsche „Zwei-Drittel“-Freiheitsstrafe. Denn das Strafrecht sieht allen Tatbeständen die Freiheitsstrafe als gesetzlichen Regelfall an und deren letztes Drittel ist -nach weit vorherrschender- Sicht von *präventiven* Erwägungen beherrscht, vgl. § 57 StGB. Bei der Geldstrafe steht die präventive Idee der Denkmittelstrafe neben den tatsächlichen Einschnitten in die Freiheitsrechte des Verurteilten.

III. Trennung nach Gesetz, Urteil und Vollzug; drei Sichtweisen auf die Vereinigungstheorie

1. *Aufteilung nach drei Phasen: Gesetz, Urteil und Vollzug.* Einem schon älteren Vorschlag zufolge lassen sich die drei Elemente der Vereinigungstheorie verschiedenen Phasen des Strafens zuordnen.

Die Grundidee lautet:

- (1) Das *Gesetz* habe vorrangig generalpräventive Aufgaben;
- (2) das *Urteil* diene insbesondere dem Schuldausgleich;
- (3) der *Vollzug* ermögliche die Besserung und Sicherung des Täters.

Auf diese Weise lässt sich dann auch das Trilemma der inneren Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie an sich, je nach Sichtweise zumindest etwas *abschwächen*.

Zumindest handelt es sich um drei verschieden große Positionen (Orte) samt eigenen Institutionen (also Subsystemen), von denen aus die Strafe zu beleuchten ist. Jede der drei Arten von Institutionen, die Legislative, die Judikative und die Exekutive ist ohnehin genötigt, vor allem ihren eigenen Blickwinkel einzunehmen.

Bereits *Max Ernst Mayer* hat eine solche Trennung angeregt.³⁰⁹ Sie erscheint auf den ersten Blick recht sinnvoll und entspricht auch dem Blickwinkel der *drei Staatsgewalten*. Aber aus dem übergeordneten Blickwinkel des demokratischen Gesamtstaates mit seinem Gewaltmonopol sollte es möglich sein, den Demokraten und dem Täter eine *einheitliche Begründung* zu geben. Die Ausgestaltung der staatlichen Strafe und ihre Verteilung auf die drei Gewalten ist eher von demokratietechnischer Art und der Arbeitsteilung geschuldet. Die Strafe, die wir üblicherweise mit diesem Begriff meinen, ist die *vollstreckte Strafe*. Gesetz und Urteil bereiten sie nur vor.

Gesetz und öffentliche Verurteilungen können zwar vielleicht Menschen von Taten abhalten und sie mit den Unrechtstaten auch Strafen vermeiden. Aber zu rechtfertigen ist die *vollstreckte Strafe*.

Dafür kann es vielleicht zwar genügen, dass wir als demokratische Gesetzgeber meinen, wir benötigten die Vollstreckung vor allem, um der Allgemeinheit ständig Beispiele vor Augen führen zu können, dass man es mit den Strafdrohung auch ernst meint. Nur sollten wir mit dieser Aufspaltung in drei Phasen nicht vermeiden, die Frage nach der Strafe als sozialrealer Zufügung eines *Übels* in den Mittelpunkt zu stellen.

Das Problem der Strafrechtswissenschaft besteht allerdings darin, dass sie sich vor allem für die Auslegung der Strafgesetze zuständig sieht. Schon der Strafprozess und damit das Urteil stehen dahinter zurück. Sie werden von der Gerichtspraxis dominiert. Der Vollzug ist sogar von exekutiver Art. Er gehört faktisch und nach seinen Regeln zum Verwaltungsrecht, auch wenn ihn Strafvollstreckungskammern kontrollieren.

Für die deutsche Strafrechts-Theorie und ihr Selbstverständnis ist dies eine missliche Lage. Sie muss also vom Gesetz weg und zurück in die Rolle der Gesetzgeber springen. Weshalb hat jener Strafgesetze damals erlassen und heute noch bestehen lassen (dürfen), die die Grundlagen dafür bilden, Menschen lange Zeit einzusperren?

³⁰⁹ Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 20 f., erinnert an Mayer, M. E., Strafrecht, 1915, 419.

Roxins, dessen Lehren die deutsche Strafrechtswissenschaft erheblich beeinflusst haben, greift diesen Trennungsgedanken in einer vielzitierten Abhandlung auf.

Roxin erkennt die „*aller gesellschaftlichen Existenz inhärenten*“ Gegensätze zwar an. Doch will er sie dem dialektischen Prinzip entsprechend auf höherer Ebene überwinden.³¹⁰ Er differenziert dann jedoch -offenbar- auf mittlerer Ebene - wie *Max Ernst Mayer* - zwischen der gesetzlichen Strafandrohung, die primär einen generalpräventiven Zweck verfolgt, und der Strafverhängung, die den bekannten vielfältigen Zielen dient. Der Vollzug erstrebe vorrangig die Resozialisierung³¹¹.

Roxin bekennt sich also zwar offen zur *Widersprüchlichkeit* der einzelnen Elemente der Vereinigungstheorie. Er hält diese aber für auf einer höheren Ebene lösbar. Damit jedoch bleiben die Widersprüche auf der *Ausgangsebene* auch für ihn erhalten. Zudem sind sie nach seiner Auffassung auf der höheren Ebene noch nicht ausdiskutiert³¹².

Roxin vermag -innerhalb unseres dreifaltigen Rechtssystems- zwar Strafandrohung und Strafvollzug einigermaßen voneinander abzuschichten. Aber für den Akt der Strafverhängung durch das *Urteil* bleiben auch für ihn die Widersprüchlichkeiten der Vereinigungstheorie bestehen.

Die drei Phasen des Strafvorganges lassen sich zwar intern trennen, bilden aber dennoch nur drei Untersysteme derselben Oberidee, zum Strafrecht zu gehören. Die Hauptaufgabe, Stufen des Strafens zu bilden, verbindet sie.

Auch lassen sie sich rückwärts von der Verbüßung einer konkreten Strafe wegen einer konkreten Tat her lesen. So enthält die gesetzliche Strafandrohung (wer so und so handelt, wird mit Freiheits- (oder Geld) - Strafe bestraft) bereits das generalisierende Bild von Tat und Strafe. Sie umschreibt einen abstrahierten Fall der Strafverhängung. Auch die Vollstreckung erfolgt aus dem Urteil und kann daher nicht ausschließlich anderen Zwecken dienen. Die Resozialisierung als

³¹⁰ Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 387.

³¹¹ Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 383, 386; Triffterer, Strafrecht, 1985, 12.

³¹² Vgl. Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 387.

Vollzugsziel muss die vom Täter auf sich geladene Schuld aufnehmen und zu ihrem Ausgangspunkt machen.

Eine völlige Trennung zwischen Gesetz, Urteil und Vollzug wäre aus demokratischer Sicht auch nur um den Preis der Täuschung des Bürgers möglich. Der Gesetzgeber droht danach Schuldausgleich an, obwohl er nur die Erhaltung der Rechtstreue will. Der Richter spricht eine Strafe wegen der Tatschuld aus, weiß aber, dass sie in Wirklichkeit ein Vorwand ist, um den Täter zu resozialisieren. Die Vollzugsverwaltung resozialisiert, weiß aber, dass die Grundlage für diesen ein Schuldspruch bildet. Er beruht zudem auf einem bestimmten Strafgesetz, das eigentlich vor allem die Allgemeinheit rechtstreu halten will.

Solange der Vollzug auf dem Urteil und dieses auf dem Gesetz beruht, sind Gesetz, Urteil und Vollzug nicht klar zu trennen. Auf diese Weise lassen sich die Widersprüche nicht vollständig auflösen. Aber sie lassen sich abschwächen, und zwar über die *drei Untersysteme* des Strafrechts.

2. *Drei-Blickwinkel-Lehre*. Es handelt sich -meines Erachtens- um *dieselben* drei Positionen, von denen aus die Vereinigungstheorie zu betrachten ist. In diese *Drei Blickwinkel-Lehre* lässt sich auch die Unterscheidung von „Strafziel, Strafgrund und Straftat“ integrieren.

Wer wie die deutsche Strafrechtswissenschaft vor allem vom Strafgesetz ausgehen, der wird die Vereinigungstheorie vorrangig *generalpräventiv* deuten (Strafziel). Das Urteil und die (konkrete) Schuld bilden den Strafgrund („wegen“). Er tritt dahinter zurück in eine dienende Funktion. Aus der Schuld wird die soziale Schuld. Der Freiheitsentzug vor allem im Strafvollzug und das Einwirken auf den Täter, um ihn individuell zu resozialisieren (Straftat), dienen vor allem den generalpräventiven Bedürfnissen, die Vorgaben der Verfassung und damit die Leitideen unserer Gesellschaft umzusetzen.

Aber auf der großen Ebene des Strafens und der Suche nach dessen guten Gründen gehören Gesetz, Urteil und Vollzug zusammen.

Wer also ein Strafrechtstheorie vor allem konkret dazu benötigt, um die *Strafgesetze* teleologisch auszulegen, der setzt ohnehin auf der Ebene der

Generalprävention an. Die Bedeutung von Prozess und Vollzug treten dahinter zurück. Was aber ist denn Strafe? Den *Täter* treffen jedenfalls vor allem der Schuldspruch und die danach vollstreckte Strafhaft. Die *Allgemeinheit* will dagegen ein Strafrecht.

Wer aus der Sicht der demokratischen Herrscher fragt, warum wir denn überhaupt Mitmenschen bestrafen dürfen und sollten, der wird am besten zweistufig vorgehen. Er wird zunächst am besten drei Gesichtspunkte heranziehen. Auf eine solche höhere Ebene und auf die Notwendigkeit der Akzeptanz der Widersprüche im Einzelnen verweist schon *Roxin*.

3. *Fazit*. Die jeweilige Gewichtung und die Ordnung der drei Elemente wird jeder Betrachter zumindest auch von seinem jeweiligen Standpunkt abhängig machen.

Dazu gehört auch, ob er vorrangig auf das Gesetz blickt und nach dessen Strafzweck fragt, auf das Urteil schaut und dessen Strafgrund erklären will oder den Vollzug und dessen Strafart erörtert.

Der Gesetzgeber blickt in die Zukunft. Das Gericht bewertet mit dem Urteil die Vergangenheit. Der Strafvollzug findet in der Gegenwart statt.

Umgekehrt hat eine „allgemeine deutsche Strafftheorie“ dies zu bedenken und dennoch eine *vereinheitlichende* Antwort zu geben. Die vorherrschende Meinung bietet deshalb zu Recht eine vage und zum Teil auch widersprüchliche Idee einer „Vereinigungstheorie“ an. Sie kann jeder noch weiter ausprägen, zumal wenn er Antworten haben will. Oder er muss sich mit ihrem Wesen, nur eine vage Dreifaltigkeitsidee zu bieten, abfinden.

Wenn er *pragmatisch* denkt oder tätig ist, wird er erfreut sein. Er ist einerseits nicht fest an ein einziges klares Strafdogma gebunden und ihm stehen andererseits für die Wahl seiner Gründe gleich drei anerkannte Denkrichtungen zu Verfügung.

6. Kapitel (§ 6)

Allgemeine Generalprävention I: Darstellung und Kommentierung

I. Konzept: Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre

1. *Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre.* Die *allgemeine Generalprävention* will mit dem Strafen den Schutz der Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten bewirken und dabei insbesondere den Schutz der „elementaren Werte“ des Gemeinschaftslebens oder auch der Rechtsgüter³¹³ betreiben. Das *Bundesverfassungsgericht*, das diesen Gedanken in seiner großen Leitentscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafen aufgreift, erklärt,

„oberstes Ziel des Strafens“ sei es, *„die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen“*.³¹⁴

In der Inzest-Entscheidung ist das Gericht, naheliegender Weise nur formal am Rechtsgutsgedanken und inhaltlich an der Gesellschaft orientiert. Es erklärt:

³¹³ Die „*schuldhafte Verletzung eines für alle gewährleisteten Rechtsguts*“: BVerfG, 25, 169 ff., 286. BVerfG, Inzest-Entscheidung, 120, 224, 240 („Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient *Das Strafrecht wird als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt*, wenn ein bestimmtes Verhalten über das Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist. Wegen des der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.“); herausgestellt auch von Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 13. Siehe auch

³¹⁴ BVerfG 45, 187, 254., genauer: „*Wenn*“ (also nicht falls) *„es oberstes Ziel des Strafens ist, die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen (allgemeine Generalprävention)‘, so muß bei der hier erforderlichen Gesamtbetrachtung zunächst von dem Wert des verletzten Rechtsguts und dem Maß der Sozialschädlichkeit der Verletzungshandlung – auch im Vergleich mit anderen unter Strafe gestellten Handlungen – ausgegangen werden. Das Leben jedes einzelnen Menschen gehört zu den höchsten Rechtsgütern Die Pflicht des Staates, es zu schützen, ergibt sich bereits unmittelbar aus Art. 2 II 1 GG. Sie folgt darüber hinaus aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 I 2 GG.“* Dazu auch: Stree/Kinzig - Schönke/Schröder, 2014, Vorbem. §§ 38 ff, 1. Dem seien „die einzelnen Zwecke ... unterzuordnen“. Zudem Feltes, Strafanspruch, 2007, 144.

„Das Strafrecht wird als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn eine bestimmtes Verhalten über das Verbotensein hinaus in besonders Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist.“

Für die Strafnorm fügt es an:

„Wegen des der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe kommenden sozialemischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung.“³¹⁵

Ob nun das *Bundesverfassungsgericht* grundsätzlich festlegt, was Rechtsgüter sind, wie es in dieser Entscheidung anklingt³¹⁶, oder es nur in Grenzfällen darüber entscheidet, es sich ansonsten, wenn vorhanden, an den kulturellen Konsens zurückbindet, ist nicht weiter zu vertiefen. Jedenfalls muss dem demokratischen Gesetzgeber einerseits noch ein *Gestaltungsspielraum* bleiben, andererseits muss er innerhalb einer (Grund-) *Werteordnung* auch deren Werte-Angebote zumindest mit erwägen.

Auf diese Weise definiert das *Bundesverfassungsgericht* zugleich näher, was wir unter „*Prävention*“, also Vorbeugung, zu verstehen haben, und es sucht auch, das *Strafen einzuschränken*.

Vorzubeugen heißt, Maßnahmen zu treffen, um etwas Wertvolles, etwa eine Person, hier auch eine kollektive oder Wir-Person, die Allgemeinheit, „vor Schaden zu bewahren“ und damit zu „schützen“. Erwartet werden also exakt die schädigenden Handlungen und Rechtsverletzungen, die das Strafgesetzbuch kodifiziert und die die vom Staat zu achtenden und zu schützenden Grund- und Menschenrechte – mittelbar – erkennen lassen.

Damit sind auch die beiden potentiellen *Angreifer* benannt: „Wer“, also jeder einzelne Mensch im Strafgesetzbuch und der Staat in den Grund- und Menschenrechten.

³¹⁵ BVerfG 120, 224, 242 -dazu das kritische Sondervotum von Hassemer, 255 ff.

³¹⁶ BVerfG 45, 187, 254.

„Generalprävention“ meint dabei, dass Vorbeugung auf die „Allgemeinheit“ ausgerichtet ist.

Der vage Begriff der Allgemeinheit wird dazu gleich konkretisiert. Gemeint sind die Gesellschaft und das Gemeinschaftsleben.

Die Strafe soll das *Mittel* bilden, das diesen beiden Zielen, dem Gesellschafts- und dem Rechtsgüterschutz, dient. Zweierlei ist zu erkennen:

- Einwirken kann das Strafrecht auf die Allgemeinheit nur *kommunikativ*, also vor allem durch die Sprache, gemeinsame Riten und sonstige symbolische Akte. Denn die Allgemeinheit existiert nur auf dieser Ebene.
- Ebenso dient die *Generalprävention* dem, was sie schützen soll, also dem Erhalt dieser „Allgemeinheit“. Deren *Form* besteht in der Gesellschaft und deren *Inhalt* in den gemeinsamen Werten.

2. Das *Gesamtkonzept* des Strafens, das aus Gesetz, Urteil und Vollzug besteht, einmal von der *Generalprävention her ausgeformt* weitergedacht, lautet es vermutlich:

- Die Strafandrohungen der *Gesetze* richten sich an die Allgemeinheit. Insofern handelt es sich *allein* um ein generalpräventives Mittel. Die einzelnen Strafnomen erklären, wann welches (strafbare) *sozialschädliche Verhalten* vorliegt und welche *Rechtsgüter* es (wie) zu schützen gilt. Während allerdings das sozialschädliche Verhalten *unmittelbar* kodifiziert ist, sind die elementaren Werte dem Strafgesetz nur mittelbar zu entnehmen. Sie stehen mit dem Strafziel aber hinter ihnen (und bestimmen die Bewertungsnorm).
- Das *öffentliche Urteil* verändert den personalen Rechtsstatus des Täters und schwächt auf diese Weise auch seinen *sozialen Status* und seinen Rechtsanspruch auf sein eigenes *konkretes Rechtsgut Freiheit*, und zwar als Fortbewegungsfreiheit und Eigentum. Das Urteil ist gerecht, jedenfalls insofern es Gleiches mit Gleichem etwa gerecht zu vergelten trachtet und zudem die individuelle Vorwerfbarkeit als Maß der Schuld mitberücksichtigt, und dies im Verbund von Schuld- und Strafausspruch verkündet. Das Ausmaß des Sozialschadens, den der Täter angerichtet hat

und das Gewicht der konkreten Rechtsgutsverletzung wird damit mit der Strafe im Großen ausgeglichen und der Täter dabei als würdiger Mensch beurteilt. Alles wirkt *-mittelbar* und durch Medien vermittelt- über die Öffentlichkeit nach außen auf die „Gesellschaft“ und auf das „Gemeinschaftsleben“, indem es deren „elementare Werte“ schützt. Zu ihnen zählt auch das Subjektsein des Täters. Wie allerdings der Rechtsgüterschutz im Einzelnen vonstattengeht, darüber ist noch nachzudenken. Der Urteilsspruch verkündet jedenfalls, dass hiermit einem bestimmten Strafgesetz genüge getan werden soll, das zudem den Zweck verfolgt, diesen beiden Zielen zu dienen.

- Der *Vollzug* nimmt dem Täter für eine bestimmte Zukunft einen Teil seiner tatsächlichen Handlungsfähigkeit. Er schränkt seine Stellung in der Gesellschaft real ein und nimmt ihm konkret bestimmte eigene Rechtsgüter. Der Vollzug soll aus der Sicht der Sozialschadenslehre seiner *Resozialisierung* dienen. Zudem soll er dem Täter die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens für die Zukunft verdeutlichen, und zwar indem die Strafe sie ihm in schmerzhafter Weise vorenthält. Generalpräventiv wirken einerseits die *Nachrichten* über die Existenz von Justizvollzugsanstalten oder Vollstreckung von Geldstrafen. Andererseits wirkt offenbar auch das Fehlen von Nachrichten über sozialschädigende Akte und Angriffe auf die elementaren Werte durch diesen bestimmten Täter.

Dieses generalpräventive Gesamtkonzept erscheint zumindest in sich schlüssig und auch als recht gut vertretbar. Es nutzt alle drei Säulen der *Vereinigungstheorie*, ordnet sie aber dem Blick auf die Gesellschaft und den elementaren Werten des Gemeinschaftslebens unter. Höchst- und Endzweck der Strafe ist es also, diesen „höchsten Zielen“ zu dienen.

Man kann auch folgern, dass das eigentliche oder auch höchste *Strafrechtsgut*, nämlich das Gute des Strafrechts, in diesen beiden Zielen besteht und damit zugleich *nicht* vorrangig in der konkreten humanen Gerechtigkeit um der Gerechtigkeit willen, also in der konkreten Sühne und Buße als Selbstzweck. Ebenso wenig geht es danach vorrangig um die Verhinderung von Rückfall. Diese beiden Strafgründe der Gerechtigkeit und der Individualprävention bilden nur *Mittel* zum „höchsten Ziel“.

Das generalpräventive Doppelziel ist noch näher zu betrachten. Das *Bundesverfassungsgericht* trennt *intern* zwischen dem *Gesellschaftsschutz* und dem *Werteschutz*. Es beginnt wiederum mit dem Gesellschaftsschutz und unterwirft zudem die „elementaren Werte“ der vagen Idee des „Gemeinschaftslebens“. Darunter kann man wohl das Lebens der *Einzelnen* in der *Gemeinschaft* verstehen. Der leichte Vorrang gebührt dennoch also der sozialen und damit auch der politischen Sicht, der die Verfassung insgesamt dient.

Dabei handelt es sich im Kern um einen pragmatischen *doppelten Ansatz*. Die Ideenwelten der *Soziologie* und die der *Ethik* werden in einem Verbund gesehen.

Der Umstand, dass die Strafe ein *reales* Übel darstellt, bildet einerseits den Gegenstand, um dessen *sozialethischer* Rechtfertigung es geht. Andererseits eröffnet sich damit die dritte Welt der *Natur*. Diese Weltsicht hat früher das *Naturrecht*, mit welcher Deutung auch immer, offen mit einbezogen. Aber die Betrachtung der Realität von Strafe und deren Vollzug betreiben wir mit den Ideen des *Tatschuldausgleich* und vor allem über die *Individualprävention*. Der generalpräventive Doppelansatz als „höchstes Ziel“ überwölbt und überdeckt dies beiden Sichtweisen zwangsläufig. Denn er ist auf die Kommunikation mit der Allgemeinheit ausgelegt.

3. *Fazit*. Das Strafen stellt aus der Sicht der *Allgemeinheit* auf allen drei Ebenen, dem Gesetz, dem Urteil und dem Vollzug, vor allem einen *symbolischen Sprachakt* dar.³¹⁷

II. Sozialschadenslehre, Alternativentwurf, Präventionsstrafe mit Schuldobergrenze (*Roxin*) und Feindstrafrecht (*Jakobs*)

1. Sozialschadenslehre. Sieht man in der Strafe *vorrangig* eine Reaktion, die das Ziel verfolgt, *Sozialschäden* zu vermeiden³¹⁸, dann verfolgt man

³¹⁷ Aus der Philosophie zur Verbindung der „Lebenswelt“ mit der Sprache sowie zur Fortschreibung einer (strengen) Phänomenologie aus heutiger Sicht, Figal, *Unscheinbarkeit*, 2015, etwa 257 "Wenn Sprache räumlich ist, statt Raum nur zu entdecken, müssten auch die Begriffe Raumcharakter haben. Wie anders sollten sie in der Sprache erfahrbar sein?"

³¹⁸ Zur Sozialschädlichkeit Amelung, *Rechtsgutverletzung*, 1991, 330 ff.. Zu ihm auch Roxin, *Strafrecht AT I*, 2006, § 2 Rn 116. Er greift ähnlich wie Jakobs auf eine soziale Systemtheorie, bei Amelung im Sinne von Persons zurück. Siehe auch Otto, *Grundkurs*, 2004, § 7 Rn. 51 (aber

sozialschädliche Handlungen, wie es aus der Sicht der *sozialen Handlungslehre* naheliegt. Die Tat und die Strafe unterliegen -in Grenz- und in Konfliktfällen- der Teleologie der Gesellschaft. Ziel des Strafens, so heißt es denn auch, sei es, *das gedeihliche Zusammenleben in der Gemeinschaft zu sichern*.³¹⁹ Jede *präventiv* ausgerichtete Vereinigungstheorie ist vorrangig, offen oder verkappt auf den Schutz der staatlichen Gesellschaft –im Sinne des Art. 20 I GG hinausgerichtet. Auch *Feuerbach* und *Liszt* haben beide vorrangig auf die Rechtsgemeinschaft geblickt. Das Recht „als solches“, das der Täter mit seinem Normbruch mit angreift, bildet, wie über die Idee vom Rechtsstaatsprinzip erkennbar ist (Art. 20 III GG), einen wesentlichen Teil der -nationalen- Gesellschaftsordnung. Auch *Hegel* sieht vorrangig den Staat als die tragende Institution für Recht und Freiheit an. Vereinfacht hebt sich nur *Kant* von diesem Denkmuster ab.

Über die *nationale* Gesellschaft hinaus sind in den vagen Gesellschaftsbegriff auch die Europäische Gemeinschaft mit einzubeziehen und Art. 1 GG (nicht Art. 20 GG) sieht auch die „Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“.

Insofern gilt es also mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts*, die „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“ zu schützen. Dabei *dienen* -jedenfalls in diesem Satz- die Werte offenkundig dem *Gemeinschaftsleben*.

Kritik. Man kann die Werte deshalb auch als *nützlich für das Gemeinwohl* ansehen und wird solche Werte aussortieren, die nicht dem Gemeinschaftsleben und derer jeweiligen Verfasstheit förderlich sind.

Die Rechtfertigung von Folter, grausamer Strafen und der Todesstrafe hängt danach vom Gesamtnutzen für die Gemeinschaft ab. Die Idee der

auch mit der Verbindung zur ethischen Rechtsgutsidee: „Sozialschädlich ist ein auf Rechtsgüterverletzung abzielendes Verhalten“..., aber auch weil es „darüber hinaus die Vertrauensgrundlage der Rechtsgesellschaft, die personale Beziehung der Rechtsgenossen, in Frage stellt“; vgl. auch § 7 Rn 52: Otto erklärt -unter Hinweis auf den Rechtssoziologen Luhmann- es dem Strafrecht auch um „Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung“. Vgl. auch unter der Überschrift „Sozialkontrolle“ die Ordnung bei Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 § 7 Rn 1 ff: "Die Strafe als Schuldausgleich“, Strafe als Mittel zu Verbrechenverhütung“ im Verbund mit: „Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung“ – dazu siehe auch die Strafzumessungsregelungen der §§ 46, 46 a StGB).

³¹⁹ Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984, 20 Rn 23.

Menschenwürde ist von der Gnade des Volkes, als dem Kern der Gesellschaft abhängig. Nur eine gleichberechtigte selbständige Ethik bewahrt vor einer solchen Unterwerfung unter die Gemeinwohlidee.

Für sich allein betrachtet erweist sich dieser Gedanke, vorrangig auf den Sozialschaden abzustellen, als hoch gefährlich. So lässt sich mit ihm in jeder Gesellschaftsform das Strafen erklären und ausformen, auch in einer totalitären oder autokratischen. Denn diese Sicht ist rein *funktional* ausgerichtet und setzt den *Gesellschaftsschutz* an die erste Stelle. Als reine Lehre gedacht, verdrängt die Idee von der Sozialschädlichkeit die *außerrechtliche Sicht* der philosophisch-idealistischen Ethik. An ihre Stelle tritt dann die *im Kern amoralische Gesellschaftslehre*, die nur auf den Nutzen hin angelegt ist. Auch eine selbständige allgemeine Idee von Gerechtigkeit, etwa als Wechselseitigkeit gibt es danach nicht.

2. *Sozialliberale Alternative*. Die Lösung einer *präventiven Vereinigungstheorie* muss deshalb darin bestehen, den Vorrang zwar der Gesellschaftsidee einzuräumen, aber der Ethik, also den Verbund von Rechtsgütern, der Schuldidee und Gerechtigkeitsvorstellung sowohl als ideelles *Mittel* zur Förderung des Gemeinwohls als auch als dessen *Gegenpol* zu sehen.

Die Rechts- und Individualethik (verankert vor allem in den subjektiven Grundrechten) ist deshalb für die Deutung des halbselbständigen Strafrechts mit zu berücksichtigen: So sind der Herrschaft der Präventionsidee ethische Schuldenelemente jedenfalls für Sonderfälle dialektisch entgegenzusetzen, etwa im Sinne der Limitierung nach oben durch die schuldangemessene Strafe. Die Strafe wird danach zwar von den Ideen der Prävention regiert, sie darf aber aus den guten Gründen etwa der Resozialisierung jedenfalls nicht höher ausfallen als das (fiktive) Gewicht des verschuldeten Unwertes es gestatten würde: also keine dreijährige Lehre im Vollzug für den jungerwachsenen Taschendieb. Diesen Weg hat der sozialliberale Alternativ-Entwurf vorgeschlagen, ihn haben eine Vielzahl von Strafrechtswissenschaftlern entwickelt, von denen etliche Lehrbücher zum Strafrecht veröffentlicht oder an Kommentaren mitgearbeitet haben. Diese Schriften sind, meist fortgeschrieben, heute noch aktuell und mit diesem präventiven Gedankengut eingefärbt.

3. *Roxins präventive Vereinigungstheorie.* Roxin, auf den später noch im Verbund mit der Strafzumessung einzugehen sein wird,³²⁰ bietet ein Konzept, nach dem die Strafe *ausschließlich* mit der Prävention *begründet* wird und die Schuldidee nur der *Strafmilderung* dient, aber bezieht zugleich die „*liberalen Garantien*“ des Bürgerschutzes³²¹ mit ein.

Roxins Leitsätze lauten seinem Lehrbuch:

*„Die Strafe dient den Zwecken der Spezia- und der Generalprävention. Sie wird in ihrer Höhe durch das Maß der Schuld begrenzt, darf dieses Maß aber auch unterschreiten.“*³²²

Dabei will er auch die Schuld zu einer „*Kategorie der Verantwortlichkeit*“ erweitern, „*indem zur Schuld als der unerlässlichen Bedingung jeder Strafe, immer auch noch die (spezial- oder general-)präventive Notwendigkeit der Strafsanktion hinzukommen muss*“.³²³

Später setzt Roxin zur Schuld nach: „*...nicht bestritten wird, dass sie eine konstituierende Voraussetzung der Strafe ist. Bestritten wird nur, dass sie eine Vergeltung legitimiert, und bestritten wird auch, dass die Schuld allein die Strafe begründet. Sie ist notwendige, nicht hinreichende Bedingung der Strafe.*“³²⁴

Roxin sieht dabei sich mit vielen anderen als der Vertreter eines „*etwa seit 1970 vieldiskutierten... zweckrationalen (funktionalen) Strafrechtssystems*“.³²⁵

Kritik und Replik. Diese Sichtweise legt das Schwergewicht auf den *Zweck*. Die Frage nach dem *Sinn*, etwa als gerechter Schuldausgleich um der Gerechtigkeit willen, tritt dabei zurück. Die Schuldstrafe ist von der Notwendigkeit der Prävention abhängig.

³²⁰ So schon Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 377 ff, vgl. auch 387.

³²¹ Roxin, Überlegungen, MoKrim, 1973, 316 ff., 320 f.

³²² Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3 Rn 59.

³²³ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 7 Rn 29,

³²⁴ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 19 Rn 9.

³²⁵ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3 Rn 59.

Hinter dem „Zweck“ aber verbirgt sich die Funktion zugunsten des Systems, also der Gesellschaft. Auf die Ethik übertragen besteht selbst in einer *Gesellschaft, die Menschenwürde als unantastbar* begreift, die Neigung im Zweifel der utilitaristischen Idee vom Vorrang des *Gemeinwohles* den Vorrang einzuräumen. Auch kann man die Menschenwürde für Konfliktfälle entsprechend enger auslegen, etwa wenn und weil sie mit der Menschenwürde der Opfer kollidiert.

Über die *Generalprävention* wird die *Idee der Gerechtigkeit* als solcher über den als Ruf danach zwar wohl faktisch wieder eingeführt. Sie sollte dann aber im Verbund mit der persönlichen Schuld des Täters auch eine eigenständige Rolle spielen.

Logisch unbestechlich und eigentlich kritisch gemeint, erklärt *Jakobs* zur Einbeziehung der Schuld als Strafobergrenze:

“*Auch wenn Strafrecht der Prävention wegen betrieben wird, muss die (limitierende) Schuld im großen und ganzen der Prävention entsprechen oder sie konterkariert die Prävention bis zur Effektlosigkeit und die ineffektive Strafe ist sicher nicht mehr indiziert.*“³²⁶

In der Tat spricht einiges dafür, dass zumindest in den *Regelfällen*, also „*im ganzen und groben*“, die präventive Strafe der Tatschuldstrafe in etwa entspricht.

Denn, und diese *Grundhaltung* unterliegt, wie bei *Feuerbach* und *Liszt*, auch dem sozialliberalen Grundansatz des Alternativentwurfes: Das deutsche Strafrecht ist ein *Tatbestandsstrafrecht*, § 1 StGB, Art. 103 StGB. Es ist auch ein *Recht*, unterliegt somit der Rechtsidee. Wie immer Recht auch zu begreifen sei mag, ist es mit einer Art von *Gerechtigkeit* verbunden. Zudem gehören zur *Tradition* des deutschen Strafrechts die rechtsethischen Begriffsweisen von Unrecht und Schuld, Recht und Gerechtigkeit.

Außerdem kennt das Recht noch einen dritten und *Mittelweg*, den auch *Roxin* auf seine Weise beschreitet: Die Ideen von Schuld und Prävention werden einander über eine *teleologische* Auslegung angenähert. Dazu gehört die bereits

³²⁶ Jakobs, Schuld, 1976, 6 -Zitat auch im Original kursiv hervorgehoben.

umgesetzte Idee einer „sozialen Schuld“ einerseits und die ethische Aufladung vor allem der Generalprävention andererseits, etwa durch das Beachten des Gerechtigkeitsgefühl der Allgemeinheit, das etwa im Rahmen der „Verteidigung der Rechtsordnung“ (§§ 47 I, 56 III StGB) oder als öffentliches Interesse an der Strafverfolgung (§ 153 a StPO) schon von Gesetzes wegen mit zu berücksichtigen ist. Die Eröffnung dieses teleologischen Mittelweges ergibt sich aus dem Grundgedanken der Assimilation, der Teil einer jeden Ausprägung der Vereinigungstheorie, als einer solchen, ist.

Fazit. In der Regel und auch traditionell lassen sich Gemeinwohl und Individualethik in unserem gegenwärtigen Tat- (bestands-) Strafrecht verbinden, jedoch um den Preis, in Grenz- und Konfliktfällen keine klare Lösung anbieten zu können.

4. Ein besonderes, aber ebenfalls dem Gesellschaftsschutz dienliches Modell, das vom *Feindstrafrecht*, hat *Günther Jakobs*³²⁷ entwickelt und mit ihm viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Er sieht es im deutschen Recht vor allem in der Terrorismusbekämpfung und bei den (vorbeugenden) Gefährdungsdelikten verwirklicht.

Im Mittelpunkt steht danach die rechtsfeindliche Gesinnung. Der Angriff des Täters gilt mit *Jakobs* der *Normgeltung*, und zwar jeder Norm, die der *Allgemeinheit* dient.

Die Feinde muss man *unschädlich* machen im Sinne von *Liszt*. Dazu wird die Rechtsgemeinschaft den Täter isolieren, also einsperren. Früher hat man ihn verbannt (vogelfrei gemacht), deportiert oder öffentlich getötet. Dem feindlichen Angriff auf die Normgeltung muss man mit exemplarischen und öffentlich kommunizierten Strafakten begegnen, die der Bekräftigung der Normgeltung dienen.

Die Idee vom Feindstrafrecht ist zumindest eine von *Jakobs* recht konsequent ausgeführte Sicht auf das Strafrecht. Jeder der von Angriffen auf die Rechtsordnung oder von Verbrechenbekämpfung spricht, wählt eine dazu passende Metapher.

³²⁷ Zur Trennung von Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht: *Jakobs*, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff. Zudem aus seinen vielen Schriften: *Jakobs*, Norm, 1997, 23.

Dem ist zwar mit *Jäger* entgegenzuhalten³²⁸, die folgliche „Negierung des Personenstatus“ führe zum Verstoß gegen Verfassungsprinzipien, wie „die Menschenwürde, das Schuldprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Tatprinzip und die Unschuldsvermutung“. Auch würden die „in der Gesellschaft tief verwurzelten Wertüberzeugungen“ nicht berücksichtigt.

Aber dennoch, wer mit der Vereinigungstheorie zumindest auch auf den Gedanken setzt, dass die Strafe die Gesellschaft schützen soll oder konkreter die Geltung ihres jeweiligen Normensystems, der begibt sich in diese Gedankenwelt. Er fordert individualpräventiv die Unschädlichmachung des Rechtfeindes und wird ihn generalpräventiv öffentlich opfern, um den Normschaden mit einem Gegenakt auszugleichen.

Wichtig ist es also, den Begriff der Gesellschaft *sofort* mit den *westlichen Werten* auszufüllen, etwa über Art. 20 GG. Zudem sind dem Einzelnen in dieser konkreten deutschen Gesellschaft die Grundrechte der Art. 1 ff. GG zuerkennen. So steht in dieser Gesellschaft der *Einzelne* zumindest neben der *Gemeinschaft*. Gesellschaftsschutz meint dann immer auch *Grundrechtsschutz*. Umgekehrt kann und sollte man dann wiederum den Rechtsgüterschutz -auch- als *Teil des Gesellschaftsschutzes* ansehen. So nimmt der Gedanke vom Rechtsgüterschutz ohnehin mit dem *Schutz*aspekt ein soziales Element auf.

Auch die weitergeführte Idee, vor allem für den *Erhalt der Rechtsgüterordnung* insgesamt zu strafen, nicht vorrangig zum Schutz einzelner Rechtsgüter,³²⁹ enthält ein soziologisches Element. Denn der Begriff der Ordnung, der wiederum mit Herrschaft verbunden ist, gehört zum alten Kern des soziologischen Rechtsdenkens. Heute spricht vom weicheren „System“, meint aber in etwa dasselbe wie Ordnung. Wer also das *Strafgesetzbuch* insgesamt als ein in etwa *geschlossenes System* sieht, der muss die einzelnen Rechtsgüter auch noch einmal derart verbinden und überwölben.

³²⁸ Jäger SK-StGB, 2017, Vor § 1, Rn 29, 16

³²⁹ Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14-Europäischer Haftbefehl Abs. Nr 57, auch hier mit etlichen Selbstzitatzen, (Hervorhebungen nicht im Original): „Anliegen des Strafprozesses ... Dessen Aufgabe 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.“

Die Frage nach dem Vorrang, entweder der einzelnen Rechtsgüter analog zu den einzelnen Grundrechten oder der Werteordnung³³⁰ als solcher, kann im Rahmen einer vagen Vereinigungstheorie offenbleiben. Die Antwort darauf hängt dann nur noch davon ab, welches Gewicht man der Idee der Generalprävention innerhalb eines solchen Gesamtkonzeptes zubilligt. *Jakobs'* Feindstrafrecht lässt sich darin als ein wichtiges und selbstkritisches Element einpassen.

Einerseits besteht das große Dilemma des sozialen Ansatzes *grundsätzlich* darin, dass er am Ende immer die *Gesellschaft* über den *Einzelnen* stellt. Gemeinwohl geht in der Not vor Individualwohl. Mit den Grundrechten und vor allem mit der Absolutheit der Menschenwürdeidee ist dieser Ansatz -für sich allein- nicht zu vereinbaren.

Andererseits kann kein würdiger Mensch mit all seinen Grundrechten ohne Gemeinschaft leben. Rechte setzen wie auch die Sprache Gesellschaften voraus. Wie bei der Vereinigungstheorie bietet es sich an, die verschiedene Sichtweisen zu verbinden, mit welchem Einzelgewicht oder gar Vorrang auch immer. Denn der Mensch hat in und mit dieser Komplexität zu leben.

Von der Werteseite her vermittelt die Idee von der *Sozialethik* zwischen beiden Ansätzen. Auf der Ebene der Rechtsgüter sind deshalb auch *Gemeinschaftswerte* geschützt. Zudem ist der Rechtsteil eines *Rechtsgutes* auch von sozialer Art. Schließlich aber schützen wir mit dem *allgemeinen* Wert auch bei den Individualrechtsgüter auch die *Allgemeinheit der Menschen* und seine Gesellschaft mit.

5. *Fazit.* Das *Ausfüllen* des Sozialschadensgedankens mit der Werteethik der Rechtsgüter bietet sich also an.

³³⁰ Vgl. BVerfG 39, 1 ff., 42. Siehe auch BVerfG 27, 18 ff, 29, mit dem Zusatz, danach lasse sich „an Hand der grundgesetzlichen Werteordnung“ ermitteln, was „zweifelloso in den Kernbereich des Strafrechts gehört“. Vgl. dazu auch Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991, 53f., 54, der seinerseits eine Stufung der Rechtsgüterordnung vornimmt. Neben einem kleinen Bereich, insbesondere des Schutzes von Leben, Gesundheit, Bewegungsfreiheit, Eigentum sowie anderer fundamentaler Rechtsgüter, gebe es einen größeren Bereich des Strafrechts, der *eigenständig mediatisierte Güter zum Gegenstand habe*; ebenso Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 2 ff.

Umgekehrt erscheint ein grobes Hierarchisieren von „elementaren Werten“ hin zu einer Werte- oder auch Rechtsgüterordnung geboten, was die Ideenkraft der *einzelnen* Rechtsgüter einerseits schmälert, sie andererseits verfassungsrechtlich bekräftigt und in einen größeren Kontext bringt.

Die Schuldidee aber, die eng mit der Idee von einer unwertigen Tat verbunden ist, und die kombinierte Verankerung von Schuld und Tatbeständen im Strafgesetz bleiben ein Problem eines jeden Präventionsstrafrechts.

III. „Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz“

1. Dem Rechtsgutsgedanken misst die Strafrechtswissenschaft für den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches herausragende Bedeutung zu. Vielfach heißt es schlicht, „*das Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz*“³³¹; es sei die „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes.

Beim Rechtsgut handelt sich um einen Begriff, den vor allem das Strafrecht verwendet, der aber offenkundig eng mit den Grundwerten verbunden ist, die die Grundrechte schützen.

Eine gängige Definition des Begriffs des Rechtsgutes lautet: Ein Rechtsgut ist der „*rechtlich geschützte, abstrakte Wert der Sozialordnung*“³³². Wieder werden die Werte zwar als Teil der Sozialordnung begriffen und ihr damit untergeordnet. Aber es dienen die einzelnen Rechtsgüter und erst recht die Gesamtheit der Rechtsgüterordnung stets *auch* umgekehrt dazu, die gemeinte Sozialordnung näher zu bestimmen, eben als eine Wertegemeinschaft.

Der eigenständige Kern der Rechtsgutsbegriff besteht dennoch im ethischen Begriff „*Gut*“ oder „*Wert*“, und zwar als ein *einzelner* idealisierter Wert, den das Recht anerkannt hat. Dass das „Recht“ Werte schützt, erscheint danach eher

³³¹ So etwa Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, § 2 Rn 5. Vgl auch Satzger SSW-StGB, 2017, Einleitung, Rn. 5.

³³² Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 257 f.; sinngemäß ebenso Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, 268; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017, Rn 6 ff.; 6 („sozialethische Werteordnung unserer Verfassung“, „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“). Mit Bezug auf Kant und Hegel: Köhler, Strafrecht AT, 1997, 25 („Inbegriff der auf ein besonderes ... Freiheitsdasein und dessen Existenzbedingungen bezogenes rechtliches Verhältnis“).

als die bloße Folge des ethischen Gewichts der Werte. Die Rechtsidee spielt für das Rechtsgut eine zwar mächtige, aber dennoch *dienende* Rolle.

Die Bedeutung der Idee des Rechtsgutes selbst hängt davon ab, ob oder inwieweit man sich zur einer *Minimaethik* im Verfassungsrecht und über das Grundgesetz dann zur Rolle der elementaren Sittlichkeit im Strafrecht bekennt. Wer ganz oder vorrangig auf die *Gesellschaft* abstellt und meist auch deshalb das Recht und mit ihm das Strafrecht *funktionalistisch* oder gar rein *positivistisch* begreift, wendet sich vom Wertedenken ab. Er löst sich damit aber auch von der Verfassung und ihrer analogen Grundwerteordnung.³³³ Die Bedeutung und das Gewicht der „Minimaethik im Recht“ gibt uns das deutsche Verfassungsrecht vor.

Für das „althergebrachte“ Strafrecht wird das Rechtgutsdenken samt seiner Kritik seit der Zeit um 1830 gepflegt.³³⁴ Aber dieser Art der Rechtsethik ist von gesellschaftliche Wandlungen³³⁵ abhängig, die wiederum mit der Diskussion der Rechtsgüter³³⁶ einher gehen (Umwelt als Teil des Kernstrafrechts, Inzest, Homosexualität, Drogendelikte, aber auch die Frage nach der Höhe der Strafe sowie die Menschenwürde, auch die des Mörders).

³³³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 1.

³³⁴ Vgl. zur dieser Frage nach der Herkunft Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 6. M. w. N.

³³⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 4 („Werteordnung der Verfassung“ bietet „Anhaltspunkte welche Rechtsgüter in besonderen Maße schützenswert sind“, mit Hinweis auf Art. 2 II 1, Art 2 II 2 und Art 14 I GG) - aber auch mit dem Forderung nach Trennung von Recht und Sittlichkeit (§ 2 Rn 4 („Recht kümmert sich nur sozialrelevantes Verhalten“, trotz „Verwandtschaft von Recht und Sittengesetz“ (Rn 5) und vorsichtiger Wenn-dann-Abwendung vom „ethischen Minimum“ im Strafrecht (§ 2 Rn 7).

³³⁶ Kritisch Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 § 2 bis 50, in Rn 50 erklärt er zusammenfassend -im Kern- zurecht, man müsse die Rechtsgutslehre „aus den gesellschaftlichen Grundlagen ableiten und den Schutz der verfassungsrechtlichen Grund- und Freiheitsrechte in eine solche Konzeption mit einarbeiten“. Zu Rechtsgüterschutz und Verfassung siehe auch § 2 Rn 86 bis 96. (Siehe aber auch § 2 Rn 51: so „wird eine ausschließliche Begrenzung auf den Rechtsgüterschutz den Anforderungen an einem modernen Strafrecht nicht mehr ganz gerecht“) - *Parallel* sollte man die *strafrechtlich-ethische* Rechtsgutslehre, die *rechtsoziologische* Gesellschaftslehre und die am Gewaltmonopol und dessen Missbrauch ausgerichtete *Staatslehre* verfolgen, so wie es das Strafrecht schon immer getan hat. Grundsätzlich es ist gefährlich, das aktuelle Strafrecht dem aktuellen Staatsrecht oder der systemischen Gesellschaftsidee etwa Luhmanns zu *unterwerfen*, weil dann auch die gesamte Staatsrechtsdogmatik oder die Systemtheorie mit beachtet werden muss, die von *Staat* oder vom System ausgeht und nicht vorrangig nach der Strafe fragt. Aus dem Strafrecht würde wohl zwangsläufig in beiden Fällen ein Schutz- und *Präventionsstrafrecht* werden. Auch das Bundesverfassungsgericht lässt dem Strafrecht seine eigene Kultur.

Daneben verfügt der einfache Gesetzgeber über einen *beachtlichen Gestaltungsrahmen*, ob und wie er Rechtsgüter mit den Mittel des Strafrechts schützt oder auch Rechtsgüter, wie die Volksgesundheit für das Betäubungsmittelstrafrecht anerkennt.³³⁷

Im Einzelnen trennen wir zwar bekanntlich zwischen den *Individualrechtsgütern* und den *Gemeinschaftswerten*. Letztere bezeichnen wir auch als überindividuelle Rechtsgüter. Schon damit wird deutlich, dass die Rechtsgüterlehre vor allem an den *individuellen* Rechtsgütern ausgerichtet ist. Dabei richten sich zwar die Staatsschutzdelikte an Art. 20 GG aus. Ansonsten aber schützen sie, wie etwa Bandstiftung und Verkehrsdelikte, die Individualrechtsgüter, vor allem Leben, Leib, Freiheit, Eigentum, auf einer abstrakten Ebene.

2. *Beispiele im Gesetz.* § 34 StGB nennt Beispiele und verwendet den vagen Nützlichkeitsbegriff des Interesses als Oberbegriff mit folgenden Worten:

„Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für *Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut* eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der *widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter* und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.“

Werte, sind soweit sie mit Ideen verknüpft sind, verfestigte *Bilder*. Sie stellen aus der Sicht der Zwecklehre jeweils *Endzwecke*³³⁸ oder auch Selbstzwecke dar. Sie sind im Kern von *absoluter* Art, gelten also „an sich“; als solche stehen sie nebeneinander. Sie sind so eigenständig, dass wenn man sie gegeneinander *abwägen* muss, dennoch weiß, dass man mit der Abwägung einen oder auch beide Werte verletzt.

3. Die *Vorzüge* des rechtsethischen Denkens in Rechtsgütern liegen in einem anderen strafrechtlichen Teilbereich. Aus der Aufgabe des Strafrechts,

³³⁷ Zusammenfassend zur "Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen" siehe Swoboda, Lehre, ZStW 2010, 24 ff. ; Rönnau, Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 ff. , auch Paeffgen, Rechtsgut, 2013, 125 ff. . („Das „Rechtsgut“ - ein obsoleter Begriff?“). Aus staatsrechtlich-normativer Sicht in Frage gestellt von Appel, Rechtsgüterschutz, ZStW 2016, 48 ff. .

³³⁸ Röhl, Rechtslehre, 1995, 235

Rechtsgüter zu schützen, sind drei kriminalpolitische Grundprinzipien abzuleiten.

Zum Schutzgut strafrechtlicher Normen dürfen, so heißt es, nur solche *„grundlegenden und eindeutig substantiierbaren sozialen Gegebenheiten und gesellschaftliche Interessen“* erhoben werden *„die für das Zusammenleben in der Gesellschaft eine unabdingbare Voraussetzung sind“*. Oder aber auch:

*„Nur solche Handlungen und Verhaltensweisen dürfen mit einer Kriminalstrafe bedroht werden, die als sozialschädliche, eindeutig antisoziale die Bestands- und Funktionsfähigkeit des sozialen Zusammenlebens aufheben oder in unerträglicher Weise beeinträchtigen“*³³⁹.

Aber dazu gehören vor allem die „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“. Anderenfalls würde einer solchen Formel die *inhaltliche* Substanz fehlen. Erst die einzelnen Rechtsgüter vermögen sie zu liefern. Ebenso bedarf es auf der analogen verfassungsrechtlichen Ebene auch der *einzelnen Grundwerte*.

Die angedrohte Strafsanktion muss zum Rechtsgüterschutz geeignet sein. denn das Strafrecht greift auch in Rechtsgüter des Täters ein. Dazu gehört auch die Frage, ob die Kriminalisierung einer Handlung und die Bestrafung des Täters nicht mehr Schaden als Nutzen bewirkt. So stellt die Schaffung einer Strafnorm stets nur die *„ultima ratio“* dar. Strafrecht ist subsidiär gegenüber anderen Mitteln sozialer Steuerung. Auch diese Forderungen stellen eine Folge des ethischen Ansatzes im Strafrecht dar.

Das Arbeiten mit Hilfe von einzelnen Rechtsgütern prägt das Strafrecht. Dass es ihrem Schutz und damit mittelbar auch denjenigen gilt, denen die Rechtsgüter dienen sollen, also den einzelnen Menschen und der Gemeinschaft, ist unbestreitbar.

4. Diese Vorzüge des Gedankens des Rechtsgüterschutzes werden im Strafrecht durchgehend genutzt. So zieht es die einzelnen verobjektivierten mediatisierten

³³⁹ Vgl. auch die entsprechende Definition des Rechtsgutsbegriffs bei Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, § 13, Rn 9 ff.

oder auch Zwischenrechtsgüter durchgehend für eine Reihe an sich wichtiger Aufgaben heran:

für die Auslegung der einzelnen Straftatbestände im Rahmen der Erörterung des Schutzzweckes der jeweiligen Normen,

zur Bestimmung des Maßes des verschuldeten Unrechts im Rahmen der Strafzumessung, also insbesondere der Intensität der Verletzung eines konkreten Rechtsguts oder Angriffsobjekts,

für die Güterabwägung im Rahmen des rechtfertigenden und bei der Umschreibung des entschuldigenden Notstandes,

für die Bestimmung des Versuchsbeginns (im Sinne der unmittelbaren Gefährdung des Angriffsobjektes).

Dieser Einsatz der Rechtsgutslehre verschafft ihr ein erhebliches Eigengewicht. Er untermauert die Sichtweise, das Strafen von der Wertebene aus zu deuten.

Rechtsgüter dienen im Strafrecht der Bewertung der *objektiven* Erfolgsseite der Tat; sie bilden somit das Gegenstück zur subjektiven Seite im Sinne des subjektiven Tatbestandes und der Schuld.

5. Aus straf-rechtstheoretischer Sicht bilden sie ein Kernelement der sogenannten *Bewertungsnorm*, die *hinter* jedem gesetzlichen Tatbestand steht. Sie bieten den *guten, weil ethischen Grund* für Art und Maß der Unwertigkeit der Tat. Angriffe auf das Leben, das das höchste Individualrechtsgut³⁴⁰ darstellt (und zudem als vitaler Grundlage der Menschenwürde anzusehen ist), sind unwertiger als Angriffe auf Sacheigentum. Hinzu tritt noch der spezielle *Handlungsunwert*, wie etwa der Gewahrsamsbruch, hinter dem sich aber auch noch Wertverletzungen verbergen (können), wie der Eingriff in die Intimsphäre.

Rechtswerte oder Rechtsgüter stellen *abstrakte Ideen* dar. Sie stehen hinter dem *konkreten* Rechtsguts- oder Angriffsobjekt³⁴¹, das der Täter bedroht. Sie formen dessen Wesen einerseits aus. Ein (abstrakter) Wert, etwa das Prinzip "Eigentum"

³⁴⁰ BVerfG 45, 187, 254.

³⁴¹ BVerfG 45, 187, 254.

(vgl. auch Art. 14 GG), wird als Rechtsgut geschützt, die Sache hingegen, die einem Eigentümer gehört, bildet das Angriffs- oder Tatobjekt des Diebstahls.

Man kann auch kurz von *konkreten Rechtsgütern* sprechen. Insofern handelt es sich um die Konkretisierung von Rechtswerten oder Rechtsgütern. Andererseits sind es erst die *konkreten Güter*, etwa eines Menschen oder einer bestimmten Gemeinschaft, die die Ideenwelt dadurch *induktiv* hervorbringen, dass man über sie kommuniziert, sie also mit Begriffen versieht.

Ohnehin ermittelt gerade das Recht und sein Personal beides, den konkreten Sachverhalt und die abstrakte Norm. Es sucht nicht nur nach beidem, sondern formt es auch zu einander passendes aus, den Sachverhalt zur Norm und die Norm zum Sachverhalt, und zwar auf allen drei Ebenen, dem Gesetz, dem Urteil und dem Vollzug. Dasselbe gilt dann auch für die mit dem Recht zu schützenden Güter oder Werte.

6. *Recht und Rechtsgüter*. Einerseits handelt es sich um *außerrechtliche elementare Werte des Gemeinschaftslebens*. Diese stellt das „Recht“ unter seinen Schutz und formt diese damit auch aus. Vor allem unterwirft es sie der Gesamtrechtsordnung. Ethische Werte haben sich so einerseits dem Recht anzupassen, verfügen aber dennoch über allgemeine, ethische und soziale Eigenständigkeit. Damit werten sie ihrerseits das Recht sozialetisch auf.

Als Teil des Rechts müssen sich die Werte vor allem an der Verfassung und deren Kernnormen ausrichten. Die Idee des Rechts, Art. 20 III GG, gehört dazu. Die Rechtsweite der Pflicht zum Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht ist zwar im Einzelnen unklar. Aber wesentliche Grundwerte, wie das Leben, müssen vom Staat auch mit dem Strafrecht geschützt werden, bei werdendem Leben (Abtreibung) ist dies auch (kulturell) umstritten.³⁴² Strafe erweist sich auch insofern nur „*ultima ratio*“ des Werteschutzes.

Zur Rechtsidee zählt dabei auch die *Effektivität der Strafrechtspflege*.³⁴³ Sie steht dem Gesetzlichkeitsprinzip gegenüber, das grundsätzlich die Bestrafung aller Taten nach den Gesetzen des Besonderen Teils verlangt. Dabei geht auch

³⁴² Vgl. nur BVerfG 39, 1 ff. sowie zum Leben BVerfG 45, 187, 254.

³⁴³ Zur „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, ohne die die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden könnte, als eigenständiges Verfassungsprinzip siehe auch schon BVerfG 33, 367 ff., 283; 44, 353 ff., 374; 46, 214 ff., 222; 74, 257 ff., 262.

der umfangreiche *gesetzliche* Verzicht auf zu (vollstreckende) Freiheitsstrafen auf den empirischen Ansatz des *Effektivitätsprinzips* zurück. Denn kurzfristige Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren haben sich als rückfallsteigernd erwiesen und die bedingte Entlassung als förderlich.

Hintergründig entspringt der Verzicht auf Freiheitsstrafe, wo immer möglich, auch dem *Vernunftgebot* von der Strafe als *ultima ratio*. Zudem und vor allem aber ergibt er sich aus der Idee der *Humanität*, die *jeden* Menschen, also auch jeden Täter, als Mitmenschen begreift und nicht bloß als Mittel zu einem sozialen Zweck einsetzt.

Ohnehin verfügt der demokratische Gesetzgeber über einen großen Gestaltungsspielraum. Daraus ergibt sich der „fragmentarische Charakter“ des Strafrechts, der allerdings mit der Idee eines *Allgemeinen Strafrechtssystems* kollidiert³⁴⁴ und insofern mit ihr in einer Art von praktischer Konkordanz leben muss. Er betrifft vor allem die *mittlere und leichtere Kriminalität* und dort die Vorfelddelikte. Zufällige Lücken im Deliktssystem haben auch einen Ursprung im Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG und bilden dessen Preis.

Die Rechtsgutslehre kann dem *Gesetzgeber* dabei helfen, strafwürdiges von straflosem Verhalten zu trennen³⁴⁵ und bloße Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht herauszuhalten. Diese Lehre bietet zumindest einen *rechtsethischen* Anhalt dafür, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Strafe unverhältnismäßig³⁴⁶ ist. Auf den Streit, ob oder inwieweit der demokratische Gesetzgeber daran *gebunden* ist, Rechtsguterwägungen anzustellen, wenn er Verhalten unter Strafe stellt, soll hier nur hingewiesen sein. Das Betäubungsmittelrecht, ein Nebenstrafrecht, kennt jedenfalls als Rechtsgut etwa die vage Idee von der Volksgesundheit und sieht Strafen auch für das Handeltreiben vor, das aus individueller Sicht nur die eigenverantwortliche Selbstschädigung der Konsumenten zum Ziele hat. Im *Nebenstrafrecht* erweist

³⁴⁴ Dazu Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 123 (2011), 701 ff. , 701 ff.

³⁴⁵ Dazu Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff. , 616 ff. (zum Rechtsgüterschutzprinzip als gesetzgebungskritischem Ansatz) sowie Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff. („Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?“).

³⁴⁶ Siehe bereits BVerfG 45, 187, 259 f.; zu diesem verfassungsrechtlichen Begriff, der mit dem der Schuldangemessenheit entweder übereinstimmt (dazu später) oder doch verwandt ist, zudem insgesamt zu „Verfassung und Strafe“ Appel, Verfassung, 1998, 109 ff.; siehe auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 16 ff.

sich im Gegensatz zum Kernstrafrecht des StGB, die *sozialethische Seite* des Strafrechts als von geringerem Gewicht.

Der Doppelbegriff des Rechts-Gutes erfordert jedenfalls, dass Rechtfertigung der Strafe muss sowohl aus der Sicht des normativen Rechts als auch auf der rechtsethischen Ebene der Werte stattfinden finden soll.

7. *Kritik*. Dennoch ist nachzuarbeiten. So ist mit *Kindhäuser*³⁴⁷ zunächst darauf hinzuweisen, dass die Forderung nach Rechtsgüterschutz selbst noch keine Begründung für den Einsatz von Strafe darstellt. Es bedarf eben des großen nächsten Schrittes, einzelne *Werte* zu relativieren und in eine *Güterabwägung* einzubringen. Einzelwerte und ihre Werteordnung sagen selbst nichts weiter über Verletzungsakte aus, als dass diese ein *unwertiges Verhalten* darstellen.

Eine und damit jede *einzelne* Verletzung würde zudem für sich betrachtet der Sicherung des allgemeinen Achtungsanspruchs nicht schaden. Deshalb handelt es sich letztlich um eine Art der *Sozialschadenlehre*. Auch mit einer hohen Dunkelziffer kann sich diese Begründung des Strafens noch abfinden. Dem allgemeinen Achtungsanspruch genügt -auch rechtspraktisch offenbar- im Bereich der mittleren und leichteren Kriminalität die *exemplarische Bestrafung* einiger Täter.

Der *verletzte Einzelne* hingegen erwartet intensive Ermittlungen in seinem Falle. Auch die erwarteten Rechtsfolgen differieren. Das Opfer erhofft gleich- oder vorrangig die Wiedergutmachung einschließlich der Option des Täter-Opfer-Ausgleichs. Die Gemeinschaft fordert hingegen Verurteilung und Vollstreckung als Symbol für die *Bekräftigung der Geltung der Rechtsgüter und deren Werteordnung insgesamt* ein. Dafür muss in konkrete Rechtsgüter des Täters eingegriffen werden.

Die Strafrahenabsenkung im Falle des Täter-Opfer-Ausgleichs und auch die entsprechenden Auflagen im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung oder die Einstellung des Verfahrens mit derartigen Auflagen sind Ausdruck einer entsprechenden „praktischen Konkordanz“. Die elementaren Werte der Allgemeinheit, die konkreten Interessen des Opfers und die Rechtsgüter des konkreten Täters sind in einen *Werte- und Interessenausgleich* zu bringen. Der

³⁴⁷ Kindhäuser, *Personalität*, GA 1989, 493 ff., 506 f.

Allgemeinheit genügt es, wenn der *Achtungsanspruch* gewährleistet ist. Dies geschieht auf Seiten der Täter im Ideal durch ein reuiges Geständnis und Bußleistungen als Sühne.

Diese Pragmatik ist insoweit angemessen, als es sich *nicht* um existentielle Eingriffe in die Täter- und in die Opfersphäre handelt. Sie findet in diesen Fällen im weiten politischen Bereich der Alltagsjustiz statt. Gleichheit in der Beachtung der Rechtsgüter an sich und der Rechtsgüter der einzelnen Individuen hat aber im Bereich der Kapitaldelikte und der schweren Gewaltkriminalität zu gelten. Zu ihr gehören auch die schwere Gewalt in der Familie, die Kinder- und die allgemeine Zwangsprostitution. Bei ihr besteht zumindest der Anschein, als würde sie weitgehend durch die Allgemeinheit, deren Rechtstreue zu erhalten ist, für die Kunden als sozialadäquat und wertneutrale Beteiligung angesehen und diese Deliktsart vom Staat entsprechend nur exemplarisch und weniger intensiv als bestimmte Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden, die die Allgemeinheit stören.

8. *Fazit*. Das Strafrecht kennt und nutzt Rechtsgutsbetrachtungen und das Verfassungsrecht betreibt sie in ähnlicher Weise als Grundwerte und sucht nach „praktischer Konkordanz“. Die Idee vom Schutz einzelner elementarer Werte bildet den ethischen Kern des gesamten deutschen Rechts und zeigt sich in den heutigen Grundrechten, die die Grundwerte verrechtlichen. Absolut gedachte Werte gelten eigentlich an sich, sie vertragen also nicht einmal die relativierende Einbettung in eine verfassungsmäßige Werteordnung.

Zum Wertedenken tritt aber auch noch die normative und autoritäre Idee der Pflicht zur Unterwerfung unter das Recht, die der Täter ebenfalls verletzt. Geschützt wird mit dem Rechtsgut also immer auch die Idee der „Bewährung der Rechtsordnung“ als solcher. Sie lässt sich als ein *Gemeinschaftswert* einordnen. Das Recht als solches ist dabei in Art. 20 I in Verbindung mit III GG verankert.

Am Ende muss jeder präventive Ansatz eine Güterabwägung betreiben, bei der dann auch das *Recht* als Teil des Gemeinwohls ebenso mitberücksichtigen ist wie die *relative Humanität* des deutschen Strafrechts, das eben nicht blind Gleiches mit Gleichem vergilt.

IV. Bedeutung der Personenidee (Roxin), Sonderlehre: zwei personale Höchst- und Grundwerte: Existenz des würdigen Menschen (Art. 1 I) und Bestand des demokratischen Staates (Art. 20 I, 79 III GG) und ihre Ausfüllung durch Einzelwerte

1. *Bedeutung der Personenidee (Roxin)*. Die Rechtsgüterlehre muss sich zumindest dann, wenn man sie aus dem Blickwinkel des *Bundesverfassungsgerichts* betrachtet oder sie auch sonst mit den Grundwerten der Verfassung in Beziehung setzt, noch einmal verankern. Sie muss sich der Höchstidee der Menschenwürde und damit Art. 1 I GG unterordnen und zudem zu personalen Freiheitsrechten, die Art. 2 I GG bündelt, eine Beziehung aufbauen.

Damit ist der Weg zu einer *personalen Handlungslehre* eröffnet, die die individuelle *Person in den Vordergrund* setzt und damit die Bedeutung der vielen bunten *Individualrechtsgüter*. Damit schwächt sie das Gewicht der Frage nach der Bewertung und somit die Kraft der Bewertungsnormen in erheblichem Maße.

Die Alternative zu objektiven Werten bilden die personalen Freiheitsrechte. *Einzelne* derartige *Freiheitsrechte* sind von *vornherein* von den Rechten der anderen begrenzt. Freiheitsrechte erweisen sich als also *relativ*. Sie sind intersubjektiv konstruiert, also nicht von objektiver Art. So können die Anderen, aber auch die Gemeinschaft der Anderen, einer Rechtsperson bestimmte Freiheitsrechte (über einen Gesellschaftsvertrag der Freien oder über nationale Rechtsetzung) geben und auch nehmen. Freiheitsrechte erkennt man sich gegen- oder allseitig mit einem vertragsähnlichen Konsens zu und kodifiziert sie dann. So gibt es von vornherein -innerhalb einer Gesellschaft- nicht das Recht auf die Freiheit, jemanden zu beleidigen, zu verletzen oder zu töten. Die einzelnen Freiheitsrechte sind also vor allem über die Rechtsseite definiert.

Roxin und grundsätzlich auch die Vertreter einer *personalen Handlungslehre* unterwerfen die Rechtsgüter einer sie überwölbenden Sicht. Aus sozialer und auch aus personaler Sicht erläutert *Roxin* die Rechtsgüter als

„Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem Einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielsetzung aufbauenden sozialen

*Gesamtsystems oder mit dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.*³⁴⁸

Ihm geht es also um den Nutzen für die freie Entfaltung des *Einzelnen* und das Funktionieren des Systems *Gemeinschaft* insgesamt.

Danach werden die einzelnen Güter wie Leben, Leib, Freiheit oder Ehre *nicht* um ihrer selbst willen geschützt.

Andererseits setzt das Strafrecht auf Rechtsgüter. Das Leben, als konkretisiertes allgemeines Rechtsgut (und auch das Grundrecht auf Leben), ist auch dann verletzt, wenn der Angreifer *in Notwehr* getötet wurde. Nur ist diesem Opfer auf der Rechtsebene im konkreten Falle der Rechtsschutz versagt. Daraus folgt dann auch, dass die Tat den Tatbestand des Totschlags erfüllt, der Täter aber gerechtfertigt ist. Auch das Leben des Angreifers ist also ein Leben im Sinne des Lebensschutzes. Bei objektiven Werten liegt also jenseits des Rechts ein in der Regel *verkörpertes* „Gut“ vor, das durch das Recht allgemein, aber nicht unter allen Umständen, geschützt wird.

2. Das pragmatische *deutsche Rechts- und Verfassungssystem* verfügt über beide Ansätze, aber wohl auch über eine Rangfolge, der sich auch das Strafrecht unterwerfen sollte.

Personen und Güter lassen sich verbinden. So existiert -auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts-* eine höchste Ebene, und zwar diejenige der *Verfassungsidentität im Sinne von Art. 1, 20, 79 III GG.*

Noch einmal auf ihre jeweils ersten Absätze -als die Grundnormen- reduziert, ergibt sich daraus die Paarung von

- würdigem Menschen und
- demokratischem Bundesstaat.

Beide begreifen wir als freie, souveräne und autonome *Rechtspersonen*. Als solche sind sie auch fähig, sich ihre Gesetze selbst zu geben und sich zudem an die Minimaethik der Verfassung, der Sittengesetze oder die „elementaren Werte

³⁴⁸ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 9

der Gemeinschaft“ oder auch an die „Vernunft“ zurückzubinden (es zumindest zu können und sollen).

Als höchste Selbstwerte dieser Personen gelten ihr *Dasein* und ihre grundsätzliche Handlungsfähigkeit, also ihre reale und ihre soziale *Existenz*.

Das Grundgesetz beginnt mit der absoluten *Menschenwürde*, Art. 1 I GG, die Wert und Menschsein mit dem Rechtsgut Leben verbindet. Es fährt fort mit der durch die Rechte anderer von vornherein eingeschränkten freien Entfaltung der *Persönlichkeit*, Art. 2 I GG, schiebt wiederum in Art. 2 II *einzelne Werte* nach: „*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.*“, die aber mit Art. 2 und Art. 3 der *Grundrechtecharta* von 2009 besser beide als Teil der Menschenwürde einzuordnen sind.

Es folgt der Satz „*Die Freiheit der Person ist unverletzlich*“, mit der jedoch vor allem die (körperliche) Fortbewegungsfreiheit, also ein Gut des Menschen gemeint ist.

Aber auch die *Freiheit als solche* ist, erneut mit dem *Bundesverfassungsgericht*, bereits mit der Menschenwürde mitgeschützt.

Das *Leben* begreift das *Bundesverfassungsgericht* zudem als *Grundlage der Menschenwürde* und hebt diesen Grundwert damit aus Art. 2 II GG heraus. Ebenso darf dem würdigen Menschen die Freiheit als solche nicht *grundsätzlich* strafweise lebenslang ohne Aussicht auf die Aussetzung zur Bewährung entzogen werden.³⁴⁹ Auch die *Fortbewegungsfreiheit* als solche ist also schon über Art. 1 I GG mit gesichert.

Die Besonderheit der Freiheitsrechte lässt sich methodisch auch damit rechtfertigen, dass der Begriff der „Person“ eigentlich *intersubjektiv* bestimmt wird. Die Subjekte, der (individuelle) Mensch und der (kollektive) Staat, müssen zwar existieren, aber das Maß der verrechtlichten Freiheiten handeln sie untereinander aus, in privaten und internationalen Verträgen, jeweils unter ihresgleichen. Auch der liberale Gedanke des Gesellschaftsvertrages gründet auf dem Intersubjektiven. Freiheiten wandeln sich durch den Konsens und die wechselseitige Anerkennung zu verrechtlichten Freiheiten. Die *Freiheitsrechte*

³⁴⁹ Vgl. erneut BVerfG 45, 187 ff. (schon im Leitsatz).

des Einen werden am Ende durch die *Freiheitsrechte* des „Anderen“ begrenzt, so wie es auch Art. 2 I GG mit dem Satzteil andeutet „*soweit er nicht die Rechte anderer verletzt*“.

Bei diesem rechtspersonalen Denken geht es offenbar nicht unmittelbar um den „Menschen“ oder analog auch um den Staat im Sinne des Staats- und Völkerrechts, sondern um die wechselseitige Schaffung und Erhaltung von bloßer Rechtspersonalität. Freiheitsrechte werden durch gemeinsame *Rechtsetzung* gegeben und, wie es das Strafrecht zeigt, auch durch Rechtsetzung genommen.

Das Menschsein ist dagegen schon zuvor in Art. 1 I GG verrechtlicht, es bildet die *Grundlage* der Rechtssubjektivität. Zudem erweist sich die Würde als *unantastbar*. Denn sie ist mit dem *Menschsein* verbunden. Nur der rechtliche *Achtungsanspruch* kann vom Staat oder von Dritten verletzt werden. Auch der Gefolterte besitzt also noch, wie die Seele, seine unantastbare Würde; sie wird von seinen Peinigern nur nicht geachtet.

Demgegenüber lässt sich der Begriff der „Person“ auf alle Freiheitsrechte beziehen und als „Rechtsperson“ mit Freiheitsrecht etwas anders und hoch *normativ* deuten. So gibt es auch kollektive juristische Personen, die zwar Freiheitsrechte innehaben und Verträge abschließen können, die aber, weil sie keine individuellen Menschen sind, selbst keine Menschenwürde besitzen und etwa auch keinen Lebens- und Leibesschutz genießen. Umgekehrt gehört zur Menschenwürde auch die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Insofern bietet es sich allerdings an, von einem *festen Verbund* von Art. 1 I GG und Art. 2 I GG auszugehen.³⁵⁰

3. *Demokratischer Bundesstaat*, Art. 20 I GG. Dieser Begriff vereint den sozialen Aspekt des Volkes mit dem rechtlichen des Bundstaates.

Soweit das Strafrecht also dazu dient, *sozialschädliches* Verhalten zu erfassen, geht es vor allem um den Schutz der demokratischen *Gesellschaft* im Sinne des Art. 20 I GG. Die *Sozialschadenslehre* ist also letztlich in Deutschland auf Art. 20 I GG ausgerichtet. Dasselbe gilt für den Ansatz von der *Generalprävention*,

³⁵⁰ Vgl. etwa BVerfG, Volkszählung, 65,1 (im Leitsatz: "allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG").

denn die Allgemeinheit, die er meint, bildet vor allem diejenige des deutschen Volks-Staates.

Die vage Gesellschafts- oder auch Volksidee lässt sich auch anders, und zwar in den *exekutiven Staat* und die freie Gesellschaft aufteilen. In diesem Falle tritt neben den Menschen und den Staat als Exekutive die Gesellschaft, in der Demokratie das Volk, das den Staat kontrolliert, oder auch die *Allgemeinheit*, deren Rechtstreue es mit der Strafe zu erhalten gilt. Die Allgemeinheit (oder je nach Sichtweise, die Gesellschaft oder das Volk) bildet dann ein weiteres, im Zweifelsfalle *höherrangiges Oberrechtsgut*. Der exekutive Staat dient jedenfalls dem Volke, das den Staat demokratisch beherrscht. Aber diese Trennung von Staat und Gesellschaft entspricht dem angloamerikanischen *Liberalismus* und nicht dem deutschen *integrativen Gesamtstaatsmodell*.

So sieht auch das Strafrecht in § 81 StGB die Höchststrafe lebenslang (als Option) für den gewaltsamen Angriff auf die *Existenz* des deutschen Bundes vor.

„Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt 1. den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder 2. die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern ...“

Geschützt werden soll in dieser Bestimmung also zum einen die Existenz, der „Bestand“ des Bundesstaates und dann auch seine „verfassungsmäßige Ordnung“. Sozialrealer „Bestand“ und rechtliche „Ordnung“ gehören dabei untrennbar zusammen.

4. *Zwei personale Höchstwerte und eine vage Werteordnung*. Aus der Sicht der *Gesellschaft* (oder *Gemeinschaft*) und auch aus dem Blickwinkel der einzelnen *Menschen* bilden die *einzelnen* Rechtsgüter auf den zweiten Blick nur, aber immerhin gewichtige *Zwischenwerte*.

Die beiden Höchstwerte bilden der Mensch, vor allem im Sinne des Art. 1 I GG und die verfasste Staatsgemeinschaft im Sinne des Art. 20 (vgl. auch Art. 79 III) GG.

Art. 1 II GG verbindet zudem noch die *allgemeinen Menschenrechte* sowie die Ideen von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt mit der Würde des Menschen.

Art. 20 GG erfasst neben dem Sozialstaats- auch das *Rechtsstaatsprinzip*, Art. 20 III GG, und als Kern der *Rechtsidee* wiederum dient, wie noch weiter auszuführen sein wird, die Idee der *Gerechtigkeit*.

Methodisch betrachtet sind allerdings Höchstwerte *Letztbegründungen* von *substanzieller* Art. Das heißt., sie liegen sich selbst zugrunde. Deshalb sind sie selbst mit dem Dilemma verbunden, dass sie ihrerseits nicht weiter ableitbar sind. Auf diese Weise beschreibt erst die Summe der konkreten Einzelwerte und Einzelprinzipien -induktiv- in etwa ihr Wesen, wohl wissend, dass ihr höchstes Ganzes mehr als diese Summe ist. Wir benötigen also *beides*, die vagen Höchst-, als auch die bunten Einzelwerte und Einzelprinzipien.

Mit einzubeziehen sind also die Rechtsgutsträger, denen in aller Regel eine Verfügungsbefugnis über diese Güter zusteht.³⁵¹

Zwar ist der Begriff des Wertes auf Ideen oder Gegenständen ausgerichtet und nicht auf Personen, wie Menschen und Staat. Aber bewertende Zuschreibungen wie *Würde* und *Achtung* oder auch höchste Wertschätzung belegen, was gemeint ist.

Methodisch gesehen stellen alle Werte zudem zwar eigentlich jeweils Endzwecke dar. Dennoch lassen sie sich, zumal unter dem Begriff der Rechtsgüter, gegeneinander abwägen und dazu schon einmal in eine grobe *Werteordnung* gliedern. So hat das Leben einen höheren Wert als das Eigentum. Weitere Maßstäbe bietet der rechtfertigende Notstand gemäß § 34 Satz 1 StGB, so ist auch der Umfang der konkreten Gefahr von Bedeutung.

5. *Friedens- und Kriegslagen*. Wiederum benötigen wir beides, die Idee von *absoluten* Werten und ein vages Gesamtkonzept einer vagen Werteordnung. So ist nach vorherrschender -und damit rechtskultureller- Ansicht das Leben eines

³⁵¹ In diesem Sinne Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff., 163; Hassemer AK-StGB, 1989, Vor § 1 Rn 287; Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff.; Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff., 170; vgl. auch Marx, M., Definition, 1972, 62; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 § 7 Rn 7 ff.; Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975, 2/30, 8/28; Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996, 115.

Menschen, also seine Existenz, nicht dem Leben anderer Menschen oder auch mit Gemeinschaftswerten abwägbar. Ansonsten aber ist eine Abwägung von Rechtsgütern analog zu § 34 StGB erlaubt.

Dasselbe wird umgekehrt, etwa bei Seuchen und vor allem im *Kriegsfalle*, für den *demokratischen Bundesstaat* gelten, der sich für den Krieg internationales Sonderecht schafft, um Menschenleben zu opfern.

So lautet etwa Art. 15 EMRK: „*Abweichen im Notstandsfall (1) Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Maßnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen.*“

Wer also für das Strafrecht mit dem Kriegsbegriff argumentiert (war on crime, Feindstrafrecht, Sozialverteidigung), ist grundsätzlich bereit, die Menschenrechte, die vor allem für das friedliche Zusammenleben gelten, zugunsten von (angeblich) *existentiellen* Gemeinwohlinteressen auszuhebeln und mit dem Krieg vergleichbaren Notstandsargumenten zu arbeiten.

6. *Fazit*. Nahe liegt es die verfassungsrechtliche und die strafrechtliche Ansicht zusammenzufassen und wie folgt zu ordnen:

(1) Das *personale Hauptrechtsgut* bildet auch aus verfassungsrechtlicher Sicht der *Mensch*, Art. 1 I GG. Das Menschsein, also seine *Existenz*, bildet -mit dem *Bundesverfassungsgericht*- die vitale Grundlage für seine Würde. Vom Begriff der Existenz des Menschen leiten sich einerseits die strafrechtlichen Individualrechtsgütern ab, andererseits *verdeutlichen* sie überhaupt erst das konkrete Wesen des Menschseins.

(2) Daneben steht Art. 20 I GG mit seinem Schutz des demokratischen Bundesstaats (vgl. Art. 79 III GG). Er bildet ein in der Regel gleichrangiges weiteres *personales Oberrechtsgut*. Zu dessen Einzelwerten zählt unter anderem das *Rechtsstaatsprinzip* und auch die *Gesamtheit der Werteordnung*, etwa als Rechtsgüterordnung des Rechts- und Verfassungsstaates als solche.

Ansonsten spiegelt das Strafrecht nicht nur die Staatsstrukturen, mit den Staatsschutz-, den Rechtspflege- und Amtsdelikten. Es konkretisieren auch mit den im Strafrecht geschützten einzelnen Gemeinschaftswerten das Wesen der demokratischen Allgemeinheit, mit den Verkehrs-, den Brandstiftungs-, den Umwelt- und den sonstigen gemeingefährlichen Delikten).

(3) In der Regel stützen sich die Grundideen der Art. 1 I und Art. 20 I GG, Mensch und Gemeinschaft, überdies gegenseitig, und zwar über die Art von *einzelnen* Freiheitsrechten, Art. 2 I GG) und dem *allgemeinen* Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III).

Das *Recht*, und mithin auch das Strafrecht, bildet insofern eine Brücke zwischen Mensch und Gemeinschaft. Dazu gehören auch die gemeinsame Rechtspersönlichkeit von Mensch und demokratischem Bundesstaat, die gemeinsame Idee der Autonomie, sei es als eigene Rechtsmoral und gegenseitigem Vertrag oder als Verfassung und allgemeinem Gesetz sowie die Anerkennung von minimaletischen Grundsätzen als Teil der Vernunft - oder aber auch die gemeinsame (strafbare) Fähigkeit zur willkürliche Selbstbefreiung von der Geltung des Rechts.

(4) In Friedenszeiten zumindest genießt die Menschenwürde *absoluten* Vorrang, in Kriegszeiten fordert der demokratische Staat notfalls auch Menschenopfer.

V. Sonderlehre: Rechtfertigung durch Abwägung von Schutzgütern

1. Ein weiteres großes Problem besteht darin, „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgutsverletzung“ zu betreiben. Denn nach ganz herrschender Ansicht bildet die Strafe ein gewolltes Übel, sodass die proportionale Strafe das Übel exakt verdoppelt.

Eine sinnvolle Antwort darauf lautet, die guten, also vernünftigen Gründe für die Strafe beinhalten eine *Güterabwägung*. Diese wird selten offen betrieben, aber sie wohnt allen Argumenten inne, die von bestimmten Leitideen ausgehen und sie absolut setzen, seien sie nun hochabstrakt und vage wie Generalprävention, Individualprävention, Tatschuldausgleich, oder auch konkreter wie deren einzelne Unterformen, Jede dieser Ideen soll einen *guten*

Zweck und einen *vernünftigen* Sinn begründen. Jede von ihnen lässt sich auch als ein rechtlich mitgeschützter *Höchstwert* begreifen. Betreiben wir also mit der verrechtlichten Strafe Prävention oder wollen mit ihr die im Strafrecht konkretisierte Art der Gerechtigkeitsidee durchsetzen, so ist diese Idee das Strafen *wert* und das Strafrecht auf diese Weise auch begründet.

Im Einzelnen:

2. Die Angabe und die Abwägung von Gründen erweist sich dabei schon als ein Gebot der *Vernunft* und zwar schon deshalb, weil die Strafe, zwar wohl generell akzeptiert, aber ihre Rechtfertigung im Einzelnen nicht offenkundig ist und diesen Umstand auch die uralte Vereinigungstheorie belegt.

Das öffentliche Abwägen der guten Gründe dürfen auch die *Demokraten* verlangen. Das *Bundesverfassungsgericht* gibt nur einen Rahmen vor und überlässt die ideelle Ausformung der Deutschen Strafrechtskultur vor allem der Strafrechtswissenschaft.

Auch die Strafadeen und das Verfassungsrecht selbst beinhalten ein solches konkretes Abwägungsgebot.

Das Vernunftgebot einer Abwägung gilt zumindest dann,

- wenn man aus *strafrechtlicher* Sicht *präventiv* vorgeht, weil danach eine Nutzenprüfung anzustellen ist,
- wenn man Strafe als *ultima ratio* begreift, und damit schon den Abwägungsgedanken auf noch höherer Ebene anspricht,
- wenn man aus *verfassungsrechtlicher* Sicht zugleich die *Schutzpflicht* des Staates für die elementaren Grundwerte der Gemeinschaft einfordert,
- wenn man dabei das Verfassungsprinzip der *Effektivität der Strafrechtspflege* einhalten will und
- wenn man auch das Verfassungsprinzip der *Verhältnismäßigkeit* von Grundrechtseingriffen einhalten will.

Diese Abwägung sollte allerdings offen und kommunikativ stattfinden. Die einzelnen Strafadeen bieten in der Regel gute Gründe für das Strafen an. Aber ihre Vertreter verzichten darauf, sie ausdrücklich mit dem Eingriff in die *Güter des Täters* und damit auch in die *Grundwerte einer demokratischen Gesellschaft*

abzuwägen. Dabei ist aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts* die *Wesensgehaltsgarantie* für das Rechtsgut Freiheit nicht einmal mehr zu prüfen, weil es sich bei der langjährigen Freiheitsstrafe um ein althergebrachtes Strafrecht handelt.

3. Die Arten der immanenten Abwägungen sind versuchsweise offenzulegen:

Für die Abwägung bieten sich zumindest drei Wege an, die sich bei einer Gesamtabwägung auch noch einmal gegenseitig zu stützen vermögen. Sie bilden die drei großen Strafbegründungen in etwa ab.

(1) Der eine Rechtfertigungsansatz geht von der Generalprävention aus: Danach ist die einzelne Verletzung des *allgemeinen* Achtungsanspruchs offenbar die *konkrete* Strafe „wert“. Kurzgefasst: Die Interessen der Allgemeinheit, also das Gemeinwohl, gehen den Täterinteressen, als dem Einzelwohl vor. Dahinter steckt also eigentlich der Utilitarismus.

Der Täter wird genauer noch vorrangig bestraft, weil es das *allgemeine Gesetz* gibt, das „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“ vor einzelnen schuldhaften Verletzungen schützen will.

Die Bedeutung der *ideellen Werte* verdrängt danach erstens das Gewicht des Übels der *konkreten Strafe*. Die Ideenwelt ist wichtiger als die reale *Pein* (von lat. poena) des Verurteilten. So ist beim Mord „das Leben an sich“, also auch die latente Mitgefährdung des Lebens aller Menschen, wichtiger als das Übel einer 15-jährigen Strafhaft, §§ 211, 57a StGB.

Hinzu tritt auch der Umstand, dass neben dem einzelnen Gut auch erkennbar nicht nur der Wert hinter dem einzelnen Strafgesetz, sondern mit dem Doppelbegriff des Rechtsgutes auch das *Recht als solches* selbst geschützt wird. Den Rechtsschutz als solchen sollte man - über das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 III GG als gesonderten *Gemeinschaftswert* anerkennen. Jedes Individualrechtsgut schützt dann immer auch einen Gemeinschaftswert mit.

So ergibt sich auch eine *zusätzliche Rechtfertigungslinie* für die Gesamtabwägung. Mit dem zusätzlichen Mitschutz des Rechtes als solchem, das einen notwendigen Teil des Rechtsgutes bildet, erhöht sich das *Gesamtgewicht*.

Es wird nicht mehr nur Gleiches mit Gleichem vergolten, denn die Tat betrifft ja stets nicht nur die Idee, sondern auch ein konkretes Rechtsgut, etwa das Leben eines bestimmten Menschen. Es stehen sich auch schon auf der Werteebene die Ideen des guten Rechts und vom bösem Unrecht gegenüber.

Ferner ist zusätzlich der Umstand zu gewichten, dass der Angreifer mit *seiner Tat* seine *Rechtsschutzwürdigkeit* mindert. Betroffen sind die Rechtsgüter Fortbewegungsfreiheit und Vermögen auf Seiten des Straftäters. Der Täter verfügt insofern über sie, *er übt also seine Freiheit aus*, und zwar im Hinblick auf deren Rechtsschutz. Zwar liegt strafrechtlich betrachtet keine echte Einwilligung vor, aber doch eine Art von *Einwilligung* in das Risiko, bestraft zu werden.³⁵²

(2) Der zweite Ansatz geht die Frage nach einer *Rechtfertigung* im Sinne der Grundidee des Notstandes gemäß § 34 StGB an, denn diese Vorschrift bildet ihrerseits nur die strafgesetzliche Ausprägung des allgemeinen Abwägungsprinzips von Werten oder sonstigen Interessen. Hier liegt der Schwerpunkt auf der Sicht gegenüber dem *einzelnen Täter*. Weshalb ist dem Täter gegenüber die Strafe gerechtfertigt?

Die Notstandslage (*ultima ratio*) für den Straftakt besteht in einer *latenten Gefahr*, und zwar vor allem *generalpräventiv* für die Erhaltung der Rechtsordnung und wohl auch zusätzlich *individualpräventiv* als latente Rückfallgefahr.

Auf den ersten Blick auf den Straftakt ergibt sich dann zwar lediglich eine auch scheinbar bei der Strafzumessung erstrebte *Gleichheit* der Übel von Tatschuld und Strafe.

Doch ist *zusätzlich* noch das Übel der „Verletzung des Rechts“ als solchem mit in die Waagschale zu legen. Das Recht selbst bildet danach einen Gemeinschaftswert.

³⁵² Diskutiert immerhin als Idee des Gesellschaftsvertrages von Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 453 und abgelehnt von Hörnle, Straftheorien, 2011., Rn 47, als irrealer Unterstellung, hier aber erst einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

Überdies hat der Täter mit dem Unrechtsbewusstsein bei seiner Tat auch noch seinerseits die *Schutzwürdigkeit* seiner eigenen Rechtsgüter, lies: seiner Freiheit, abgesenkt oder gar aufgehoben, weil er in das Risiko der Strafe eingewilligt hat, darüber wird später noch nachzudenken sein.

(3) Die dritte Abwägungsart geht von der *ethischen* Idee der *Gerechtigkeit* selbst aus. Gerechtigkeit soll durchgesetzt werden, und zwar als Wert an sich. Die hohe, fast heilige Idee bildet dabei einen *Wert als solchen*. Die Gerechtigkeit erweist danach offenbar den Preis des Eingriffs in die *Freiheitsphären* der Täter (im Plural).

Dabei spiegelt die Durchführung im Einzelnen -als „Strafübel wegen des Tatschuldübels“- den Grundgedanken der Gerechtigkeit noch einmal wider. Gerechtigkeit gibt es also auf der abstrakten und auch auf der konkreten Ebene.

Als bemerkenswert als Kontext, aber ohne Eigengewicht erscheint die Bedeutung der Gerechtigkeit für andere Ansätze. So bildet sie den materiellen Kern des *Rechts* und dient damit auch dem Gemeinwohl einer demokratischen *Gesellschaft*. Zudem gibt es offenbar eine moralische demokratische *Allgemeinheit*, die Gerechtigkeit auch dann fordert, wenn einmal keine gewichtigen Präventionsaspekte für das Strafen sprechen (etwa bei alten und lange eingegliederten Ausschwitztäter oder den DDR-Mauerschützen).

Diese Grundidee der strengen Wechselseitigkeit führt in jedem Einzelfall dazu, dass die Tatschuld und der Strafakt an sich *gleichwertig* sein sollen. So ist es nur, aber immerhin das „*gerechte Recht*“, das beide Handlungen unterscheidet. Dieses legt also das notwendige *zusätzliche* Gewicht in die Waagschale zugunsten des Strafens.

4. Diese einfache Abwägung erscheint in Zeiten der Bürger- und Menschenrechte für sich allein wohl nicht mehr ganz überzeugend. Zu überlegen ist deshalb, ob die strenge Gerechtigkeit nicht in ein größeres Konzept einzupassen ist. So muss das Gewicht der strengen Gerechtigkeit für sich nicht ausreichen.

Mutmaßlich ist sie in der Rechtspraxis ohnehin immer schon ergänzt worden. Jedenfalls hat es auch in vorstaatlichen Zeiten zur Abgeltung der Blutrache bei

Tötungsdelikten die *Alternative* von Bußverträgen gegeben, durch die *Religion* und deren Barmherzigkeitsethik gestützt. Dazu musste der Täter nur über den *Status* als Mitglied einer anerkannten Familie verfügen. Diese Art der Würde ist ihm nunmehr über die Bürger- und Menschenrechte gewährleistet. Dann aber gab es statt der Blutrache seitens der Familie des Opfers in der Regel die *Aussicht* auf Strafverzicht und auf eine Art von ausgehandelter Buße als Kompromissstrafe. Zur Ausrichtung der strengen Gerechtigkeit als blinde Wechselseitigkeit der *Vergangenheit* tritt damit der präventive Blick auf die Zukunft hinzu. Die Parteien, hier die Familien, wollen den nächsten Wiedervergeltungsakt und dessen Konsequenzen durch einen kleinen Friedensvertrag, mit halbfreiwilligen Bußen, vermeiden.

Heute gesellt sich zur strengen Gerechtigkeit die Idee der *Humanität* des Strafers. Wir strafen *nicht* mit einem *gleichwertigen Übel*, sondern mit einem weit humaneren und damit milderen Übel (keine Todesstrafe, keine grausamen Strafen, stets Aussicht auf Bewährung, vor allem bei Unrechtseinsicht, Resozialisierungsangebote, Ausweitung der Geldstrafe). Die strenge Gerechtigkeit bildet danach zwar die Ausgangsidee, aber sie reicht allein nicht aus. Wer heute noch strengen Gerechtigkeit einfordert, gewährt dem Täter nicht (mehr) den *Status* eines Mitbürgers oder eines Mitmenschen.

Die *humane Strafgerechtigkeit* ist also aus der Sicht der strengen Wechselseitigkeit mit einem *Strafverzicht* verknüpft. Was dogmatisch kaum beachtet wird: Das Strafen ist in der *Strafrechtspraxis* stets mit dem Angebot zum *Aushandeln* von halbfreiwilliger Buße, inzwischen bis hin zu einer formalen Vereinbarung gem. § 257 c StPO, *verbunden*.

Auf diesem Wege findet auch ein Ausgleich oder eine „praktische Konkordanz“ zwischen den beiden großen *personalen Leitwerten* der Verfassung statt, der Existenz des *einzelnen* würdigen Menschen (Art. 1 I GG) und des (*kollektiven*) Bestandes des demokratischen und sozialen Bundesstaates (Art. 20 I GG).

Gerechtigkeit in dieser humaneren Art zu üben, führt zu einer *umfassenderen* und dauerhafteren Art der Gerechtigkeit, dem *Ausgleichen*. Die Idee des Ausgleiches ist jedenfalls den Eingriff in die Freiheitssphäre des Mitbürgers, und damit in dessen Rechtsgüter, wert, und zwar sowohl im *konkreten* Falle als auch als *abstrakte* Werteabwägung, und vor allem im Verbund von beidem.

5. *Fazit.* Diese drei Arten der Abwägung von rechtlich geschützten Höchst-Werten, und vor allem ihr *Verbund*, erscheinen zumindest als gut vertretbar und damit, etwa für einen demokratischen *Gesetzgeber*, als hinreichend vernünftig.

Diese Art der Abwägung wohnt zwar allen großen Strafbegründungen inne, sie sollte allerdings möglichst offen dargelegt sein, zumindest, wenn oder weil die Strafe selbst vorrangig als ein *Übel* gilt.

7. Kapitel (§ 7)

Allgemeine Generalprävention II: Sonderlehren und Fortentwicklung

I. Verletzung des Achtungsanspruchs von Normen, gesellschaftliche Kommunikation und Normgeltungsschaden (*Jakobs, Kindhäuser*), Tabubruch (*Hörnle*)

1. *Verletzung des Achtungsanspruchs*. Die Menschenwürde, die Rechte der Anderen und die strafrechtlichen abstrakten Rechtsgüter sind zu schützen, und zwar aus der Sicht des Strafrechts dadurch, dass es dafür sorgt, dass diese verrechtlichten Werte trotz der Tat des Täters weiterhin *geachtet* werden. Die *Allgemeinheit* soll sie achten und nicht an ihrer Geltung zweifeln. Zu diesem Anspruchsdenken passt auch der Begriff vom *staatlichen Strafanspruch*, der sich aus der Verletzung des Achtungsanspruchs ergibt. Aus dieser Sicht geht also -zumindest vorrangig- um den *Achtungsanspruch*, den der Täter mit seiner Tat verletzt. Die Strafe soll also den Achtungsanspruch schützen und einen Normgeltungsschaden vermeiden.

Das Anspruchsdenken geht von einem rechtstheoretischen Ansatz aus, der ebenfalls den *Personenbegriff* verwendet, hier als Adressaten von Normen, dem zumindest Teile seiner Personalität strafweise genommen werden können.

Die Rechtsethik des Wertedenkens tritt dahinter zurück. Auch die Menschenwürdeidee verblasst. Das Rechtssystem steht im Vordergrund. „Wer“ so und so handelt, „wird ... bestraft.“

2. Ein guter Weg der Begründung der Strafe auf diese Weise besteht in der folgenden Gedankenkette. Für sie lassen sich Begriffe, die *Jakobs, Kindhäuser* und andere verwenden, um die Schuldhaftigkeit der Tathandlung zu beschreiben, auf die Strafe ummünzen.

So erklärt *Kindhäuser*, wie oben schon zitiert, in der Tradition von *Hegel*, die Straftat als Negation des Rechts, es sei mit *Jakobs* die Handlung das „*Sich-schuldhaft-zuständig-Machens für einen Normgeltungsschaden*“³⁵³. Es sei, setzt

³⁵³ Jakobs, Handlungsbegriff, 1992, 44.

Kindhäuser folgerichtig nach, ein „*Kommunikationsakt mangelnder Normanerkennung*“.³⁵⁴

Sobald und soweit die Strafe auf die *Allgemeinheit* ausgerichtet ist, hat sie *ausschließlich* einen expressiven, also kommunikativen Charakter, weil die *Allgemeinheit* überhaupt erst durch und mit Kommunikation entsteht. Die Strafe soll etwas ausdrücken und ein recht komplexes Signal an alle setzen. Sie dient der Kommunikation untereinander, mit dem Täter nur als einem Mitglied unter vielen und nicht als autonomem Individuum. Die Strafe besagt: *Diese Straftat soll nicht sein! Das verletzte Recht soll insofern weiter gelten! Die Gefahr ist gebannt! Tatgeneigte sollen sich vorsehen, man kann dem Rechtsstaat wieder vertrauen!*

*Günther Jakobs*³⁵⁵ erläutert insofern einleuchtend, mit

*„dieser Deutung von „Rede“ und „Antwort“ sind Straftat und Strafe auf der Ebene der Gesellschaft angekommen, als Kommunikation über die normative Struktur der Gesellschaft“.*³⁵⁶

Den Hintergrund bildet unter anderem *Hegel* mit seinem Ansatz von der *Negation* des Rechts. Aber auch schon *Feuerbach* hat mit den gesetzlichen Strafandrohungen kommunikativ auf die Mitglieder der *Allgemeinheit* einwirken wollen. Jeder antike Gesetzgeber wählt mit seinen Gesetzestafeln diesen Weg. Auch jede öffentliche Hinrichtung dient der Kommunikation mit der *Öffentlichkeit*. Der *Urteilsspruch* umfasst allein diesen Teil des Rechts, hier des Strafens. Bei dem Stichwort vom expressiven Charakter des Strafens geht es also darum, dieser Seite des Strafens ein besonderes Gewicht zuzubilligen.

Die Tat und die Strafe sind jedenfalls unstreitig zumindest auch *Sprachakte*; mit dem Sozialphilosophen *Habermas* bilden sie eine Form des *kommunikativen Handelns*, wie dies im angloamerikanischen Kulturkreis auch *Searle* vertritt.³⁵⁷

³⁵⁴ Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 638.

³⁵⁵ Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff., 506 f.

³⁵⁶ Jakobs, System, 2012, 13 f.

³⁵⁷ Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984, 354 („der Sprecher muss schließlich eine im Hinblick auf bestehende Normen und Werte richtige Äußerung wählen, damit der Hörer die Äußerung akzeptieren kann, so daß beide, Hörer und Sprecher, in der Äußerung bezüglich eines anerkannten normativen Hintergrundes miteinander übereinstimmen können“).

Die Verneinung (die Negation) des verletzten Wertes durch den Täter gefährdet die *allgemeine Achtung* des betreffenden Rechtsguts, zum Beispiel des Lebens, der Gesundheit oder des Eigentums. Durch die Sanktion symbolisch mit Gleichem wird der Geltungsanspruch des Werts *bekräftigt*. Mitbetroffen ist überdies immer auch, wenn man die *Gemeinschaftswerte* so weit fassen will, die Idee der *Rechtssicherheit*, also der Wert von *Recht* als solchem. Die „*Bewährung der Rechtsordnung*“ lässt sich auch als Gemeinschaftswert begreifen. Es wird also nicht vorrangig im Konkreten Gleiches mit Wertgleichem vergolten, sondern die allgemeine Geltung eines allgemeinen Rechts durch einen symbolischen Akt bekräftigt.

3. *Tabu und Recht*.³⁵⁸ Das ethische Verfassungs- und das Kernstrafrecht übernehmen, zumal in Form der Grundrechte, den *Heiligkeitscharakter* des Tabus und verbinden den Wert mit einem Schutzritus. Auch das Wort von der Strafe als „*Sühne*“ bedient sich dieser alten Gedankenwelt. Tabubrüche werden durch das Strafen geheilt.

Ein Ritus hat mit dem Recht unter anderem gemeinsam, dass er auf feste Wiederholungen setzt und damit *zur Verallgemeinerung* des Konkreten und zu dessen *Verfremdung* führt. Der Rechtsschutz für fundamentale oder auch Grundwerte soll deren Unverletzlichkeit verfestigen. Für den Fall der Verletzung sieht er unter anderem eine Art von symbolischer Wiederherstellung (Restauration) vor.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht verdichten sich die einzelnen Grundrechte zum „Tabu“ der unantastbaren Menschenwürde. Denn der Tabubegriff ist typischer Weise an die letztlich personale Idee einer den Dingen *innewohnenden Seele* gebunden, weshalb sich auch die Psychologie der *vorstaatlichen* und *vorchristlichen* (Modell-) Idee des Tabus bemächtigt hat.

Dabei liegt das besondere Wesen eines Tabus darin, *un- oder unterbewusst* und gleichsam automatisch zu wirken. Die rationale Ethik bedient sich dieses Ansatzes, wenn sie auf die Selbstevidenz eines Höchstwertes, eben der

³⁵⁸ Entnommen (und ergänzt) aus: Montenbruck, *Mittelwelt, Zivilreligion IV*, 2014/2018, 4. Kap. („Heilige Gewalt und Herrschertabu“, 121 ff), III („Tabu und Würde“, 125 ff.), hier 130.

Menschenwürde, verweist oder etwa den Ruf nach „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ zu einem *Credo* erhebt, das die politische Aufklärung mantrahaft verwendet, um es in die Tiefe des Gewissens einzupflanzen und das jetzt auch die Gliederung der Europäischen Grundrechtecharta mitbestimmt.

Mit dieser Ergänzung ist Hörnle zuzustimmen, die den Begriff des Tabus aufgreift und seine rechtliche Verwendung mit den Worten erklärt:

*„Tabus sind eine Unterkategorie allgemeiner sozialemischer Verhaltensvorschriften. Von diesen unterscheiden sie sich durch den Anerkennungsgrad, da sie per definitionem nahezu allgemein nicht hinterfragt werden.“*³⁵⁹

Mit der Verbindung von Sozialem und Ethik wird deutlich, dass es sich entweder tatsächlich zumindest um eine starke kulturelle Verankerung eines „Tabus“ oder normativ um einen Teil des *kollektiven Unterbewusstseins* handeln soll, den der Einzelne wiederum kraft seiner Sozialisierung verinnerlicht hat oder haben sollte. Zu den ethischen Kernnormen aber zählen nicht Randfragen, wie das anstößige Verhalten, sondern etwa das *Tötungstabu*, das positiv gewendet ein *Lebensschutz-Tabu* darstellt.

An die Stelle der Rechtsgutsverletzung tritt das psychologische Element der Straftaten als Tabubruch, das letztlich aber *analog* dazu zu sehen ist. Subjektive Grundwerte verweltlichen das Heiligkeitselement des Tabus. Art. 1 I GG verbindet „Würde“ und „Unantastbarkeit“.

4. *Kritik*. Damit sind drei bedeutende Sonderlehren aufgezeigt, die mit dem Normbruch, dem Normgeltungsschaden und dem Tabubruch arbeiten. Ihnen ist gemein, dass sie auf das materielle Element der *Werte* verzichten oder es umgehen, Sie stellen das *Normative* und das *Autoritäre* des Rechts in den Vordergrund, was jedem Zwangsrecht immer auch eigen sein muss. Ein Täterverhalten soll nicht sein, andernfalls soll Strafe sein. Das Strafen erscheint

³⁵⁹ Aus verfassungs- und zugleich strafrechtlicher Sicht: Hörnle, Verhalten, 2005, 174. Vgl. auch 63 ff. mit dem sinnvollen Ansatz, das Sittengesetz des Art. 2 II GG aus der Verfassung und vor allem aus der Menschenwürde abzuleiten und unter Ablehnung der Vorstellung, die „konventionelle Moral“, die etwas für unsittlich im Sinne von grob anstößig halte, könne sich auf das Sittengesetz stützen.

allerdings -aus rein normativer Sicht und in Bezug auf den Täter - vor allem als eine Art von Ungehorsamsstrafe.

Auch mag die Strafe selbst ein Übel, sogar selbst einen Tabubruch und ein kleines Menschenopfer bilden, die Verantwortung dafür trägt nicht das einzelne Gericht. Es wäscht seine Hände in persönlicher Unschuld. Die Strafe folgt entweder aus der unpersönlichen *Idee des Rechts* als solcher oder sie geht auf das *demokratische Volk* als dem Gesetzgeber und auf dessen allerhöchste rechtliche „Verfasstheit“ zurück.

Wichtiger aber als die Bestrafung des Täters erweist sich ohnehin aus dem Blickwinkel dieser Lehren die Bedeutung des *Verfahrens* für die Bewährung der Rechtsordnung oder die Geltungskraft des Rechts, beziehungsweise für die Aufrechthaltung des Tabus in der Gesellschaft. Der Täter ist also nicht der vorrangige Adressat, und so steht in der Tat auch die Strafvollstreckung selbst nicht mehr im Rampenlicht. Vielmehr muss der Unrechtstat *öffentlich* und in feierlicher Form *widersprochen* werden. Das Unrecht einer solchen Tat darf nicht sein! Dieser Aufgabe dient vor allem der *öffentliche* Schuldspruch. Auf ihn „erkennt“, wie es heißt, das Gericht und dieser Akt bildet den krönenden Abschluss eines formal-rituellen Verfahrens. Er findet im Namen des Volkes, als dem *höchsten* und legitimen, dem früher einmal sogar halbheiligen Herrscher statt.

6. *Fazit*. Der normative Grundansatz, der das Strafen mit der *Missachtung* von *Recht* begründet, offenbart also eine *generalpräventive* Sichtweise. Er stellt somit einen wichtigen Teil, aber eben auch nur einen Teil der Vereinigungstheorie dar und ist vor allem im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verankert.

Der Gedanke vom öffentlichen Widerspruch ist noch weiter zu vertiefen:

II. Tadel als expressiver Charakter des Strafens (Hörnle), Eigenverantwortung als innere Kommunikation und Selbstwiderpruch

1. *Tadelnde Missbilligung*. Der angloamerikanische Strafrechtler Joel Feinberg hat 1965 einen Essay über „The Expressive Function of Punishment“

verfasst.³⁶⁰ Diese Schrift hat dazu geführt, die *Sprachakt*-Theorie aufzugreifen, die das Sprechen vor allem als ein soziales Handeln versteht. Mit ihrer Hilfe ist auch in Deutschland über den „expressiven Charakter des Strafens“ nachzudenken. Dabei geht es vor allem um die *Betonung* und Wirkung der *tadelnden Missbilligung* der Tat, wie wir sie auch als *Schuldspruch* und dessen sozialetische Bemakelung kennen und ihn eng mit dem *Strafausspruch* verbunden wissen.

Dieser Ansatz, der von Tadel ausgeht, setzt auch kommunikativ an. Aber das Gericht spricht den Tadel einerseits öffentlich aus, wendet sich also auch an die Gemeinschaft und redet den Täter auf der intersubjektiven Du-Ebene an. Andererseits nimmt der Sprecher die hoheitliche Position und Rolle eines Entscheiders ein, der den Tadel für die Gemeinschaft „im Namen des Volkes“ erklärt.

Hörnle will die „nicht-präventionsorientierten Ansätze als expressive oder kommunikationsorientierte Straftheorien“ bezeichnen, und damit auch die herkömmliche Trennung von absoluten und relativen Straftheorien ersetzen.³⁶¹ Die expressiven Ansätze wiesen im Wesentlichen retributive (vergeltende) Elemente des „angemessenen Umganges mit vergangenem Verhalten“ auf und hätten die „kommunikative Funktion, die an ein legitimes Interesse der Allgemeinheit oder der Straftatopfer“ anknüpfe.

Hörnle möchte also zum einen den Präventionsgedanken zumindest zurückdrängen und fordert zum anderen, mit den Straftatopfern zu kommunizieren. Damit bewegt sie sich auf der Ebene des Austausches, die Fairness- und damit Gerechtigkeitselemente³⁶² aufweist. Sie sieht aber auch ein Interesse der Allgemeinheit.

³⁶⁰ Feinberg, Function, 1965, 397 ff., 354 ff, 397 (Er trennt aber sofort zwischen der harten Strafe und deren expressiver Funktion), allerdings je härte die Strafe ausfällt, desto nachdrücklicher ist auch die Funktion erfüllt.

³⁶¹ Hörnle, Straftheorien, 2011, 58, 24 f. Siehe auch Zürcher, Legitimation, 2014, („Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe“), vgl. 127 (zur *Missbilligung* als Kernelement), 130 (Die reale Strafe habe nur einen *instrumentellen* Charakter.), sowie zugleich mit Blick auf die Opferseite auch: Hamel, Hamel, Strafen, 2009 , 64 (zur sprachtheoretischen Analyse der Strafe).

³⁶² Ähnlich: Bröckers, Verantwortung, 2015, 317 ff. („Fairness als praxisinternes Prinzip“).

Zwar dient die Kommunikation mit und innerhalb der Allgemeinheit nicht in erster Linie der Vermeidung von Straftaten, also der *Prävention im engeren* Sinne. Aber sie soll vor dem *Zerfall* des Konsenses über die (normativen) Strukturen der Allgemeinheit und damit die *Allgemeinheit selbst* schützen. Sie bildet aus *generalpräventiver* Sicht das höchste Schutzgut.

Sinnvoll ist es aber, zusätzlich die Kommunikation auch mit dem Straftatopfer zu betreiben. Dazu hält das deutsche Strafprozessrecht auch die Nebenklage vor, das zivile Deliktsrecht steht ihnen ohnehin offen. Sie können also sogar aktiv tätig werden, den Täter befragen und auch sonst an der Wahrheitsfindung mitwirken.

Hörnle will die Opfer nicht nur miteinbeziehen. Sie stellt

„das berechtigte Interesse der Straftatopfer an einem nicht trivialen, d. h. durch Übelzufügung verstärkten Unwerturteil in den Mittelpunkt“.³⁶³

2. *Diskussion.* Diese Sichtweise kann sich für die Opfersicht immerhin auf die Idee von der *Menschenwürde* stützen. Die Opferbeteiligung, von der Nebenklage bis hin zu Opferanwälten, hat das deutsche Strafprozessrecht ausgebaut. Die Wiedergutmachung und den Täter-Opfer-Ausgleich regelt vor allem das Strafzumessungsrecht.

Dennoch ist wohl zu unterscheiden. So wollen die Opfer selbst nicht so sehr ein Unwerturteil, denn den konkreten Unwert erfahren sie am eigenen Leibe, sondern sie wollen üblicherweise verstehen, wie denn dieser Täter diese Tat hat begehen wollen und können. Insofern geht es ihnen zumindest auch um den zu bewertenden *Sachverhalt*, die Tataufklärung.³⁶⁴

Auch die „Nächsten“ der Opfer, die *nicht selbst traumatisch* mitbetroffen sind, und alle empathisch Mitfühlenden und Dritten, die Teil der Allgemeinheit sind und sich bei ihr rückverankern wollen; denken in Anlehnung an *Hegel* entweder

³⁶³ Hörnle, *Straftheorien*, 2011, 58, 24 f.

³⁶⁴ Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Europäischer Haftbefehl, Abs. Nr 57, auch hier mit etlichen Selbstzitatzen, (Hervorhebungen nicht im Original) „Die *Ermittlung des wahren Sachverhalts*, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt, ist zentrales Anliegen des Strafprozesses(vgl. BVerfG 57, 250 <275>; 118, 212 <231>; 122, 248 <270>; 130, 1 <26>; 133, 168 <199 Rn 56>).“

an die Anwendung des *allgemeinen* Strafrechts oder an Rache.^{365 366} Offenbar reicht der verbale Schuldspruch nicht aus. Es bedarf mit *Hörnle* dessen schmerzhafter Verstärkung.³⁶⁷

Aber es fehlt bei dieser kommunikativen Deutung neben der Allgemeinheit und den Straftatopfern zumindest noch ein *dritter Adressat*, derjenige, an den sich der Schuldspruch richtet, der *Täter*, dessen Autonomie Art. 1 I GG festsetzt und stets mitbeachtet sehen will. Mit den Worten von der „Eigen- oder Selbstverantwortung“, die mit der Autonomie einhergehen, wird deutlich, dass der Täter die Tat *nicht* vorrangig gegenüber den Opfern oder vor der Allgemeinheit zu rechtfertigen hat, sondern *vor sich selbst*; man kann auch sagen vor seinem „Selbst“, das den Kern seine „Autonomie“ ausmacht. Mit *Kant* hat er dazu das allgemeine Gesetz, das er als ein Vernünftiger als Imperativ in sich trägt, verletzt.

Der expressive Charakter der Strafe, der heute so häufig und zu Recht angesprochen wird, steckt seit langem schon im Wort von der „*Verantwortung*“. Aber der Eigenverantwortung fehlt der expressive Gedanke der Kommunikation *mit anderen*. Sie beinhaltet bestenfalls eine Auseinandersetzung mit sich selbst, seinem Gewissen oder seinem Überich. Man kann die „Schuld“ insofern auch als *Selbstwiderpruch*³⁶⁸ verstehen. Ansonsten aber tritt der Täter im Modell von der Selbstverantwortung die Lawine der Strafe, samt der Missbilligung durch

³⁶⁵ Aus philosophischer Sicht: Schramme, *Empathie*, 2013, 621 ff. 621 ff („*Empathie als der Kitt des moralischen Universums*“).

³⁶⁶ Siehe auch Kant in seiner „*Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*“; Hervorhebungen nicht im Original, Kant, *Anthropologie*, 1798, AA , VII, 236: "*Empfindsamkeit ... ist ein Vermögen und eine Stärke*, den Zustand sowohl der Lust als Unlust zuzulassen, oder auch vom Gemüth abzuhalten, und *hat also eine Wahl*. ...denn der Mann, welcher einem Weibe oder Kinde Beschwerlichkeiten oder Schmerz ersparen will, muß so viel feines Gefühl haben, als nöthig ist, um anderer ihre Empfindung nicht nach seiner Stärke, sondern ihrer Schwäche zu beurtheilen, und die *Zartheit einer Empfindung ist zur Großmuth* nothwendig. Dagegen ist die *thatleere Theilnehmung* seines Gefühls, *sympathetisch* zu anderer ihren Gefühlen das seine mittönen und sich so bloß leidend afficiren zu lassen, läppisch und kindisch.“ Dazu auch Klemme, „Erkennen, Fühlen, Begehren – Selbstbesitz. Reflexionen über die Verbindung der Vermögen in Kants Lehre vom Kategorischen Imperativ“, im Sammelband „*Affektivität und Ethik bei Kant und in der Phänomenologie*“, Klemme, *Erkennen*, 2014, 79 ff. , 83 (Er betont einsichtig, Kant unterscheidet in seiner Vermögenstheorie "zwischen dem (a) Erkenntnisvermögen (im engeren Sinne des Wortes) (b) dem Gefühl der Lust und (c) dem Begehrensvermögen"). - Vermögen meint also, eine Wahl treffen zu können.

³⁶⁷ Hörnle, *Straftheorien*, 2011, 45, Strafsanktion als "Verstärkung und Ausdifferenzierung des kommunikativen Aktes."

³⁶⁸ Vgl. auch Zabel, *Schuldtypisierung*, 2007 402 („Schuld als selbstwidersprüchliche Weltinterpretation“).

seine Tat, also einen Realakt los. Dem entspricht auch der Realakt der Vollstreckung.

Folgt man dem Gedanken der Einwilligung des Täters in das Risiko seiner Bestrafung, so ist dies auch ein kommunikativer Akt, zunächst eine *konkludente Erklärung* gegenüber sich selbst und dann der Allgemeinheit, deren Recht ihn straft und auch dem Opfer und den Nächsten gegenüber. Aber aus der Tätersicht handelt es sich eigentlich eher um ein *Einverständnis*, denn der Wille muss *nicht* außer durch die Tat, die der Täter mit Unrechtsbewusstsein durchführt, ausdrücklich erklärt sein.

Dennoch geht es um mehr als um ein kommunikatives Signal der *Missbilligung*, das durch die Ankündigung und den Vollzug der Strafe verstärkt wird.

Es geht *auch* um einen gewichtigen Realakt, und zwar vor allem bei der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe. Denn Geldbußen mag man noch vorrangig als symbolische Denkkzettelstrafen begreifen. Diese Deutung ist für den Strafvollzug jedoch unangemessen. Der Täter soll mit ihm „erfahren“, er soll also spüren, was denn seine Tat wert ist. Die Mitteilung seiner Bestrafung beinhaltet also eine Botschaft, die die Adressaten, die Allgemeinheit, die Opfer und im Idealfalle auch den Täter selbst *befriedigen* soll. Sie lautet, es geschieht sozialreale *Buße*, die der Versöhnung dient oder zumindest dienen soll.³⁶⁹ Die normative Missbilligung, also der Tadel, und das faktische Übel“ gehören zusammen.³⁷⁰

3. So erscheint es sachgerechter zu trennen. Für den *Täter* steht die *reale* „Pein“, die fehlende Fortbewegungsfreiheit oder der Verlust von Geld als Buße im Vordergrund, für die Allgemeinheit die symbolische *Botschaft*. Auch die individuellen Opfer erleiden selbst Schmerzen, schwere psychische Belastungen oder zumindest einen gravierenden Vertrauensverlust. Auch wenn sie zwar nicht stets die Strafe wollen, so liegt ihnen doch zumeist an der *kommunikativen* Aufklärung von Tat und Tätermotiven als Teil der Aufarbeitung ihres eigenen *seelischen Traumas*.

³⁶⁹ Dazu mit Blick auf den angloamerikanischen Moralisten Duff: Sachs, C., *Moral*, 2015, 57 ff. („Der Mensch“... als „moral agent“), 131 ff („Tadel bei Duff“), 197 ff („Übelszufügung als Buße“), 216 ff („Versöhnungsgedanke - eine Illusion?“).

³⁷⁰ Satzger *SSW-StGB*, 2017, Einleitung, Rn 2, spricht schlicht und kurz von „kumulativ Übelszufügung und Missbilligung“.

Insofern bedient die Idee vom *expressiven und kommunikativen* Charakter der Strafe *vorrangig* den *generalpräventiven* Ansatz, denn eine Gemeinschaft existiert vor allem durch Kommunikation und Kooperation. Den Täter trifft aber selbst *vorrangig* die Pein, auch wenn sie ihm vermitteln soll, was er getan hat.

Doch lässt sich diese Idee auf andere Weise auf den *Täter* übertragen. So kann er antworten, vor allem wenn er im Ermittlungsverfahren und dann als Angeklagter auf die Beschuldigung trifft. Er kann vor allem mit einem Geständnis *kommunikativ* und *tätiger Reue* auch tatsächlich die Verantwortung für seine Tat übernehmen. Dann müssen wir ihm seine Eigenverantwortung nicht nur schmerzhaft verdeutlichen, sondern er kann sie auch tatsächlich übernehmen. Auf diese Weise kann er folgerichtig uns und sich einen Teil der Straf-Kommunikation ersparen. Mit *Jakobs* widerspricht der geständige Täter selbst mit seinem Sprachakt der Negation des Rechts und bekräftigt dessen Geltung. Es bleibt dann aber immer noch ein Teilakt, den der tätigen Reue, indem er die gemilderte Strafe, als die Seine, annimmt.

Dabei schreiben wir dem Täter nicht nur die humane Grundfähigkeit, Verantwortung selbst zu übernehmen, zu, sondern bekunden zugleich die Geltung der allgemeinen Idee von der Begabung des Menschen mit der Einsicht vom Eigenwert sozialrealer Kommunikation und Kooperation.

4. *Fazit*. Vereinfacht bildet die *vollstreckte Strafe* für den einzelnen *Strafgefangenen* vor allem einen Realakt. Für die *Gesellschaft* aber erweisen sich die Schritte zum Vollzug vor allem als Teil der Kommunikation. Das allgemeine *Gesetz* und der öffentliche *Prozess* mit dem öffentlichen Urteilsspruch dienen vor allem ihrem Anliegen. Faktischer Vollzug und normative Missbilligung sind zwar in *dualistischer* Weise zu trennen, aber sie gehören zugleich als ein Strafpaar eng zusammen. Eigenverantwortung meint auch, mit sich selbst ins Gericht zugehen, sich selbst tadelnd zu widersprechen oder zumindest, es eigentlich zu können.

III. Zwei Thesen: Strafe als Ausgleich (Widerspruch, Bekräftigung, Heilung, Restitution, Sühne und Genugtuung); Rechtsstaats- und Gerechtigkeitsidee als Strafpflicht und Strafbegründung

1. *Strafe als Ausgleich*. Was bedeutet nun aber das Strafen? Die Rede war vom Sozialschaden, von der Verletzung von Rechtsgütern, der Verletzung von Achtungsansprüchen, vom Normgeltungsschaden, von Tabubrüchen oder auch vom Tadel als expressivem Charakter des Strafens. Nur im letzten Falle ging es um das Strafen. Ansonsten wurden die *Straftaten* beschrieben. Auch wer erklärt, dass das Strafen *präventiven* Aufgaben dient, geht von einer Notwendigkeit und Notlage aus: Es muss eine *Gefahr* für die Rechtstreue oder für einen Rückfall bestehen. Die Strafe dient dann dazu, diese Gefahr einzudämmen.

Nach allem beinhaltet die Strafe (Strafidee, Strafgesetz, Strafurteil und Strafvollzug) zumindest auch und generell das Ausgleichen und stützt sich damit im Kern auf die Idee der Gleichheit. Was aber auszugleichen ist, bestimmt die jeweilige *Strafidee* und deren *Leitbild* (und Metapher).

So sorgt das Strafen für die Negation der Negation: Sie wirkt gegenüber dem konkludenten Spruch des Täters, dieser Normbruch soll sein als der *Widerspruch der strafenden Gesellschaft*. Im Rahmen des Schadensmodells hebt die Strafe den Normgeltungsschaden auf und stellt, soweit es geht, den alten Zustand wieder her (*Restitution*). Die Strafe *heilt* die Verletzung des Rechts. Sie *bekräftigt* die erschütterte Rechtstreue. Sie sorgt bei „enttäuschten Erwartungen“ für die *Wiederherstellung* des verlorengegangenen Vertrauens. Tabubrüche verlangen nach *Buße* und *Sühne*.

Insofern besteht eine starke dogmatische Brücke zum Wesen der Vergeltungsidee, die das blinde *Ausgleichen von Übeln* zum Prinzip erhebt.

Genugtuung und Rache. Gelegentlich wird, etwa auch schon von *Binding* und *Jelinek*, der Begriff der Genugtuung eingeführt.³⁷¹ Mit den Worten von *Jelinek*³⁷²:

³⁷¹ Binding, Normen, II, 1914, 32. Zugleich zu einer Voraufgabe von Binding: Jelinek, Bedeutung, 1908, 129 ff. Aus heutiger Sicht und in Abgrenzung von Straf. und Zivilrecht: Welke, Repersonalisierung, 2008, 311 (Zu zudem ebendort: "Genugtuung ist ohne Vergeltung nicht denkbar").

"Insofern durch die Strafe die individuell-psychologische Gleichgewichtsstörung wettgemacht werden soll, trägt sie den Charakter der Genugtuung".

Insofern ist mit der Idee der Genugtuung auch die der Vergeltung verbunden. Es handelt sich um die

"Besänftigung des gekränkten Rachegefühls".

Doch hält selbst *Jelinek* immerhin auch eine analoge kollektivistische Sicht für denkbar, wenn man auf eine kollektive Psyche der Allgemeinheit abstellt, wie wir sie etwa auch hinter dem Gedanken von der Rechtstreue der Allgemeinheit erkennen können.

Den Begriff der *Genugtuung* verwendet dabei das Strafgesetzbuch in § 56 b I 1 StGB für den Fall, dass Freiheitsstrafe nicht vollstreckt, sondern zur Bewährung ausgesetzt wird. Dort heißt es (und gilt in der Strafpraxis auch als Regel):

„Das Gericht kann dem Verurteilten Auflagen erteilen, die der Genugtuung für das begangene Unrecht dienen“.

Die Auflagen bestehen zumeist in *Geldbußen*. Die vollstreckte Strafe dient umgekehrt also zumindest auch dieser Aufgabe. Im Verbund mit ihr ist die Sonderregelung in § 56 III StGB zu lesen, dass das Gericht gegebenenfalls „zur *Verteidigung der Rechtsordnung*“ auf eine ansonsten gebotene Strafaussetzung zu verzichten hat.

Bei der Genugtuung geht es um die Heilung im psychischen Bereich. Die Opferseite, empathische Nächste und auch die mitfühlende Allgemeinheit empfinden die Genugtuung als *innere Befriedigung*. Zu ihr zählen auch die *emotionalen Aufwallungen* von Rufen nach Gerechtigkeit und Racheempfindungen. Die Strafe zur Genugtuung bedient und zügelt also die Rache in der Form der wilden Selbstjustiz durch zivilisierte Staatsjustiz.

Der Idee der Genugtuung liegt zudem ein doppelter Strafzweck zugrunde, denjenigen der *emotionalen Befriedigung* und der der *sozialen Befriedigung*.

³⁷² Jelinek, Bedeutung, 1908, 129., und 131

Dieser Gedanke besitzt insofern schon einen *präventiven* Charakter, als er *Selbstjustiz* verhindern und die *Allgemeinheit* ruhigstellen soll. Dahinter verbirgt sich in der Sache nichts anderes, als die Strafi-*dee*, die Rechtstreue der Allgemeinheit durch vergeltende Strafe zu erhalten, und zwar dadurch, dass „Recht und Gerechtigkeit“ geschehen.

Die Brücke zwischen *Prävention* und *Vergeltung* bildet also der Umstand, dass sie beide auf „Recht und Gerechtigkeit“ abstellen, entweder zu einem weiteren höheren Ziele, wie dem *Schutz* der Gesellschaft, oder als *Selbstzweck*.

2. *Gerechtigkeit als Strafpflicht*: Grundsätzlich besteht eine *Schutzpflicht* des Staates, ausdrücklich für die Menschenwürde, Art. 1 GG, und ebenso für alle Freiheitsgrundrechte.³⁷³ So bildet auch die „Sicherheit einen Aspekt der Freiheit“.³⁷⁴

Aber daraus ergibt sich nicht zwingend eine Strafpflicht. Sie ergibt sich auch nicht allein aus der Überidee von der „Strafwürdigkeit“.³⁷⁵

Unstreitig kann Rechtsgüterschutz auch anders betrieben werden, wie die Begründung des *Bundesverfassungsgerichts* im Abtreibungsurteil zeigt, in dem es über eine *Strafpflicht* des Staats zu entscheiden hatte.³⁷⁶ Grundsätzlich werden die Freiheitsgrundrechte oder auch die Rechtsgüter vor allem durch polizeiliche Gefahrenabwehr und steuerliche Entlastungen ebenso wie durch Strafen erhalten und gepflegt. Auch staatliche Hilfen für die Opfer dienen diesem Zweck. Notfalls stehen den Bürgern die Not- und Selbsthilferechte offen, vor allem die Notwehr, § 32 StGB. Eigentlich müssten diese Fragen in jedem konkreten Falle geprüft werden, ob und welches Mittel die Rückfallgefahr erlaubt. Dies wäre dann die „Strafbedürftigkeit“ als Gefahrenabwehr, die die wertende Strafwürdigkeit ergänzt.

³⁷³ BVerfG 92, 26, 46 („Vielmehr verpflichtet sich der Staat auch, diese Freiheitssphäre zu schützen und zu sichern In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts“).

³⁷⁴ Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421 ff. (422), Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 2.

³⁷⁵ Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 53, 58, die im Sinne eines Oberbegriffes nach der „Strafwürdigkeit“ fragen und auch das „Rechtsgut“ als „zentrales Kriterium um eine gerechten Strafwürdigkeitsbestimmung“ ansehen, Rn 62.

³⁷⁶ So in seinem Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), Abs.-Nr. 55.

Mit der Strafe betreibt der Staat den Freiheitsrechtsschutz durch die Verletzung von Freiheitsrechten, ohne recht zu wissen, ob dieser Täter überhaupt wieder einmal straffällig sein wird. Zumal wer von der Willensfreiheit ausgeht, der kann diese Prognose kaum überzeugend fällen. Konsequenter wäre es, dann ein Maßregelrecht der Besserung und Sicherung im Sinne der § 61 ff. StGB zu entwickeln und kein Schuldstrafrecht vorzusehen.

Diesen Problemen³⁷⁷ können wir nur entgehen, wenn wir eine *grundsätzliche Strafpflicht* anerkennen.³⁷⁸ Diese Folgerung schließt mit ein, dass *andere Pflichten* auf derselben Ebene mit zu berücksichtigen sind, wie solche, die sich aus dem Gedanken der Achtung der Menschenwürde des Täters ergeben, etwa als Verbot der Todesstrafe, oder die aus der Idee der Solidarität im Sinne des gesellschaftlichen Zusammenhaltes entspringen, wie die Einführung der Sicherungsverwahrung. Insofern ist dann im *nächsten Schritt* nach einer „praktischen Konkordanz“ der Idee und der Pflichten, die sich daraus ergeben, zu suchen.

Dieses Strafgebot muss zumindest denselben Rang besitzen wie die Werteordnung. In der Tat ergibt es sich aus der Idee des Rechts (und damit auch des Rechtsteiles der Rechtsgüter). So erläutert das *Bundesverfassungsgericht* immerhin auch:

„In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts“.

³⁷⁷ In diesem Sinne fragt auch Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390 ff. : „Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?“ - die „eigene Vernunft“ des Strafrechts führt zu einer Strafpflicht.

³⁷⁸ Dazu ausführlicher Feltes, Strafanspruch, 2007, Teil 9. 1 ff. Feltes wendet sich, wie oben im Zusammenhang mit der Einordnung des Strafrechts als eines seltsamen, zumindest auch *vorkonstitutionellen Rechts*, schon angemerkt, gegen die Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip „für sich allein“, jenes sage nichts zum Mittel der Strafe, Teil 9. 8. Feltes selbst befürwortet die Ableitung aus der allgemeinen Schutzpflicht, Art. 2 I GG, Teil 9. 9., dort auch zur Erweiterung auf die überindividuellen Rechtsgüter. Dann aber müsste die Wirksamkeit für den *konkreten* Werteschutz nachgewiesen werden und es handelte sich beim Strafrecht um eine Art von polizeilichem Recht der Gefahrenabwehr. So betrachtet kommt die abstrakte Strafidee zur Erhaltung der Rechtstreue zu kurz. Auf dieser Ebene aber greift die auch dem *Rechtsstaatsprinzip* des Art. 20 GG *immanente* (und es auch überwölbenden) *Idee des gerechten Rechts*. Sie gebietet ein Gerade-Richten des Krummen, und zwar auch auf der ideellen Ebene der Werte.

Als materieller Kern des Rechts gilt die Idee von der *Gerechtigkeit*, die in Art. 20 GG verankert ist.³⁷⁹ So erklärt das *Bundesverfassungsgericht*:

„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...“

An anderer Stelle betont es zudem:

*„Das dem Täter auferlegte Übel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen, es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“*³⁸⁰

Der Täter erweist sich insofern als ein *Rechtssubjekt* im Wortsinne, er ist dem materiellen Kern des Rechts unterworfen. Daraus ergibt sich *seine Pflicht*, die Strafe zu ertragen. Begreift er sich als *autonomes Wesen*, so bildet die Gerechtigkeit, was immer im Einzelnen auch darunter zu verstehen ist, den Kern seiner eigenen Fähigkeit, sich selbst Gesetze zu geben. Sich an ihnen „ausrichten“ zu können, und sei es auch mit Schmerzen (Pein), gehört dann zu seinem Wesen. Der Täter wird dann also nach den Regeln seines eigenen Unrechtsbewusstseins (seines Gewissens oder Überichs) bestraft. Dieses erfasst typischer Weise die allgemeinen Normen, die er üblicherweise in seiner Laiensicht verinnerlicht hat. Die „Schuld“ zu tragen, weil er bei der Tat das „Unrechtsbewusstsein“ hat, ist dafür der übliche Ausdruck.

Das *Bundesverfassungsgericht* hebt in seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl (2015) hervor:³⁸¹

³⁷⁹ BVerfG 39, 1 ff.

³⁸⁰ BVerfG 110, 1, 13.

³⁸¹ Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55 „Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips. Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfG 20, 323 <331>; 133, 168 <198 Rn 55>). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (BVerfG 95, 96 <130>). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfG 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. BVerfG 84, 90 <121>). Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen in dem Grundsatz aufgenommen, dass keine Strafe ohne Schuld verwirkt wird (BVerfG 95, 96 <130 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>). Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander

„Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips. Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (...). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (...).

...Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).“

3. *Gerechtigkeit und Tatstrafrecht.* Die Strafpflicht entstammt aus der uralten Gerechtigkeitsidee. Schon *Platon*, *Aristoteles*³⁸² und *Kant* sehen die Gerechtigkeit einprägsam als das Gerade-Rücken von etwas Krümmem, und zwar je nach ihrem Blickwinkel staatspolitisch gewaltsam oder zivil und normativ.³⁸³ Ist der Ausgleich nicht in anderer Weise zu erlangen, so ist strafweise vorzugehen. Ist ein allgemeiner *Geltungsanspruch* verletzt, so dient die Strafe der Bekräftigung dieses Geltungsgeltungsanspruchs. *Kant* sieht das Strafgesetz als einen *kategorischen Imperativ*.³⁸⁴ Dieses allgemeine Handlungsgebot, etwas gerade zu richten, steckt zudem im strafrechtlichen *Schuldprinzip*. Die Tatschuld steht zwar mit Art und Gewicht des betroffenen Rechtsgutes in einer engen Beziehung. Wir nutzen die Rechtsgüterlehre gerade auch für die Bestimmung des Unwertgehaltes, und zwar des Tatbestandes im Abstrakten wie im Konkreten des verschuldeten Unwertes.

abgestimmt sein (vgl. BVerfG 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. BVerfG 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>; 133, 168 <198 Rn 55>). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (vgl. BVerfG 45, 187 <253 f.>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>).

³⁸² Siehe erneut: 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").

³⁸³ 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.

³⁸⁴ Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 421.“

Aber die Grundidee dieses Übel, die Tatschuld *auszugleichen*, beinhaltet die uralte Idee der Gerechtigkeit, etwas gerade zu richten. Dieses Krumme, das gerade zu richten ist, stellt nicht einmal die *Tatschuld*, sondern vor allem die *Unrechtstat* dar.³⁸⁵

Stübinger, der von *Hegel* ausgeht, denkt -jedenfalls im Ansatz- ähnlich: Ohne den Begriff eines legitimen Rechts lasse sich deshalb „über Unrecht und Strafe schon im Ansatz gar nicht weiter sprechen“.³⁸⁶ Die Legitimität ergibt sich dabei in Anlehnung an *Hegel* aus der formalen Rechtsidee des Geraderückens, als „Negation der Negation“, und der inhaltliche Gegenstand ist, wie der Begriff der Freiheitsstrafe schon zeigt, auf eine Tat ausgerichtet, die die *Freiheit* in unvernünftiger Weise einschränkt.

Diese Sichtweise verlangt auch keine gesonderte Rechtsphilosophie, sondern steht mit dem Rechtsverständnis der deutschen Verfassung im Einklang, und zwar derart, wie das *Bundesverfassungsgericht* das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG auslegt.

Die beiden Thesen lauten also im Verbund: Die Idee von der Unrechtstat ist vor allem im Besonderen Teil des deutschen Strafrechtsgesetzbuches *absolut gesetzt*, so wie es die *Tatbestände* des Strafgesetzbuches belegen, und mit dem Strafrecht als Recht gilt auch die *Idee des Rechts* als ein höchstes Dogma, mit dem Recht das Unrecht auszugleichen.

4. Dieselbe Art von Gerechtigkeit kennen wir auch in anderen Rechtsgebieten: Wer im Zivilrecht „Freiheiten“ gibt, dem werden im einfachen Austauschvertrag gleichwertige Freiheiten gegeben. Wer sich unter den Schutz einer Gesellschaft stellt oder zumindest unter ihm steht und wer bereit ist, ihr seinen Tribut zur Umverteilung zu geben, dem werden von ihr etwa auch Schutz und Notversorgung gewährt. Aber wer Freiheiten zu geben verweigert, dem werden Freiheiten verweigert. Dies gilt jeweils als streng gerecht im Sinne der einfachen Wechselseitigkeit. Sie heißt Tauschgerechtigkeit, *iustitia commutativa*³⁸⁷, oder

³⁸⁵ Vgl auch: Wolf, J.-C., Strafe, 2003, 199 ff. , („Strafe als Wiederherstellung eines Gleichgewichts“, 199 f.).

³⁸⁶ Stübinger, Strafrecht, 2008 , 293.

³⁸⁷ Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911, , Buch V, 5.-7. Kap., 1129 f., 1131. („Von der *partikulären Gerechtigkeit* aber und dem ihr entsprechenden Rechte ist eine Art die, die sich bezieht auf die *Zuerteilung* von Ehre oder Geld oder anderen Gütern, die unter die

auch Vergeltung, in der wertfreien Spieltheorie „Tit for Tat“³⁸⁸ und gilt im Positiven wie im Negativen.

Die einfache *Strafgerechtigkeit* besteht also im Verbund von *actio und reactio* mit dem Ziel des Ausgleichens.

So betont etwa *Lampe*³⁸⁹ in seiner Strafgerechtigkeitslehre an erster Stelle, die gerechte Strafe soll „nach der Regel der Polarität das Unrecht der Tat ausgleichen“. Zwar fügt er dann noch an, sie müsse „nach der Regel der Dominanz die vom Unrecht erschütterte Normgeltung bestätigen, und nach der Regel der Vorsorge die Allgemeinheit vor weiteren Unrechtstaten sichern“. Dabei übersieht *Lampe* noch die Funktion aus der sittlichen Sicht des autonomen Täters, der sich in Widerspruch zu den eigenen Normen setzt, die in der Regel mit denen der Allgemeinheit -grundsätzlich- übereinstimmen, schon deshalb, weil er zumeist in dieser Gesellschaft selbst weiterleben will. Auch fasst *Lampe* schlagwortartig zusammen, die Funktion der Strafe sei also die „Wiederherstellung des Rechtszustandes in einer Gesellschaft“. Aber der einfache Kern des Rechts selbst liegt noch weiter vorn, es geht um das blinde Gerade-Richten von etwas Krummem, und zwar positivistisch wie immer und von wem immer auch das Krumme als krumm bestimmt werden mag.

Die Gerechtigkeit des Ausgleiches erweist sich zugleich als ein Wert an sich, der wie das Dreifaltigkeitscredo von Freiheit, Gleichheit und Solidarität nahelegt, der die dynamische Ausprägung der Gleichheitsidee zum Inhalt hat und der zumindest auch als *ein* Höchstwert an sich zu verstehen ist.

Staatsangehörigen zur Verteilung gelangen können – denn hier kann der eine ungleich viel und gleich viel erhalten wie der andere –; eine andere (1131a) ist die, die *den Verkehr* der Einzelnen unter einander regelt.“). Zudem aus der Sicht der *Philosophie* des Rechts: Höffe, *Gerechtigkeit*, 1987, 30 f. er trennt 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 alle über die Rechtsidee miteinander verwoben seien). Zusammenfassend aus der Sicht der europäischen Rechtsphilosophie: Coing, *Grundzüge*, 1993, 15 f.

³⁸⁸ Lampe, *Strafphilosophie*, 1999, 180 (*Der „Grundsatz causa aequat effectum: „TIT FOR TAT“, wie Du mir so ich Dir. Er lässt sich nicht von einem Ziel, sondern von einer Ursache leiten“*). Dazu, unter anderem zu „Tit for Tat“ und seinen Grenzen, ausführlicher: Montenbruck, *Präambel-Humanismus, Zivilreligion I*, 2015, 327 ff. (7. Kap. III „Gerechtigkeitsnaturalismus 1: „Druck und Gegendruck“, „goldene Regel“, und „Tit for Tat“ als evolutionäres Kooperationsprinzip“).

³⁸⁹ Lampe, *Strafphilosophie*, 1999, 166 f.

5. *Kritik.* Der bekannte Einwand lautet, dass der Ausgleich zur Verdoppelung des Übels führt, als Tatübel und Strafübel.

Replik. Für deren *gute Bewertung des Strafens* bieten sich -zunächst einmal und aus herkömmlicher Sicht auf die *Vergeltungslehre*- drei Lösungswege an, die einander am Ende wieder ergänzen werden.

Den einen Weg bietet die Abwägung von Nachteilen und Nutzen und somit der Utilitarismus des größeren Nutzens oder eines „Gutes“³⁹⁰, und zwar vor allem für das *Gemeinwohl*.³⁹¹ Dies ist eine *soziale* und damit generalpräventive Sicht, die statt Gleichheit und Gerechtigkeit das Ideenpaar der Solidarität und Gesellschaft als Höchstwert begreift und ihm das gerechte Ausgleichen unterordnet.

Der zweite Ansatz geht von der Freiheitsidee und somit von der Autonomie des Täters aus. So hat der Täter *mit der Tat* und also auch selbst und autonom seine Freiheitsrechte eingeschränkt. Er wusste von der Strafbarkeit vorher (Art. 103 II GG) und hätte anders handeln können. Er hat sich also *selbst das Übel* auferlegt, sodass man eigentlich auch fragen könnte, ob der Strafurteil und Vollzug dann überhaupt noch eine Freiheitsentziehung darstellen. Denn der Täter hat sich selbst mit der Tat schon zuvor die Freiheit selbst entzogen. Das Strafurteil stellt dieses nur fest und der Vollzug realisiert nur den normativen Anspruchsverlust, den der Täter mit der Tat ausgelöst hat.

Der dritte Weg ist schon beschrieben: Die Gerechtigkeit stellt als Idee einen Wert und im Recht ein Subsystem an sich dar. Die blinde Mechanik des Ausgleiches, *actio gleich reactio*, nimmt Bezug auf ein intern *wertfreies*

³⁹⁰ Lampe, Strafrechtsphilosophie, 1999, 180 mit Fn. 56, der insoweit konsequent auf Bentham, Introduction, 1780/1948, 148 („But all punishment is a mischief, all punishment is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far it promises to exclude some greater evil“)

³⁹¹ Dieser Ansatz ist allerdings älter, vgl. Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 218, u. Hinw. auf Pufendorf, *jure naturae*, 1672, Kap. 3, §§ 23 bis 24; Pufendorf habe schon vor Beccaria, Bentham und Feuerbach gefordert, die Strafe an der „*utilitas rei publicae*“ zu bemessen, zugleich mit der Forderung, die Präventionstheorien nicht allein mit dem britischen Utilitarismus und die Vergeltungstheorien nicht allein mit Kant und einem etwaigen deutschen Sonderweg zu verbinden.

Regge, Kriminalstrafe, 1989, 227 ff., 237, weist darauf hin, dass Elemente der Theorie vom psychologischen Zwang in Umrissen bereits in den Lehren von Hobbes, Pufendorf und noch deutlicher bei Achenwall (1719 - 1772) aufgetreten seien.

natürliches Gesetz, das eigentlich *physikalischen* Ursprungs ist und auch in jeder mathematischen *Gleichung* steckt.

Die gesamte Dreifaltigkeit von (egoistischer) Freiheit, (gerechter) Gleichheit und (fürsorglicher) Solidarität gehört, mit welchem *Schwerpunkt* auch immer, am Ende zusammen.

6. *Weitere Diskussion*. Zudem ist ein weiterer *Kritikpunkt* mit zu bedenken: Mit dem Gedanken von *actio* und *reactio* findet eine -allerdings übliche und bewusste- *Reduktion der Komplexität* statt, die wir als positives Vergelten auch als Einzelakte der Kommunikation oder der Kooperation oder als Interaktion und dann auch als Tauschgerechtigkeit auf dem Markt kennen. Die *Komplexität* des *Lebens* in einer bestimmten *Umwelt* zerlegen wir in *kleine kontrollierbare Aktionen*.

Ausgeblendet wird *zunächst*, dass die Tat von einem Akteur begangen wird, also vor allem einem *einzelnen Menschen*, und dass sie innerhalb einer bestimmten Umwelt stattfindet. Diese vor allem *soziale Umwelt* reagiert dann auch, vor allem als kollektiver Akteur, weil sie und ihre Mitglieder von der Aktion des Täters betroffen sind. Dasselbe gilt auch für den Gegenakt der Strafe, sie trifft in Wirklichkeit einen einzelnen Menschen innerhalb einer bestimmten Gesellschaft.

Eine *Replik* lautet: Eben deshalb legen wir die *Tat* und auch die *Gegentat anschließend* nach Sinn und Zweck für den Einzelnen nun für die Gesellschaft passend aus. Aber der *Kern der Strafgerechtigkeit* besteht im Gerade-Richten einer krummen Tat. Aus ihr ergibt sich die Strafpflicht.

Methodisch wird zugleich deutlich, dass die *Strafpflicht* sich zwar aus der *jeweils* für vorrangig erachteten *Strafbegründung* ergibt. Wer etwa dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes den Vorrang einräumt, wird zunächst einmal daraus die Strafpflicht ableiten. Doch die Idee des Rechtsgüterschutzes beinhaltet ihrerseits zugleich der Idee des *allgemeinen Rechts*, das Krumme gerade zu richten.

Auch bereits die angeblich rein relativen Straftheorien von *Feuerbach* und *Liszt* bewegen sich, wie zu zeigen war, in einem Gesamtkonzept, zu dem auch die

Anerkennung der Rechtsidee des *allgemeinen Gesetzes* zählt. Die Idee des allgemeinen Gesetzes bildet im Kern nichts weiter als den verobjektivierten *kantschen kategorischen Imperativ* für das gute Verhalten. In ihm wiederum steckt dann als *Folge* auch das Gebot des Gerade-Richtens des Krummen. Recht ist kein Recht, wenn es nicht auch der *Ausrichtung* dient.

Der freie Willen des Täters bildet die Grundlage. Aber seine zusätzliche Fähigkeit zu *Autonomie* führt dazu, dass er selbst mit der Tat die Strafe auslöst, gleichsam wie eine Lawine. Er bestraft sich selbst, und zwar in einer Art von *mittelbarer Täterschaft*, durch das „ewige“ *Gesetz der Gerechtigkeit im Sinne der Wechselseitigkeit (Reziprozität)*, das *in ihm selbst wohnt* und das hier zudem als eine Art von höchstem objektiven allgemeinen „Naturgesetz“ auftritt. Praktisch nachgefragt, gibt es viele erwachsene Menschen, die den einfachen Gedanken der *Tauschgerechtigkeit* nicht kennen oder die nicht einmal das Gefühl von Ungerechtigkeit oder Unfairness³⁹² gespürt haben?

7. *Wechselseitigkeitsidee als Gemeinschaftswert*. Hier allerdings wird die Idee von der Wechselseitigkeit nicht als ein Ausgleichsgebot wie sonst üblicherweise im Konkreten verwendet. Es gilt zunächst auf der abstrakten Rechtsebene als ein Prinzip.

Das Ausmaß der Verletzung des *Geltungsanspruchs* eines Rechtsguts oder mehrerer Rechtswerte ist *auszugleichen*. Hinzu kommt auch der Angriff auf die *Geltung von Recht* als solchem, das als ein *Gemeinschaftswert* zu deuten ist.

Folgerichtig ist auf die Handlungen von Rückfall- oder Mehrfachtätern auch nachdrücklicher zu reagieren.

Der Adressat ist aber bei allen vorrangig generalpräventiven Strafdeutungen die Allgemeinheit und nur mittelbar der Täter. Das *Signal der Strafe* sendet die Allgemeinheit *an sich selbst* und es dient ihr zur Selbstvergewisserung. Eine solche Missachtung eines elementaren Wertes *soll nicht sein*. Dafür bedarf es aber noch keiner Strafe, also einer weiteren Werteverletzung unsererseits, also von Seiten der Strafenden.

³⁹² Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 910 („neurologisch verankertes „Fairnessgefühl“-Hervorhebung im Original).

In Anlehnung an *Hegel* setzen wir der *Negation* des Rechts durch den Täter *symbolisch* die *Negation* der Rechtsgüter des Täters entgegen. Dabei agiert für uns Demokraten unser Rechtsstaat. Wir, die Demokraten lassen strafen, um uns selbst *bildhaft* mit *eigenen Schmerzen* und über die festen Riten des Prozesses zu *zeigen*, welche unserer Werte betroffen sind und in welchem Maße der Täter, in der Regel ein Mitdemokrat und Mitglied der Allgemeinheit, diese Werte, genauer ihren Achtungsanspruch beeinträchtigt hat.

Die alten *spiegelnden* Strafen wie das Abschlagen der Hand des Diebes sind heute nur scheinbar überholt. Sie scheinen auf den ersten Blick zwar *gleichwertig*.³⁹³ Aber auf den zweiten sind Tat und Strafe abstrahiert und auf der Ebene der *Freiheit* gilt sogar immer noch: Der Täter nimmt fremde Freiheit und die Strafe nimmt ihm seine Freiheit. Aber die Symbolik des Gleichen verblasst auf dieser Ebene.

Auf der Ebene der Allgemeinheit zuende gedacht, strafen wir uns also vor allem selbst und büßen auch selbst, indem wir die elementaren Rechtswerte *eines Mitgliedes der Allgemeinheit* (der demokratischen Nation oder der gesamten Menschheit) opfern.

Der Einzelne bildet dabei beides, er ist bloßes Mittel zum Kommunikationszweck und zugleich ein Teil der Allgemeinheit der demokratischen Subjekte.

Diese Logik der Selbstbestrafung ist nicht unbekannt. Sie spiegelt die Schuldstrafe, wenn wir erklären, der Täter habe schon mit seiner Tat die Strafe verwirkt. Er bestraft sich also selbst, sodass es nicht wir sind, die strafen.

Damit wollen wir nicht nur den Achtungsanspruch bekräftigen, den der Täter mit seiner Tat bedroht hat; wir dienen und gehorchen zugleich der Rechtsidee der *ausgleichenden Gerechtigkeit*, indem wir sie im Abstrakten wie auch im Konkreten ausüben.

Allerdings provoziert diese, wie jede starke Idee auch eine mächtige Gegenidee. Zum Recht gehört die Humanität, früher als Pole von Recht und Gnade (oder

³⁹³ So aus der Sicht der Strafgerechtigkeit etwa auch Lampe, *Strafphilosophie*, 1999, 168,

Barmherzigkeit oder Solidarität).³⁹⁴ Neben der Tauschgerechtigkeit kennen wir auch die zuteilende Gerechtigkeit. Die Strafenden können, weil im Willen frei, vor allem aus humanen Gründen die Strafen auch mildernden und auf die Todesstrafe verzichten. Aber die Begründung des Strafens und damit die *Strafpflicht des Vernünftigen* beruht, anders als ein etwaiger Strafverzicht, auf der Rechtsidee.

Dazu bietet es sich an, die *Gerechtigkeit* als Teil der *Rechtsidee* des Art. 20 GG zu lesen und die Idee der Gerechtigkeit -insofern- als *Gemeinschaftswert* zu verstehen.

8. *Zivilisatorischer Überbau*: Aber da wir den Täter als Mitmenschen ansehen und in einer zivilisierten Gesellschaft leben wollen, so *mildern* und *zivilisieren* wir die an sich gerechte Strafe. Um allerdings zu bestimmen, was denn krumm und was gerade ist, bedürfen wir ethischer und Nützlichkeits-Maßstäben, die wir von außerhalb des formalen Rechts beziehen. Vereinfacht muss das Recht beidem, der *Freiheit* des einzelnen Menschen (Art. 1 I GG) dienen und helfen, die *Solidarität*, als Kernanforderung an eine menschliche Gemeinschaft, zu gewährleisten (Art. 20 I GG).

Die strenge Gerechtigkeit als Wechselseitigkeit allein reicht also nicht. Der die blinde Gerechtigkeit überwölbende Verbund lautet „*Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“. Gleichheit als blindes Ausgleichen bildet den Kern der Gerechtigkeit, aber die Gerechtigkeit erhält Einzelwerte, Sinn und Maßstäbe erst durch die kreative Freiheit des *Individuums* einerseits und die mitfühlende *Solidarität* und die Bedeutung der *Gemeinschaft* andererseits. Solche Werte, die Individual- wie die Gemeinschaftswerte, kann das Recht dann wiederum in Rechtsform ausprägen und institutionalisieren.

9. *Fazit*. Am Ende steht also eine kulturelle Güterabwägung oder auch eine praktische Konkordanz von *gerechtem Recht* und *empathischer Humanität*. Das Ergebnis lautet für unser Strafrecht, Strafrecht darf nicht nur sein, sondern

³⁹⁴ Zur Sicht Hegels siehe Seelmann, Räume, 2014, 389 ff.. 390 ff. („Verzeihung im weiteren Sinne als Element der Nützlichkeit: Festigung der Gesellschaft und Bedarf der Strafe (§218 der Rechtsphilosophie“).

*Strafrecht muss sein*³⁹⁵, aber in humaner Form und nur mit bestimmten formalen gesetzlichen Vorgaben.

IV. Schutzidee und Selbsterhaltung, utilitaristische Strafbegründung über Notlage und Güterabwägung (*Frisch*); Begrenzung der Strafe über die absolute Menschenwürde

1. *Einleitung*. Vom Sinn und Wert des Strafens ist formal zum Zweck- und Schutzdenken hinüber zu wechseln. Damit ist aus generalpräventiver Sicht die *Sozialschadenslehre* weiter zu betrachten. Strafe muss danach nicht gut, sondern nützlich sein, am besten notwendig, also eine Art von Sachzwang darstellen.

Aber dass die „praktische Vernunft“ am Ende nach beiderlei Arten von Gründen verlangt und sie kaum trennbar vermischt vorhält, zeigt sich schon beim Begriff des Rechtsgüterschutzes und der Gerechtigkeitsidee als Teil der (westlichen oder auch jeder) Gesellschaftsidee.

Das Vergelten findet noch um seiner selbst willen statt, also im Sinne der Gerechtigkeitsidee. Es ist rückwärtsgerichtet und war ursprünglich vor allem von konkreter Art (Auge um Auge). Das konkrete Geraderichten gilt als *Endziel* oder auch als *Selbstzweck*. Das Vergelten ist eigentlich mechanisch und blind, also zweckfrei. So hat schon *Platon*³⁹⁶, an dessen *Zweifel Stratenwerth* erinnert³⁹⁷, gefragt, ob dieses Strafen nicht eine vernunftlose Rache sei, eine sinnwidrige und am Ende zerstörerische Reaktion. Aber *Platon* hat sich auch für das Gerade-Richten ausgesprochen, das als die vernünftige Reduktion für das wilde Rächen zu betrachten ist. Davon abgesehen dürfte auch die Drohung mit der Rache eines Familienverbandes dieselbe Art von abschreckender Wirkung

³⁹⁵ Dazu die Schrift des früheren Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts und Strafrechtslehrers Hassemer, „Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer“, Hassemer, Strafe, 2009 („...fundamentale Regeln, die nicht ausdrücklich in der Verfassung stehen, die jedoch unsere Rechtskultur ausmachen, an der unser Herz hängt: Regeln, deren systematische Verletzung uns in eine andere Art von Alltagswelt und Gesellschaft katapultieren würde und die die allermeisten von uns deshalb nicht ertragen könnten.“). Dazu die sozialliberale Kritik von Pawlik, Hassemer, 2009, 1 f., 1 f., der diesen Satz aufgreift. Beide haben Recht. Es handelt sich um eine *althergebrachte* kulturelle Vorgabe, die nur mit einem mächtigen Kulturwechsel zu ändern wäre, die vermutlich auch mit einer anderen Lesart der Kernnormen des deutschen Grundgesetzes einher gehen müsste.

³⁹⁶ Platon, Protagoras, (Eigler), 1990, 324 a, b.

³⁹⁷ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011. § 1 Rn 2.

besitzen wie die Sanktionsdrohungen des Staates. Daran ändert nichts, dass beide Drohungen auch zu missbrauchen sind.

Deshalb ist das *nachträgliche* Vergelten von dem allein nach *vorn* blickenden Schutzgedanken zu trennen. Der Schutzgedanke geht auf der generalpräventiven Ebene mit der Idee vom Sozialschaden einher. Allgemein geht darum, die Existenz und den Handlungsfreiraum von souveränen Akteuren oder Personen zu schützen. Alle Lebewesen schützen sich selbst oder werden untergehen. Die Schutzidee ist also eng mit dem *biologischen Selbsterhaltungsprinzip* verbunden. Im Recht können es kollektive Personen sein, wie die Gesellschaft, oder der exekutive Staat, oder individuelle Personen, wie der Einzelne, oder etwa auch juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts.

Rechtsinstitute wie die Notwehr oder der rechtsfertige Notstand stehen für diesen Schutzgedanken, sei es als Selbstschutz oder als Schutz dritter Personen.

Die Idee vom Rechtsgüterschutz begreift die Rechtsgüter als solche der „Allgemeinheit“. Diese gilt es -am Ende- zu schützen; sie ist die eigentliche Trägerin des Rechtsgüterschutzes. Ihr vages und vieles umfassendes Wesen wird dabei umgekehrt durch die verschiedenen Rechtsgüterarten bestimmt.

Der Rechtsgüterschutz ist in seiner *Schutzform* lediglich auf die *Prävention* ausgerichtet und verlangt für sich allein auch nicht einmal eine der Wertverletzung angemessene Strafe.

Das Maß des Schutzes bestimmt Art und Umfang des Präventionsbedürfnisses (falls dies denn überhaupt einigermaßen zu bestimmen ist). Besteht also nach der Tat keine Gefährdung für die Rechtsgüter mehr, etwa weil das Dritte Reich oder das DDR-Unrechtssystem untergegangen ist, so bedarf es -allein danach- keiner Sanktion, auch nicht für Tötungsdelikte.

Auch bilden alle *konkreten* Sanktionen eher eine *Maßregel der Besserung und Sicherung* denn eine Strafe im herkömmlichen Sinne. Sie dienen aber der Allgemeinheit.

Wer nun mit guten Gründen meint, Gerechtigkeit durch Vergeltung zu üben, habe auch eine *generalpräventive Wirkung*, der gelangt auf dem Umweg über die *Gerechtigkeitslehre* zum Rechtsgüter- und zum Schutz der Allgemeinheit. Aus der Sicht der *vagen Vereinigungstheorie* bietet es sich an, solche Querverbindungen zu ziehen und damit ihre Komplexität zu nutzen. Reine Einzellehren erlauben Querbezüge jedoch nicht. Sie müssen dafür nicht den logischen Preis der Widersprüchlichkeit entrichten.

2. *Sozialethische Erwägungen*. Das Strafen, zumal das Recht dazu, beruht dennoch auf der Grundannahme, dass es entweder richtig, gerecht und deshalb vernünftig und, beziehungsweise oder, wenigstens notwendig und deshalb vernünftig ist. Egal, ob als Grund oder als Zweck gedacht, ist die Strafe auf etwas letztendlich Vernünftiges und insofern *Gutes* ausgerichtet. Verobjektiviert müsste das Strafen -zumindest auch- ein *höheres Gut* schützen, *ultima ratio* darstellen und einer Notwendigkeit entspringen. Es müsste also wenigstens eine latente *Gefahren-* und *Notstandslage* entsprechend § 34 StGB im Sinne von *Frisch* gegeben sein.³⁹⁸

Dadurch unterscheidet das Strafen sich (a) als absoluter Grund gedacht vom grausamen Quälen als Selbstzweck und (b) von der zweckgerichteten Folter. Diese erfüllt aus der Sicht des Strafrechts den Tatbestand der der Nötigung gem. § 240 StGB, so dass deren Rechtswidrigkeit zu prüfen ist. Sie dient (dies einmal unterstellt) insofern zwar einem höheren Zweck, ihre *Verwerflichkeit* ergibt sich aber aus der Zweck- Mittel-Relation Diese Bewertung ist ihrerseits unmittelbar auf die „sozialethische Missbilligung“³⁹⁹ der Folter zurückzuführen, die zudem auch das entsprechend gedeutete Verfassungs- und Konventionsrecht untersagt.

³⁹⁸ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 369, i.V.m. der Erläuterung 123, in der er nicht nur auf § 34 StGB hinweist, sondern auch auf die „Übereinstimmung mit allgemeinen wertethischen Prinzipien“, und insoweit verweist auf Hartmann, Ethik, 1925, 267 ff., 349 ff., 353, 512 ff.; 524; Scheler, Formalismus, 1913/16, 107 ff., 125 ff.

Auf den Gedanken des „überwiegenden Interesses“ weisen auch Nowakowski, Rechtsstaatlichkeit, 98 ff., 103 ff.;

Zur „verfassungsrechtlichen Gewährleistung und Kontrolle“ der entsprechenden staatlichen Schutzpflicht bezieht sich Frisch auf BVerfG 16, 194 ff. (202); 17, 108 ff. (117); 70, 297 ff. (311 ff.); 76, 1 ff. (51).

³⁹⁹ Eser/Eisle - Schönke/Schröder, 2014 § 240, Rn 17 ff.; oder: erhöhter Grad der sittlichen Missbilligung; zur Gesamtwürdigung des Wertverhältnisses und des „sachlichen Zusammenhanges von Mittel und Zweck“: BVerfG 73, 247, 255; vgl. auch schon BGH 2, 194, 196.

Die Rechtfertigung der Strafe spiegelt also nicht nur die Problematik der Verwerflichkeitsprüfung der Nötigung und der Erpressung wider, §§ 240 II, 253 II StGB. Die Strafe erfüllt auch selbst die Voraussetzungen der *Nötigung*. *Feuerbach* spricht insofern zu Recht für das Strafgesetz vom psychischen Zwang.

Die herkömmliche Rechtfertigung der Übelzufügung zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes bietet der *utilitaristische* Ansatz. Mit *Benthams* Worten ist die Strafe nur hinzunehmen, um ein größeres Übel zu verhindern⁴⁰⁰. Mit dem *Bundesverfassungsgericht* ist zu ergänzen: Strafe muss die ultima ratio des Staates darstellen.

Denselben Ausweg der Güterabwägung betritt *H. Mayer*, wenn er das Johannes-Evangelium zitiert: „*Es ist auch besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe*“⁴⁰¹. Auch *Hegels* Erwägungen lassen sich im utilitaristischen Sinne lesen. Zunächst beschreibt er das Problem: „So kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes vorhanden ist“, um dann zu erklären, der Zwang, den der Verbrecher erleide, diene durch die Manifestation der Nichtigkeit des Verbrechens der Wiederherstellung des Rechtes.⁴⁰² Die Wiederherstellung des Rechtes lässt danach das dem Täter angetane Übel als „vernünftig“ erscheinen.

Dieser Fluchtweg aus der Widersprüchlichkeit endet aber jenseits der dreisäuligen Vereinigungstheorie: Das Überwiegen eines Interesses ist nur mit Hilfe eines einheitlichen *Maßstabes* festzustellen. Das Übel, das den Mörder trifft, steht fest, es ist der langjährige Freiheitsentzug. Ist aber, so ist zu fragen, die mögliche Wiederholungsfahr oder die Erschütterung der Rechtstreue ein größeres oder im Sinne des § 34 StGB eine erheblich größeres Übel? Es wäre auch denkbar, dass es nur ebenso groß ist. Wird die Strafe als Rechtsnachteil gewertet, dann erscheint demgegenüber die Wahrnehmung elementarer Menschenrechte und auch das Verständnis der Menschenwürde, die von Verfassungen wegen als unveräußerlich gilt, als eindeutig geringer wertig angesetzt.

⁴⁰⁰ Bentham, Introduction, 1780/1948, 75, 83, 170 f.

⁴⁰¹ Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 65.

⁴⁰² Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 78.

Wer, wie der Utilitarismus, offen das allgemeine Wohl und somit den Schutz der vergeistigten *Gemeinschaft* und ihrer Rechtsgüter oder mit *Hegel* objektiv das *Recht selbst, den vernünftigen Staat* oder wer auch nur kollektiv die *Rechtstreue* der Allgemeinheit schwerer wiegen lässt als die Menschenwürde des Einzelnen, bedient sich eines entsprechenden Wertmaßstabs. Seine Maxime lautet: Das *Gemeinwohl* oder auch die Idee der *Heilung des Normbruchs* gehen notfalls vor. Der Versöhnung dient die Strafe auf dieser Ebene. Der Boden der sogenannten Vereinigungstheorie ist aber verlassen. Es regiert unmittelbar die Generalprävention oder ein Wert, auf den sie zurückzuführen ist.

3. *Einige Thesen.* Deshalb sind die folgenden Thesen aufzustellen:

(1) Die Idee des Strafens zum Rechtsgüterschutz ist mit dem Schutzgedanken von präventiver Art. Da sie den Schutz von allgemeinen oder abstrakten Werten bewirken will, ist sie von generalpräventiver Art. Dabei wird unterstellt, dass das Strafen von Einzelnen auch tatsächlich dazu geeignet ist, Rechtsgüter zu schützen

(2) Die Rechtsgüterlehre verweist vereinfacht und binär auf zwei Güterarten, diejenigen des *Individuums* und diejenigen der *Gemeinschaft*. Komplexer und verfassungsrechtlich in einer Demokratie geboten ist die Trennung von Staat und kultureller Gesellschaft und somit die Erweiterung auf drei Höchstwerte: diejenigen des Einzelnen, des realen Staates und seiner elementaren Strukturen und der vergeistigten und uneigennützigen Allgemeinheit.

(3) Rechtsgüter sind halbeigenständig. Sie bilden einerseits *eigenständige Werte* „an sich“ oder „Endzwecke“. Andererseits liegt der Vorstellung vom Rechtsgüterschutz auch eine grobe *Werteordnung* zugrunde, die eine interne *Abwägung von einzelnen Gütern* erlaubt. Dies verdeutlichen der rechtsfertige Notstand und die Strafraumgruppen sowie die Einteilung in Verbrechen und Vergehen mit zeitiger Freiheitsstrafe sowie der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord und Hochverrat (§§ 211, 81 StGB und Völkermord, §§ 6 VStGB)

(4) Sinnvoll zur Begründung von Strafe ist die Rechtsgüterlehre nur, wenn auch insofern eine Abwägung erfolgt. Sie drückt ethische Gedanken aus, die auf der Verfassungsebene die Grundrechtseingriffe rechtfertigen. Mit strafrechtlichen Begriffen gefasst, lauten sie:

Das Strafen ist aufgrund von *Notstandlagen* zu rechtfertigen. Strafen ist – grundsätzlich - zur Abwehr von Gefahren für die Rechtsgüter geeignet und als *ultima ratio* auch notwendig.

Die Abwägung trifft die Legislative dann im Einzelnen. Die Rechtsgüter des einzelnen Täters, hier das Leben in Freiheit für lange Zeit oder auch ein konkreter Vermögenswert, sein Geld, treten im Konfliktfalle zurück, und zwar zugunsten *höherer allgemeiner Werte*. Seine *konkrete* Freiheit und sein Eigentum unterliegen dem Schutz der Werte *allgemein*. Vereinfacht geht der Schutz der Allgemeinheit unter diesen Vorsetzungen dem Schutz des Einzelnen vor.

(5) Man kann gut damit argumentieren, dass der *Täter* mit der Tat selbst *seine Freiheit gefährdet hat*, indem er die Tat im Wissen um die möglichen Folgen begangen hat. Aber daraus zu streng zu schließen, dass er sich selbst seine Freiheit genommen hat, er also eigentlich gar keine Freiheit mehr hat, die man ihm nehmen könnte, er sich also selbst einsperrt, erscheint unreal. Es gilt auch hier analog der Unterschied zwischen dem freiwillig vereinbarten Schuldvertrag und der gewaltsamen Vollstreckung eines Schuldtitels. Man kann nur analog sagen, der Täter schuldet der demokratischen Gemeinschaft den Freiheitsentzug oder die Geldstrafe. Nur diesen Umstand kann man dann bei einer umfassenden Güterabwägung analog zu § 34 StGB mit einrechnen. Man kann auch erklären, dass er selbst den *Rechtsschutz* seiner Güter vermindert. Aber Rechtsgut bleibt seine mit seiner Person verbundene, also eine verkörperte Fortbewegungsfreiheit. Dritte dürften sie ihm zum Beispiel nicht nehmen.

(6) Dennoch geht insofern das Gemeinwohlinteresse an den betroffenen Rechtsgütern im Notfall dem Eigenwohlinteresse an den Rechtsgütern Fortbewegungsfreiheit und Vermögen vor! Zugleich aber legt dieser Ansatz die allgemeinen Werte offen, die schützenswert sind. Er hilft, das Unrecht über den Unwert mit zu bestimmen.

5. *Zur Verfassungswidrigkeit*. Für sich allein betrachtet erscheint die Idee vom Strafen, um Rechtsgüterschutz zu betreiben, als offenkundig verfassungswidrig. Denn danach würde der Einzelne *exemplarisch* als Opfer auf dem Altar höherer

Werte seine Freiheit oder sein Geld einbüßen müssen. Er würde bloß als Mittel für einen höheren Zweck geopfert, Art. 1 I GG.

Diese generalpräventive Sichtweise trägt auf den zweiten Blick dennoch, wenn und weil sie innerhalb der *Vereinigungstheorie* eingesetzt wird, der Täter also nicht bloß ein Mittel ist.

Zweitens ist die Strafe zusätzlich etwa durch die *Menschenwürdeidee abgesichert*. So muss dem Beschuldigten im Prozess und dem Strafgefangenen auch noch im Vollzug seine Stellung als *Rechtssubjekt* garantiert sein. Es müssen ihm etwa ein Anwalt und Rechtsmittel, auch noch gegen bestimmte Vollzugsentscheidungen, zur Verfügung stehen.

Außerdem ist zu bedenken, dass zumindest eine Hauptaufgabe der Rechtsgüteridee darin besteht, die *Strafgesetz auszulegen* und die Höhe der *Strafrahmen* zu begründen, auch wenn diese Erwägungen im Kleinen dann auch bei der konkreten Strafzumessung mit durchschlagen.

Ferner liefert die Rechtsgutslehre gute Gründe, um staatlichen Rechts- und Machtmissbrauch aufzudecken und zu verhindern, etwa wenn (fast) unwertfreie Taten aus machtpolitischen Gründen für strafwürdig erachtet werden oder leichte Delikte mit grob überhöhten Strafrahmen bedacht werden sollen. Hohe Freiheitsstrafen werden für eine Tat bestimmt, die eigentlich eine bloße Ordnungswidrigkeit darstellt, Strafhafte für eine Satire verhängt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht dient sie der Konkretisierung des *Willkürverbots* im staatlichen Strafrecht.

Rechtsguterwägungen bilden also die Einbruchstellen für die *Ethik* in das Strafrecht. Auch der Rückgriff auf den Utilitarismus zählt dazu.

6. *Schlussthese*. Eine *Güterabwägung*, hinter der sich der Utilitarismus verbirgt, liegt also dem Strafrecht insoweit zugrunde, als es dem Schutz der allgemeinen Rechtsgüter dient und dafür die konkreten Rechtsgüter des Einzelnen, vor allem dessen Freiheit, erheblich beschränkt.

Sie aber ist durch den *absoluten* Höchstwert der *Menschenwürde* auf der Verfassungsebene *gedeckt*. Insofern gelten die Grundgedanken des § 34 StGB auch für die Begründung der Strafe.

Verboten sind folglich die Todesstrafe, erniedrigende und grausame Strafen, lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Aussicht auf Entlassung oder Bewährung. Hinzu treten die Unschuldsvermutung im Prozess und das Gebot des menschwürdigen Strafvollzuges mit Resozialisierungsangeboten.

Eine zweite Art von Deckelung ergibt sich aus dem *höchsten Gemeinschaftswert*, dem des Art. 20, 79 III GG. Aus dessen *Rechtsstaatsprinzip* ergeben sich die *gemeinschaftsinternen Grenzen* der Nützlichkeitsabwägungen. Ihr eigenes Wesen darf die deutsche Zivilgesellschaft nicht durch das Strafen zugunsten von Rechtsgütern konterkarieren. Es gilt deshalb: Keine Strafe ohne Gesetz, keine Verdachtsstrafen, ne bis in idem, keine Sondergerichte, unabhängige Gerichte, Rechtsbeistände und auch und zuvor schon: ein gesamtes formalisiertes Strafprozessrecht⁴⁰³, ein geregelter Strafvollzug etc.

Aus der absoluten Geltung dieser beiden Höchstwerte ziehen mittelbar auch die einzelnen Individualrechtsgüter und die einzelnen Gemeinschaftswerte ihre *individualethische* und ihre *sozialethische* Kraft als solche halbautonomen Einzelwerte, die es wert sind, dass das Strafrecht (und auch die Verfassung) sie mit seinen Regelungen schützt.

7. *Fazit*. Damit ist ein Blick auf die „Schutzidee und Selbsterhaltung“ und auf die „utilitaristische Strafbegründung über eine Güterabwägung“ geworfen und vor allem die *Begrenzung des Strafens* mit der absoluten Idee von der Menschenwürde herausgestellt.

⁴⁰³ Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Europäischer Haftbefehl, Abs. Nr 57, auch hier mit etlichen Selbstzitat, (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, zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen (vgl. BVerfG 122, 248 <270>; 133, 168 <199 Rn 56>). Dem Täter müssen *Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen* werden (vgl. BVerfG 9, 167 <169>; 74, 358 <371>; 133, 168 <199 Rn 56>). *Bis zum Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet* (vgl. BVerfG 35, 311 <320>; 74, 358 <371>; st. Rspr).“

8. Kapitel (§ 8)

Positive und negative General- und Individualprävention

I. Positive und negative Generalprävention: Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“, Treue und Vertrauen, Selbstjustiz, Strafbedürfnis

1. *Positive Generalprävention.* Die Elemente der „Rechtstreue der Allgemeinheit“, die über die Generalprävention im Rahmen der Vereinigungstheorie eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende *Strafvoraussetzung* bilden, sind insgesamt näher zu betrachten.

Die Vorstellung, mit der Strafe „die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten“⁴⁰⁴, erscheint zunächst ebenfalls unmittelbar einleuchtend. Denn die Rechtstreue bildet ebenso wie jedes Rechtsgut einen sozialen Wert und damit also einen Gemeinschaftswert an sich. Sie erhalten zu wollen, versteht sich deshalb fast von selbst. Dabei bildet das positive Recht, also an sich jedes „gesetzte Recht“, den Gegenstand der Treue. Für sich allein betrachtet muss das Recht also etwa bestimmte Werte miterfassen und vom Doppelbegriff der Rechtsgüter ist nur der Rechtsteil miterfasst. Jede Art von Recht ist besser und verdient den *Rechtsgehorsam* als die Alternative der Rechtlosigkeit.

Das Grundgesetz bekennt sich zum Rechtsstaat, Art. 20 III GG. Insofern *unterwirft* sich auch der Staat dem Recht und bildet ein Beispiel für die Rechtstreue, und zwar hier des Staates.

Auch etwa das Notwehrrecht dient nicht nur der Verteidigung von Rechtsgütern, sondern auch der „Bewährung der Rechtsordnung“; das Recht muss dem Unrecht nicht weichen.

Die Idee von der *Rechtstreue* reicht noch etwas weiter als der blinde Rechtsgehorsam. Treueschwüre, etwa als Lehnseid, fanden im *Mittelalter* auf höchstpersönlicher Ebene zwischen den einzelnen freien Herren gegenüber

⁴⁰⁴ Siehe den generalpräventiven Ansatz von Kindhäuser, *Strafrechtsgut*, 1990, 29 ff., 29, wonach Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes das *Strafrechtsgut* im Sinne eines „hinreichenden Niveaus rechtstreuer Motivation“ sei.

einem bestimmten Oberherrn statt, um eine Friedensordnung aufrechtzuerhalten. Auch der *Lehnsherr* musste sich dem Recht unterwerfen.

So verbinden wir mit der Idee von der „ewigen“ Treue eine Art von lebenslangem *Bündnis*, das *beide* Seiten im Sinne eines *höchstpersönlichen* und auch emotionalen Dauervertrages verpflichtet.

Insofern gründet sich die Rechtsstreue zusätzlich auf den Ideen der *Gegenseitigkeit* und der *Ordnung*. Fehlt es daran, so wird der Treue ihre Grundlage entzogen.

Das alltagspsychologische Element der Rechtsstreue und den Aspekt der Abschreckung fassen *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* mit folgenden Worten einsichtig zusammen⁴⁰⁵, die zugleich zu kommentieren sind:

„Glücklicherweise verhält sich die Mehrheit der Bevölkerung rechtstreu.“

Offenbar handelt es sich nicht um Glück, sondern um die *menschliche Grundanlage*, sich zu vertrauen. Dabei ist die Allgemeinheit einerseits bereit, die hohe Dunkelziffer, etwa bei Massenkriminalität wie dem Diebstahl oder die Verkehrsdelikte oder auch die sexuelle und die sonstige Gewalt unter Nächsten, gleichsam *kontrafaktisch kollektiv* zu verdrängen oder auch als allgemeines Lebensrisiko ansehen. Andererseits aber erweisen sich Tötungsdelikte in Friedenszeiten deshalb sensationell, weil sie so selten sind.

Sie schreiben weiter: *„Dies dürfte aber nicht, jedenfalls nicht primär auf einer unmittelbar negativen abschreckenden Wirkung der Strafvorschriften zurückzuführen sein, sondern auf die in langer Kulturentwicklung gewachsene und durch Erziehung im Gewissen verinnerlichten sittlich Normen“*.

In der Tat werden einzelnen Menschen vor allem durch ihre Nächsten durch deren Worte und Taten mitbestimmt, primär durch die Eltern etc., sekundär durch Schule und tertiär etc. durch die Kollegen und stets durch die Kultur der jeweiligen Hauptlebensgemeinschaft und zugleich durch den Kontakt mit Nachbarkulturen, aber dabei auch immer *durch gute wie schlechte Beispiele*. Die ist die soziale Seite. Der einzelne erwachsene Mensch verfügt nach diesem

⁴⁰⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 26.

Modell ein *Gewissen* als eine Art von moralischem Überich. So sind auch die Abgeordneten der Demokraten an nur an ihr Gewissen gebunden (Art.38 GG) Sein Gewissen läßt der Menschen mit den sozialen Einflüsse auf, vielleicht repräsentiert es diese auch nur schlicht. Jedenfalls prägt jeder Mensch es individuellen aus. Schon insofern zeigt er sich er als *autonom*. Außerdem er kann sich immer auch „frei“ handelt, weshalb ihm Freiheitsrechte zuzustehen (Art. 2 GG in Verbindung mit Art 1 I GG) Er kann vor allem aber auch rechtswidrig handeln, und etwa *Ausnahmen* für sich beanspruchen, und sich deshalb mit nur halb-guten Gewissen zum Bruch der allgemeinen Regeln entscheiden, und sei es auch nur weil seine *Binnengruppe* die Tat gutheißt.

Die Autoren fügen hinzu: So gilt es mit dem Strafrecht „*das im Sittengesetz wurzelnde Rechtsempfinden zu bestätigen und – bei weniger starker Ausbildung des Gewissen– zu stärken.*“

Danach ist das allgemeine Rechtsempfinden also doch wieder eng mit dem *Sittengesetz* verbunden, und umgekehrt meint der Teilbegriff der Sitte für sich allein doch auch nur allgemeine Verhaltensnormen, sodass es also um die *minimale Kernethik* gehen muss. Die biologische Frage, ob der Mensch nicht genetisch zur Kooperation veranlagt ist, weil sie erst Gemeinschaften stabilisiert, ist hier allerdings nicht gestellt. Aber das Sittengesetz beinhaltet in der Regel die Idee des Gerechten, und entweder die Idee der Wechselseitigkeit oder sogar das *kantsche* Verallgemeinerungsgebot des eigenen Verhalten als *Maxime* für alle Menschen, Mutmaßlich enthält das Sittengesetz inzwischen auch die komplementäre Idee der Barmherzigkeit.

Die Folgerung lautet: Dem Strafrecht komme also „*durch positive Stabilisierung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung als Fernwirkung eine straftatverhindernde Funktion zu (positive Generalprävention).*“

Mit dem Wort vom Rechtsbewußtsein rückt das positivistische Recht in dem Vordergrund und das ideelle Sittengesetzes mit seiner Werteordnung tritt zurück. Die jeweilige, jetzt nationale Verfassungsgesellschaft soll -gerade auch mithilfe des Strafrecht- funktionieren und erhalten werden.

2. *Vertrauen*. „Treue“ ist zudem auf Vertrauen gegründet und erlaubt es, bestimmte *Erwartungen* zu hegen:

„Vertrauen ist in psychologisch-persönlichkeitstheoretischer Perspektive definiert als subjektive Überzeugung von der (oder auch als Gefühl für oder Glaube an die) Richtigkeit, Wahrheit, bzw. Redlichkeit von Personen, von Handlungen, Einsichten und Aussagen eines anderen oder von sich selbst (Selbstvertrauen).“⁴⁰⁶

Zum Vertrauen erklärt der Rechtssoziologe und Systemtheoretiker *Luhmann* in einem berühmten Satz einleuchtend Folgendes:

„Wo es Vertrauen gibt, gibt es mehr Möglichkeiten des Erlebens und Handelns, steigt die Komplexität des sozialen Systems, also die Zahl der Möglichkeiten, die es mit seiner Struktur vereinbaren kann, weil im Vertrauen eine wirksamere Form der Reduktion von Komplexität zur Verfügung steht.“⁴⁰⁷

Dazu gehört dann auch das grundsätzliche Vertrauen in die Einhaltung der Regeln des Rechtssystems. Andererseits droht bei allgemeinem Vertrauensverlust auch eine Krise des Rechtsstaates, die in Deutschland zu einem allgemeinen Widerstandrecht führen kann, Art. 20 IV GG.

„Komplexität und Reduktion“ sowie „Unsicherheit und Vertrauen“ sind also im gesellschaftlichen Bereich *gemeinsam* entstanden.

Wie auch bei der Sozialschadens- und der Rechtsgutslehre tritt die Frage zurück, weshalb denn die Rechtstreue durch die Taten *eines Einzelnen* in Gefahr geraten kann oder weshalb das Mittel der Strafe einzusetzen ist, das seinerseits darauf beruht, *Rechtsnachteile* zuzufügen. Es geht um den Schutz der abstrakten Idee von Recht und dieser wird auf der Ebene der Allgemeinheit kommuniziert. Der Einzelne ist Mittel zum Zweck, aber zugleich auch Mitglied der Allgemeinheit, die rechtstreue gehalten werden muss.

Die Erhaltung der Rechtstreue ist jedenfalls etwas Gutes. Diese Konnotation verbinden wir auch gern mit dem Begriff „positive“ Generalprävention, auch wenn positiv eigentlich nur das „gesetzte“ Recht meint. So muss das Übel der Strafe auch dann einem guten höheren Zweck dienen, wenn es jede Art von Recht schützt und als Alternative den Zustand der *Rechtlosigkeit* meint.

⁴⁰⁶ <https://de.wikipedia.org/wiki/Vertrauen>, (15. 4. 18).

⁴⁰⁷ Luhmann, Vertrauen, 2000, 8.

Das Strafrecht kennt diese Grundgedanken in der *rechtsformalen* Seite des *Unrechtsbewusstseins* im Rahmen der Schuld. Der Täter weiß um seinen eigenen Bruch der Rechtsstreue. Der inhaltliche Kern des Unrechtsbewusstseins liegt allerdings in der vorwerfbaren Rechtsgutsverletzung, also im Unwert-Bewusstsein.

Mitenthalt ist der Gedanke der Gefahr für die Rechtstreue der Allgemeinheit auch im Aspekt der „Verteidigung der Rechtsordnung“, §§ 56 III, 47 StGB. Dieses Denken steckt zudem im idealen reuigen *Geständnis*, das zu einer erheblichen Strafmilderung führt. Mit dem vollen Geständnis bekennt der Täter sich glaubhaft wieder zur Rechtsordnung, Er gibt für deren Fortbestand und Geltung ein gutes Beispiel.

3. *Negative Generalprävention*. Die negative Generalprävention setzt auf die *Abschreckung* von anderenfalls tatgeneigten Teilen der Allgemeinheit.⁴⁰⁸ Im Strafgesetzbuch wurden zumeist klar bestimmte Tattypen kodifiziert. Von ihnen wissen wir aus *Erfahrung*, dass sie regelmäßig von Menschen in Deutschland begangen werden. Auch ist das *Strafgesetzbuch* grundsätzlich an alle Menschen in seinem Geltungsbereich gerichtet. Ausnahmen bilden nur die Sonderdelikte. Ob wir von einer *allgemeinen Tatneigung* ausgehen, soll offenbleiben. Jedenfalls wissen wir nicht, wer konkret tatgeneigt ist.

Solche Personen wären also bereit, ohne Strafen dem Recht untreu zu werden. Sie würden sich dann für das Unrecht und gegen das Recht entscheiden.

Mit der *gesetzlichen* Strafdrohung übt der demokratische Staat also einen latenten psychischen Zwang, im Sinne von *Feuerbach* aus, zumindest auf die konkret tatgeneigten Mitmenschen. Es handelt sich um eine Art von gesetzlicher *Nötigung*.

Die einzelnen öffentlichen Urteilsprüche und das direkte oder indirekte Miterleben des Vollzuges bekräftigt die Ernsthaftigkeit der latenten Drohung mit dem Strafübel, das dem Verurteilten einen Teil seiner Handlungsfreiheit nimmt.

⁴⁰⁸ Zur „Strafe als Mittel der Abschreckung“ siehe Rogall, Strafe, 1997, 236 ff. , 236 ff.

Zu fragen ist aber, ob negative Generalprävention nicht vor allem nur die Kehrseite der positiven darstellt.

Grundlage der negativen Generalprävention bildet jedenfalls -allein auf diese Teilidee bezogen- die Vorstellung, dass die Allgemeinheit der Menschen nur durch Strafe rechtstreu gehalten werden können. Offenbar vermag der *Nutzen*, in einer kooperativen Gemeinschaft zu leben oder der der „allgemeinen Werte des Gemeinschaftslebens“ eine gesamte *Allgemeinheit* nicht oder nicht allein davon abzuhalten, Unrechtstaten zu begehen, also zu nehmen ohne zu geben.

Die übliche Schutzweise durch das *Polizeirecht* bei konkreten Gefahren genügt dazu auch nicht. Der Schutzherr des Rechts muss also bei schweren Rechtsverletzungen - auch - Strafe per Gesetz androhen und dieses Recht auch in hinreichendem Maße exekutieren.

Den eigentlichen negativen Aspekt der Idee vom Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ belegt die Antwort auf die Frage, was denn geschähe, falls der Staat nicht strafe. Dann würde die Allgemeinheit das Recht in die eigene Hand nehmen. Es würde regelmäßig Selbst- und blinde Lynchjustiz stattfinden. Der Staat, der unter anderem auf seinem Gewaltmonopol beruht, würde in kriegerische Kleingruppen zerfallen. Diese würden, wie im Mittelalter, das Recht der Blutrache üben oder aber auch Sühneverträge schließen. So betrachtet geht es also nicht vorrangig darum, dass kein Recht gälte. Es gäbe eine Art von kleinem Völkerrecht. Geschützt werden vielmehr der Staat und seine Art von Recht, also der Rechtsstaat, und die macht dazu, also sein Gewaltmonopol.⁴⁰⁹

Es ist also die *Abwendung von Selbst- und Lynchjustiz*, die der Rechtsstaat anbieten muss.⁴¹⁰ Die *Allgemeinheit* entscheidet mit ihrer Drohung darüber, dass

⁴⁰⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 29.

⁴¹⁰ Müller-Dietz, Verbrechenschaden, GA 1983, 481 ff.; Arzt, Ruf, 1976.

Von der Bedeutung der "Bedrohungsintensität" sprechen auch Hassemer, Theorie, 1973, 158 ff., 221 ff. und Lüderssen, Kriminologie, 1984, Rn 159 ff. (im Zusammenhang mit der Generalprävention).

Auf den Zusammenhang von Gewalt und Misstrauen, bzw. dem Gegenstück des Vertrauens macht Trotha, Distanz, 1987, 43 ff., aufmerksam; Arzt, Ruf, 1976, 173 ff.; Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980.

überhaupt und aus welchen Gründen gestraft werden soll. Es soll nachträglich noch irgendeine Art von *Gerechtigkeit* geschehen.

Die staatliche Strafe zivilisiert also nur das *allgemeine Strafbedürfnis*, das sich selbst als Form begreift, Gerechtigkeit zu üben. So gesehen spricht also vieles dafür, dass das Strafbedürfnis zumindest nicht allein ein Gebot der *Vernunft* ist, sondern zumindest auch einem anthropologischen Trieb entspringt. Ob diesem Antrieb nicht doch vielleicht die (genetische) Vernunft der Gefühle zugrunde liegt, ist hier als Frage nur anzudeuten. Das Strafen selbst entstammt jedenfalls nicht einer gründlichen Diskussion, nur die Art und Weise können wir vernünftig handhaben.

Der gute Grund für das *staatliche Strafrecht* ergibt sich dann daraus, diesem Straftrieb die ersten Emotionen zu nehmen und ihn danach über das Recht zu kanalisieren und zu rationalisieren.

4. *Fazit*. Die emotional eingefärbten Aspekte von Rechtstreue und Selbstjustiz, Strafbedürfnis und Vertrauen gehören zum gängigen Begründungskanon.

II. Einzelnes: Allgemeinheit, Verfassungsmäßigkeit, Tatgeneigtheit, Staat ohne Strafe?

1 Die Idee der Generalprävention legt es nahe, sich mit einer kleinen Reihe recht unterschiedlicher Fragen zu beschäftigen: mit der Idee der Allgemeinheit, mit der Frage nach ihrer Verfassungsmäßigkeit, mit dem Aspekt der Ansprache von tatgeneigten Personen und mit der Frage eines Staates ohne Strafe.

2. *Allgemeinheit*. Zunächst sollte man sich mit dem ersten Teilbegriff der Generalprävention, der „Allgemeinheit“ beschäftigen, obwohl dies unüblich ist.

Der Begriff der *Generalprävention* lässt sich im Hinblick auf seinen Adressaten, die „Allgemeinheit“, in diesem weiten und neutralen Sinne verstehen. Die *Öffentlichkeit* im Sinne der öffentlichen Sache (res publica) der Freien meint im Kern das gleiche. Zu verwenden sind beide Begriffe insoweit aber nur als Sammelbegriffe, die Kollisionen in Letztfragen nicht zu lösen vermögen.

Diese weite, bewusst offene und positive Deutung entspricht nicht dem üblichen Verständnis der Allgemeinheit. Erkennbar ist auch, dass dieser Begriff auch wissenschaftlich nicht näher bestimmt, sondern in Zusammenhängen verwendet wird, die näheren Aufschluss über sein Verständnis geben.

Im Einzelnen:

Der Begriff der *Allgemeinheit* erscheint zwar schon auf den ersten Blick grundsätzlich unbestimmt und ausfüllungsbedürftig, sofern nicht näher konkretisiert. Insofern steht er eigentlich als Voraussetzung für die *Strafbarkeit* bereits im Widerspruch zum Grundgedanken des Verfassungsgebotes der Bestimmtheit (Art. 103 II GG).

Der Kernbegriff der *Allgemeinheit*, auf den diese Sichtweise zurückgreift, besitzt aber deshalb beachtliche Vorzüge. Die Allgemeinheit ist nicht nur real über ihre *Mitglieder*, sondern auch durch ihre *gemeinsamen* Anschauungen bestimmbar. Mit ihm lassen sich zum Beispiel die drei Oberwerte Mensch, realer Staat und Kulturgemeinschaft durchaus versammeln. Er ist bezogen auf die jeweilige Gruppe *allumfassend* auslegbar und entspricht damit der *Idee des Gesetzes*, das allgemein gelten soll.

Unter die Allgemeinheit und deren Anschauung passen und definieren sich zugleich drei verschiedene Wesenheiten:

- alle *einzelnen* Menschen und die Konkretisierung der Idee ihrer Menschenwürde und der Menschenrechte ebenso wie
- die Summe und das Zusammenspiel aller realen *sozialen Systeme*, vom Staat bis hin zu den als soziale oder auch juristische Personen agierenden kulturellen gesellschaftlichen Kräften, wie Kirchen, Gewerkschaften und privaten gemeinnützigen Vereinen, einschließlich genossenschaftlicher Schicksalsgemeinschaften von Kranken mit bestimmten Ansprüchen, und auch
- die *absoluten kulturellen Ideen*, wie diejenige von Freiheit, Gleichheit und Solidarität, diejenige der Gerechtigkeit, einschließlich der Strafgerechtigkeit, oder die utilitaristische Vorstellung vom Glück

möglichst vieler Menschen, aber auch das Bekenntnis zum Mehrheits- als pragmatischem Konsensprinzip.

Der Begriff der Allgemeinheit ist eng mit dem der *Gemeinschaft* verbunden. Agiert die Allgemeinheit, so tritt sie als ein Kollektiv und insofern im Sinne einer Gemeinschaft auf. Aber die Allgemeinheit selbst ist vorrangig durch eine *elementar-ethische* Sicht bestimmt, die die Laiensphäre bedenkt. Als Bündelung von einzelnen Ansichten und Subkulturen stellt die Allgemeinheit eine vage Klasse dar, die sowohl (a) die Summe der Subjekte meint als auch (b) deren freien intersubjektiven Konsens umfasst und (c) die Gesetze des demokratischen sozialen Konsenses beinhaltet.

Konstituiert wird eine Allgemeinheit durch irgendeine sie umfassende *kulturelle Identität*. Religiös und im Kleinen entspricht sie einer überschaubaren Gemeinde, die ein gemeinsames *Bekenntnis* besitzt und nach ihm lebt. In seiner säkularen Form entspringt die Konstitution der kulturellen Identität einem *Konsens*, der der politischen Struktur entsprechend auch ein auferlegter sein kann. Verwandte Begriffe sind die *Gesellschaft* oder das *Volk*. Die Allgemeinheit bildet zudem entsprechende *Sozialethiken* aus⁴¹¹. Sie gerinnen zu Maßstabfiguren⁴¹², wie die Guten und Gerechten, und definieren diejenigen Modellpersonen, die im Sinne der Fahrlässigkeit hinreichend sorgfältig das Schädigungsverbot einhalten. Insofern beherbergen Elemente einer nur halbverdeckten *petitio principii* die sozialetischen Grenzen der Freiheit.

Der weiche Begriff der Allgemeinheit erlaubte zudem

- die Idee vom Volk im Sinne der *nationalen Demokratie*, ihrer Rechtskultur, auch nach dem Modell der *Verfassung* als Gesellschaftsvertrag der Freien, zu verfolgen oder auch
- die Allgemeinheit im Sinne der *Menschheit* zu verstehen, so wie es die Erklärungen der „*allgemeinen*“ Menschenrechte vorgeben.

⁴¹¹ Zur „einfachen Sittlichkeit“ Bollnow, *Sittlichkeit*, 1945, 20 ff. Zum Zusammenhang zwischen „einfacher Sittlichkeit“ und „Rechtsethik“ Montenbruck, *Wahlfeststellung*, 1976, 102 f.

⁴¹² Zunächst Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 1996, 409 f.: Abzustellen sei für die Schuldzuschreibung auf einen „maßstabgerechten, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“, er sei nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf etc. dem Täter gleich zu denken. Kant, *Grundlegung*, 1785, AA, 428, 429

Aus ethischer Sicht erlaubt dieser Begriff das individuelle *kantsche Verallgemeinerungsgebot* zu beherzigen.⁴¹³ Idealisiert steht die Allgemeinheit im *hegelschen* Sinne für den verobjektivierten *Geist* der sozialen Vernunft und eröffnet aus utilitaristischer Sicht den Rückgriff auf das Gemeinwohl (*summum bonum*) der möglichst vielen und auf den pragmatischen „*common sense*“⁴¹⁴.

Die Idee von der Allgemeinheit spiegelt aus strafrechtlicher Sicht die „Parallelwertung in der Laiensphäre“.

3. *Kritik*. Aber sobald innerhalb der derart umfassend definierten und dennoch unbestimmten Allgemeinheit der *Systemgedanke* absolut gesetzt wird, verliert dieser Begriff seine Kraft, für alles offen zu sein. Die Allgemeinheit pervertiert zu einem egoistischen *sozialen Akteur*, der von der Notwendigkeit der Selbsterhaltung und der Machterweiterung getrieben sein wird. Er bedarf dazu egoistischer menschlicher Organe oder Stellvertreter. Historische Beispiele bilden neben den Gottesstaaten, der säkulare Volksgeist der französischen Revolution, die Vorstellung vom idealen aufgeklärten konservativen Staat, der faschistische Nationalismus oder auch diejenigen internationaler idealer kommunistischer Großsysteme. Das jeweilige kulturelle Gemeinwohl geht im, zudem selbst bestimmten Konflikte der Menschenwürde und der Idee der Menschenrechte vor. Sie sind zwar ebenso metaphysisch gegründet, entziehen sich aber dem staatlichen Missbrauch, weil sie an das reale Menschsein gebunden sind.

Dieses sublimierte Verständnis der Allgemeinheit in Großgemeinschaften assoziiert aber auch elitäre Herrschaftskulturen. Zwar soll die *machiavellistische Moral* von „Räuberbanden“ gerade nicht die Sittlichkeit der Allgemeinheit im Sinne der westlichen Welt darstellen. Aber die Allgemeinheit beinhaltet umgekehrt in der Regel auch (noch) nicht die Vorstellungen jugendlicher Protestbewegungen oder deshalb auch so genannter extremer politischer Ausrichtungen. Insofern steht sie für ein Mehrheitsprinzip in der Form einer *fürsorgerischen repräsentativen Mehrheit*.

⁴¹³ Kant, Grundlegung, 1785, AA, 428, 429: „Der praktische Imperativ wird also folgender sein: Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“

⁴¹⁴ Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff., 632, verweist für den angloamerikanischen Bereich auf die Vergleichsperson des „reasonable man“.

Für das *Strafrecht* scheinen die breiten normativen Grauzonen dieses Begriffs zwar irrelevant. Es kann im Grundsatz sogar mutmaßlich auf empirischer Ebene auf einen weitreichenden universellen gemeinsamen Nenner für abzulehnende Handlungen verweisen: *Gewalt* und *List* als Mittel zur Durchsetzung eigener Interessen werden als Prinzip nahezu alle Menschen ablehnen. Aber (a) die Strafe selbst beinhaltet (definitionsgemäß) den zwangsweisen Entzug von Freiheit und meint Rechtsnachteile. Der allgemeine Konsens über den Gewaltverzicht muss also mit erlaubten Ausnahmen versehen werden. Ein verwirrender Selbstwiderspruch ist konsensual und demokratisch aufzulösen. Wer zudem (b) eine anerkannte soziale Person darstellt, erscheint bereits schwierig zu bestimmen. Kinder, Frauen, Arme, Kranke und Alte gleichzustellen, bemühen sich erst die Grund- und allgemeinen Menschenrechte. Schwierigkeiten bereitet es ferner seit jeher, (c) die kollektiven Interessen von Minderheiten zu bestimmen, zu deren Gunsten oder Schutz notfalls Gewalt eingesetzt werden darf. Zu ihnen könnten im weiteren Sinne auch die Beschuldigten und sogar auch die verurteilten Täter gezählt werden.

Im Zweifel bilden deshalb nahezu zirkelschlüssig diejenigen die Allgemeinheit, deren Rechtstreue es zu erhalten gilt, die in ihren jeweiligen sozialen Rollen für die Gemeinschaft unverzichtbar sind. Denn eigentlich stellt das Gemeinwohl den entscheidenden Maßstab dar.

Die Vorstellung, die Strafe zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit einzusetzen, bedeutet auf die Spitze getrieben also, dass die *Guten* sich an die Guten wenden. Mit den Worten von *Nietzsche*:

„Die Strafe hat den Zweck, den zu bessern, der straft.“⁴¹⁵

Die Allgemeinheit, die durch eine Mehrheitskultur bestimmt ist, ist in der Form der agierenden *Gemeinschaft* durch eigene Interessen bestimmt. Sie fürchtet nicht nur (a) den inneren Zerfall durch den Abfall der bislang rechtstreuen einzelnen wichtigen Mitglieder, sondern vor allem in Großgemeinschaften (b) abweichende Sub- und Gegenkulturen. Hier nehmen die entsprechenden

⁴¹⁵ Nietzsche setzt im Übrigen nach: „Das ist die letzte Zuflucht für die Verteidiger der Strafe“. Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999, 3. Buch, Aphorismus, 219; aufgegriffen etwa von Neuß, Strafzweck, 2001, 2.

kriminologischen Theorien des Kulturkampfes ihren Platz ein⁴¹⁶. Die Gefahr besteht, dass diese Sicht zur Bestrafung von jeweils von der politischen Mehrheit frei definierten Minderheiten führt.

4. *Exemplarisches Strafen*. Festzuhalten ist, dass der *Einzelne* und seine Tat allein in der Regel die Rechtstreue der Allgemeinheit nicht ernsthaft erschüttern können. Insofern rechtfertigt in der Regel kein einzelner Taschendiebstahl eine langjährige Freiheitsstrafe. Die Verallgemeinerbarkeit wird gefürchtet. Die *gesetzlichen Tatbestände* vertypten deshalb auch bekannte und allgemein verbreitete Delikte. Eine nachweisbare einzelne Tat würde nicht bestraft werden. So vermag die Allgemeinheit auch einerseits mit unbekanntem Delikten und selbst mit einer vermuteten hohen *Dunkelziffer* von unentdeckten Straftaten solange zu leben, wie ihre Mitglieder bereit sind, diesen Umstand zu verdrängen. Andererseits genügt jede irrationale Kriminalitätsfurcht, um die Rechtstreue bekräftigen zu müssen.

Tatverdacht. Die bloße Kenntnis vom Erfolgseintritt und, wie für die Selbstjustiz der dringende *Tatverdacht*, dessen Dringlichkeit auch rechtsförmig von jeweiligem Ermittlungstand her zu bestimmen ist, begründet folgerichtig die Forderung nach Maßnahmen, die die *Rechtstreue* erhalten können. Nicht der reale und objektive Normbruch, sondern ausschließlich die kollektive *subjektive* Vorstellung von ihm begründet die Gefahr für die Rechtstreue der Allgemeinheit.

Psychosoziale Antworten sind deshalb gefordert. Auf dieser Ebene ist folgerichtig mit symbolischen und ebensolchen exemplarischen Akten auf das kollektive Selbstverständnis der Allgemeinheit einzuwirken.

Kriminalpolitik für die res publica ist geboten und wird auf dieser Ebene betrieben. Der emotional-subjektive und mithin deterministische Hintergrund wird aber nicht aufgedeckt. Der Bürger gilt insofern als mündig und eigentlicher Souverän. Seinem Strafbedürfnis oder auch seinem Mitleid ist nachzukommen. Die Vorstellung von der Allgemeinheit ist nur scheinbar rational durch Ethik zu sublimieren und ihre Forderungen sind in der Form zu ritualisieren.

⁴¹⁶ Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 6, Rn 1 ff., vgl. auch Kaiser, G., Kriminologie, 1996, § 37, 280 f., Rn 93 ff.; Kaiser, G., Einführung, 1997, § 24, 163 ff.; Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013, 441 ff.

An dieser Stelle ist die Beschreibung der Vor- und Nachteile, die der Begriff der Allgemeinheit beinhaltet, abzurechnen. Er existiert und er wird also aus sozialrealer Sicht in eben dieser Weise benötigt.

5. *Staat ohne Strafe?* Hinter der Forderung, zu strafen, um die *Rechtstreue* der Allgemeinheit zu erhalten, verbirgt sich andererseits ein wichtiger methodischer Ansatz. Die Bedeutung der Strafe lässt sich auf eine Weise ergründen, die stets hilft, den Wert eines Rechtsinstituts zu bestimmen. Zu fragen ist, was *ohne* ein solche Rechtseinrichtung, hier also ohne das Strafen durch den Staat geschähe. *Hypothetische* Umstände prägen dabei den Blickwinkel.

(1) Tatgeneigte Schwache werden straffällig. Nachahmungstaten sind zu befürchten.

(2) Andererseits wäre ohne Strafe von Seiten der Guten zu befürchten, dass sie die Gerechtigkeit in die eigene Hand nehmen. Die Bevölkerung oder die Opferseite würde *Selbstjustiz* üben.⁴¹⁷ Selbsthilfe führt zu Lynchjustiz und diese zu Unfrieden. Insoweit ist es zugleich der Wunsch nach Recht und Ordnung (Law and Order)⁴¹⁸, der hinter der Forderung nach Erhaltung der Rechtstreue steht. Staatliches Strafen dient insofern nur als Mittel dazu, das *Strafbedürfnis* der Allgemeinheit zu kanalisieren.

(3) Das Strafbedürfnis legt der Staat als berechtigtes, zum Beispiel, weil gerecht und provoziert, als evident und mithin als *Dogma* zugrunde. Dass die jeweilige Allgemeinheit zugleich auch sich und ihre eigenen Interessen sichern wird, tritt über eine entsprechende Idealisierung der Allgemeinheit, als diejenige der Guten und Gerechten, die im Sinne von § 138 BGB und § 17 StGB ihr Gewissen anspannen, zurück. Der deutsche Idealismus mit seiner Verobjektivierung der *Vernunft* als menschliche Pflicht findet in der Strafbegründung über die „Rechtstreue der Allgemeinheit“ noch deutlichen Niederschlag.

⁴¹⁷ Der Verzicht des Staates, Rechtsgüter durch Strafrecht zu schützen, rufe die Gefahr hervor, dass die Bevölkerung zur Selbsthilfe greife, so Lenckner/Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff., 22; Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972, 346.

⁴¹⁸ Siehe auch Arzt, Ruf, 1976.

(4) Der Begriff von *Recht*, zudem *treu zu stehen* sein soll, wird nicht problematisiert. Eigentlich müsste die Vorstellung von der zu erhaltenden Rechtsordnung auch in der Laiensicht deren *ethischen Kern*, also die Menschenwürde und die Menschenrechte des Strafgefangenen zum Gegenstand haben. Gemeint ist aber offenbar vorrangig die *Ordnungsfunktion* des positiven Rechts als Rechtsgehorsam.

(5) Formal fallen die Regeln und Ansichten, die die Allgemeinheit selbst nicht als Recht anerkennt, nicht unter den Strafrechtsschutz. Für sie ist auch jede Form der Selbstjustiz versagt. Das Straf- als Gerechtigkeitsbedürfnis ist also weitgehend auf die rechtlich anerkannten Kerntatbestände beschränkt, und zwar so wie sie sich in der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ zeigen. Die Furcht vor der Selbstjustiz führt insoweit allerdings zur Beachtlichkeit der persönlichen Ansicht derjenigen, die aufgrund ihrer eigenen autonom-egoistischen Vorstellung vom Recht zu Gegengewalt neigen.

(6) Im Kern soll Strafrecht insoweit vorrangig das Recht schützen. Es dient als Meta-Recht dem Recht selbst. Die Zirkelschlüssigkeit dieser wichtigen Art der Letztbegründung des Strafens und seines Rechts ist offenkundig. Das Recht ist in jeder gegenwärtigen größeren Gemeinschaft entweder ein eigener Selbstzweck oder aber notwendiger Bestandteil ihrer staatlichen Verkörperung.

6. *Individualprävention als Sonderform der Generalprävention*. Zu bezweifeln ist auch, dass neben der Generalprävention die Individualprävention eine wirklich von sich aus selbständige Begründung des Strafens darstellt. Wer bestraft, um künftigen Straftaten vorzubeugen, hat zumindest zwei *Adressaten* zu unterscheiden: die Allgemeinheit bei der Generalprävention, in die der Täter mit eingeschlossen ist, und den unmittelbar den einzelnen Täter, aus Sicht der Individualprävention.

In der Vereinigungstheorie wird die jeweils *positive* Seite des Vorbeugens durch Strafen in den Vordergrund gerückt: die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit einerseits und die Resozialisierung des Täters andererseits. Auch die Resozialisierung soll die *sozialen* Fähigkeiten des Täters wiederentwickeln. Sie helfen nicht nur ihm allein bei einem gedeihlichen Leben in der Gemeinschaft, sondern auch der Gemeinschaft. Sie sind der positive Teil der

Bekämpfung der Kriminalität als Akt der „sozialen Verteidigung“. Die beiden präventive Zwecke fördern *letztlich* dasselbe Ziel.

Mit *Schwind* lassen sich nicht nur drei Stufen der *Generalprävention* trennen, sondern auch eine vierte anfügen: die *primäre* Prävention, die sich auf die Stabilisierung des Rechtsbewusstseins aller Bürger bezieht, die *sekundäre* Prävention, die die potentiellen Straftäter ansprechen soll, und zudem die *tertiäre* Prävention, die sich an den potentiellen Rückfalltäter richtet, also denjenigen, der bereits eine Straftat oder mehrere einschlägige Delikte begangen hat⁴¹⁹. Die *quartäre* richtet sich an den ermittelten Täter. Er ist niemals ausschließlich oder auch nur vorrangig um seiner selbst willen zu resozialisieren. Die persönliche Schuldverarbeitung beinhaltet keinen Gesichtspunkt, der vorrangig der Vorbeugung dient. Auch die Sozialisierung ist ein Mittel zu einem anderen Zweck. Sie allerdings ist nicht auf den Ausschluss eines Bösen, sondern auf die Wiedereingliederung eines Mitmenschen gerichtet. Allerdings dient sie diesem Zweck und wirkt erkennbar zugunsten der sonstigen Mitglieder der Allgemeinheit wie die Sicherung durch den Vollzug in einer geschlossenen Anstalt.

Die Besonderheit der Individualprävention und der Grund dafür, dass sie auch weiterhin eigenständig gedeutet werden sollte, liegt in ihrer Verknüpfbarkeit mit dem Autonomieprinzip. Sie eröffnet mit der Betrachtung des Täters nicht nur dessen Einordnung als Gefahr, sondern erlaubt auch dessen Bewertung als Mensch, dem zu helfen ist. Würde dieses Element fehlen, stünde die Individualprävention ausschließlich im Dienste der Generalprävention. Sie bildet derzeit die *Brücke* von der Generalprävention zur Ethik.

7. *Tatgeneigtheit*. Die sekundäre Prävention, die auch das *Bundesverfassungsgericht* mit dem Appell an die *tatgeneigten* Mitbürger beschreibt, ist schon eine Verengung des Blickwinkels der Allgemeinheit, falls man nicht der kriminologischen Ansicht beipflichtet, eigentlich sei Verbrechen natürlich⁴²⁰ und jeder Bürger mehr oder weniger tatgeneigt, weshalb im Übrigen der Preis für eine Tat ein nicht unerheblicher sein müsse.

⁴¹⁹ Schwindt, Kriminologie, 2016, 12 f., u. Hinw. auf Kube, Kriminalprävention, 1987, 10 ff. und Kaiser, G., Kriminologie, 1996, 250 ff.

⁴²⁰ Dazu Hassemer AK-StGB, 1989, Vor § 1 Rn 57.

Danach erlaubt der Appell an die Tatgeneigten gleichfalls den Rückschluss, dass die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit möglicherweise eine Allgemeinheit meint, die nicht alle Bürger umfasst, sondern nur diejenigen der verbleibenden „Guten“. Sie sind ohnehin diejenigen, die das Rechtsbewusstsein prägen.

Kritik. Die Begründung der Strafe mit beiden präventiven Erwägungen in jeglicher Form ist mit einer bekannten schweren normativen Hypothek belastet: Strafen zu Präventionszwecken verstößt, so lautet der alte und bekannte Einwand, gegen die *Menschenwürde* (Art. 1 GG) und somit auch gegen das westliche Bild vom Menschen.

Den Täter aus *generalpräventiven* Gründen zu bestrafen, also um *exemplarisch* andere Tatgeneigte von Straftaten abzuhalten, oder ihn zu strafen, um die Rechtstreue anderer zu stärken, heißt, den Verurteilten zum bloßen Mittel herabzustufen. Er wird unter Verstoß gegen das Menschenwürdeprinzip zum bloßen *Objekt* herabgestuft. Er verliert seine verfassungsgemäße Stellung als Subjekt. So hat Mayer⁴²¹ die Forderung *Kants* in Erinnerung gerufen, der Mensch dürfe nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemischt werden, wo wider ihn die angeborene Persönlichkeit schützt. *Hegel*⁴²² hat in diesem Sinne dem generalpräventiven Ansatz *Feuerbachs*⁴²³ den Satz entgegengehalten, jener behandle den Menschen wie einen Hund, gegen den der Mensch den Stock erhebe, und damit wie ein Tier.

Die bisher Rechtstreuen werden zudem kaum verschleiert verdächtigt, nur auf diese Weise vom Rechtsbruch abgehalten werden zu können. Sie stehen unter dem Generalverdacht, sie würden ansonsten entweder zur Selbstjustiz bereit sein oder aber zu ähnlichen Taten neigen. Von bestimmten Taten seien sie nur durch den psychischen Druck der Strafandrohung abzuhalten. So meint also die positive Idee von der Erhaltung der Rechtstreue letztlich doch im Kern dasselbe, was mit ihrer negativen Seite, der *Abschreckung*, offen ausgesprochen wird: Alle Bürger und Menschen sind tatgeneigt und nicht im Zweifel „gut“. Auch

⁴²¹ Mayer, H., *Kant*, 1969, 54 ff, 64 f; Küpper, *Strafrechtsdogmatik*, 1990, 56

⁴²² Hegel, *Grundlinien* (Hoffmeister), 1820/1995, § 99.

⁴²³ Feuerbach, *Revisionen*, JALZ-Ergänzungsblätter, 1801, Sp. 255 f., 257, 258; Feuerbach, *Revision*, 1799, 43 ff.

diese Annahme widerspricht zwar nicht der Erfahrung, aber der Idee der Menschenwürde, die jedenfalls der *Staat* seinen Regelungen zugrunde zu legen hat.

Aber, wer wie *Feuerbach*, erst einmal das Gesetzlichkeitsprinzip zugrunde legt, der sieht den Täter als *Bürger*, und somit nicht bloß als Objekt. Dasselbe gilt auch für *Liszt*, der das Strafgesetz als magna carta des Verbrechers begreift. Er vergleicht sie mit den adeligen Freiherren in England von 1215. Die Freiheitsstrafe setzt Freiheit voraus.

Wer *individualpräventiv* dem Täter im Strafvollzug mit Resozialisierungsangeboten helfen möchte, künftig ein straftatfreies Leben zu führen, wirkt ebenfalls, wenngleich verdeckt mit Zwang oder Drohung auf ihn ein. Denn wer Vollzugslockerungen bei guter Führung verspricht, droht zugleich der Fortführung des Normalvollzuges bei Nichtbewährung. Die Resozialisierung im Freiheitsentzug degradiert den Gefangenen also ebenfalls zum Objekt der Erziehungsmaßnahmen. Mit den Worten von *Hassemer* aus dem Jahre 1982: Das Resozialisierungsinteresse bemächtigt „sich nicht nur des Körpers und der freien Zeit des Verurteilten, es bemächtigt sich auch seiner Lebensgeschichte, seiner Motive, seiner Rationalisierungen, seiner Lebenslügen, die ihn stützen: seiner Seele“⁴²⁴. Seine Stellung ist selbst bei einem humanen Strafvollzug *eher* mit derjenigen eines *Kindes* vergleichbar als mit derjenigen eines sich selbst bestimmenden Mitbürgers. Hinter der Forderung nach Strafe zum Zwecke der Resozialisierung des Täters verbergen sich seit jeher kaum verhüllt fürsorgerische Gesichtspunkte. Es ist bestenfalls der humane Gedanke der Erziehung, also der Hilfe, der insbesondere das Jugendstrafrecht prägt⁴²⁵, im schlechtesten Falle die kalte sozialpathologische Sicht einer poena medicinalis gegenüber einem Sozialkranken. Die Mauern sind sichtbarer Ausdruck einer geschlossenen Anstalt. Mit der Rolle des sozialen Kindes bestreitet insoweit der fürsorgerische Staat dem Verurteilten den Ausspruch auf den personalen Status als erwachsener Bürger und Mitmensch.

⁴²⁴ Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff., 163, wörtlich zitiert auch von Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993, 21 f. m.w.N.; dieselbe auch ausführlicher zum Problem der Freiwilligkeit, u.a. 55 ff., bei einzelnen Therapieformen.

⁴²⁵ Vgl. statt vieler Eisenberg, JGG, 2017, grundlegend §§ 1 und 2 Rn 3 ff.; BGH StV 1984, 519; BGH StV 1994, 598.

Zu versuchen ist deshalb, wie es typischer Weise im Vollzug auch geschieht, den *Respekt* vor den gefangenen Mitbürgern im Alltag zu zeigen und bei der gemeinsamen Vollzugsplanung den Angebotscharakter wenigstens zu betonen und dieses Angebot regelmäßig zu wiederholen.

Fazit. Zur Generalprävention gehören bunte Einzelaspekte wie die Lehre von der Integrationsprävention, die Idee von der Allgemeinheit, der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit oder auch die Vorstellung der Tatgeneigtheit von Menschen.

Präventive Erwägungen, gleich ob general- oder spezialpräventiv, erlauben zwar in säkularer Sichtweite, den metaphysischen Gesichtspunkt der Schuldvergeltung zurückzudrängen. Aber sie nötigen dann alternativ auch zu bitterer Einsicht: Mit den Verfassern des Alternativ-Entwurfs zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (1975) ist dann konsequent zu erklären, dass Strafe zu verhängen kein metaphysischer Vorgang ist, sondern eine *bittere Notwendigkeit* in einer Gesellschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind.⁴²⁶

Die Not und die Geeignetheit der Mittel zu ihrer Abwehr sind unbestritten empirischen Beweisen zugänglich. An die Metaphysik der Menschenwürde muss man zwar in der Tat glauben, aber dieser weltliche Glaube gehört zu unserer Verfassungsidentität.

III. Individualprävention: Strafmilderung, Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung

1. Die Individualprävention ist mit den folgenden Stichworten zu umreißen: Strafmilderung, Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung.

Die Individualprävention blickt (seit *Liszt*) auf den einzelnen Täter. Sie will auf dessen Gefährlichkeit mit den positiven- *Maßnahmen* der Resozialisierung einwirken (positive Individualprävention). Sie setzt weniger auf die *negative* Idee des Vollzugs zur Abschreckung vor Rückfalltaten (negative Individualprävention). Sie weiß aber auch darum, dass bei gefährlichen Tätern

⁴²⁶ Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969, 29.

die *Sicherung* der Allgemeinheit vor Rückfalltaten für die Zeit des Vollzuges vonnöten ist. Die gesetzlich normierten Tatbestände, also das Bürgerschutzstrafrecht (*nullum crimen sine lege*), setzt sie dabei im Kern voraus.

Strafmilderung. Diese sogenannte *moderne* Sichtweise hat seit den Ende des 19. Jahrhunderts bis heute – in einem im humanistischen Sinne- dazu geführt, den Vollzug *weniger schädlich und menschenwürdiger* ausfallen zu lassen⁴²⁷ als seine Alternative, der alte liberalen Verwahr- oder gar der „harte Vollzug“. Letzterer bringt in der Regel diejenigen Erniedrigungen und Grausamkeiten mit sich, die zum Beispiel Art. 3 EMRK ausdrücklich untersagt. Seit von *Liszt* war die fortschrittliche Idee der Individualprävention das *Mittel für die Humanisierung* des Strafrechts.

Auf dem *individualpräventiven* Wege, und zwar über die vermeintliche oder auch tatsächlich nachweisbare *Ineffektivität* des herkömmlichen Strafvollzugs für die Rückfallprognose, sind die Strafen gemildert, analog zum Jugendstrafrecht von 1923, zur Bewährung ausgesetzt und mit Weisungen etc. verbunden worden.⁴²⁸

Dennoch dient, wie das Wort von der Resozialisierung belegt, der dazu notwendige Blick auf den *individuellen* Täter letztlich dem Gemeinwohl der Gesellschaft. Dieser Ansatz betrachtet den Täter nach dem Urteil eher als ein *unmündiges Wesen* und Objekt der Erziehung, denn als freien Bürger der Bürgerrechte.

Deshalb ist das Menschenbild des Strafvollzuges inzwischen mit der *ethischen* Idee der unantastbaren Menschenwürde des Täters überformt. Die Resozialisierung findet nunmehr als ein Angebot statt. Die Humanität des Strafens ist demgemäß auch mit dem heutigen *Schuldprinzip* zu verbinden. Historisch betrachtet aber geht sie vor allem mit der Individualprävention einher, weil im Schuldprinzip mit dem Schuldausgleichsgedanken auch das alte strenge Vergeltungselement mit enthalten ist.

⁴²⁷ Baratta, Resozialisierung, 1 ff., 4.

⁴²⁸ Siehe Vormbaum, Einführung, 2015 § 7 I („Gegen Ende des 19. Jahrhunderts löste das liberale, aber strenge Vergeltungsstrafrecht sich auf ... wegen seiner vermeintlichen oder auch tatsächlichen Unfähigkeit zu effektiven Kriminalitätsbekämpfung“).

2. *Gefahrenabwehr*. Vorzubeugen ist den erneuten Angriffen durch *denselben Täter*. Dies ist das Grundanliegen der Individualprävention. Sie betreibt also eine *konkrete vorbeugende Gefahrenabwehr*. Unmittelbare Gefahren wehrt die Polizei mit ihren Rechtsgrundlagen ab. Aber aus der Art und Weise der Tat und der Persönlichkeit des Täters können wir eine Rückfallprognose erstellen. Wer einmal eine Unrechtstat begangen hat, der gibt Anlass zur Frage, ob er sich demnächst erneut ähnlich verhalten wird. Dahinter steckt ein üblicher menschlicher Schluss. Aus der Erfahrung mit einem Menschen in der Vergangenheit schließen wird auf sein zukünftiges Verhalten.

Wir bauen negative Erwartungen auf, die sich im Bereich der mittleren Kriminalität vor allem mit weiteren einschlägigen Vorstrafen verdichten. Bei Tötungsdelikten können wir allerdings offenbar nicht auf Vorstrafen warten. Wir, so ließe sich schließen, gehen insofern einerseits von einer *hohen Hemmschwelle* zu töten aus, verneinen im Zweifel also den bedingten Tatvorsatz. Aber wer andererseits einmal diese Hemmschwelle überwunden hat, beim dem droht eine deutlich erhöhte Wiederholungsgefahr.

Was aber wollen wir auf diese Weise schützen? Es sind vorrangig

- die einzelnen Menschen und die realen Institutionen,
- die konkreten Rechtsgüter sowie
- das konkrete Recht.

Doch dahinter ragt, wenn auch nachrangig, das Gedankengebäude der Generalprävention auf. Mit jedem deliktischen Angriff ist die *allgemeine Gefahr* verbunden, dass die einzelnen Täter ein *schlechtes Beispiel* dafür bilden, dass es sich lohnt, derartige Straftaten zu begehen oder das Gesetz zu brechen. Der Schutz- als Vorbeugungsgedanke verbindet die General- mit der Individualprävention. Der Sache nach handelt es sich bei der Individualprävention um eine *bestimmte Art*, wie der Schutz der Gesellschaft, der abstrakten Rechtsgüter und auch des Rechts als solchem zu betreiben ist.

Das Strafgesetzbuch verwendet alle drei Arten der Individualprävention, die *von Liszt* beschreiben hat, den *Denkzettel* der Geldstrafe für „besserungsbedürftige Gelegenheitstäter“, die *Resozialisierung* im Vollzug oder in der Bewährung für den „besserungsfähigen Zustandsverbrecher“, der durch Erziehung zu

sozialisieren sei, und die Sicherungsverwahrung für den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher, der durch „Strafknechtschaft“ auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen sei.

Heute allerdings vollziehen wir die Resozialisierung, wie schon angemerkt, nicht mehr als patriarchalische Erziehung, das würde den Verurteilten unnötig zum Erziehungsobjekt herabstufen, wir unterbreiten Angebote, die Vollzugslockerungen oder die bedingte Entlassung erlauben.

Am Ende steht auch heute als rein individualpräventive Sanktion bei „erheblichen Straftaten“ die Maßregel der *Sicherungsverwahrung*. Eine Sicherungsverwahrung, die nach der vollen Verbüßung der Schuldstrafe vollzogen wird, trifft einen Täter, bei dem die Betrachtung dessen schwerer Vorstrafen und

„die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, ... zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.“ § 66 StGB.

Allerdings bedarf es einer regelmäßigen Überprüfung des Fortbestands der Gefährlichkeit.

Auch in den Vorgaben für das Schuldstrafrechts bestimmt § 46 I 1 StGB im Satz 2:

„Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.“

Zudem kann ausnahmsweise eine kurzfristige Freiheitsstrafe „zur Einwirkung auf den Täter“ geboten sein, um ihn zu bewegen, sich künftig rechtstreu zu verhalten.

Diese Form der Gefahrenabwehr gilt es dann der Allgemeinheit mitzuteilen und in ihr zu kommunizieren. Dafür muss sie aber auch konkret stattfinden.

Andererseits verfügt die Sichtweise der Individualprävention über einen eigenen Standpunkt. Ihren Boden bildet die Realität. Sie fragt nach der Empirie, also den konkreten Erfahrungen. Diesen Grundansatz teilt sie mit der *Kriminologie*.

Die Idee von der Individualprävention will von ihrem Ansatz her neuen Straftaten vorbeugen, indem auf den *Täter eingewirkt* wird, um *Rückfalltaten* zu verhindern. Diese Sicht geht also erkennbar vom Täter aus und nicht von der Tat. Sie betrachtet das Gefahrenpotential und stellt eine Sozialprognose an.

Umgekehrt stützen sich Rechtsinstitute wie die Strafaussetzung zur Bewährung, §§ 56 ff StGB und die bedingte Entlassung, §§ 57 ff. StGB auf diese Sichtweise. Aber insofern dienen sie der Aussetzung mit der an sich verdienten Schuldstrafe. Sie vermögen also nicht, die Strafe zu begründen, sondern nur den teilweisen Strafverzicht. Schuldstrafe und Individualprävention zeitigen also unterschiedliche Ergebnisse.

Im Kern handelt es sich um eine Art von *ausgegliedertem Polizeirecht*. Die Gefahrenabwehr ist nur künstlich über die Straftat an das Strafrecht gebunden. Das Strafrecht räumt also den Gefährdern auf diese Weise den Grundrechtsschutz des Strafrechts samt des Strafprozessrechts ein.

3. Den realen Kern des Strafvollzuges bezeugen die Mauer, die die Justizvollzugsanstalten umschließen ebenso wie die Wachtürme oder die Gitter vor den Fenstern und der Einschluss in die Zellen. Dieser Strafvollzug dient dem Einsperren von Menschen. Er soll sie „unschädlich“ machen. Das Einsperren, soll die Gefangenen hindern, sich der Strafe zu entziehen. Es soll das Übel der Strafe mit Zwang aufrechterhalten und auch die Gemeinschaft vor weiteren Straftaten schützen.

Nur die Art des Vollzuges hat menschenwürdig zu geschehen: Er soll vor allem, dem Strafgefangenen dabei helfen, sich zu *resozialisieren*. Ihm sind Angebote zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu unterbreiten, die dann auch eine günstige Sozialprognose erlauben und die bedingte Entlassung begründen helfen können.

Der Leitsatz lautet:

„Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber, ein wirksames Konzept der Resozialisierung zu entwickeln und den Strafvollzug darauf aufzubauen.“

Darauf hat der Strafgefangene einen Anspruch aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG und dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 III GG. Sein Interesse steht insofern im Mittelpunkt. Aber:

„Die Resozialisierung dient auch dem Schutz der Gemeinschaft selbst: Diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, daß der Täter nicht wieder rückfällig wird und erneut seine Mitbürger und die Gemeinschaft schädigt.“

Dabei hilft Arbeit, aber sie ist mit einem deutlichen Erziehungscharakter verbunden.

...Arbeit im Strafvollzug, die dem Gefangenen als Pflichtarbeit zugewiesen wird, ist nur dann ein wirksames Resozialisierungsmittel, wenn die geleistete Arbeit angemessene Anerkennung findet. ... Sie muß ... geeignet sein, dem Gefangenen den Wert regelmäßiger Arbeit für ein künftiges eigenverantwortetes und straffreies Leben in Gestalt eines für ihn greifbaren Vorteils vor Augen zu führen.“⁴²⁹.

Dementsprechend heißt es im Strafvollzugsgesetz des Bundes (§ 2 StVollzG und dem der Bundesländer):

„Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der

⁴²⁹ Urteil vom 01. Juli 1998 - 2 BvR 441/90 (Leitsatz, und Abs. 132 f. lautet (Hervorhebungen nicht im Original): „Die Verfassung gebietet, den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung der Gefangenen hin auszurichten. Der einzelne Gefangene hat aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen grundrechtlichen Anspruch darauf, daß dieser Zielsetzung bei ihn belastenden Maßnahmen genügt wird. Für die *Freiheitsstrafe*, bei der die staatliche Gewalt die Bedingungen der individuellen Lebensführung weitgehend bestimmt, erlangt das Gebot der Resozialisierung besonderes Gewicht. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Gebot aus dem Selbstverständnis einer Rechtsgemeinschaft entwickelt, die die *Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet ist*. Dem Gefangenen sollen die *Fähigkeit und der Wille zu verantwortlicher Lebensführung* vermittelt werden. Er soll sich in Zukunft unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch behaupten, ihre Chancen wahrnehmen und ihre Risiken bestehen können. Die *Resozialisierung dient auch dem Schutz der Gemeinschaft selbst*: Diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, daß der Täter nicht wieder *rückfällig* wird und erneut *seine Mitbürger und die Gemeinschaft schädigt* (vgl. BVerfG 35, 202 <235 f.> - Lebach).“

Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“

Auch innerhalb des Vollzugs wirkt sich also das Menschenbild aus, das dem Schuldstrafrecht zugrunde liegt bei der Deutung und Ausgestaltung der *Resozialisierung*. Sie dient nur „auch“ der *Individualprävention*.

4. *Fazit*. Auf den ersten Blick spielt die Individualprävention im deutschen Schuldstrafrecht zwar keine Hauptrolle bei der Strafbegründung. Doch dass das Strafgesetzbuch diese „zweite Spur“ entwickelt hat, zeigt die Kraft dieser Idee. Nur mit dieser *Aufspaltung* konnte das Strafrecht offenbar das *betonte Tatschuldstrafrecht* und auch die humane Strafzumessung absichern und retten.

Die wichtigen Elemente der Individualprävention lauten: Strafmilderung, Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung. Sie betreffen vor allem den Vollzug.

IV. Einzelne präventive Mischkonzepte: Integrationsprävention (Roxin, Müller-Dietz), individualpräventive notstandähnliche Schuldstrafe (Frisch), Repression als ergänzungsbedürftige Prävention (Kunz)

1. Drei einzelne präventive Mischkonzepte sind zunächst vorzustellen: die Integrationsprävention (Roxin, Müller-Dietz und andere), die Gemengelage von Strafe und Maßregel (Frisch) und zusätzlich die pragmatische Einbeziehung der Polizei (Kunz). Danach ist das Nebeneinander von Bürger- und Feindstrafrecht (Jakobs) vorzustellen. Die Strafbegründungen dienen zugleich als *Beispiele* für ein strafrechtswissenschaftliches Denken, das vorrangig die Schutzidee der *Gefahrenabwehr* lebendig werden lässt.

2. *Integrationsprävention*. Eine Reihe deutscher Strafrechtswissenschaftler verbindet den Gesichtspunkt des *Schuldausgleichs* mit demjenigen der Prävention, und zwar unter der Vorherrschaft der positiven Generalprävention. Sie wird um die gesetzgeberische *kriminalpolitische* Sicht ergänzt oder sie erklären das Strafrecht offen mit *sozialpsychologischen* Elementen, deren sich im Grundansatz auch Feuerbach bediente. Dass das Strafgesetzbuch als solches und aus der Sicht des Gesetzgebers auch seine Umsetzung von der Generalprävention beherrscht wird, ist offenkundig.

Dieser Grundgedanke ist ganz oder teilweise mit der Formel vom Strafen als „Integrationsprävention“ verbunden. Dieser Begriff gilt grob als Synonym für die „positive Generalprävention“. Die Konnotation mit der „Integration“ bezieht jedoch auch die Soziologie mit ein. Es soll *nicht* um die *Ausgrenzung* von Menschen gehen, die straffällig geworden sind oder dazu neigen, sondern um ihr Einfangen im Vorwege. Schon das Strafgesetz dient danach der Aufgabe, Abweichler oder solche, die darüber auch nur nachdenken, wieder beziehungsweise fester in die *Gesellschaft* einzubinden. Das Gesetz umschreibt die allgemeinen *Schutzwerte* mit konkreten Tatenbeispielen und will damit unser aller *Rechtsgefühl* stärken.

Insofern erhält der Gedanke der *Resozialisierung*, der eigentlich den konkreten Vollzug mit beherrscht, indirekt schon Eingang in die generalpräventive Sicht.

Trotz einiger Unterschiede im Einzelnen ist diese Lehre mit der wirkungsmächtigen Ansicht von *Roxin*⁴³⁰ verbunden und auch mit den Namen *Müller-Dietz*⁴³¹ und *Baratta*⁴³²) verknüpft. *Noll*⁴³³, auf den *Roxin*⁴³⁴ verweist, erklärt zudem unter anderem, ohne die subjektive Zurechenbarkeit der Tat sei es vom präventiven Zweck her sinnlos, den Täter zu bestrafen⁴³⁵. So führt auch die schuldangemessene Strafe nach *Roxins*⁴³⁶ Vorstellung von der Integrationsprävention zu einer „Befriedigung“⁴³⁷ des Rechtsgefühls und stabilisiere die Moral auf dem jeweils gegebenen Niveau.⁴³⁸ Dieser knappe Überblick über ältere Stimmen belegt die lange Bedeutung des Präventionsgedankens in der deutschen *Spezialliteratur*. Auch zeigt sich erneut, wie man versucht, sich mit dem gesetzlich vorgegebenen Schuldprinzip zu arrangieren oder es im Lichte der *Verhältnismäßigkeit* auszudeuten und auf diese

⁴³⁰ Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.

⁴³¹ Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff., 823.

⁴³² Baratta, Integration, KrimJ 16 (1984), 132 ff.

⁴³³ Noll, Schuld, 1966, 219 ff.

⁴³⁴ Roxin, Schuld, 1974, 171 ff., 186, u. Hinw. auf Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff., 186; vgl. auch Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff., 299.

⁴³⁵ Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985, 39 f. Zusammenfassend: Schumann, Generalprävention, 1989, 1. Kap.

⁴³⁶ Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.

⁴³⁷ Dazu auch: Schumann, Generalprävention, 1989, 1.

⁴³⁸ Zum Rechtsbewusstsein, das den verfassungsrechtlichen Wert des ungeborenen Lebens im Sinne der positiven Generalprävention mit umfassen müsse, weshalb dessen strafrechtlicher Schutz vonnöten sei, siehe auch BVerfG 88, 203, 272.

Weise die *Generalprävention* und mit ihr das *Schutzprinzip* in den Mittelpunkt zu rücken, um das Strafen dann vorrangig präventiv zu begründen.

Roxin⁴³⁹ will dabei die Strafdrohung generalpräventiv und den Vollzug individualpräventiv verstehen. Die *Tatschuld* soll für die gerichtliche Strafzumessung nur als *Obergrenze* dienen, also nicht strafbegründend, sondern nur mildernd (limitierend) eingreifen. (Deshalb muss die Willensfreiheit des Menschen auch nicht nachgewiesen werden, denn die Schuldidee, die aus ihr folgt, wirkt sich nur zugunsten des Täters aus.) Allerdings wirkt die Schuld folglich nicht als Untergrenze. Mangels präventiver Gründe kann das Gericht also innerhalb der Strafraumen auf Strafe ganz oder weitgehend verzichten.

Diskussion. Dabei verdrängt dieser Ansatz, dass die *Strafraumen*, vor allem deren Untergrenzen vom Gewicht des typischen *vorwerfbaren Unrechts*, kurz von der in der Regel vorsätzlichen und *voll schuldfähigen* Beeinträchtigung von Rechtsgütern, abhängig ist (§§ 16, 21 StGB). Es hat sich auch damit auseinander zu setzen, dass das Gesetz ausdrücklich die Schuld zum Hauptmaßstab der gerichtlichen Strafzumessung erhebt (§ 46 I StGB). Es bietet stattdessen

- einen sozialen Schuldbegriff oder die Idee der normativen Ansprechbarkeit⁴⁴⁰,
- die Umformung der wertorientierten Rechtsgutslehre in die sozialnützliche Interessenlehre⁴⁴¹
- und die Leitidee der rollenhaften Person (anstelle auch der Menschenwürde).

Dieses Gedankenwerk ist in sich schlüssig; aber es ist entweder verkappt *de lege ferenda* ausgerichtet, zumal es historisch ohnehin eng mit den *Alternativ-Entwürfen* zum reformierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs von 1969/1975 verbunden ist oder es ist derzeit als Teil einer *recht extensiven* Umformung und Ausdehnung des Schuldbegriffs des Strafrechts zu verstehen.

Ob der dogmatische Vorzug jeder präventiven Strafbegründung, mit der im Kern wertfreien sozialen Sicht die ethische Metaphysik der *Willensfreiheit*

⁴³⁹ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 34 ff.

⁴⁴⁰ Roxin, unter anderem: Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff. . Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff., 723 ff.

⁴⁴¹ Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2, Rn 9

umgehen zu können, nicht auch anders zu erreichen ist, wird im „Fundamentalen Teil“ zu prüfen sein. Aber das *Bundesverfassungsgericht* bekennt sich immerhin ausdrücklich zur Willensfreiheit und zum Schuldprinzip, und sieht beides in Art. 1 I GG verankert.

Mit der Verfassungsidee der Menschenwürde und der einfachen Objektformel, dass der Mensch nicht „bloß“ zu Objekt gemacht werden darf, hat auch *Roxins* ausgefeilter Ansatz Mühe. Er versucht aber der Sache nach, sich auf den Personenbegriff und damit auf die Rechts- sowie auch *Rechtsstaatsidee* der *Normativität* zurückzuziehen und den Aspekt der Menschenwürde, soweit es geht, auf dessen Anspruch auf *Resozialisierung* zu verkürzen. Dennoch steht im Hintergrund die *Interessensicht der demokratischen Gemeinschaft* (Art. 20 GG) an der Vermeidung von Straftaten. Der verurteilte Täter droht bei deren Vorrang dennoch zum bloßen Mittel zu diesem dann höchsten Strafzweck zu werden.

So zeigen sich einerseits die *dogmatischen Konsequenzen* einer weitgehend präventiven Vereinigungstheorie. Zu erinnern ist andererseits daran, dass mit der vergeltenden Schuldstrafe faktisch, wenn auch dogmatisch nicht zwingend notwendig, härtere Strafen verbunden sind. Die Individualprävention hat also erheblich zur *Humanisierung* der *konkreten* Strafen beigetragen. Auch wird umgekehrt eine vorrangig schuldvergeltende Vereinigungstheorie, zumal für die Strafvollstreckung, die Idee der *Integrationsprävention* benötigen, um die Aussetzung zur Bewährung (§§ 57 ff., 57, 57 a StGB) und die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB) zu untermauern.

3. *Individualpräventive notstandsähnliche Schuldstrafe*. *Frisch* sieht die herkömmliche Schuldstrafe weit pragmatischer vor dem *Hintergrund* der individualpräventiven Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB). Seine Erwägungen enthalten eine vorzügliche Zusammenfassung auch der Einwände gegen eine Gleichschaltung. Er verweist auf die deutsche *Rechtsgeschichte*. Sie ist mit ihm auch deshalb kurz zu verfolgen, weil sie zugleich die Lehre von der Sozialverteidigung einschließlich der Forderung nach der Unschädlichmachung von Rückfalltätern in einen deutschen Zusammenhang setzt.

Zunächst habe man das Institut der Maßregeln rein utilitaristisch verstanden, so auch der Gesetzgeber, als er sie in das Gesetz zur Bekämpfung von gefährlichen

Gewohnheitsverbrechern aufgenommen hat⁴⁴². Ihre rechtsethische Rechtfertigung und ihre rechtsstaatlichen Probleme habe man nicht diskutiert. Entsprechendes gelte für die empirischen Probleme, insbesondere für die Frage nach den Grundlagen der für die Maßnahmen unabdingbaren Prognosen.

Aber schon früh hätten einige Autoren die Frage gestellt, ob Maßregeln denn überhaupt von Strafe zu unterscheiden seien⁴⁴³. Zu Recht merkt er an, die Maßregeln der §§ 61 ff. StGB knüpften wie die Strafe an eine *Straftat* an. Sie bedienten sich zudem derselben *Mittel* wie die Strafe und wirkten gleichzeitig auch als *Übel* auf den Täter. Überdies würden sie in ganz ähnlichen Anstalten durchgeführt. Spätestens mit der Proklamierung der Resozialisierung als Zweck des Strafvollzuges könne man meinen, sei deshalb die Unterscheidung zwischen Strafe und vorbeugender Maßnahme aufgehoben⁴⁴⁴.

Der *Freiheitsentzug* wegen oder aus Anlass eine Tat spricht seit jeher für eine enge Verbundenheit von der vollstreckten Freiheitsstrafe und der Maßregel der Sicherungsverwahrung.

Frisch argumentiert dennoch vorsichtig und *kriminalpolitisch*, die Gemeinsamkeit, *Freiheit* zu entziehen, könne die Einheitlichkeit von Strafe und Maßregel nicht begründen, schließlich seien auch Quarantänemaßnahmen oder Beugehaft für Zeugen freiheitsentziehende Eingriffe.⁴⁴⁵ Es bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen Strafe und Maßregel. Erstere werde zumindest im deutschsprachigen Raum meist als Ausdruck des „sozialethischen Unwerturteils“ gegenüber dem Täter verstanden. Dieses beziehe sich auf dessen vergangene Tat. Maßregeln seien dagegen zukunftsorientiert. Sie dienten ausschließlich der Verhinderung künftiger Straftaten und seien nicht mit einem solchen Tadel oder Vorwurf verknüpft⁴⁴⁶. Anzuführen ist, dass eigentlich auch schon ein dringender Tatverdacht ausreichen müsste.

⁴⁴² Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 352 f., u. Hinw. auf Exner, Sicherungsmittel, 1914, 6 f. („völlig analog dem ökonomischen, wirtschaftspolitischen Prinzip“).

⁴⁴³ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 355. So naheliegender Weise bereits Liszt, Zurechnungsfähigkeit, 214 ff., 227; sowie Dreher, Vereinheitlichung, ZStW 1953, 448 ff., Mayer, H., Strafrechtsreform, 153 ff.

⁴⁴⁴ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 355, u. Hinw. auf Schmidt, E., Strafrechtskommission, 51 ff., 52 f.; Nowakowski, Maßnahmenkomponente, 193 ff., 200 f.

⁴⁴⁵ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 357 ff.

⁴⁴⁶ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 358 ff.

Zwischenkritik. Auf diese Weise übergeht *Frisch* aber erstens die Frage, welche Gemeinsamkeiten jenseits des Tadels bestehen. Zweitens versucht er die Gemeinsamkeit des Freiheitsentzugs unangemessen abzuschwächen. Sie hat das *Bundesverfassungsgericht* veranlasst, der Sache nach einen weiteren Strafbegriff im verfassungsrechtlichen Sinne zu vertreten. Drittens ist auch die sanitäre Quarantäne wie auch die Unterbringung als Maßregel und die nach Landesrecht zu eigen, dass sie eine nachzuweisende *Gefahrenlage* erfordert, die untrennbar mit der Person des Betroffenen verbunden ist. Die *Reaktion* besteht jeweils in der *Isolierung* des Gefährlichen, bis er wieder frei am Gemeinschaftsleben teilnehmen kann. Auch ohne die Zeugenaussage ist die Wahrheitsfindung gefährdet und er schafft mit seinem Verhalten eine Gefahrenlage.

Sachgerechter erscheint es, wie üblich, zwischen den Maßnahmen zu Abwehr einer unmittelbaren Gefahr im polizeirechtlichen Sinne und den Maßregeln des Strafrechts zu unterscheiden. Das Strafrecht setzt bei seinen Maßregeln einerseits *keine unmittelbare* Wiederholungsgefahr voraus, nimmt aber andererseits eine *Dauergefahr* von erheblichem Gewicht an und verlangt zum Beleg eine entsprechende nachgewiesene an sich bereits *strafwürdige Tat*.

Zur Rechtfertigung der Individualprävention verweist *Frisch* auf einen wichtigen Gesichtspunkt: Die Eingriffsbefugnisse des Staates in die Freiheitssphäre des (gefährlichen) Bürgers würden klassischerweise mit Hilfe der Gedanken der *Notwehr*⁴⁴⁷ und des *Notstandes*⁴⁴⁸ begründet werden.

Gegen den Rückgriff auf den Gedanken der Notwehr wendet *Frisch* zwar selbst und zu Recht ein, dass nach der Begehung der Tat kein gegenwärtiger Angriff mehr vorliegt⁴⁴⁹. Es fehlt an der akuten Notlage. Deshalb sei, und insofern stimme er mit *Prittwitz* überein⁴⁵⁰, auf den Gedanken des überwiegenden Interesses, also auf den des *rechtfertigenden Notstandes* abzustellen: Die

⁴⁴⁷ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 358 ff., ähnlich Kaiser, G., Kriminologie, 1996, § 116, 1002 Rn 54.

⁴⁴⁸ Auf eine *Notstandsrechtfertigung*, so meint Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 367, laufe auch der bisher kaum gewürdigte Versuch von Schmidt, E., Probleme, ZStW 1957, 359 ff., 359, 375 f., hinaus; siehe auch Köhler, Strafe, 81, Zur Notwehr, wenngleich als kritisches Argument: Lüderssen, Zustand, 159 ff.; siehe auch Lüderssen, Notwehrelemente, 468 ff, u.a. 476: „Definition der staatlichen Aufgaben aus der Perspektive des Privaten“; zudem Prittwitz, Schutz, 19 ff., 31.

⁴⁴⁹ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 367, u. Hinw. auf Nowakowski, Rechtsstaatlichkeit, 98 ff., 108 f.; Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn. 31, Rn 54.

⁴⁵⁰ Prittwitz, Schutz, 19 ff., 31 mit FN 44.

Achtung der Rechte des gefährlichen Bürgers müsste hinter der Schutzverpflichtung des Staates gegenüber den gefährdeten Bürgern zurückstehen. Allerdings bleibt offen, weshalb die Waage sich zugunsten des Gefährdeten neigt. Eigentlich handelt es sich um die Übernahme der Idee des defensiven Notstandes gem. § 228 BGB mit seinem Grundmodell des Tierangriffs. Auch setzt er den Nachweis einer Wiederholungsgefahr voraus. Ungefährliche Konflikttäter jedenfalls dürfte dann kein Freiheitsentzug mehr treffen. Der *Defensivnotstand* des § 228 BGB, so ist anzufügen, enthält einen entsprechenden Gedanken. Aber hinter dem Gedanken des rechtfertigenden Notstands verbirgt sich nichts weiter als das allgemeine utilitaristische Güterabwägungsprinzip. Strafe muss ultima ratio, darf dann aber sein.

Eröffnet ist auf diese Weise nur der derzeit weniger bedeutsame Weg, die Strafe nicht mehr nur hoheitlich, sondern über den rechtfertigenden Notstand auch privatrechtlich als ein unmittelbares *Bürgerrecht* zu begründen.

Frisch folgert zwar dann doch weiter, deshalb sei es für die Anwendung der Maßregeln der Besserung und Sicherung in fast allen Maßnahmerechten vonnöten, dass der Täter bereits eine *Tat* begangen habe.⁴⁵¹ Dabei übersieht er aber, dass er selbst die Quarantäne herangezogen hat und vor allem auch die Unterbringungsgesetze der Länder, die Gefahrenlagen ebenso ausreichen lassen, genauso wie die Untersuchungshaft bei Wiederholungsgefahr gemäß § 112 a StPO.

Tatnachweis und Maßregeln gehören nicht zwingend zusammen. Das Schuldstrafrecht aber muss diese Trennung vornehmen, denn der Schuldvorwurf verlangt eine bestimmte Tat.

Gesetzeskonform erklärt *Frisch*, die Maßregeln seien dem sonstigen Strafrecht unterzuordnen. Sie seien *subsidiär*. Auf sie dürfe nur zurückgegriffen werden, wenn der Täter nicht bestraft werden könne oder die Strafe ihrer Dauer nach deutlich hinter einer individualpräventiv gebotenen Maßnahme zurückbleibe. Auch er müsste also zuvor eine Doppelprüfung einfordern, die zumindest das Gleichgewicht von Schuldstrafe und Unschädlichmachung offenbart.

⁴⁵¹ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 376.

*Frisch*⁴⁵² empfiehlt folgerichtig als *Untergrenze* für die subsidiäre freiheitsentziehende Maßregel die Rückkoppelung mit der Schuldstrafe. Maßregeln, die die Freiheit entzögen, kämen nur dann in Betracht, wenn auch (für einen entsprechenden voll verantwortlichen Täter) eine Freiheitsstrafe (als Schuldstrafe) auszuwerfen wäre, und zwar möglichst eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe, also keine Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder weniger, die zur Bewährung auszusetzen gewesen wäre⁴⁵³.

Frisch erwägt, diese Forderung auch für die Sicherungsverwahrung zu erheben. Zu prüfen sei, ob gegen die gefährlichen Rückfalltäter nicht mit entsprechend länger zu bemessenden, bestimmten (oder unbestimmten) Freiheitsstrafen vorzugehen sei⁴⁵⁴. Auf diese Weise würde er allerdings die Sicherungsverwahrung in die *Schuldstrafe* eingliedern. Sie wäre überflüssig, würde aber endgültig das eigentliche Ausmaß der personalen Seite bei der Bemessung der Schuldstrafe offenbaren. Nur die heutige unbegrenzte Sicherungsverwahrung ließe sich auf diese Weise nicht rechtfertigen. Möglich ist die Eingliederung aber wegen der hohen Strafrahmen und mithilfe des herkömmlichen Vorwurfs für solche Fallgestaltungen, der Täter habe zwei einschlägige schwere Vorstrafen und deren Vollzug von wenigstens zwei Jahren sich nicht zur Warnung dienen lassen. In der Regel wählt die Praxis auch diesen Weg.

Kritik. Pragmatisch verlangt *Frisch* also zumindest, die schuldbezogene Freiheitsstrafe soweit möglich individualpräventiv aufzuladen, um nicht auf die subsidiär zur Verfügung stehende freiheitsentziehende Maßregel der Sicherungsverwahrung zurückgreifen zu müssen. Gleichwohl bleibe noch Platz für ein Maßregelrecht. Denn, so *Frisch*, die schuldgerechte Strafe könne nicht stets so lange dauern, wie eine etwaige Gefährlichkeitsprognose des Täters eine Maßnahme der Sicherung vorsehen würde. Sein Argument zeigt allerdings die Gefahren dieses Ansatzes: Die Schuld könne durchaus klein sein, die Gefährlichkeit aber lange währen.⁴⁵⁵

⁴⁵² Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 380.

⁴⁵³ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 382 ff. (insbes. 386 f. samt den Erläuterungen 196, 197).

⁴⁵⁴ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 389.

⁴⁵⁵ Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff., 390 f., u. Hinw. auf Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974, 393 ff. (zur sog. "Antinomiediskussion"); Stratenwerth, Tatschuld, 1972, 22 ff.

Frisch sieht zudem nicht nur die Strafe vor dem Hintergrund der Maßregeln der Besserung und Sicherung, sondern will zugleich auch die Maßregeln an die Tatstrafe heranführen. Er nähert Schuldstrafe und Individualprävention einander an. *Frisch* bildet eine zweisäulige Vereinigungstheorie, die trotz der Betonung des Schuldgedankens eigentlich von der Individualprävention beherrscht wird. Seine Sicht lässt sich auf die Formel bringen: „*Individualprävention durch Tatschuldvergeltung*“. Das dritte Element der Vereinigungstheorie, die *Generalprävention*, blendet er als eigenständigen Ansatz aus. Allerdings ist sie in der regelmäßig dahinterstehenden Idee der Sozialverteidigung als Gemeinschaftsschutz mitenthalten.

Dieser Ansatz erfordert der Sache nach dennoch *zweierlei Sanktionssysteme*, das Tatschuldstrafrecht und ein tatbezogenes Maßnahmerecht sowie die Folgerung, sie soweit möglich aufeinander zu beziehen. Insofern bildet er ein Beispiel für die oben beschriebene individualpräventive Sicht des Schuldstrafrechts.

4. *Repression als Prävention*. *Kunz*⁴⁵⁶ verbindet die *Repression* mit der *Prävention* und zieht damit die zwingende Folgerung aus einem Tatstrafrecht, das auch mit Individualprävention begründet wird. *Repressionen* jeglicher Art, und insbesondere Strafe, stellen eine Form der Prävention dar. Sie dienen jeweils der Vorbeugung.

Allerdings meint er, das repressive Strafen stelle nur eine unzulängliche Form der Prävention dar. Zu überlegen sei deshalb, inwieweit die überwiegend repressiv agierende *Polizei* nicht in eine überwiegend präventiv vorgehende umzuorganisieren sei. Dann sei der polizeilichen *Schlichtung* die größte Bedeutung innerhalb polizeilicher Prävention zuzumessen. Damit verschiebt *Kunz* allerdings nur die Aufgaben. Er will der Polizei schiedsrichterliche Funktionen übertragen. Er berührt das Gebot der Gewaltenteilung (zwischen Legislative, Exekutive und Judikative). Außerdem erscheint zweifelhaft, ob die schlichtende Polizei tatsächlich ohne Sanktionen auskommt.

Kritik. So bleibt einerseits einzuwenden, dass das Strafrecht und die Ermittlung der Tat vielfach erst weit nach deren Begehung einsetzen. Polizeiliche Schlichtung setzt die Offenkundigkeit einer frischen „handhaften Tat“ und auch einen bekannten Täter im Sinne der vorläufigen Festnahme voraus⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Kunz, Vorbeugen, 1987, 17 f. Kritisch auch Naucke, Rezension, GA 1989, 524 ff.

⁴⁵⁷ Zur Nacheile und ihrem Zusammenhang mit der Notwehr: Weigend, Deliktsoffer, 28 ff.,

Andererseits bleibt der Umstand, dass die Polizei als erste auch den *persönlichen* Kontakt mit den traumatisierten Opfern und den mutmaßlichen Tätern aufnimmt und dabei den demokratischen Staat verkörpert, der neben dem Freiheitsschutz auch „Recht und Solidarität“ verspricht. Auf der einfachen Rechtsebene kann Polizei unter anderem auf ein Rechtsfrieden schaffendes Geständnis oder einen Täter-Opfer-Ausgleich hinwirken. Gerade im *Jugendstrafrecht* gilt das informelle Verfahren als wichtig, vgl. §§ 45, 47 JGG.

Unvollkommen ist die Repression jedenfalls auch insofern, als die präventive Gefahrenabwehr der Notwehr auch den Idealfall des Polizeirechts darstellt, das Strafrecht aber das Fehlschlagen der unmittelbaren Gefahrenabwehr voraussetzt.

Der Überblick über große Einzelehren ist fortzuführen und dann mit einer Gesamtbewertung abzuschließen:

V. Paarungen: Feind- und Bürgerstrafrecht (*Jakobs*), Maßregeldenken und Schuldstrafrecht, Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht

1. Zweispuriges Denken durchzieht das Strafrecht. Die Idee der Bipolarität von Bürger- und Feindstrafrecht ist derzeit vor allem mit dem Namen *Jakobs* verbunden. *Jakobs* stützt sie aber nicht nur auf eine gesonderte Strafrechtsphilosophie, sondern entwickelt sie auch als Kritik an der gegenwärtigen Strafrechtspolitik. Mit Bezug zu seinem Ansatz sind auch die Paarungen Maßregeldenken und Schuldstrafrecht, Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht zu sehen. Sie bilden zugleich einen Teil der *Gesamtbewertung* der präventiven Lehren.

2. *Feind- und Bürgerstrafrecht*. Seit jeher sorgen nach innen gerichtete Rechtssysteme -auch- dafür, dass die jeweiligen Gemeinschaften ihre *eigenen* Strukturen schützen. Der *Staatschutz* bildet deshalb den Kernbereich und das genuine Feld der *sozialen Verteidigung*. Gefährlich sind dem sozialen System Staat in der Regel gegenläufige Subsysteme, also Organisationen und seltener einzelne Personen.

Jakobs konstatiert für das gegenwärtige deutsche Strafrecht im Grundsatz zu Recht ein Nebeneinander eines liberalen individuellen Hauptstrafrechts und eines gesonderten präventiven Terroristen- und Drogenbekämpfungsrechts, das

sich gegen kriminelle *Organisationen* richtet. Organisationen lassen sich nur zerstören und nicht als solche einsperren. Das Strafrecht kann insoweit nicht Endzweck, sondern nur ein Mittel zu einem im weiten Sinne politischen Zweck bilden. Dahinter verbergen sich die Generalprävention und die Vorstellung, parasitäre soziale Systeme einzudämmen.

Neben dem herkömmlichen *Bürgerstrafrecht* besteht deshalb zumindest die Neigung, ein *Feindstrafrecht*⁴⁵⁸ zu entwickeln, das kein wirkliches rechtsstaatliches Binnenstrafrecht, sondern gleich dem Kriegsrecht kein wirkliches Recht darstellt.

Die typisierten Kennzeichen eines solchen militarisierten Feindstrafrechts weisen in die organisierte, einschließlich der terroristischen Kriminalität: Mit *Jakobs*, und zwar anhand einer seiner grundlegenden Schrift⁴⁵⁹, sind es:

- die weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, als der Blick auf die drohende, nicht auf die schon begangene Straftat, wie Bildung krimineller und terroristischer Vereinigungen gemäß §§ 129, 129a StGB oder der bandenmäßige Anbau von Betäubungsmitteln gemäß §§ 30 I Nr. 1, 31 I Nr. 1 BtMG,
- der Verzicht auf eine angemessene Reduktion der Strafe: Die Strafe des Rädelsführers einer terroristischen Vereinigung gleiche der eines Täters, der einen Mord versucht, und übersteige die der sonstigen Delikte des § 129a erheblich sowie
- der Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur *Bekämpfungsgesetzgebung*, wie etwa die Gesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976, der Bekämpfung des Terrorismus von 1986 sowie der Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungen der organisierten Kriminalität von 1992. Allerdings ist auch auf das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderer gefährlicher Straftaten von 1998 ebenso zu verweisen wie auf das alles überwölbende Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994.

⁴⁵⁸ Dazu auch Schneider, H., *Bellum*, ZStW 2001, 499 ff., unter den prägnanten Titel: „*Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?*“.

⁴⁵⁹ Jakobs, *Selbstverständnis*, 2000, 47 ff., 51 ff. Vgl. auch Jakobs, *Schuldprinzip*, 1993, 28; Jakobs, *Norm*, 1997, 23. Zudem: Jakobs, *Theorie*, 2010, 167 ff. („Zur Theorie des Feindstrafrechts“), 167 ff.

- Hinzu tritt folgerichtig der *Abbau der prozessualen Garantien* des Bürgerstrafrechtes, wie im Kontaktsperregesetz gemäß § 31 EGGVG.

Ziel ist es demgemäß, diejenigen zu erfassen, die sich aus Sicht der Allgemeinheit dauerhaft vom Recht abgewandt haben, entweder in der „Haltung“⁴⁶⁰ (Sexualdelikte, die zugleich die Jugend, die Familienstruktur und die Humanität bedrohen) oder aber, und aus der Systemtheorie zu Recht: das „Erwerbsleben“, durch Wirtschafts- und insbesondere sonstige organisierte Kriminalität, gefährden. Dementsprechend sieht das Strafgesetzbuch die Sicherungsverwahrung bereits nach einer *einzelnen* einschlägigen Vorstrafe von mindestens drei Jahren (§ 66 III StGB) vor.

Jakobs scheidet also den an sich für rechtstreu gehaltenen Gelegenheitstäter, für den das Tatstrafrecht gilt, vom Rechtsfeind, für den ein Tätertyp orientiertes Strafrecht gilt. Bekämpft wird eine *Subkultur*, mit *Jakobs* eine, die es erlaubt, „am Recht vorbei eine Identität aufzubauen“, die stärker binde als die herkömmliche, bei der die „*Stützungen einer staatskonformen Religion ebenso abhandengekommen sind wie diejenigen der Familie und in welcher die Nationalität als eine eher zufällige Eigenschaft verstanden wird*“. Das Tatstrafrecht wandelt sich zugleich zu einem Täterstrafrecht in der Form eines *Rollenstrafrechts*. Bestimmte Rollen innerhalb gefährlicher Subsysteme einzunehmen, schadet dem Staatsgefüge.

3. Diskussion.

(1) *Jakobs* fordert zwar -in dieser Schrift- zu Recht ein durchgehendes *Binnen- und Bürgerstrafrecht*. Es sei von der bloßen Anwendung der Staatsgewalt als „Machtstrafe“, einer Strafe im „Naturzustand“, die nach Opportunitätsregeln verhängt werde, zu trennen⁴⁶¹.

Indem er ein an der (Rechts-) Person ausgerichtetes Bürgerstrafrecht einfordert, ergänzt er im Übrigen seinen ursprünglich systemtheoretischen und funktionalen Ansatz⁴⁶² eigentlich um ein aufklärerisch-metaphysisches Element⁴⁶³. Die

⁴⁶⁰ Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff.

⁴⁶¹ Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 55.

⁴⁶² Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 1. Abschn., 6 ff., Rn 4 ff.; (unter dem Titel „Schuld und Prävention“) Jakobs, Schuld, 1976 , 8 ff.

⁴⁶³ Grundlegend aus philosophischer Sicht Jakobs, Norm, 1997 , u.a. 33.

personale Bürgeridee deutet er aber auch nur soziologisch-systemisch und verbindet sie nicht mit der Idee der Willensfreiheit.

So beeindruckend und folgerichtig seine Trennung von Feind- und Bürgerstrafrecht auch ist und so stark sie die deutsche Strafrechtsdiskussion beeinflusst hat, weil sie die Präventionsidee begründet, im Kern bezeichnet sie - aus strafrechtlicher Sicht- altbekannte *Deliktsgruppen*:

Der Sache nach betrifft es das *Staatsschutzrecht* mit seinem Kern, dem Hochverrat als Gefährdung des Gesamtbestandes des Bundes einschließlich seiner *Grundordnung* (§§ 81 ff.). Es setzt lediglich neben die gewaltsame Änderung der staatlichen Grundstrukturen die betrügerische, listige und allgemein nötigende Beeinträchtigung der Strukturen der den Staat tragenden Gesellschaft. Die Gemeinschaft betreibt Selbsterhaltung als *Strukturerhaltung*. Die *Korruptionstatbestände* bekämpfen die Unterwanderung und somit die Gefährdung des Staatsapparates. Zugleich aber begreifen sich der Staat und seine Gesellschaft als eine organisierte Einheit. Sie ist insgesamt der Souverän, der angegriffen wird und sich verteidigt. Die Sozialverteidigung meint die Verteidigung einer sozialen Person.

In Großstaaten gefährdet nicht ein Einzelner den Staat, sondern auch organisierte Vereinigungen oder Netzwerke. Aber auch der Hochverräter aus vorstaatlicher lehnsrechtlicher Zeit weiß in der Regel eine Sippe oder einen politischen Bund hinter sich, sonst handelte er ohne Aussicht auf Erfolg.

(2) Ziel eines Feindrechts ist es zugleich stets, die Gemeinschaft selbst als elementaren Höchstwert zu schützen. Generalpräventiv wirkt es nicht allein, weil es die Rechtstreue der Allgemeinheit erhalten will, sondern weil es diese sichert. Im Übrigen führt jeder systemtheoretische Ansatz zwangsläufig dazu, dass die *Systemerhaltung* das eigentliche und absolute Ziel darstellt.

Das *generalpräventive* Element der Vereinigungstheorie ist darüber hinaus generell mit dem Hauptelement des Feindstrafrechts bestückt: der *Rechtlosigkeit* des Betroffenen. Denn originäre Rechte besitzt aus dieser Sicht nur die Allgemeinheit. Den Verurteilten kann sie deshalb als Exempel oder als Sündenbock bestrafen, weil er entweder angeblich sich selbst in die

Rechtlosigkeit begibt oder die Gemeinschaft ihn offen in diesen Zustand versetzt.

Letztlich bildet jedes *Gesetz* selbst, weil und soweit es drohend an die tatgeneigte Allgemeinheit gerichtet ist, einen Akt der vorbeugenden *Sozialverteidigung*. Es enthält Elemente des Feindstrafrechts. Der Staat oder die Gemeinschaft fürchtet seine Bürger oder Mitglieder. Sie könnten sich von ihm lösen und sich gegen ihn und seine Strukturen wenden.

Andererseits kämpft der Bürger, indem er Grund- und Menschenrechte einfordert, seit jeher dafür, *Rechtsperson* kraft eigenen Rechts zu sein und zu bleiben. Er verlangt folgerichtig zudem nach Demokratie und fordert also seinen Anteil an der alten Königswürde, der maiestas. Er begründet seinen Anspruch auf beides mit der Weltanschauung des freien und deshalb würdigen Menschen. Freiheitsstrafe setzt ebenfalls und erkennbar die Zubilligung von Freiheit voraus. Aber die Frage ist alt, wer als Bürger und Rechtsperson anerkannt wird. Auch der sogenannte rechtstreue Bürger kann ein Interesse an einem Feindstrafrecht für Fremde und auch an einem Sonderrecht für Bürger minderer Art entwickeln. Die Unantastbarkeit des Menschen als allgemeine Maxime bildet deshalb eine Grundvoraussetzung für jede westliche Verfassung.

Der Bürger wird also nicht nur, wie auch *Jakobs* einfordert, auf die Wahrung der *Justizgrundrechte* dringen, sondern auch ein *Tatstrafrecht* verlangen⁴⁶⁴, das am Schutz einzelner anerkannter *Werte* selbst und nicht allgemein an Struktur- oder Rechtsschutz insgesamt ausgerichtet ist und die Willensfreiheit und die Autonomie des Menschen voraussetzt.

(3) Ferner bedarf das Bürgerstrafrecht auch nicht der alten Werte wie Familie und Nationalität. Der Begriff des Bürgerstrafrechts ist insofern zu eng. Es verlangt nach einer die Allgemeinheit tragenden (Staats-) Religion. Sie stellt die von *Jakobs* selbst proklamierte Idee der bürgerlichen Rechtsperson als überdies übernationale *Weltanschauung* dar, die jedenfalls in der westlichen Welt staatstragenden Charakter besitzt. Die Prinzipien der deutschen Verfassungen zu bedrohen, bildet, wie § 81 StGB in seiner zweiten Alternative beschreibt, einen Angriff auf den *Bestand* des Bundesstaates.

⁴⁶⁴ Zur Neigung totalitärer Staaten zum Täterstrafrecht siehe Marxen, *Verhältnis*, 2002, 77 ff., 79; ders., *Kampf*, 1975, 136 f.; Telp, *Ausmerzung*, 1999, 252 ff.

Sinnvoll und folgerichtig wäre es, ein Bürgerstrafrecht auf der Tatbestands- und Unrechtsseite zu entwickeln und demzufolge auch nur mit *individuell* begehbaren Grunddelikten auszugestalten. Ebenso ist zu fragen, ob demzufolge nicht auch die Rechtsgüter ausschließlich solche der Person und im Sinne der personalen Unrechtslehre sein müssten. *Kollektive* Strukturen jeder Art sind dann im Rahmen von strafschärfenden Qualifikationen und mittelbar über die Beteiligung an ihnen oder aber auch über die Beweggründe mit zu erfassen nach dem Modell der Strafbarkeit von Bandenkriminalität bei Diebstahl, Raub, Erpressung und Hehlerei. In der Praxis gehen in der Regel der Verfolgung wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen oder auch terroristischen Organisation die Aufdeckung individueller Gewalt-, Drohungs- oder auch Listdelikte voraus. Sie stehen dann in Tateinheit und bilden insofern entweder zumindest Strafschärfungsgründe oder selbst den maßgeblichen Grundtatbestand für die Bestimmung der Einzelstrafe nach Maßgabe der Tateinheit gemäß § 52 StGB. Auch die Bestechungsdelikte erfassen an sich eine Form der egoistischen *Untreue* gegenüber dem Staat sowie die Beteiligung Externer daran und werden im Innenverhältnis häufig durch *Erpressung* betrieben.

Aber auch wenn *Jakobs* die Verallgemeinerbarkeit seiner Forderungen für das gesamte Strafrecht mit dem Hinweis auf den Begriff der „Verbrechensbekämpfung“ andeutet, ist das herkömmliche Strafrecht auch für ihn im Grundansatz Bürgerstrafrecht.

(4) Das Bürgerstrafrecht ist, auch wenn *Jakobs* in systemischer Weise nicht von Schuld, sondern von „Zuständigkeit“ spricht und also von einer Tatzuständigkeit als Form der sozialen Zuschreibung ausgeht, an einer Art von *Individualisierung* der Tat orientiert. Das Bürgerstrafrecht ist an dem teilautonomen System der *Person* (und der sozialen Rolle) des *Bürgers* ausgerichtet und nicht an kollektiven bürgerkriegsführenden Organisationen.

Die Zweiteilung der Werte in zwei Höchstwerte, die Individualrechtsgüter und die Gemeinschaftswerte, prägt auch diese Zweiteilung. Gemeinschaftswerte zu schützen, meint stets auch *soziale Verteidigung* zu betreiben. Zum Selbstschutz bereits für die Bedrohung, und nicht erst für die Vernichtung existentieller Strukturen die eigenen Bürger oder allgemeiner Mitmenschen zur Verantwortung zu ziehen, verlangt die besondere Beachtung der allgemeinen

und vor allem der justiziellen Grund- und Menschenrechte. Rein repressiv vorzugehen und wie bei Individualdelikten in der Regel erst auf reale Schäden zu reagieren, kann der Gemeinschaft nicht abverlangt werden. Sie hat deshalb (a) zum Selbstschutz zusätzlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten und sollte schon wegen des Legalitätsprinzips (b) soweit möglich den Zusammenhang mit konkreten und schweren Individualrechtsgutsverletzungen, also dem reinen *Bürgerstrafrecht* suchen.

(5) Grundsätzlich aber ist erneut darauf hinzuweisen, dass beide Sichtweisen, das Feindstrafrecht und auch das personale Bürgerstrafrecht im Sinne des Art. 2 I GG dann in die zweite Reihe zurücktreten, wenn und soweit sie *rechtstatsächlich* vor allem durch die Idee der Unantastbarkeit der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG und deren Folgerungen *gedeckt* werden. Mit dem Menschenwürdestatus ist in Deutschland auch ein entsprechender subjektiver Grundrechtsstatus verbunden. Der (einigermaßen) effektive Rechtsstaat (Art. 20 III, 79 III GG) sorgt auch tatsächlich für dessen auch praktische Einhaltung.

Andererseits zeigt *Jakobs'* Ansatz, welche Art von Denken mit dem Feindstrafrecht sozialreal umgesetzt zu werden droht, wenn ein Staat wieder in eine Art von *vorstaatlichem Naturzustand* zu zerfallen droht (failed states) oder auch wenn das *kollektivistische* Denken autoritärer Staaten mehr und mehr den Vorrang gewinnt und deren Verfasstheit prägt. Schlüssig beschreibt er die Folgerung eines vorrangig *generalpräventiven* und *politischen* Ansatzes, und zwar auf der höheren Ebene des Gesamtstaates.

4. *Gesamtbewertung der präventiven Lehren* Allgemein ist für die Bedeutung der Individualprävention für das Strafrecht festzuhalten: Strafe und Maßregel sind *gemeinsam* als "freiheitsentziehende Eingriffe" des Staates zu begreifen und mit dem Prinzip des überwiegenden Interesses zu begründen, auch wenn beispielsweise eine Abwägung von lebenslangem Freiheitsentzug mit künftiger Gefährlichkeit oder drohender Selbstjustiz wegen eines begangenen Mordes problematisch erscheint. Doch steckt diese Abwägung hinter der altbekannten Forderung, dass Strafe, zumal die Freiheitsstrafe, nur als „ultima ratio“, also als letztes Mittel, aber als solches eben doch, eingesetzt werden dürfe.

Soweit Strafe der *Gefahrenabwehr* dienen soll, also dem Schutz von Rechtsgütern, liegt die Parallele zu Notrechten nahe. Sie wären im Übrigen die

Alternative des *Bedrohten* im Augenblick der Tat, und gäbe es die staatliche Gefahrenabwehr nicht, wäre „Selbstjustiz“, zumindest nach Ansicht der Allgemeinheit, die Folge.

Schwierig sind aus Sicht der individualpräventiv aufgeladenen Schuldstrafe diejenigen Fälle zu handhaben, in denen die Schuld erkennbar *geringer* ist als die Wiederholungsgefahr, also insbesondere die Fälle, für die der Gesetzgeber die Maßregel der *Sicherungsverwahrung* vorgesehen hat. Bei ihnen wird die Notwendigkeit einer rein individualpräventiven Auffangnorm sichtbar. Die andernfalls erforderliche Ausdehnung der personalen Strafbemessungsschuld würde den Tatbezug sprengen. Aber Auffangnormen erlauben stets auch den Gegenschluss, die aufzufangenden Normen, wie das gesamte Schuldstrafrecht, nur als Sonderfälle zu begreifen. Sie und ihre Rechtsfolgen stehen hinter den jeweiligen Standardregelungen.

Ein von der Idee der Individualprävention *beherrschtes* Strafrecht muss zu einer entsprechenden Umdeutung des Schuldbegriffs und der Strafzumessung führen. Sie ist durchaus denkbar, auch wenn üblicherweise die Schuld die Vorwerfbarkeit einer vergangenen Rechtsgutverletzung bedeutet. Schuld meint in diesem Falle, ausweislich der Tat eine aktive *Gefahrenquelle* zu bilden, und zwar gleich, ob selbst- oder fremdbestimmt. Die Sanktion dient nach Art und Umfang dazu, die Gefährlichkeit des Täters erheblich zu senken, und sei es auch nur durch Zeitablauf. Einen solchen radikalen individualpräventiven Ansatz vertritt zwar niemand. Er steht aber hinter dem Begründungsstrang der Individualprävention und entspricht in seiner Konsequenz der *jakobsschen* Umdeutung der Schuld im Sinne der Systemtheorie.

5. *Paarung Maßregeln und Schuldstrafrecht.* Die folgenden Gründe sprechen dafür, das Verhältnis von Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Schuldstrafe zu klären:

Individualprävention und individueller Schuldvorwurf richten sich beide an das Individuum. Damit ist das Menschenbild erfragt, das jeweils ihnen und das dem Grundgesetz und den allgemeinen Menschenrechten zugrunde liegt.

Das Strafgesetzbuch, das das Kernstrafrecht enthält, also nicht allein die Strafrechtsdogmatik, legt die sogenannte *Zweispurigkeit* zugrunde. Zu mehr als einem Stufenverhältnis nach dem Modell der Subsidiarität, das zum Beispiel bei

der Sicherungsverwahrung und im Rahmen der gegenseitigen Anrechnung durchbrochen wird, bekennt sich weder das Gesetz noch die hiesige Rechtsprechung. Dabei ist auch der Vollzug der Schuldstrafe, und zwar ebenfalls von Gesetzes wegen und unter Zustimmung der herrschenden Lehre, vorrangig individualpräventiv ausgerichtet.

Rechtsphilosophisch betrachtet stehen auf diesem Feld der existentiellen Eingriffe Determinismus und Indeterminismus einander gegenüber oder auch die am Sein orientierte Idee der Gefahrenabwehr dem normativen Verantwortungsprinzip.

Zwei allerdings bedenkliche Blickwinkel lassen die Suche nach einer bruchfreien Zusammenfügung von Strafe und Maßregel jedoch etwas weniger dringlich erscheinen: Der eine sieht für die Strafbegründung vorrangig auf die utilitaristische *gemeinschaftsorientierte* Generalprävention. Er wird verkappt von der vorherrschenden Ansicht im Strafrecht eingenommen. Auch das *Bundesverfassungsgericht* beginnt mit der Generalprävention. Der zweite und alternativere Ansatz zielt auf den Verzicht auf Strafe, insbesondere die Frage danach, inwieweit Strafe nur etwas Geschichtliches darstellt und durch andere Rechtsfolgen wie etwa den Täter-Opfer-Ausgleich ersetzt werden kann. Diesen Blickwinkel bestimmt auch die breite Diskrepanz der Straflehren hinsichtlich des Nichtfreiheitsentzugs im Bereich der leichten Kriminalität mit dem Stichwort der „*Diversion*“.⁴⁶⁵

Solange aber die Vereinigungstheorie das Strafen bestimmt und die Individualprävention und den Schuldausgleich mit der Generalprävention bündelt, solange zudem das Gesetz die Zweispurigkeit festschreibt und Resozialisierung im Vollzug fordert und solange es für die Freiheitsstrafe als Freiheitsentzug im Bereich der Schwere Kriminalität keine erkennbare Alternative gibt, ist diese Diskussion dennoch, und zwar jedenfalls für die zu vollstreckende Freiheitsstrafe zu führen.

6. *Paarung Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht*. Der kriminalpolitische Begriff der *Verbrechensbekämpfung* signalisiert zwar ein Feindstrafrecht im Sinne einer sozialen *Verteidigung*. Insofern ist auch der Missbrauch dieser Forderung durch den Staat und damit der Missbrauch des Strafrechts zu

⁴⁶⁵ Siehe Schöch, *Änderungen*, C 33 ff.

fürchten. Staatliche Strafe, das ist *Lüderssen* zuzugeben, tritt schon wegen des Gewaltmonopols des Staates zusammen mit Herrschaft auf⁴⁶⁶. Deshalb liegt es auch nahe, mit *Jäger* eine stärkere Verankerung der Strafgesetzgebung in der Verfassung zu fordern⁴⁶⁷ sowie ein „Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht“⁴⁶⁸.

Jedoch ist zu differenzieren, und zwar an dieser Stelle mit vier Thesen:

(1) Zur Bestimmung eines *Kernstrafrechts* genügt es, sich an drei Gruppen auszurichten: (a) schwere Gewaltdelikte nach Maßgabe der Kapitaldelikte gemäß § 74 GVG, (b) Hochverrats- und Terrorismusdelikte gemäß § 120 GVG sowie ihre unmittelbaren Vorstufen und (c) aus dem Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte die hartnäckigen Wiederholungstäter. Bei ihnen kommt typischerweise die verfassungsrechtlich besonders relevante Rechtsfolge der (zu vollstreckenden) *Freiheitsstrafe* in Betracht.

(2) Der Begriff der Verbrechensbekämpfung führt auch nicht zwangsläufig zur Einstufung der Verurteilten oder gar zuvor schon der Beschuldigten als mutmaßlichen Feind. Der Blickwinkel der Allgemeinheit oder auch des Staates führt zur Sicht der Delikte als *Massenphänomen*, das es einzudämmen gilt. Dies geschieht, wie es die vielfach vertretene generalpräventive Integrationstheorie verfassungskonform ausdrückt, durch den Tatschuldausgleich und eine humane Vollstreckung.

Der generalpräventive Blickwinkel ist allerdings nicht von sich aus an diese Art der Eindämmung des Verbrechens gebunden. Er kann auch eine militaristische Sicht einnehmen und insbesondere die organisierte Kriminalität als solche⁴⁶⁹ und nicht nur über ihre Mitglieder bekämpfen. Denkbar ist demzufolge auch ein Feind- statt eines verfassungskonformen Bürger-Strafrechts.

(3) Entschärft wäre diese Problematik der Funktionalität jeder generalpräventiven Kriminalpolitik, wenn das Recht zu strafen bei den jeweils *Verletzten* verbliebe, den natürlichen oder juristischen Personen, bei

⁴⁶⁶ Lüderssen, *Irrationale*, 325 ff., 333.

⁴⁶⁷ Jäger, *Kriminalpolitik*, 229 ff., 239.

⁴⁶⁸ Lüderssen, *Irrationale*, 325 ff., 331; Naucke, *Kriminalpolitik*, ZStW 1982, 525 ff., 564.

⁴⁶⁹ So kritisch Lüderssen, *Irrationale*, 325 ff., 331, der darauf hinweist, dass in diesem Zusammenhang dann auch häufig eine militärisch-strategische Sprache verwandt wird.

Staatsschutzdelikten beim Staat oder bei Delikten gegen Gemeinschaftswerte bei der Allgemeinheit. Stellvertretende Wahrung schafft eine andere Grundhaltung als originäre. Dies entspräche auch dem Ansatz, das letztlich zivilrechtliche Element des Täter-Opfer-Ausgleichs verstärkt miteinzubeziehen.

Hingegen führt ein originär staatlicher Strafanspruch dazu, vorrangig den Staat zu schützen, die Einzelnen selbst aber nur als Mitglieder der Gemeinschaft und nicht um ihrer selbst willen. Großstaaten werden unmittelbar nur durch „Massen“ und „elitäre Gruppen“ gefährdet.

(4) Das Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit im Sinne einer *Güterabwägung* und dasjenige des Strafens als *ultima ratio* verlangen

(a) eine *Gefahranalyse*,

(b) grundsätzlich nur bei *existentiellen Bedrohungen existentielle Grundrechtseingriffe*,

(c) von denen dann auch angenommen werden muss, dass sie sich dazu *eignen*, die existentielle Bedrohung tatsächlich zu bekämpfen; auch eine andernfalls drohende Selbsthilfewelle kann einen Staat gefährden, und letztlich

(d) dass Gefahranalyse und Abwehrmaßnahmen demokratisch vorbestimmt sind (Art. 20 III, 103 II GG).

Dennoch bleibt als das Problem für die gebotene Güterabwägung, den *Wert* der sozialen Existenz eines Mitbürgers und Mitmenschen bestimmen, Menschen also mit einem *Preis* versehen zu müssen. Diese Abwägung vorzunehmen, würde ihnen ihre *Unvergleichlichkeit* und damit ihre Würde zu nehmen. Sie zu wahren, muss und kann der Staat zu Recht mit der Deckelung der Abwägung durch ein „nicht bloß“ zum Objekt machen, gewährleisten.

7. *Fazit*. Alle Sonderlehren bieten kluge Einsichten.

Aber *methodisch* zeigt sich, dass sobald man genauer auf einzelne Fragen eingehen will und auf gesonderte Fallgruppen blickt, sich immer weitergehende *Differenzierungen* anbieten. Sie allerdings führen am Ende zum Zerfall eines jeden großen Ansatzes. Ein solcher Zustand würde zwar zunächst pragmatisch und im praxisnah erscheinen, aber dann dem *staatlichen Missbrauch* die Tür öffnen. Insofern benötigen wir immer auch einen *einheitlichen* straftheoretischen Überbau, auch wenn er unvollkommen ist. So verwenden wir seit *Aristoteles* gern Dualismen, die wir zudem im Alltag miteinander

vermischen. Dazu zählt schon die Trennung zwischen „Zweck“ und „Sinn“ des Strafers, als Prävention und Schuldausgleich.

Diese einfachste Art der analytischen Aufspaltungen hilft uns sowohl beim Erklären, als auch beim Entwickeln und dem stufenweisen Umsetzen von Normsystemen, wie dem Strafrecht. Zu ihnen gehören die bipolaren Ansätze des Feind- und Bürgerstrafrechts (*Jakobs*) sowie die Paarungen von Maßregeldenkmalen und Schuldstrafrecht und von Verbrechensbekämpfung und Kernstrafrecht. Die Prävention aber sieht den Vorrang in der Notwendigkeit der Gefahrenabwehr.

9. Kapitel (§ 9)

Grund, Umsetzung und Kritik der präventiven Strafbegründungen

I. Sozialpflichtigkeit des Menschen; Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht, sozialer Schuldbegriff

1. *Sozialpflichtigkeit des Menschen.* Vor allem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zur Menschenwürde, Art. 1 GG, und zugleich diejenige nach dem *Grunde*, auf dem die präventive Strafbegründung beruht, *wenn* wir vom *einzelnen Menschen* herdenken.

So erklärt das *Bundesverfassungsgericht* zur *Sicherungsverwahrung* Folgendes:

„Der Einzelne ist eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende Persönlichkeit. Der Gewährleistung des Artikel 1 Absatz 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zu Grunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und sich zu entfalten (BVerfGE 45, 187, 227).

Die Spannung zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft hat das Grundgesetz allerdings insofern im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, als der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern hinnehmen muss (vgl. BVerfGE 65,44; BVerfGE 109, 133, 151, w. Nachw.)“.

Auf diese Weise wird der Mensch zum *sozialen Wesen* erklärt, das *Sozialpflichten* unterliegt. Zu diesen Pflichten gehört es unter Umständen auch, den lebenslangen Freiheitsentzug aufgrund einer Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 63, 64, 66 StGB zu ertragen:

„Vor diesem Gehalt des Artikel 1 Absatz 1 GG ist die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe auch unter dem Aspekt der Verfolgung des

*Sicherungszwecks zum Schutz der Allgemeinheit grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar“.*⁴⁷⁰

Das *Bundesverfassungsgericht* erkennt offenbar das Dilemma und setzt neben die Idee der Menschenwürde noch das besondere Menschenbild des Menschen als sozialem Wesen. Er hat also passiv *Solidaritätspflichten* zu tragen.

Dass der Mensch seine Persönlichkeit in der Regel nur „innerhalb der Gemeinschaft“ entfalten kann, leuchtet ein. Aber dass er Einschränkungen seiner Fortbewegungsfreiheit in dieser gravierenden Art, zudem noch im Anschluss an eine *längere Strafhaftzeit* „zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern“ schlicht „hinnehmen muss“, erscheint konsequent begründet.

Nachrangig, jedenfalls aus der Sicht der individualpräventiven Maßregeln, aber *ergänzend*, sind die beiden anderen Standpunkte mit zu bedenken,

- die auf Autonomie setzenden Freiheitsidee und
- die Gleichheit im Sinne des nachträglichen meist strafenden Ausgleichens.

Aus der Sicht der Autonomie und Würde der sicherungsverwahrten Person ist es wesentlich, wie Recht und Praxis es auch gemäß § 66 c StGB vorsehen, dass der Täter schon während des Strafvollzugs und auch noch während der Sicherungsverwahrung *regelmäßig Resozialisierungsangebote* erhält, dass ihm zudem Gelegenheit geboten wird, seine *Ungefährlichkeit* zu belegen und dass dies rechtsförmig geschieht, § 66 d StGB. Dann bleibt es seine „freie“ Entscheidung, seine *Persönlichkeit* in diese oder jene Richtung innerhalb der Gesellschaft zu entwickeln und seine Stellung als Rechtssubjekt gewahrt. Bei den sogenannten *Treibtätern* stellt sich ohnehin die Frage, inwieweit sie im Willen frei sind. Schuldunfähige Personen im Sinne des §§ 20, 63 StGB, die „deshalb für die Allgemeinheit gefährlich“ sind, unterliegen dagegen vor allem einer Sozialpflicht. Sie aber können ihre Freiheitsrechte, um die es vor allem geht, ohnehin nicht (völlig) frei nutzen. Dafür erhalten sie den Anspruch auf Heilung oder Betreuung.

⁴⁷⁰ Zur Sicherungsverwahrung: BVerfG, *Beschluss* vom 8. 11. 2006 - 2 BvR 578/0. Absatz-Nr. 69 und 70.

Zudem aber bilden die Maßregeln und vor allem die Sicherungsverwahrung einen Teil des Strafgesetzbuches. Grundlage für ihre Anwendung bilden die nachgewiesenen erheblichen *Straftaten*. Die Sanktion in zwei Teile aufzuspalten, die Strafe und die Sicherungsverwahrung, steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner *Gestaltungsmacht* frei. Es erscheint auch im Hinblick auf das Tatschuldprinzip sinnvoll, diese kleine hoch gefährliche Tätergruppe gesondert zu behandeln. Aber die Verwahrten werden dennoch immer auch „wegen“ ihrer Taten nach der Strafe noch weiterhin gemäßregelt. *Ausgeglichen* wird die Gefährlichkeit für die Allgemeinheit, die sie vor allem mit ihren Straftaten an den Tag legen. Bestraft werden auch sonst nicht die Taten, sondern die Täter, die sie begangen haben. Dass sie verwahrt werden, erscheint insofern auch *gerecht*. Denn die Tat haben die zu nach § 66 StGB zu verwahrenden Personen auch schuldhaft begangen.

Aber dies geschieht nicht zu ihrem Nachteil. Es geht ihnen sogar im Hinblick auf die Art der Unterbringung, die Angebote und auf die rechtliche Überprüfung noch *besser* als in einem Strafrecht, das diesen Aspekt mit in die Bemessung der Höhe der Strafe einbezieht oder grundsätzlich auch *offene Strafen* zulässt.

Dass eine Allgemeinheit auf die hohe Rückfallgefahr nicht reagiert, ist nicht zu erwarten. Aus *generalpräventiver* Sicht droht zumal bei Triebtätern Selbstjustiz

2. *Differenziertes deutsches Strafrecht*. Strukturell handelt es sich bei der Ausgliederung der *Maßregeln der Sicherung und Besserung* um einen Parallele zum deutschen *Jugend- und Heranwachsenden-Strafrecht*, das die Prävention und den Erziehungsgedanken in den Vordergrund stellt.

Schon diese Differenzierung des deutschen Strafrechts erlaubt es einerseits, bestimmte Täter besonders sachgerecht zu behandeln. Beide Tätergruppen fahren aber -aus ihrer Sicht- mit dieser besser als mit der Alternative eines *einzig* allgemeinen Strafrechts. Andererseits gestattet es die Befreiung von zwei Tätergruppen auch, im Übrigen das Schwergewicht auf das *Tatschuldstrafrecht* zu legen. Denn ohne dieses Reduktion auf ein Kernstrafrecht würden die *präventiven* Ansätze über weit mehr Gewicht verfügen.

3. *Sozialer Schuldbegriff*. Auf die Feststellung der höchstpersönlichen oder auch der autonomen Schuld verzichten deshalb diejenigen Autoren folgerichtig, die an die Stelle der individuellen Schuld, etwa mit *Streng*, einen verallgemeinernden sozialen Schuldbegriff⁴⁷¹ setzen, offen ein anderes Wort wählen und von Zuschreibung⁴⁷² oder subjektiver *Zurechnung* sprechen oder aber wenigstens den Gedanken der Verantwortung im Sinne von Zuschreibung vor die eigentliche Schuldfeststellung stellen. *Momsen* denkt über einen „zweckrationalen Schuldbegriff“ nach.⁴⁷³ *Jakobs* behandelt den „gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff“.⁴⁷⁴

Freund sieht eine „Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem“.⁴⁷⁵ Rein staatsorientiert mit Blick auf die staatliche Daseinsvorsorge erklärt er:

„Schuldausgleich um seiner selbst willen nach bereits begangener Tat ist nicht die Aufgabe des Staates. Der Einsatz der Strafe muss vielmehr zweckrational legitimiert sein durch die präventive Aufgabe des Staates, Rechtsgüter zu schützen“.

Mit diesen Deutungen wird der Begriff der Schuld für die *präventiv* ausgerichteten *Straftheorien* umgeschrieben und angepasst. Dieses Vorgehen ist *schlüssig*, weil das Gesetz die Schuld voraussetzt. Der Schuldbegriff wird aber zumindest zugleich, wenn nicht sogar vorrangig in den Dienst einer Strafzwecktheorie gesetzt, ihr also untergeordnet. Deshalb ist er insoweit auch den Vorzügen und den Nachteilen der dazugehörigen Straftheorien ausgesetzt und dort mittelbar mit zu behandeln.

Mit der sozialen Zuschreibung von Schuld hat das Gericht ferner überhaupt nur die Zugehörigkeit zu diesem oder jenem Maßstab oder Typus aufzuzeigen. Der Täter gilt als „normal“ oder er zeigt die Eigenheiten einer bestimmten

⁴⁷¹ Vgl. *Streng*, Schuld, ZStW 1980, 637 ff., 643, u. Hinw. auf den psychologischen Ansatz von *Alexander/Staub*, Verbrecher, 1929/1971, 203 ff., 388.

⁴⁷² Siehe auch *Merkel*, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff. („Zur Legitimation der normativen Zuschreibung von Schuld“).

⁴⁷³ *Momsen*, Überlegungen, 2007, 569 ff., 569 ff.

⁴⁷⁴ *Jakobs*, Bemerkungen, 2014, 280 ff., 280 ff.

⁴⁷⁵ *Freund*, Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff., 55. *Freund*, Strafrecht AT, 2008, § 1 Rn 2 (Hervorhebungen im Original).

Geisteskrankheit. Beides ist als *sozialer Zuschreibungsakt* jeweils voll nachweisbar, wenn nur dessen Voraussetzungen nachzuweisen sind. Die höchstpersönliche Schuld bei Begehung der Tat braucht auch nicht mehr bestimmt zu werden, wenn es auf sie nicht mehr ankommt.

Mit dem Menschenbild des selbstbestimmt handelnden, für seine Taten verantwortlichen Menschen aus Art. 1 I GG ist deshalb der Gedanke der sozialen Schuld zwar nicht zu vereinbaren. Es ist aber ein ehrlicher Weg, der die allgemeine Überzeugung von der Verantwortungsfähigkeit des Menschen als eine ebensolche „soziale“ versteht. Sie nimmt zwar auch den Menschen dennoch als „Subjekt“ war, aber er ist es nur aus dem Blickwinkel *der Anderen*.

4. *Fazit*. Die Idee von Sozialpflichtigkeit des Menschen, die Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht und der soziale Schuldbegriff bilden drei wesentliche und wichtige Aspekte des präventiven Ansatzes. Zu fragen ist nur, sollen sie den Vorrang genießen oder ein an der Menschenwürde ausgerichtet Schuldprinzip.

II. Diskussion der präventiven Wirksamkeit des Strafens

1. Der empirische Haupteinwand gegen die beiden präventiven Theorien lautet, die *Wirksamkeit* der Strafe zur Verhinderung künftiger Straftaten sei bislang empirisch nicht nachzuweisen gewesen.⁴⁷⁶

In der Tat gibt es offenbar gegenwärtig keine eindeutigen Beweise dafür oder dagegen⁴⁷⁷ und noch nicht einmal *umfassende* Studien zu dieser Frage. Deshalb

⁴⁷⁶ So nachdrücklich Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff., 10, zur Spezialprävention u. Hinw. auf Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 42, Rn 3 f.; zur Generalprävention auf Eisenberg, Kriminologie, § 41, Rn 6; Kaiser, G., Einführung, 1997, 81. Siehe auch: Streng, Sanktionenrecht, 2012, I, 4 („Empirische Befunde zur präventiven Wirksamkeit des Strafrechts“); Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. („Was sind eigentlich „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Strafen?“).

⁴⁷⁷ Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 4 Rn 1 ff - Hervorhebungen nicht im Original-siehe zu „Empirischen Befunden“, Rn 2 zur Generalprävention „schwierig durchzuführen“, Befragungen hätten ergeben: Entdeckungsrisiko nur bei leichteren Delikten relevant. „Wesentlich bedeutsamer ... die wahrgenommene moralische Verbindlichkeit der Strafnorm bzw., die Strafakzeptanz“. Dazu auch Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3, 3, 1 („derzeit ein *non liquet* für die Theorie“, weder überzeugende Beweise dafür noch dagegen). - Also kann gesellschaftlich und von der Rechtstreuern daran geglaubt werden (ähnlich wie bei der

müssen *Vermutungen* und *Annahmen* ausreichen. Aus *sozialer* Sicht genügt ohnehin, dass kein klarer empirischer *Gegenbeweis für die Ineffektivität* von Strafe generell und für die *Freiheitsstrafe* insbesondere vorliegt. Denn es besteht offenbar ein *kollektives Strafbedürfnis*, das für die Allgemeinheit von *evidenter* Art ist.

Eine solche Grundhaltung scheut vielleicht sogar einerseits die möglichen Aussagen, die bei wirklich umfassenden empirischen Studien ans Licht treten könnten. Andererseits hat auch die empirische Sicht der Marburger Schule (*Liszt*) durch *Zweifel* an der Verhinderung von Rückfalltaten durch Freiheitentzug bereits zu einer erheblichen Strafmilderung und vor allem den *Verzicht auf Freiheitsstrafen* beigetragen.

So gilt es sich -innerhalb dieses neuen Rahmens- auf die *Diskussion* von alten und neuen Annahmen einzulassen und insoweit nach einem Konsens zu suchen, der mit möglichst geringen sozialen (und humanen) Kosten verbunden ist. Man kann aus der Sicht des Ultima-Ratio-Gedankens auch *negativ* fragen: Welchen Umfang von Strafverzicht erträgt unsere Gesellschaft?

2. Im Einzelnen:

Gegen die *Wirkung* der Strafe spricht etwa, dass die *emotionalen* Motivationsstränge, die zu einer Tat führen, nicht durch Strafen eines fernen Staates zu beeinflussen sind. Das Grundmodell bildet jedoch der planende Täter. Zu ihm ergeben zwar Untersuchungen, dass er das Verurteilungsrisiko zu hoch und auch die zu erwartende Strafe zu hart einschätzt.⁴⁷⁸ Die Symbolik der

Willensfreiheit). Das reicht bei einem *sozialen* Ansatz, auf dem auch die Individualprävention beruht, wie etwa deren Leitwort von der *Resozialisierung* zeigt, auch aus.

Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 4 Rn 4 ff. zur Spezialprävention: zu Rückfallstatistiken, Rn 5 ff. („Spezialpräventive Wirksamkeit von Strafe wird gerne überschätzt“). Dazu auch Meier, B.-D., Sanktionen, 2014 3, 3, 2 („Empirisch ist die Theorie der Spezialprävention zwar nur in Teilbereichen belegt, aber auch nicht widerlegt worden“).

⁴⁷⁸ Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3.3. 2 („Spezialpräventionsforschung“); Kaiser, G., Kriminologie, 1996, § 31, Rn 33 ff. Zudem Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 4 Rn 1 ff, zu „Empirischen Befunden, Rn 2 zur Generalprävention „schwierig durchzuführen“ bei Befragungen: Entdeckungsrisiko nur bei leichteren Delikten relevant; „Wesentlich bedeutsamer ... die wahrgenommene moralische Verbindlichkeit der Strafnorm bzw., die Strafakzeptanz“.“ Dazu auch Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3, 3, 1 („derzeit ein non liquet für die Theorie“ weder überzeugende Beweise dafür noch dagegen). - Also kann gesellschaftlich und von der Rechtstreuen daran geglaubt werden (ähnlich wie bei der *Willensfreiheit*). Das reicht bei einem sozialen –Ansatz auch aus, nur muss die Freiheitsstrafe wirklich nur ultima ratio sein.

Gesetzgebung mit ihren hohen Strafrahmen wirkt also auf ihn. Aber er vertraut offenbar dennoch, insofern vielfach gegen seine eigenen Annahmen darauf, nicht entdeckt oder nicht überführt werden zu können.

Dass die abschreckende Wirkung der Androhung von Strafen nicht so sehr von ihrer Härte als vielmehr von der Gewissheit ihres Eintritts abhängt, haben bereits *Montesquieu* und *Beccaria* erklärt⁴⁷⁹. Dieser Einwand ist also altbekannt. Ad absurdum argumentiert: Gesetzt den Fall, alle Straftäter würden bekanntermaßen sofort gefasst und bestraft und müssten die Beute herausgeben oder den angerichteten Schaden wiedergutmachen, also Schadensersatz im Sinne des bürgerlichen Rechts leisten, dann würden Straftaten, zumal eigennützige und sonstige rationale Taten, nur noch von Schwachsinnigen begangen werden. Für sie empföhle sich dann auch statt Strafe die Unterbringung.

Ältere Einzel-Untersuchungen haben zudem ergeben, dass nicht einmal ein Zusammenhang zwischen Todesstrafe und Mordrate festzustellen war⁴⁸⁰. Zudem existieren besondere Methodenprobleme: Für Gewalttäter, die Ersttäter sind, und sie bilden mit den Mördern am oberen Ende der Skala den strafrechtlichen Modellfall, bedürfte es für eine sozialwissenschaftliche Aufarbeitung einer hinreichend großen *Parallelgruppe* von Tätern, die in Freiheit verbleiben, um dort, möglichst heimlich, überwacht zu werden⁴⁸¹. Diese notwendigen und üblichen Versuchsvorgaben sind keiner Gemeinschaft zuzumuten. Außerdem müsste geprüft werden, welche Ersatzmodelle eine Gemeinschaft auf längere Zeit ohne Strafrecht entwickeln würde, etwa Privatstrafen, wie es der anti-etatistische Abolitionismus vorschlägt.

Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017, § 4 Rn 4 ff. zur Spezialprävention: Zu Rückfallstatistiken, Rn 5 ff. („Spezialpräventive Wirksamkeit von Strafe wird gerne überschätzt“). auch Meier, B.-D., Sanktionen, 2014 3, 3, 2 („Empirisch ist die Theorie der Spezialprävention zwar nur in Teilbereichen belegt, aber auch nicht widerlegt worden“).

⁴⁷⁹ Montesquieu (Forsthoff), Geist 1748/1951, 112 ff., m.w.N.; siehe dazu auch Arzt, Ruf, 1976, 66; Beccaria, Verbrechen, 1766/ 1966, 74, 94, 107; die Betonung der Milde auch bei Hommel, Beccaria, 1966, 933 ff., 110 ff.; in diesem Sinne auch Otto, Generalprävention, 1982, 11 ff.

⁴⁸⁰ Vgl. den Überblick bei Meier, B.-D., Sanktionen, 2015, 3.3.2 („Spezialpräventionsforschung“).

⁴⁸¹ BVerfG NStZ 2002, 98 f (99): Verbot der zwangsweisen Totalbeobachtung zur Anfertigung eines zweiten psychiatrischen Gutachtens: „unantastbarer Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten“ (Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG), „der dadurch zum bloßen Objekt staatlicher Wahrheitsfindung gemacht würde, dass sein Verhalten nicht mehr als Ausdruck seiner Individualität, sondern nur noch als wissenschaftliche Erkenntnisquelle verwertet würde. Zur Existenz eines „unantastbaren Bereiches privater Lebensgestaltung“ gegenüber aller staatlicher Gewalt“ generell auch BVerfG 32, 373, 379; BVerfG 65, 1, 44 sowie ebenfalls auch BVerfG NStZ 2002, 98.

Der belegte Umstand, dass ein Strafrecht nahezu allen politischen Gemeinschaften zu eigen ist, bildet deshalb einerseits ein Indiz für seine Wirksamkeit. Allerdings setzt dies die Rationalität des Strafens voraus. Strafen könnte stattdessen entweder alternativ oder kumulativ in einem jedenfalls vorrangig *emotionalen* Gerechtigkeits- oder Vergeltungsbedürfnis des Menschen gegründet sein. Er könnte mit ihm einem dunklen emotionalen Harmoniekult dienen. In einer rationalen und säkularen Welt müsste ein solcher Drang nach Widervergeltung, sobald er nicht zu erklären ist, entweder ethisch etwa zur absoluten Gerechtigkeit überhöht oder aber wegen seiner blinden Grausamkeit aus der Wahrnehmung verdrängt werden.

Die Forderung, die Strafe als *ultima ratio* anzusehen, ließe sich dennoch als deren verfassungsmäßiges Gegenrecht verstehen. Die Wirkung der Strafe müsste aus verfassungsrechtlicher Sicht zumindest insoweit empirisch aufzuzeigen sein, dass der Gesetzgeber sich mit seinem weiten politischen Gestaltungsspielraum auf die Untersuchungen ernsthaft stützen und seine Kriminalpolitik nach dem Verfassungsprinzip der *Effektivität der Strafrechtspflege* auf sie gründen könnte.

In seiner Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe konstatiert das *Bundesverfassungsgericht* zwar, dass es bisher „keine fundierten Effizienzuntersuchungen“ gebe⁴⁸². Es fordert sie aber auch *nicht* mit den ihm zur Verfügung stehenden Auflagen ein. Zum Beispiel die wirtschaftliche Entwicklung und die Steuereinnahmen lässt der Bundesstaat dagegen durch Sachverständigengutachten abschätzen. Für die Kriminalität fehlt es offenbar bereits an der *Erwartung*, den Steuerungseffekt, zumal durch die Vollstreckung von Freiheitsstrafe, überhaupt *voll belastbar* belegen zu können.

3. *Schumann*, folgert daraus, dass die Abschreckungswirkung des Strafrechts verschwindend gering ist, zugespitzt, aber einsichtig, dass es sich insoweit nur um eine generalpräventive „*legitimatorische Denkfigur*“ handeln könne. Sie sei Teil eines bloßen normativen Diskurses⁴⁸³. Diese Sichtweise immunisiere sich

⁴⁸² BVerfG 45, 187, 256; Küpper, Grenzen, 1990, 57.

⁴⁸³ Schumann, Generalprävention, 1989, 53. Für solche Aussagen aber wären rechtssoziologisch-empirische Forschungen angemessen. Kritisch auch zu den Schwierigkeiten einer „Falsifizierbarkeit“ solcher Gedanken: Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff., 36; sowie Giehring, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff., 3.

selbst derart gegen die empirische Überprüfbarkeit, dass sie die denkbaren und bereits auch betriebenen kritischen Wirksamkeitsprüfungen nicht einmal mehr wahrnehme⁴⁸⁴. Für die Erhaltung der Rechtsstreue sind jeweils nur die Annahmen beachtlich, von denen die jeweilige Allgemeinheit der Rechtstreuenausgeht. Deshalb genügt es, an das rationale Argument der Gefahrenabwehr durch Strafe zu glauben. Obwohl empirische Nachweise wenigstens erstrebt werden könnten, reicht der normative Konsens aus.

Zugespißt erhält die Strafe erhält den Rang einer sozialen Weltanschauung, die an die Idee der *Universalität der Gerechtigkeit* glaubt und zudem mit ihrer Evidenz von Strafgerechtigkeit verbindet.

Die vorhandenen Gründe und Möglichkeiten, wenngleich auch Gefahren und Grenzen der Individualprävention, werden nicht, wie in der Demokratie zu erwarten wären, öffentlich in einem kriminalpolitischen Gesamtkonzept abgewogen und dargelegt.

4. *Intrasystematische Eigenheiten* gehörten dazu. Die Grundlage insbesondere der Individualprävention bildet die *Legalprognose*. Die *Prognosegrundlagen* stufen die empirischen Fachwissenschaften bereits als schwer bestimmbar ein⁴⁸⁵. Prognosen sind einerseits auf künftiges Verhalten gerichtet und beruhen andererseits auf der Erfahrung mit vergangenem Verhalten⁴⁸⁶. Sie sind schon deshalb schwierig zu stellen, weil die Gefährlichkeit des Täters vielfach vermutlich weitgehend situationsbedingt ist.⁴⁸⁷ Auch ist dieser Ansatz kaum mit dem Gedanken der Unschuldsvermutung (vgl. dazu auch Art. 6 II EMRK) zu vereinbaren. Ihm fehlt eine ethische Kategorie.

⁴⁸⁴ Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff., 19, dort auch zusammenfassend zu den „Immunisierungsstrategien“ dieser Lehre gegen die Empirie mit der Folgerung, dass die positive Generalprävention jedenfalls „geschickten Strategien der Evaluationsforschung nicht völlig resistent gegenüber stehen müsse.“

⁴⁸⁵ Vgl. Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 42, Rn 3 ff.; Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3.3.2 (zu den Methoden der Spezialpräventionsforschung).

⁴⁸⁶ Mathiesen, Gefängnislogik, 1989, 100 ff., u. Hinw. auf die Untersuchungen von Greenwood/Abrahamse, Selective Incapacitation, 1982; Chaiken, Varieties, 1982; die Methodenkritik daran von Hirsch, A. v., Past, 1986, 110 ff.; sowie in Auseinandersetzung mit Wilson, J. Q., Thinking, 1983, u.a. 171 ff.

⁴⁸⁷ Mathiesen, Gefängnislogik, 1989, 117.

Andererseits zeichnet sich auch eine Parallelität zur Tatschuldstrafe ab: Wer sich für eine schwierige Prognose auf nachweisbar begangenes *ähnliches Verhalten* eines Menschen stützt, also auf die vorausgegangene Straftat, greift immerhin nach dem verlässlichsten aller möglichen Mittel. Aus Art und Maß der gezeigten Gefährlichkeit ergibt sich die Prognose für die künftige Gefährlichkeit. Schon die gesetzlichen Tatbestände zeigen, dass Menschen, wenn überhaupt, zu ganz bestimmten strafwürdigen Verhaltensweisen neigen: Die Erscheinung des Rückfalls beweist, dass Menschen, wenn sie straffällig werden, vielfach auch bestimmte Verhaltensweisen wiederholen.

Die Legalprognosen können deshalb zwar auch weitgehend parallel zur Schuldstrafe vorrangig an der Tat ausgerichtet werden. Aber, wie die Maßregeln der Besserung und Sicherung zeigen, kann die Tat auch nur den Anlass zur Betrachtung einer sozialen *Persönlichkeit* geben. Sie zielt auf ein *deterministisches* Täterprofil. Die Individualprävention erfordert eine personale Sanktion. Die Sicherungsverwahrung des § 66 StGB verlangt dazu im Regelfall eine dreifache Wiederholung einer schweren einschlägigen Tat, deren letzte präventiv formuliert eine „Symptomtat“ darstellt⁴⁸⁸.

Generalpräventiv sind andererseits prototypisch für die gesamte organisierte Kriminalität zwei abstrakt normierbare Fallgruppen geregelt: die *Bandendelikte* verlangen eine organisatorisch-professionalisierte Struktur, die auf fortgesetztes Handeln ausgerichtet ist und die *Gewerbsmäßigkeit* betrifft das nachweisbare Erstreben einer fortlaufenden Einnahmequelle.

Freiheitsstrafen verbüßen entweder Straftäter, die eine einzelne schwere, in der Regel eigennützige Gewalttat oder zahlreiche einschlägige Wiederholungstaten begangen haben. Allenfalls eine leicht erhöhte Wiederholungsgefahr ist bei Menschen anzunehmen, die solchermaßen einmal und eine deutlichere bei denjenigen, die mehrfach mit erheblichen Straftaten in Erscheinung getreten sind. Erst bei hartnäckigen Rückfalltätern erübrigt sich eine

⁴⁸⁸ Zum Beispiel BGH Strafverteidiger 2003, 158; zudem: BGH HR § 66 I, Hang 10; Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 66 Rn 13 f. konstatiert die Verschwommenheit des Begriffs des „Hanges zu erheblichen Straftaten“: (negativ: keine reinen Konflikts-, Gelegenheits- oder Augenblickstaten, positiv: ein „eingeschliffenes Verhaltensmuster“, es ist aber kein naturwissenschaftliches, sondern ein normatives Kriterium, dessen Abgrenzung zur *Prognose* kaum möglich ist und dessen Eigenständigkeit deshalb auch bezweifelt wird, Verschulden werde nicht vorausgesetzt).

Prognoseuntersuchung. Für Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung vermutet der Gesetzgeber mit der Reduktion der Anforderungen der Sicherungsverwahrung auf eine schwere Vortat eine erhöhte Wiederholungsgefahr. Aber sämtliche Ersttaten und sonstigen Delikte jenseits dieser Fallgruppen fallen im Gegenschluss aus diesem Bereich des Vorhersagbaren heraus.

Die Prognosen sind insgesamt derart unsicher zu erstellen, dass ihre Probleme im Positiven wie im Negativen zugleich hinreichenden Raum für die Annahme der Willensfreiheit des Menschen eröffnen.

Erst ein *mehrfacher Rückfall*⁴⁸⁹ bildet eine gewisse und auch altbekannte⁴⁹⁰ Prognosegrundlage.

5. Von den Gründen für die *eingeschränkte individualpräventive Wirkung* der staatlichen Strafe sind insbesondere die drei folgenden zu nennen:

(1) Die *Sozialisation* des Täters, der mit der Strafe resozialisiert werden soll, wird generell *nicht* von den ihm nur laienhaft bekannten staatlichen Gesetzen bestimmt. Nicht nur zu Beginn seiner persönlichen Entwicklung, sondern auch als Erwachsener sind für ihn die moralischen Einstellungen und Ansichten seiner primären, meist familiären Bezugssysteme, seiner sekundären Freundschaften mit Gleichen und auch die tertiären beruflichen Bezugssysteme maßgeblich. Die Sorge vor der Missbilligung durch die Familie oder enge Freunde ist umso stärker, je gewichtiger die Tat vom Täter eingestuft wird⁴⁹¹. Deshalb müssen Sozialarbeiter im Vollzug versuchen, Selbst- und Fremdwahrnehmungsstrukturen und -fähigkeiten aufzubauen. Ausbildungsangebote,

⁴⁸⁹ Trotz Aufhebung der starren Rückfallsregelung des § 48 a. F.-StGB umfassend Zipf, *Behandlung*, 1989, 439 ff.; zudem auch Erhard, *Strafzumessung*, 1992, 41; Hermann, *Inhaftierung*, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.; Hermann/Kerner, *Eigendynamik*, KZfSS 1988, 485 ff., 485.

Aus kriminologischer Sicht siehe auch Dünkel, *Kriterien*, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff.; Baumann/Maetze/Mey, *Rückfälligkeit*, Mschr Krim 66, 1984, 193 ff., 193 ff.; Hermann, *Inhaftierung*, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.; Hermann, *Inhaftierung*, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.; Hermann, *Inhaftierung*, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.; Hermann/Kerner, *Eigendynamik*, KZfSS 1988, 485 ff., 485.

⁴⁹⁰ Zur Rechtsgeschichte der Strafschärfung als Selbstverständlichkeit vgl. den Überblick bei Erhard, *Strafzumessung*, 1992, 52; zur These „Wiederholung steigert die Strafe“ (*iteratio auget poenam*); zudem: Bindokat, *Rückfallstrafe*, ZStW 1959, 218 ff., 282 f.

⁴⁹¹ Schöch, *Grundlagen*, 1985, 1081 ff., 1098 ff.; Schöch, *Rechtswirklichkeit*, 1996, 291 ff.

nicht aber allgemeinmoralische oder juristische Schulungen stützen als Angebote diese Ausrichtung. Der Täter muss sich als Teil der *Gemeinschaft* wahrnehmen.

(2) Soweit es sich allerdings um Straftaten mit schweren Folgen, insbesondere um *Kapitaldelikte* handelt, ist die Missbilligung, von gruppenspezifischen Besonderheiten und provozierten Taten abgesehen, mutmaßlich universeller Natur. Die allgemeine *Moral* als Teil der eigenen Kultur und nicht die Strafbarkeit wirkt hemmend. Es ist mittelbar die "sittenbildende Kraft des Strafrechts" (*Hellmuth Mayer*)⁴⁹², durch die es die *Moral* mitprägt. „Die Gesetzgeber suchen die Bürger durch Gewohnheit zu veredeln“, meinte schon *Aristoteles*⁴⁹³.

(3) Mit *Baratta* ist dennoch festzustellen: Das Gefängnis kann realistisch betrachtet *nicht resozialisieren*, sondern *nur neutralisieren*⁴⁹⁴. *Murmann* verweist auf die „Resozialisierungseuphorie“ der 70er Jahre.⁴⁹⁵ In der entprivatisierten und militarisierten Isolierung sich der Großgemeinschaft der Freien zu öffnen, ist nur wenigen möglich. Nachweisbar wirksam ist die zu vollstreckende Freiheitsstrafe also nur, aber immerhin insofern, als der Gefangene während der Haftzeit außerhalb der Vollzugsanstalt kaum noch Straftaten zu begehen vermag.

Ist aber die Wirksamkeit der Strafe für den Rechtsgüterschutz nicht nachzuweisen, so ist mit *Prittwitz* die Frage nach der *Beweislast* zu beantworten⁴⁹⁶. Da es sich um einen belastenden Eingriff in die Freiheitssphäre der Bürger handelt, müsste trotz aller notwendigen Spielräume, die auch und insbesondere das *Bundesverfassungsgericht* dem Staat bei der Gesetzgebung einräumt⁴⁹⁷, zumal bei Anwendung des Ultima-ratio-Prinzips und jedenfalls im Bereich längerfristiger Freiheitsstrafen, dem Staat und damit der Gemeinschaft die Beweislast zufallen. Im Zweifel wäre also auf Strafe zu verzichten.

⁴⁹² Mayer, H., Strafrecht AT, 1967, 33.

⁴⁹³ Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1103a; Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 129.

⁴⁹⁴ Baratta, Resozialisierung, 1 ff., 2 f. (Die Theorie der Resozialisierung sei „ein idealistischer Fehlschluss“, man stelle eine kontrafaktische Norm auf, die nicht realistisch werden könne und somit eine unmögliche Norm sei.). Zur Politik des Gefängnisabbaus vgl. auch Müller- Dietz, Strafvollzug, 995.

⁴⁹⁵ Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 32.

⁴⁹⁶ Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff., 23, Fn 12, m.w.N.

⁴⁹⁷ BVerfG, Beschl. vom 9.3.1994, BVerfG 90, 145.

(4) Auch sprechen die Sozialstrukturen innerhalb der Strafvollzugsanstalten für ein zum Teil ausgrenzendes und somit missbräuchliches real existierendes *Unterschichten- und Fremdenstrafrecht*.

Weder (a) die schwere Wirtschafts- und Umweltkriminalität, noch (b) die allgemeine Verkehrsdelinquenz mit beachtlicher Todesrate, noch (c) die ubiquitäre schwere Gewalt in der Familie unterhalb von Tötungsdelikten, noch (d) der sexuelle Missbrauch in Form der Teilnahme an der Kinder- und Zwangsprostitution bestimmen den Kern der Straftätergruppen, die im *Normalvollzug* einsitzen⁴⁹⁸. Die Freiheitsstrafe als Sozialisationsmaßnahme trifft erkennbar und folgerichtig auch umgekehrt vorrangig diejenigen, die die Allgemeinheit für *resozialisierungsbedürftig* erachtet.

6. Die *provokativen Thesen*, die sich nach allem ergeben, lauten:

- (1) Zu bezweifeln ist -auch aus diesen Gründen-, dass die Individualprävention in der gegenwärtigen Kriminalpolitik einen eigenständigen und nicht nur einen vorgeschoben *generalpräventiven Begründungsstrang* darstellt.
- (2) Die Realität gebietet vielmehr, zumindest bis zur Entwicklung einer allumfassenden einheitlichen Strafbegründung, für die verschiedenen Gruppen jeweils verschiedene *Unter-Strafrechte mit eigenen passend eingefärbten Strafrechtsbegründungen vorzuhalten*⁴⁹⁹.
- (3) Für die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens sind auch deshalb als die eigentlichen Allgemeindelikte vorrangig die *schweren Gewalt- und ihr Kern die vielfältigen Kapitaldelikte des § 74 II GVG* heranzuziehen.

Die rechtlichen *Folgerungen* aus der Individualprävention sind *verfassungsrechtlich* bedenklich: Die maßgebenden Umstände, die den Täter als künftig gefährlich erscheinen lassen, müssen den Betroffenen als die seinen nur objektiv zugerechnet werden. Individuelle Schuld ist nicht vonnöten. Er ist als ein *sozialpathologisch* defekter Mitmensch dem erziehungsbedürftigen Kind und

⁴⁹⁸ Zur These vom Unterschichtenstrafrecht: Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff., 80; Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff. sowie Eisenberg, Kriminologie, 2005, 1193.

⁴⁹⁹ Zur Trennung von Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht: Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff.

dem allgemeingefährlichen Geisteskranken gleichgestellt. Er gilt als Störer im polizeirechtlichen Sinne. Es genügt, dass der Täter objektiv eine Gefahrenquelle darstellt.

Wer durch Strafrecht Individualprävention betreibt, steht nolens volens dem Determinismus zumindest nahe. Der Täter ist für ihn das Objekt von Maßregeln der Besserung und Sicherung. Der Schuldbegriff ist, sofern er beibehalten wird, durch eine entsprechende präventive Deutung auszufüllen.

Der Verdacht für erste Maßnahmen zu Gefahrenabwehr reicht zunächst aus. Die Gefahren müssen aber ordnungsgemäß verifiziert werden. Insofern ist ein Gerichtsverfahren nicht überflüssig. Denn die falsche Gefahrenquelle beseitigt zu haben, beseitigt vielleicht vorübergehend das aufflammende Vergeltungsbedürfnis, nicht aber die reale Gefahr.

7. Elemente eines *Gefährdungsstrafrechts* existieren bereits. Vonnöten ist ein *dringender Verdacht* und eine entsprechende *Situation*, um die Mittel der Gefahrenabwehr vorbeugend einzusetzen. Rechtsgüterschutz ist auf diese Weise am effektivsten zu leisten. Dass bei tatsächlicher Gefahr, deren Abwehr besser als Strafe und noch besser jede Vorbeugung ist, die Personen von Angriffen abhält, ist unbestreitbar. Knappe, an dieser Stelle nicht weiter belegte Hinweise sollen genügen:

(1) Der gegenwärtige Angriff auf ein Rechtsgut ist als unmittelbares Ansetzen zur kodifizierten Tathandlung durch die Versuchsstrafbarkeit bei allen Verbrechen miterfasst. Seiner Wiederholung wird also auch vorgebeugt.

(2) Das Strafrecht enthält zudem bekanntlich eine Reihe von alten und neuen Gefährdungstatbeständen, wie das Herstellen von Falschgeld (§ 146 ff. StGB), die Brandstiftung (§ 306 StGB) oder das Fahren im Straßenverkehr in fahruntüchtigem Zustand (§ 316 StGB). Zu einer konkreten Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes muss die Tat nicht geführt haben.

(3) Geboten ist ihre Regelung zum Teil auch deshalb, um fahrlässiges Verhalten, das die Versuchsstrafbarkeit nicht miterfassen kann, mit unter Strafe zu stellen. Ebenso ist zu fragen, inwieweit fahrlässiges Verhalten insgesamt noch als

autonome Entscheidung des Täters zu begreifen ist, ob es nicht vielmehr eine verkappte Vorsatzvermutung darstellt oder eine einfache Zurechnung beinhaltet.

(4) Darüber hinaus kennt das Prozessrecht den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, der für bestimmte schwere Straftaten in der Regel dem Wortlaut entsprechend lediglich einen dringenden Tatverdacht voraussetzt (§ 112 a StPO).⁵⁰⁰ Der Freiheitsentzug ist im Falle der Verurteilung nicht nur auf die Strafe anrechenbar, sondern geht bei dieser Deliktsgruppe für den Täter und aus der Sicht der Öffentlichkeit nahtlos in den sichernden Strafvollzug über.

8. Die drei letzten Einwände gegen die beiden präventiven Strafbegründungen ergeben sich aus den entsprechenden Vorzügen des Gedankens der Tatschuldvergeltung:

(1) Derjenige, der nach Recht und Ordnung und Erhaltung der Rechtstreue ruft, also Strafen zu generalpräventiven Zwecken einsetzt, muss bei der Massenkriminalität zu *hohen* und generell zu *öffentlichen* Strafen neigen. Denn je geringer die mutmaßliche Aufklärungsrate einzuschätzen ist, desto höher und nachdrücklicher müssten die exemplarischen und somit symbolischen Strafen für nachgewiesene Taten anzusetzen sein. Die besonders grausamen und öffentlichen Vollstreckungen der Todesstrafe, verbunden mit Volksfesten, kennzeichnen die Auswüchse eines solchen disziplinarischen Ansatzes.

(2) Präventive Strafbemessung erscheint, weil nicht tatbezogen, sondern entweder an den Bedürfnissen der Kriminalpolitik oder aber am Sozialisationsgrad des Täters ausgerichtet, nicht durchgehend als „tat-gerecht“. Doch ist die Frage nach der Bemessung der Strafe eine insgesamt nachrangige. Auch wenn Strafzumessung und Strafbegründung einander bedingen, kann die Art der Zumessung nur ein Hilfsargument im Sinne einer Prüfung der Folgen einer bestimmten, hier der präventiven Strafbegründung bieten.

(3) Der verfassungsrechtlich relevante Haupteinwand gegen die Begründung der Strafe mit dem Erfordernis der Prävention lautet aber: Jede Form der Prävention erniedrige den Verurteilten zum *Objekt* der Strafverfolgung. „Deprivation“ treffe vor allem Langzeitgefangene, gemeint sind die *psychologischen*

⁵⁰⁰ Zum engen Zusammenhang zwischen Gefahr, Verdacht, Vermutung siehe Montenbruck, In dubio, 1985, 88 ff., m.w.N.

Auswirkungen, also emotionale und auch sexuelle Bindungsverluste (an emotionale Nächste), die kaum mit Besuchsrechten kompensiert werden können.⁵⁰¹ Auch sei das exemplarische Strafen mit dem modernen Menschenbild des Art. 1 GG nicht zu vereinbaren.

9. *Fazit.* Diese Mängel sind im Kern bekannt. Sobald aber die präventiven Lehren zusätzlich mit den Elementen der Gerechtigkeit und des Tatschuldausgleichs ergänzt werden, schwächt sich das Gewicht der Mängel der Präventionsidee ab. Dafür aber hat die dann *präventive Vereinigungstheorie* den dogmatischen Preis der Widersprüchlichkeit für bestimmte Fallgruppen zu tragen und folglich auch die Einwände gegen die dann komplementäre Tatschuldlehre mit zu berücksichtigen.

Vereinfacht gilt, je klarer die Dogmatik einer bestimmten Straffidee ausgearbeitet ist, als desto einseitiger erweist sich ihr Denksystem.

Darüber ist noch weiter nachzudenken.

III. Begriffswelten von Prävention und Repression (Niggli), reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (Kaspar) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (BVerfG)

1. *Bipolaritäten und Veränderungen.* Der Schweizer Rechtsphilosoph Niggli⁵⁰² betrachtet die neue Entwicklung und Deutung des Strafrechts weg von der alten *Repression* (wörtlich: zurückdrücken) hin zur neuen *Prävention*.

Dabei listet Niggli perfekt -und insofern ähnlich wie der staatskritische Kriminologe Peter-Alexis Albrecht⁵⁰³- diejenigen *Bipolaritäten* auf, zwischen denen wir uns zu bewegen haben. Er bietet eine Reihe von Polen zwischen

⁵⁰¹ Vgl. Laubenthal, Strafvollzug, 2015, S. 4. 3 („Deprivation stellt für männliche wie für weibliche Gefangene einen wesentlichen Stressfaktor dar und wirkt gerade für Langzeithaftierte enorme Probleme auf. Untersuchungen haben bei letzteren die besondere Bedeutung des Verlustes entsprechender Kontakte als die gravierendste Beeinträchtigung des Strafvollzugs ...“).

⁵⁰² Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14, 1. Ebenso: Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff., 14.

⁵⁰³ Albrecht, Weg, 2010 („Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln“), hier unter der Überschrift „Zum Formenwandel sozialer Kontrolle im Präventionsstaat“: 120 ff.

denen sich auch die *Vereinigungstheorie*, in welcher Form auch immer, zu verorten hat. Er zeigt somit nicht nur die *Alternative* zum Schuldstrafrecht auf, sondern beschreibt auch die *Konsequenzen*, die ein reines Präventionsstrafrecht zu tragen bereit sein muss. Er legt auf diese Weise auch die Folgen offen, die jede Zwischenlösung auf sich zu nehmen hat, die zwar ihren Platz noch innerhalb der Vereinigungstheorie sucht, aber deren präventive Elemente stark betont.

*Niggli*s Schaubild lautet:

„*Bisher / Neu*

Gerechtigkeit- Sicherheit

Verletzung- Gefährdung

Repression- Prävention

Vergangenheit- Zukunft

Tatsache - Risiko

Strafe - Maßnahme

Individuum – Gesellschaft“.

Noch einmal von hinten nach vorn gelesen und zugespitzt: Im Präventions-(straf-)recht dominiert die Gesellschaft den Einzelnen. Das Maßregelrecht ersetzt das Strafrecht - es gibt also eigentlich keine Strafe und somit auch kein echtes Strafrecht mehr, was auch die Fragen von Sinn und Zweck der Strafe überflüssig werden lässt. Tatsachen und Taten in der Vergangenheit bilden nur den Anlass, öffentlich gewordenen Verdachtsmomente reichen eigentlich auch schon aus. Es regieren die Prognose- als Risikoerwägungen, sie nehmen den Blickwinkel der Gesellschaft ein und blicken nur in die Zukunft.

Wichtig ist der Pendelschlag weg von der *Gerechtigkeit* hin zur *Sicherheit*, die allerdings etwa Art. 5 EMRK als *Paarung* von „Recht auf Freiheit und Sicherheit“ zusammenschweißt und die auch der Schutzidee, etwa als Grundrechtsschutz, immanent ist.

Bislang gilt die Gerechtigkeit als Kernelement der *Rechtsidee* und damit auch des Strafrechts. Der -deutsche- Vorrang des *Rechtsstaats* wird (oder würde) ersetzt durch einen Vorrang des -fürsorgenden- Sozialstaats. *Niggli* selbst sorgt sich davor, aber er fürchtet auch ein wenig die alte Alternative. Denn:

„Liegt der Grund des staatlichen Eingriffs nicht in einer Veränderung des Fokus *Vorwurf dem Täter* gegenüber, wird er *entpersonalisiert* und *objektiviert*. Er versteht sich quasi von selbst, er «geschieht». *Nicht nur der Straftäter kann nichts für seine Tat, auch die Gesellschaft kann nichts für ihre Reaktion.*“

Deshalb folgert er mit Bedenken:

„Dass wir uns eine rächende und repressive Justiz zurückwünschen müssen, weil sie *fairer, ehrlicher und gerechter* war als all diese schöne neue Welt“⁵⁰⁴ (im Sinne von *Huxley*).

So lauert hinter allem die *Systemfrage*: In welcher Art von Gesellschaft wollen wir leben? Darauf hat die deutsche *Verfassung* dadurch geantwortet, dass sie die Idee von der Unantastbarkeit der Menschenwürde eines jeden -und auch für den Mordtäter- an den Anfang gesetzt hat, und zwar im Sinne eines kategorischen Imperativs. In anderen westliche Kulturen gilt dies nicht in gleichem Maße.

In der Wirklichkeit aber leben wir weder in der Vergangenheit, noch in der Zukunft, sondern in einer -sich ständig wandelnden- *Gegenwart*. Wir blicken regelmäßig zurück, um für die Zukunft etwas zu lernen. Die Tat interessiert uns immer noch, und zwar auch unmittelbar, weil der Täter immer noch stolz auf sie sein könnte, die Opfer noch leiden könnten, der Rechtsbruch also weiter andauert.

2. *Präventionsstrafrecht und Verhältnismäßigkeit*. *Kaspar*⁵⁰⁵ bietet ein „*Präventionsstrafrecht*“, das er streng aus dem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel des deutschen *Verfassungsrechts* heraus entwickelt. Er sucht vor allem die wichtige Einzelfrage nach der Verhältnismäßigkeit des Strafens

⁵⁰⁴ Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff. 51 (kursive Hervorhebungen nicht im Original)

⁵⁰⁵ Zu „Verhältnismäßigkeit und Präventionsstrafrecht“, Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, 27 ff (Zusammenfassung, 820 ff: Verfassungsrechtlich sei der Rückgriff auf den Strafzweck des „Schuldausgleichs“ nicht zulässig und auch nicht notwendig. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweise sich gegenüber dem klassischen Schuldprinzip sogar als strengerer Maßstab, man müsse ihn nur konsequent anwenden und zugleich die empirischen Forschungsergebnisse zu den präventiven Wirkungen des Strafrechts berücksichtigen) siehe auch etwa 28 f. (zur verfassungsrechtlichen Legitimation und Begrenzung speziell des materiellen Strafrechts). Dazu auch: Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff.

auszuloten.⁵⁰⁶ Anstelle der *schuldangemessenen Strafe* sei das Verfassungsprinzip der (*Un-*)*Verhältnismäßigkeit* zu verwenden.⁵⁰⁷

In der Tat fordert auch die EU-Grundrechtecharta in ihrem Art. 49 III nur:

„Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“

Von Schuldangemessenheit spricht sie jedenfalls nicht und was der Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde in ihrem Art. 1 aus der Gesamtsicht der Europäischen Völker bedeuten soll, ist noch nicht hinreichend geklärt.

Von der EU-Charta setzt sich jedenfalls das *Bundesverfassungsgericht* mit seiner Lissabon-Entscheidung ab, in dem es das Subsidiaritätsprinzip nutzt und für das deutsche Strafrecht auf das *Schuldprinzip* erkennt.

Das Grundanliegen und die Wirkungen der *Schuldangemessenheit* und der *Verhältnismäßigkeit* sind jedoch zumindest ähnlich. So verschmelzt das *Bundesverfassungsgericht* beide Ansätze sogar unter der Vorherrschaft der Idee der Schuldangemessenheit, wenn es erklärt:

„Auf der Ebene des Straferkenntnisses verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Zumessung der Strafe nach dem Maß der Schuld und der Strafbedürftigkeit. Er deckt sich insoweit in seinen staatlichen Strafen begrenzenden Wirkungen mit dem ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldprinzip (...), das in seiner Ausprägung als Gebot schuldangemessenen Strafens verlangt, dass die Strafe die Schuld des Täters nicht übersteigt und in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters steht“.

Das Gericht subsumiert dann etwas später:

*„Durchführung des Strafverfahrens und Strafausspruch sind verhältnismäßig.“*⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Siehe auch Jäger SK-StGB, 2017, Vor § 1, Rn 22 „Strafrecht als Mittel des Rechtsgüterschutzes“, und in Rn 23 ff: „geeignet, angemessen und verhältnismäßig im engen Sinne“.

3. Die Standpunkte unterscheiden sich jedoch. Die Schuldidee gehört zu einem halbselbständigen Strafrecht. Die Verhältnismäßigkeit gründet dagegen unmittelbar auf dem Verfassungsrecht. Danach ist eine solche Straftheorie nicht mehr halbautonom, sondern direkt dem Verfassungsrecht unterworfen. Das Strafen erscheint danach bloß als eine Unterform des präventiven Maßregelrechts gem. §§ 61 ff. StGB und nicht umgekehrt diese als eine Sonderregelung im Schuldstrafrecht.

Gesetzeskonform und auch *praxisnah* erscheint es, so lange, bis ein solcher in sich schlüssiger Ansatz auch in Gesetzesform gegossen ist, folgendermaßen zu verfahren: Es ist zwar weiterhin die Idee des Schuldstrafrecht zu vertreten, sie ist aber mit präventiven Erwägungen aufzuladen, auch lässt sich die Schuldidee in extensiver Auslegung noch präventiv nachformen. Zudem bietet es sich an, die großen Verfassungsprinzipien als Korrekturangebot im *Hintergrund* des Schuldstrafrechts mitlaufen zu lassen. So können die Elemente der Verhältnismäßigkeit, die ausführlich im öffentlichen Recht diskutiert wurden, mit in die Frage nach der Schuldangemessenheit einfließen. Der Vorgang des „Anmessen“ ist der gleiche. Deutliche Milderungen können zu einem *gesonderten Strafverzicht* führen. Methodisch geschieht dies in derselben Weise, in der das *Bundesverfassungsgericht* die lebenslange Freiheitsstrafe mit dem Hinweis auf die Menschenwürde *begrenzt* hat.

Das *Bundesverfassungsgericht* zeigt jedenfalls, dass das Schuldprinzip auch gut aus der Verfassung, und zwar deren Kernbereich, der Art. 1 I und Art. 20, 79 III GG, abzuleiten ist. Auf diese Weise ist auch aus seiner Sicht die ernsthafte Diskussion vermieden, ob eine lange Freiheitsstrafe, und Bezugspunkt ist in *vollem Umfange* das Grundgesetz von 1949, nicht der *Wesensgehaltsgarantie* gem. Art. 19 II GG zuwider läuft, verbunden mit der Frage, was sie eigentlich zu bedeuten hat.

Den Hintergrund des Schuldprinzips bildet vereinfacht die *Menschenwürde*. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stützt sich dagegen für das Strafrecht auf den Gedanken der „Effektivität der Strafrechtspflege“⁵⁰⁹ und ist im

⁵⁰⁸ BVerfG Beschluss vom 04. Dezember 2007 - 2 BvR 38/06- 2 BvR 38/06, Abs. Nr. 39 und 41

⁵⁰⁹ Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014 , 518 ff (Zum Konzept des „verhältnismäßigen Rechtsgüterschutzes“)

Rechtsstaatsprinzip verankert. Es setzt als solches betrachtet, also nicht zusätzlich ethisch durch *Rechtsgüterschutz* aufgeladen⁵¹⁰, *ökonomistisch* und *utilitaristisch* an. Ziel ist danach der größtmögliche Nutzen für mögliches viele, aber nicht für jeden. Somit dient es dem *Allgemeinwohl*. Das Schuldprinzip funktioniert hingegen nicht ohne das Bild vom eigenverantwortlichen Menschen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist dagegen weiter und für alle Arten von Abwägungen offen, auch und vor allem für solche zugunsten des Gemeinwohls.

4. In der humanen Konkurrenzlösung des *Meistbegünstigungsprinzips*, und zwar derjenigen des einzelnen Täters, liegt für die nahe Zukunft wohl der Ausweg. Ist einmal eine parallel durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung eindeutig und erheblich „günstiger“. so sollte sie *subsidiär* greifen.

Das Gesetz kennt ohnehin, wenngleich umgekehrt, die den Mehrfachtäter zusätzlich belastende Sicherungsverwahrung, für die das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* unmittelbar gilt.

In der Regel aber eröffnet aber die Strafzumessung gemäß § 46 I, II oder die gem. § 54 StGB ohnehin den Weg, präventive Erwägungen mit einzubeziehen. Dasselbe gilt für die Aussetzung der Vollstreckung gemäß, §§ 56, 57, 57 a StGB. Geht es hingegen darum, sich mit dem Schuldprinzip auch des Problems der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit zu entledigen, so ist diese Diskussion gesondert zu führen.

Die deutsche Verfassung, die das *Bundesverfassungsgericht* auslegt, hat dies bis auf weiteres *entschieden*. Das Grundgesetz hat nicht nur die Idee der Menschenwürde an den Anfang gestellt, sondern es ist aus ihm auch ein umfangreiches *subjektives Recht* abzuleiten. Träger ist auch derjenige, der einen anderen würdigen Menschen grausam ermordet hat. Das neue Grundgesetz hat zudem die „praktische Konkordanz“ mit dem alten *traditionellen Strafrecht* zu suchen, welche der Verfassungsgeber 1949 im Strafgesetzbuch vorfand und im Grundansatz fortgelten lassen wollten.

⁵¹⁰ Vgl. etwa BVerfG 51, 324, 343; BVerfG 100, 313, 394: Bei Strafverfolgung höhere Eingriffsschwelle als bei präventiver Gefahrenabwehr.

5. *Fazit.* Wer auf klare Standpunkte setzt, wie Prävention oder Repression, Verhältnismäßigkeitsprinzip oder Schuldangemessenheit als der besonderen Art der Verhältnismäßigkeit im Strafrecht, zeigt sich im *dogmatischen* Denken als relativ frei. Aber er sollte dann stets auch die systemischen Folgen für die *Verfassungsstruktur* mit bedenken. Wer hingegen von einer gewachsenen deutschen Rechtskultur ausgeht, der wird den Mittelweg einer Art von Vereinigungstheorie suchen.

Aufteilende Subkulturen bieten dafür einen üblichen Weg, mit dem es gelingt, für einzelne *Leitgedanken* eine *eigene Form* zu finden. Dazu zählt auch die Aufgliederung in das *Verfassungsrecht* und in sonstige *Rechtsgebiete*. Für die Praxis ist noch von Bedeutung, dass sie mit eigenen *Rechtswegen* verbunden sind und für die Wissenschaft üblicherweise eine *eigene Lehrbefähigung* verlangen. Ihre eigene Sprache entwickeln sie dann mit und über die großen Gesetzbücher. Das Schuld- und Rechtsgutsdenken ist kaum trennbar mit dem System des Strafrechts verbunden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dient dagegen dem öffentlichen Recht und im Kern dem *Polizeirecht*.

Nötig ist aber beides, den Sinn und den Zweck wissenschaftlich zu erarbeiten und sie dennoch und zwar über sich zum Teil selbst organisierende, also halbautonome Subkulturen, in die gewachsene und im Grundsatz auch immer konsenterte *Rechtstradition* einzupassen, die durch große und alte *Gesetzbücher* vorgeformt ist.

IV. Präventive Strafbegründungen: Kritik und Replik

1. Nachfolgend ist noch einmal ein *diskursiver* Überblick über die Kritik an der präventiven Art der Strafbegründung zu geben. Diese durchweg *bekannt* Kritikpunkte sind mit einigen zumeist pragmatischen Repliken auszubalancieren.

Kritik. Gegen die allgemeine Generalprävention -in reiner Art gedacht- spricht, dass sie sich nur an die *Allgemeinheit* wendet. Der Einzelner dient bloß als Mittel zum Zweck, womit sie verfassungswidrig wäre, Art. 1 I GG.

Gegen die Idee, sozialschädlichem Verhalten vorzubeugen, ist einzuwenden, dass der Begriff der Gesellschaft oder gar ihr Gemeinwohl nicht nur auslegungsbedürftig ist, sondern auch auf undemokratische Gesellschaften passt.

Replik. Das ist zuzugeben. Aber wir Einzelnen leben in einer Gesellschaft und sie ist auch fähig, gegenzusteuern. Denn jedes Dogma provoziert in einer offenen Gesellschaft auch von ihm befreiende Zweifel und dann auch Gegenmodelle. In der Mitte dieser Gemengelage ist das *praktische* Recht angesiedelt, das trotz aller Rückbindung an die Vernunft immer auch der demokratischen Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers entspringt.

Kritik. Gegen die *generalpräventive* Wirkung der Strafgesetze wird zudem ein alter und auf den ersten Blick immer noch einleuchtender Einwand erhoben. So erinnert Mayer an Hegels Hinweis auf den praktischen Misserfolg der generalpräventiven Wirkung der Gesetzbücher⁵¹¹. Dass die Staaten Strafverfolgungsorgane vorhalten, beweist die *Unwirksamkeit* der bloßen Strafandrohungen.

Die psychische Zwangstheorie *Feuerbachs*, die immer noch in der gesetzlichen Strafandrohung steckt, setzt einen vernünftigen Menschen voraus, der eine irrealer Art von homo oeconomicus ist. Die Strafdrohung wirke jedenfalls nicht bei den Tätern, die unüberlegt, im Affekt und situativ handeln, also nicht rational im Sinne des vernünftigen homo oeconomicus agieren. Außerdem glaubten die Täter auch, nicht erwischt zu werden. Die erfolgreiche Strafverfolgung wäre also weit wichtiger als die Höhe der Strafe.

Replik. In der Tat, aber wir gehen -zumindest- von einem Willen freien Menschen aus, der fähig ist seine biologischen Triebe zu beherrschen und die Folgen seiner Tat zu bedenken. Dass er unvernünftig handeln kann, gehört zudem zu seiner Freiheit.

Auch bleibt die Gegenfrage unbeantwortet, ob es in einer Gemeinschaft ohne Strafandrohungen und auch ohne deren Umsetzung nicht mehr Straftaten gäbe. Zumindest der Glaube an die Wirksamkeit der Strafgesetze besteht seit Jahrhunderten. Dieser Einwand scheint also weniger zu tragen. Außerdem sind

⁵¹¹ Mayer, H., Kant, 54 ff. ; Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 99.

in Deutschland die Strafen seit 1888 immer milder geworden (rund 80 % Geldstrafe). Außerdem droht ohne staatliches Strafrecht ungeordnete Selbstjustiz und am Ende der Zerfall des Staates in kleine kriegerische Selbstschutzgruppen. Dafür reicht ein selektives Strafen. Wiederholungstäter ermitteln wir ohnehin in der Regel. Auf sie haben wir es vor allem angesehen.

Kritik. Prävention ist Aufgabe eines *Präventionsrechts*, also vor allem des Polizei- und des Sozialrechts. Ein Präventionsstrafrecht wandelt seinen Charakter und wird zum Maßregelrecht. Re-Sozialisierung und Re-Ethisierung sind dessen Zwecke. Die Tat bildet dann nur eine *Anlasstat*. Ein bloßer *Tatverdacht* müsste schon ausreichen. Art und Dauer des Eingriffs wären von den konkreten Präventionszwecken abhängig.

Replik. Dieser Einwand ist berechtigt, aber auch über die Vereinigungstheorie mitberücksichtigt. Der Strafgrund der Gerechtigkeit und das Schuldprinzip gehören zu den Werten unserer Gesellschaft. Deshalb gibt es kein reines Präventionsstrafrecht.

Kritik. Außerdem stellt die nachgewiesene Tat nur den „Anlass“ für die *Gefährlichkeitsprognose* dar. Einschlägige Vorstrafen werden wieder aufgegriffen; es handelt sich also um ein kaum verkapptes *Täterstrafrecht* für *Hangtäter*.

Die Höhe der Präventionsstrafe müsste sich ferner nach Art und Grad der jeweiligen *Gefährlichkeit* richten und nicht nach der Tatschuld.

Kritik. Bei der reinen *Generalprävention* bildet der Täter nur das *Objekt*, um auf die Allgemeinheit einzuwirken. Die verstößt für sich allein gegen die Forderung, die Menschenwürde, auch des Mörders, zu achten, Art. 1 I GG.⁵¹² Dasselbe gilt für die *reine Individualprävention*, die den Menschen als Gefahrenquelle ansieht.

Replik. Deshalb deckeln wir das Strafrecht und setzen den Wert der Menschenwürde absolut. Aber ohne ein Interesse der *Allgemeinheit* am Strafen oder ohne ein latente *Wiederholungsgefahr* würde die Politik keinen

⁵¹² Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983, 33 ff., 40 ff.; Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff., 377 ff. So auch Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 35.

hinreichenden Anlass für ein Strafgesetzbuch sehen und stattdessen auf das Zivilrecht verweisen.

Kritik. Grundsätzlich ist zu fragen, ob wir *empirisch nachweisbar* diese Zwecke überhaupt mit Strafen erreichen können. Hilft das Strafen dabei nicht und wenig oder ist die Erreichbarkeit durch Strafe nicht nachzuweisen, so bräuchten wir kein Strafrecht oder weniger oder wir hätten Begründungsnot. Diese Fragen sind bislang über die Kriminologie wenig, aber nicht einmal grundsätzlich angegangen und geklärt.

Replik. Der Konsens einer Mehrheit, der zudem auf eine lange Tradition zurückblicken kann, bildet den Kern einer jeden Gesellschaft. Er trägt deshalb weit.

Kritik. Kollektiv konsentiert Behauptungen reichen uns dann aber offenbar aus. Denn das Strafen erweist sich aus der Sicht der Gesellschaft und ihrer Werte ohnehin als *kulturabhängig*. Hexenverfolgungen wären also bei einem entsprechenden Konsens auch (wieder) möglich, wenn wir nur fest an die Existenz des Teufels und seiner Verführungsmacht glauben würden.

Replik. Richtig, aber wir glauben dank der Aufklärung -öffentlich- nicht mehr an den Teufel. Und das Strafen hat es offenbar immer schon gegeben; es kann sich also zumindest auf seine *Tradition* stützen. Vorrechtlich kennen wir es als Liebesentzug oder als Ausschluss und Meiden in jeder Gemeinschaft.

Kritik. Jeder Art von präventivem Strafrecht fehlt es an einem sinnvollen Maßstab für die Strafzumessung, wie ihn das Tatschuldstrafrecht bietet. Auch müsste die Höhe der Strafe immer im Groben an diesem präventiven Doppelziel ausgerichtet sein.⁵¹³

Ausschwitztäter und DDR-Mauerschützen sind sozial integriert, sie müssten also straffrei bleiben.

⁵¹³ So auch Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 35, der für die verfehlte Gewichtung der Strafen auf Bar, Probleme, 1864, 6 verweist, der damals schon auf das Problem verwiesen habe, dann den Mord milder bestrafen zu müssen.

Bei Massendelikten wie dem Diebstahl müsste man eigentlich für Wiederholungstäter lange und unbestimmte Freiheitsstrafen androhen (oder eigentlich die Todesstrafe), Die Drohungskraft müsste bei schwacher Wirksamkeit sinnlos erhöht werden.

Mordfälle geschehen dagegen nur selten und müssten danach milder bestraft werden.

Replik. Alles ist einzuräumen. Aber in der Tat sind in der Praxis die Ausschwitztäter und die DDR-Mauerschützen selten und dann auch milde bestraft worden.

Die Massendelikte ergeben sich aber durch Täter, die gewerbs- und gewohnheitsmäßig und in Banden handeln. Bei *einschlägigen Vorstrafen* werden schon jetzt deutlich erhöhte Strafen verhängt. Die gesonderte Sicherungsverwahrung kennen wir zumindest für Intensivtäter, wenngleich auch nur für erhebliche Taten und außerhalb des Tatschuldstrafrechts.

Der Mord wiederum verlangt in der Demokratie eine herausragend hohe Strafe, weil sich die *Allgemeinheit* keine seltenen Mordfälle leisten kann. Es handelt sich um eine Art von Mit-Herrscher-Tötung. Die Hemmschwelle von Menschen, Menschen zu töten, ist zwar hoch, aber sie bei dem Täter gesenkt, der sie erst einmal überschritten hat.

Im Hinblick auf Affekttaten dient das Strafen dazu, die *innere Hemmschwelle* zu erhöhen oder zu kräftigen. Je höher die Strafe, desto nachdrücklicher wird das Verbotensein schon im Alltag und vor der Situation kommuniziert und desto eher wird auch nach alternativen Konfliktlösungsmöglichkeiten, etwa bei Beziehungstötungen, gesucht.

Kritik. Für die „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ reicht es eigentlich aus, auf das Strafbedürfnis der *Bevölkerung* abzustellen. Es genügt, *Sündenböcke* zu suchen. Auch ist *Lynchjustiz* in Ausnahmefällen zu erlauben.

Im Sinne schneller Justiz reichten nur *Verdachtsstrafen*, zumal wenn dringender Tatverdacht vorliegt. Auch ist mit *Folterstrafen* in Notfällen Mitwirkungen zu erpressen.

Replik. Dem ist -an sich- zuzustimmen. Aber diese Mängel erspart immerhin der *zusätzliche Rückgriff* auf das Kollektivgut der *Rechtsstaatlichkeit*, mit dem *Rechtsbegriff* ist dies nicht vereinbaren. Auch muss das Gewalt- und Strafmonopol beim Staat liegen.

Der Vorzug der langsamen und dafür gründlichen Justiz des Staates besteht gerade darin, Emotionen abzubauen, neutrale Richter zur Verfügung zu stellen und auf diese Weise neues Unrecht und neue Emotionen zu vermeiden. Insofern geht es nicht um das Strafbedürfnis der realen Bevölkerung, sondern maßgeblich ist das *vernünftig* zu denkende Kollektiv der Allgemeinheit. Die Frage, die sie sich stellen muss, lautet im Sinne von *Kant*: Was kann ich als allgemeines Gesetz wollen? Sie lautet emotional eingefärbt, und zwar je nach Sichtweise aus humaner und neutestamentarischer Sicht oder vom solidarischen und empathischen Standpunkt aus: Was kann ich für meine „Nächsten“, also nicht für meinen „Feind“, ⁵¹⁴ als Strafe wollen?

Aber für die Untersuchungshaft genügt immerhin ein hinreichender Tatverdacht. Untersuchungshaft gilt nicht als echte Strafe; sie wird aber zu Recht, wenngleich mit eigentlich unbekanntem Gründen, auf die Strafe angerechnet.

Die schlichte Fortdauer der Untersuchungshaft befördert im Übrigen faktisch die Geständnisbereitschaft, weil ein Geständnis, eine neue Bewertung der Haftgründe erlaubt.

Kritik. Der bekannte *Haupteinwand* gegen die These, das Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz, lautet: Wer Rechtsgüterschutz durch Strafrecht betreibt, greift selbst in die Rechtsgüter anderer ein. Das Gericht, das auf Freiheits- oder Geldstrafe erkennt, vergilt ein *Übel* mit einem anderen *Übel*. Es betreibt *Rechtsgüterschutz* durch *Rechtsgüterverletzung*. Dem Grundsatz der Schuldangemessenheit zufolge hat das *Übel*, das dem Schutz der Rechtsgüter dienen soll, dem *Übel* des Grundes für die Schutzmaßnahme zu entsprechen. Vereinfacht wird zur Bekämpfung von Gewalt Gegengewalt eingesetzt. Feuer wird mit Feuer bekämpft.

⁵¹⁴ Dazu: Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff.

Dass diese Art von Vergeltung gut ist, erscheint zumindest nicht offenkundig (evident). Der Umstand, dass sie in seiner negativen strafrechtlichen Form eine Rechtsgutverletzung darstellt, spricht gegen sie.

Replik. Dem ist zuzustimmen. Aber die Begründung der Strafe mit dem Schutz der Rechtsgüter bedient sich zwar derselben Mittel wie die rückwärtsgerichtete Vergeltung, die mit der Vorstellung vom Schuldausgleich auf die Wiederherstellung der Rechts-(Werte)- Ordnung ausgerichtet ist. Erstrebt wird aber keine Vergeltung als solche, sondern der Schutz oder die *Vorbeugung*. Künftige Taten sind zu verhindern.

Kritik. Also steckt dahinter eine (utilitaristische) Güterabwägung mit dem Vorrang des *Gemeinwohls*.

Replik. Das ist einzuräumen. Die Generalprävention dient eben der Allgemeinheit.

Kritik. Gegen die *Individualprävention* zur Rechtfertigung des Strafens spricht, dass sie ihren Zweck, die Unschädlichmachung der Täter, nur für die Strafzeit erfüllt und ansonsten kontraproduktiv ist. Die Strafhaft erhöht die Rückfallgefahr nachweislich. Denn die Täter werden aus ihren alten Bezügen gerissen und bauen im Vollzug neue, oft im kriminellen Milieu beheimatete auf.

Auch erfordert eine vertretbare Prognose als Grundlage eigentlich zumindest eine einschlägige Vorstrafe oder eine Serie von Taten. Strafen für Ersttäter vermag sie also nicht zu begründen. Dies gilt nicht zuletzt auch für Mordtaten.

Prognosen zu stellen, heißt immer auch, einige tatsächlich nicht oder nicht mehr gefährliche (Mit-) Menschen einzusperren.

Ein reines Gefährlichkeitsstrafrecht braucht auch nicht den Nachweis von Straftaten. Der Verdacht, zumal der dringende, reicht für die Prognose der Gefährlichkeit schon aus.

Alle Prognosen sind hoch missbrauchsanfällig.

Replik. Dem ist jeweils zuzustimmen. Aber in der Regel wird deshalb bei Ersttätern auf Geld- oder Bewährungsstrafe erkannt. Kurzfristige Freiheitsstrafen sind zu vermeiden, § 47 StGB. Bei der Massenkriminalität, wie Diebstahl oder Betrug, werden zudem häufig gleich gesamte Tatserien aufgeklärt. Im Vollzug sitzen also vor allem Mehrfach- und Intensivtäter und Personen, die schwere Gewaltdelikte begangen haben. Und bei Mordtaten kann angesichts der Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts nicht abgewartet werden. Da Prognosen in der Tat immer nur die Wahrscheinlichkeit wiedergeben, stellt der Vollzug eigene Prognosen, bietet zur Bewährung Lockerungen bis hin zum Freigang an und prüft auch die Möglichkeit einer bedingten Entlassung. Zugleich unterbreitet er den Gefangenen Resozialisierungsangebote. Ein bloßer Tatverdacht, auch ein dringender, schwächt aber die Prognosegrundlage. Die allgemeine Gefährlichkeit von Menschen reicht nicht aus.

Der Missbrauchsgefahr durch Staatsorgane steht immerhin das Prinzip der Gewaltenteilung entgegen.

2. *Fazit.* Trotz aller Repliken sind diese Mängel eines Strafrechts, das sich ganz oder zumindest vorrangig auf die Idee der Generalprävention oder die Idee der Individualprävention stützt, offenkundig und auch altbekannt. Man kann sie allenfalls etwas herunterspielen. Beide Ansätze brauchen eigentlich *kein Tatstrafrecht* und auch nicht den Nachweis von Tatschuld. Sie neigen deshalb innerhalb eines solchen Strafrechts dazu, dessen starren rechtsstaatlichen Grenzen aufzulockern. Dies kann zugunsten der Täter geschehen, etwa durch den Ausbau der Geldstrafe und den Verzicht auf kurze Freiheitsstrafen, aber auch zum Nachteil, wie es die Erweiterung der Sicherungsverwahrung belegt.

Ihre Vorzüge liegen darin, dass sie zwei wichtige Gesichtspunkte sowohl in die Begründung des Strafens als auch in die Zumessung und die Vollstreckung der Strafen mit einbringen. Sie stellen, obwohl in totalitären Regimen missbrauchbar, in den Demokratien auf den vagen *Konsens der Allgemeinheit* ab. Zudem berücksichtigen sie *im Konkreten die Empirie*. Diese Vorzüge zeigen sich dann, wenn man sie mit dem Tatschuldstrafrecht kombiniert, das wiederum ihre Schwächen ausgleicht.

10. Kapitel (§ 10)

Individuelle Schuld und gerechter Ausgleich

I. Tatschuldausgleich

1. *Einführung.* Die dritte Säule der Vereinigungstheorie ist mit dem Begriff des *Tatschuldausgleichs* zu umschreiben. Dessen inhaltlichen Kern bildet die *Schuld*.

Drei Unterbegriffe regieren die Schuldidee. Es sind

- die reine Schuld als *Vorwerfbarkeit* im Sinne des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, §§ 17 ff., 35 StGB,
- das umfassende *vorwerfbare Tatbestandsunrecht* im Sinne des Schuldspruchs und der Tatbestandsüberschriften des Besonderen Teils, § 260 IV 1 StPO und
- die Konkretisierung der Schuld im Rahmen der Strafzumessung, § 46 I StGB, als Strafzumessungsschuld.

Mit der Schuld ist die Strafe verbunden. Das Strafgesetzbuch beschreibt sie vorrangig *abstrakt* als typische oder Regelschuld in allgemeinen Sinne und verbindet sie mit einem mit weiten einem *Strafrahmen* (bis auf den Mord, vgl. §§ 211, 57 a StGB). (Dabei muss dieser recht weite Rahmen auch ausreichen, um schwerste denkbare Ausführungen mit zu erfassen und zudem die Tateinheit mit weiteren gleichschweren Delikte zu berücksichtigen, auch muss er mögliche Vorstrafen mit einrechnen.) Diesen Rahmen *konkretisiert* und *individualisiert* das *Gericht* dann in Ansehung der Person. Die „Grundlage“ für die konkrete Höhe der Strafe, die das Gericht zumisst, bildet die konkrete Schuld des Täters. Das bestimmt § 46 I StGB.

Für die enge Verbindung von Strafbegründung und Strafbemessung ist mit *Köhler*⁵¹⁵ *Anselm von Feuerbach* zu zitieren:

„Die Gründe der Strafbarkeit in abstracto sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto“.

⁵¹⁵ Köhler, Strafrecht AT, 1997, 38, u. Hinw. auf Feuerbach, Grundsätze, 1842, 196 ff. sowie auf Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 101.

Das bedeutet umgekehrt, dass die Hauptelemente der Strafbemessung sich in der Strafbegründung selbst wiederfinden lassen müssen. Daran ändert auch die relative Eigenständigkeit der Strafzumessungsschuld nichts, die nicht nur das Tatumrecht, sondern auch die *Person* des Täters zu betrachten hat.

Zwar kann man etwa mit *Hörnle* die Strafzumessung als nachrangig ansehen.⁵¹⁶ Wer die Schuldidee aus der Strafbegründung verdrängt, für den liegt dieser Schritt nahe. Aber nicht für diejenigen, die sich zu einem *Tatschuldstrafrecht* bekennen und auch daher ihre Strafbegründung beziehen. Jedenfalls erweist sich die Strafe, früher die „Pein“, als etwas Konkretes und auch mit dem *Bundesverfassungsgericht*⁵¹⁷ soll man zumindest „Androhung, Verhängung und Vollstreckung“ als eine Einheit verstehen. Aus dem Gesetz ergibt sich zumindest diese Verbindung.

Der Kern der Vorwerfbarkeit ist aber allen drei Schuldbegriffen gemeinsam. Er besteht im Wissen und Wollen der Unrechtstat. Der Täter verfügt bei seiner Tat über *Unrechtsbewusstsein* im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre. Deshalb hätte er sich -weil im Willen frei- anders handeln können. Wir werfen ihm vor, er habe sich für das Unrecht und gegen das Recht entschieden.

2. *Schuldausgleich*. Auf diese Weise, und darum geht es beim Strafen, findet von Gesetzes wegen ein *Schuldausgleich* statt.⁵¹⁸

Dieser Begriff enthält erkennbar zwei Teile, die nicht immer deutlich unterschieden wird und nicht werden muss, wenn und weil das *Sanktionsrecht* vielfach ausgeblendet wird. Es sind

- die Schuld, wie vereinfachend anzufügen ist, im Sinne von Art. 1 GG
- und der Ausgleich, etwa im Sinne des Rechtsstaatsprinzips von Art. 20 III GG.

⁵¹⁶ Zum Überblick siehe auch Hörnle, *Straftheorien*, 2011, Rn 49, in der Lehre wird neben der Prävention zum Teil auch unmittelbar auf Gerechtigkeit abgestellt. So Neumann, *Kritik*, 1998, 147 ff. , in „Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention“; Mosbacher, *Straftheorie*, ARSP 2004, 210 ff. 219 ff. (Kants präventive Straftheorie); Weigend, *LK*, Einleitung, 2007, Rn 66).

⁵¹⁷ BVerfG, Inzest, 120, 224, 242

⁵¹⁸ Vgl, auch von Murmann, *Grundkurs*, 2015, § 8 Rn 21 („Vergeltungstheorie / Schuldausgleich“).

Und sie gehören nur, aber immerhin als ein dialogisches Paar zusammen. So trennt auch das Strafurteil intern noch einmal zwischen dem Schuldspruch und dem Strafausspruch, mit dessen Vollstreckung die Schuld ausgeglichen werden soll.

Beide Grundnormen sind unantastbar im Sinne des Art. 79 III GG und deshalb Bestandteil der deutschen „*Verfassungsidentität*“.

Das *Bundesverfassungsgericht*, das insofern selbst in erheblichem Maße von der deutschen Strafrechtswissenschaft geprägt ist, hat dies im Leitsatz seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl betont (2015). Es erläutert dann später auch:

*„Deshalb bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Auffassung vom Wesen der Strafe und dem Verhältnis von Schuld und Sühne.“*⁵¹⁹

Und es fügt etwas später an⁵²⁰:

*„Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips (...). Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (...). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).“*⁵²¹

⁵¹⁹ Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 54. „Zu den Schutzgütern der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt sind, gehören die Grundsätze des Art. 1 GG, also die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG), aber auch der in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt (vgl. BVerfG 123, 267 <413>). 48.“

⁵²⁰ Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55.

⁵²¹ Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55. >). „Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfG 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. BVerfG 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>; 133, 168 <198 Rn 55>). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter

3. Zur Rechtfertigung des Strafens ist deshalb zu prüfen, inwieweit die Kombinationsbegründung des „Schuldausgleichs“ trägt, also das Schuldprinzip im Verein mit dem Ausgleichsgedanken. Gegebenenfalls könnten beide, und zudem noch analog zur entsprechend geregelten *Strafbemessung*, die „Grundlagen“ für die *Hauptbegründung der Strafe* bilden.

Die vage Vereinigungstheorie ist danach dann ganz *im Sinne der Rechtsprechung* für die Strafbemessung zu einer *Schuldrahmentheorie im Sinne des § 46 I StGB* ausgeformt, bei der die Schuldidee die Grundlage bildet, aber einen *weiten Rahmen* eröffnet. Ergänzt wird sie im Revisionsrecht durch die *Spielraumtheorie*. Nur die Tatgerichte kennen den Inbegriff der Hauptverhandlung. In den Händen der Tatgerichte liegt also vor allem die Strafbemessung. Nur, aber immerhin in Grenzfällen von vergleichsweise besonders hohen oder unerwartet niedrigen Strafen, ist eine besonders sorgfältige und *schuldnahe* Begründung der Höhe vonnöten. Allein auf präventive Begründungen darf das Tatgericht sich dann nicht vorrangig gestützt haben. Fehlt im Urteil ein solche Art der Begründung, so handelt es sich um einen revisiblen Rechtsfehler. Das neue Tatgericht darf vermuten, dass der erste Spruchkörper sich bei der Strafzumessung nicht nur leicht, sondern „in der Oktave“ vergriffen hat.

Begreift man aber die Schuld im Sinne von Vorwerfbarkeit als Strafbegründung, so müsste sich aus dem Anders-handeln- (und Vermeiden) -Können schon *die Strafpflicht* ergeben. Doch dieses beinhaltet nur einen *Vorwurf*, der sozialethische Makel des Schuldspruchs bildet seine Folge. In ihm steckt die Aufforderung an den autonom gedachten Täter, die Verantwortung für seine Tat zu übernehmen.

4. *Fazit*. Damit ist die Idee vom Tatschuldausgleich umrissen.

Schuldausgleich zu sein (vgl. BVerfG 45, 187 <253 f.>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>).

II. These: Trennung und Konkordanz von mildernder Schuld (Art. 1 I GG) und strafbegründender Gerechtigkeit (Art. 20 GG)

1. Für die Schuldstrafe ist auf diese Weise zwar die Grundlage gelegt, eine notwendige Bedingung gesetzt. Jedoch folgt aus der Schuld noch *nicht unmittelbar* die Buße. Es muss im nächsten Schritt die Idee des Sühnens oder eben des Ausgleichens hinzutreten.

So lässt sich aus der *Trennung von Schuld und Ausgleich* in Thesenform folgendes herauslesen:

(1) *Strafbegründung durch Gerechtigkeit*. Die Gerechtigkeitsidee des blinden Ausgleichs des verschuldeten Unrechts *legitimiert* danach vorrangig, wenn auch nicht allein die Strafe.⁵²² Ausgeglichen wird entweder um ihrer selbst willen oder um den Unrechtszustand zu heilen.

Der Unterschied zur alten Gerechtigkeitsidee besteht darin, dass nur das verschuldete Unrecht auszugleichen ist. Ausgleich ist nur ein anderes Wort für das Vergelten. Dessen Konnotation erinnert uns nur nicht an Blutrache und Selbstjustiz. Im Gegensatz zu jenen findet er geordnet statt. Dabei ist zwischen der Schuld als dem Gegenstand und dem Ausgleich, also der Reaktion, besser zu trennen. Das Ausgleichen verkörpert im Tatstrafrecht die strenge Gerechtigkeitsidee und üblicher Weise geht es beim gerade Richten um „krumme Taten. Das Gerade-Richten meint die strenge Wechselseitigkeit von Aktion und Reaktion.

Deshalb sind beim Verständnis der humanen Schuldstrafe die harten Alternativen mit zu bedenken, etwa die der Todesstrafe für die Mordtat, und wir haben uns im Sinne von *Thomas von Aquin* bei grausamen und erniedrigenden Gewalttaten ebenfalls die Vergeltung von Gleichem mit Gleichen vorzustellen. An die Stelle der alten Barmherzigkeit tritt die vor allem in der Menschenwürde gegründete Schuldidee. Sie selbst begründet die gerechte Strafe nicht, sondern

⁵²² Zum Überblick siehe auch Hörnle, *Straftheorien*, 2011, Rn 49, in der Lehre wird neben der Prävention zum Teil auch unmittelbar auf Gerechtigkeit abgestellt. So Neumann, *Kritik*, 1998, 147 ff. , in „Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention“; Mosbacher, *Straftheorie*, ARSP 2004, 210 ff. , 219 ff, (Kants präventive Straftheorie); Weigend, *LK*, Einleitung, 2007, Rn 66.

beschreibt das *zivilisatorische* Maß für den Verzicht auf die an sich blind gerechte Reaktion mit dem Gleichwertigen im vollen Umfange.

So trennt das *Bundesverfassungsgericht*, wenn es erklärt „*Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...)*.“ Und es dann erst folgert: „*In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein.*“⁵²³

(2) *Strafmilderung durch Schildelemente im weiten Sinne*. Der Grad der Vorwerfbarkeit einschließlich aller *subjektiven Tatbestandsmerkmale* und damit auch die Idee der Menschenwürde *begrenzen* nur das Maß der Vergeltung, und zwar bei den schweren Delikten mit *existentieller* langfristiger zu vollsteckender Freiheitsstrafe.

So ist die provozierte Tötung, Körperverletzung mit Todesfolge und die fahrlässige Tötung schon von Gesetzes wegen milder zu bewerten als der Totschlag. Die einfache vorsätzliche Tötung wiegt auch noch weniger schwer als der Mord. Die Mordmerkmale dienen aus dieser Sicht auch nicht der Schuldsteigerung. Sie stellen nur eine Auswahl dar, bei der die an sich *gerechte* Strafe erfolgen soll. Zudem hat der humane Gesetzgeber die streng gerechte Strafe gedeckelt. So sind die Todesstrafe und grausame Strafen selbst bei grausamen Tötungen und Mehrfachmorden ausgeschlossen, ebenfalls auch noch die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf bedingte Entlassung. Insofern handelt es sich zumindest in diesem Bereich um eine *Milderung*, die sich aus der Idee der *Menschenwürde* ergibt.

Näher zu überprüfen wäre zwar die Idee, dass die Schuld die gerechte Strafe für Strafgefangene, die als Intensiv- und Rückfalltäter mittelfristige Freiheitsstrafen verbüßen, nur mildert. Aber entscheidend sind zunächst einmal die *existentiellen Strafen*.

2. Wichtig ist der *historische* Hintergrund. Denn Grundlage für den Verzicht auf die grausamen Körper- und Todesstrafen ist die Idee der *bürgerlichen Freiheitsrechte* gewesen, die die Freiheitsstrafe überhaupt eröffnet, in der

⁵²³ BVerfG, Europäischer Haftbefehl, Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55: „Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).“

Antike, in den protestantischen Handelsstädten und als Staatsidee. Wer in die deutsche Rechtsgeschichte blickt, sollte auf den Umgang mit der Todesstrafe und mit grausamen Strafen seit der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532 sehen. Der *Humanismus* hat zu einer fortwährenden Milderung geführt. Erst die Freiheitsrechte konnten überhaupt die Freiheitsstrafe eröffnen.

Missbrauch und Willkür gehen mit dem Sklaven und Untertanen-Strafrecht einher. Der Schritt zur Milderung war und ist schon eine Reduktion auf die *streng* gerechte Talionsstrafe, die mit der *Bürgerschaftsidee* einhergeht. Gnade und Barmherzigkeit des Herrn gab es, aber ohne Rechtsanspruch.

Von dieser streng gerechten Strafe aus, die die *Todesstrafe* mitumfasst, findet dann die weitere Milderung statt. Die deutsche Gnadenpraxis hat das *Bundesverfassungsgericht* verrechtlicht⁵²⁴, und zwar als Aussicht auf bedingte Entlassung, § 57 a StGB, mit der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitstrafe im Jahre 1977, und dort auch vergleichsweise auf die im Grundgesetz abgeschaffte Todesstrafe hingewiesen.

So dienen *alle Schuldmerkmale* vom Grundsatz her der *humanen Milderung* der an sich verwirkten *strengen gerechten* Tat-Strafe.

Strafmildernd ist die Gerechtigkeit, die sich aus der *Würde des Menschen*, hier des Täters, ergibt, weil wir seine individuelle *Schuld* mildernd mit in eine dann *umfassendere* Gerechtigkeitsabwägung einbeziehen. Die Schuldidee bildet eigentlich ein *altes Element* des Strafrechts, das ursprünglich auch noch die Todesstrafe mit abdecken konnte. Denn ihr Schwergewicht lag beim Tausgleich, und nannte die subjektiveren Merkmale vorrangig als *mildernde* Ausnahmen. Aber auf dem Wege über das Grundgesetz von 1949 und dessen Auslegung durch das *Bundesverfassungsgericht* ist die Schuldidee vor allem in der Menschenwürde des Art. 1 I GG verankert. Die Schuld erhält auf diese Weise ein starkes Eigengewicht und steht nunmehr dem Rechtsstaatsprinzip und seinem Gerechtigkeitskern, zumindest *gleichrangig* gegenüber.

Setzt man dennoch Gerechtigkeitsgedanken absolut, so muss er mit dem kulturellen Bedürfnis nach humanen Strafen innerhalb seines eigenen Gerechtigkeitsystems umgehen. Und auch dafür hält es ein Angebot vor. So

⁵²⁴ BVerfG. 45. 187 ff.

kann man diese Art des Schulausgleichs auch, nachrangig oder vorrangig, je nach Sichtweise, als die *zuteilende soziale Gerechtigkeit* begreifen. Dazu ist dann unsere gesellschaftliche Selbstsicht als *Strafende* maßgeblich. Denn auch wir sind Täter, sogar Straftäter als strafende Täter. Wollen wir, die demokratische Allgemeinheit, denn selbst noch als Mörder, noch dazu an unseren *Nächsten* und würdigen Mitmenschen verstehen oder wollen ihn als gefährlichen *Gesellschaftsfeind* betrachten? Wollen wir ihn mit vielen anderen Menschen auf Zeit aus unserer Gesellschaft verbannen, indem wir ihn mangels der Möglichkeit von Deportation im Verwahrvollzug einsperren? Diese Entscheidung haben wir mit unserer Verfassung getroffen, die insofern zumindest Art und Höhe der „althergebrachten Strafen“ auszuformen und zu begrenzen hilft.

Die Unterstellung der Willensfreiheit des Menschen erweist sich aus dieser Sicht also zumindest bei *existentiellen Strafen* als *strafmildernd* und *nicht auch als strafbegründend*.

Die Nachweise, dass Strafe grundsätzlich und vielleicht auch, dass sie für diesen Fall eine wirksame *ultima ratio* darstellt und dass auch ein langjähriger Freiheitsentzug aus präventiver Sicht als *verhältnismäßig*⁵²⁵ anzusehen ist, brauchen eigentlich auch nicht erbracht zu werden. Denn nicht der Zweck, sondern der *Sinn* regiert die *Rechtfertigung* des Strafens. Die immer noch hohe Strafe für den Mord ist gerecht und zugleich *verhältnismäßig*, weil sie vorrangig in Bezug auf das Leben des Opfers gesehen wird.

3. *Gerechtigkeitsidee*. Es handelt sich im Hinblick auf die *Vergeltung* um eine Straftheorie nach dem Konzept (aber nicht mit der Strenge) *Kants*. Die *moralische Strafwürdigkeit* ist zunächst festzustellen und die Strafe dann die aus der Gerechtigkeitsidee folgende *ethische Pflicht*.

⁵²⁵ Dazu aus strafrechtlicher Sicht und in engem Bezug zur „Schuldangemessenheit“: Hassemer/Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 73; im Sinne der ultima ratio Formel: „Als strafwürdig darf ein Verhalten nur behandelt werden, wenn der Einsatz strafrechtlicher Mittel sowohl geeignet als auch erforderlich als auch proportional ist“.

Mit den Worten des Gerechtigkeitsphilosophen *Höffe*⁵²⁶ können Gesichtspunkte der Spezial- oder Generalprävention, also utilitaristische Gesichtspunkte, niemals letzte oder *primäre Strafzwecke* sein. Wir könnten sie jedoch als „sekundäre“ berücksichtigen.

Moral und Sittlichkeit beherrschen und überwölben den pragmatischen Strafzweck und damit auch die Staatsidee.

Schon das *Talionsprinzip* hat historisch betrachtet drei Fortschritte gebracht. Es hat die maßlose Blutrache eingedämmt. Auge um Auge bedeutet auch *nur* Auge um Auge. Zugleich birgt es die Tendenz zur *individuellen* Vergeltung. Der Täter soll das Übel erleiden und nicht wahlweise irgendein Angehöriger. Endlich verdrängt es die ewige Fehde, indem es Recht setzt. Die Vergeltung eines Übels mit einem Übel ist kein *rechtswidriger* Angriff, gegenüber dem man sich seinerseits wehren „darf“ oder als Sippenangehöriger sogar (wie im Kriege) wehren muss. Die Notwehr ist also ausgeschlossen.

Die Rechtsphilosophien von *Kant* und *Hegel* wenden die Tatvergeltungslehre in „Gerechtigkeitstheorien“. Auch ist der Begriff der „Gerechtigkeit“ eng mit dem der Gleichheit, hier der Übel, und damit auch der Gegenseitigkeit verbunden⁵²⁷.

Kant fordert in seinem berühmten Inselbeispiel auch: Damit „*die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann*“⁵²⁸. Und *Hegel* erklärt unter anderem, „*dass das allgemeine Gefühl der Völker und Individuen bei den Verbrechen ist und gewesen ist, dass es Strafe verdiene und dem Verbrecher geschehen solle, wie er getan hat*“⁵²⁹.

Aber ihr Ansatz beruht nicht auf dem Vergeltungsprinzip als solchem, sondern auf der *höheren Vernunft* der Gerechtigkeit oder auf dem Prinzip, dass der

⁵²⁶ Höffe, *Kant*, 1982, 335 ff., 364 f.; siehe in diesem Sinne auch Oberer, *Begründungsaspekte*, 1982, 399 ff., 403; Ebbinghaus, *Strafen*, 1968, 32; siehe auch den Überblick bei Bielefeldt, *Gerechtigkeit*, GA 1990, 108 ff., 114 f.

⁵²⁷ Dazu Montenbruck, „*Wie du mir...*“, 13 ff., 16 ff.

⁵²⁸ *Kant*, *Grundlegung*, 1785, AA, 455.

⁵²⁹ *Hegel*, *Grundlinien* (Hoffmeister), 1820/1995, § 193.

Verbrecher als autonomer Mensch nach seinen *eigenen Maßstäben* behandelt werden solle⁵³⁰.

4. *Vereinigungstheorie*. Die Gerechtigkeitsidee selbst gehört dabei zur „*allgemeinen Generalprävention*“, die auch die ethische oder auch Wertebene mitumfasst, also vor allem den Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens, also der (abstrakten) Rechtsgüter.

Die materielle Gerechtigkeit bildet einen eigenständigen Oberwert. Im Dreiklang von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ steckt der Kern der Gerechtigkeit, die Idee der Gleichheit, aus der sich auch das Ausgleichen ergibt. Gemeint ist die ausgleichende Gerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit stellt zudem den materiellen Kern der *Rechtsidee* dar und ist deshalb mit dem Rechts- und Rechtsstaatsprinzip verbunden. Kurz, bei der Gerechtigkeit handelt es sich um einen höchsten Gemeinschaftswert, im Sinne des Art. 20 GG, den auch Art. 1 II GG im Verbund mit den Menschenrechten anspricht.

5. *Fazit*. Der moderne Begriff des Schuldausgleichs enthält also, was nicht immer hinreichend herausgestellt wird, *bei näherem Hinsehen* zwei Teile, (1) das personale *Schuldprinzip* und (2) das am Taterfolg ausgerichtete *Vergeltungsprinzip* (oder auch Talion).

Die Vorzüge beider Prinzipien, einzeln betrachtet, sind deutlich: Das *Schuldprinzip* entspringt dem westlichen Menschenbild und zielt auf *Humanität*. Es sieht den Menschen als *Subjekt* und als *Individuum*. Das *Vergeltungsprinzip* birgt nach dem Modell „Auge um Auge“ Klarheit und damit Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, weil es im Kern die Gleichheit einfordert, und zwar im klassischen Sinne „*ohne Ansehen der Person*“. Die Ansehung der Person führt dann im Prozess zur Milderung.

Im Sinne der Verfassung findet also eine „praktisch Konkordanz“ statt. Die Rechtsstaatsidee der Gerechtigkeitsidee führt zur *Strafbegründung*. Zu strafen ist (kategorisch) geboten, weil die Gerechtigkeit dies erfordert. Die Menschenwürdeidee erzwingt die *Strafmilderung*. Das Strafen muss dem

⁵³⁰ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193.

Menschen seinen *Subjektcharakter* belassen. Beide vernünftigen Gebote sind mit Emotionen unterlegt. Einerseits sind wir Menschen mit einem Gerechtigkeits- und Strafbedürfnis ausgestattet und zur Selbstjustiz bereit. Andererseits kennen wir die Barmherzigkeit, zumal gegenüber den Nächsten, und sollten sie dann auch zum allgemeinen Gesetz, etwa als Menschenrechte, erheben und die Todesstrafe verbieten.

III. Sühne: soziales Versöhnen und freiwillige Buße - Straffidee und Strafmilderungsgrund

1. Schuld und Sühne bilden eine altbekannte Paarung. Die Sühne erscheint dabei als die Folge der Schuld. Beides erweist sich zunächst als vom Recht losgelöst. Aber auch das Recht greift diese *ethischen* Begriffe auf. Auch die Buße gehört als deren Mittel zur Sühne.

Das *Bundesverfassungsgericht* verwendet, wie zu zeigen war, häufig das Wort von der *Sühne*.⁵³¹ Bei näherem Hinsehen überwölbt diese vage Idee verschiedene Formen des Verständnisses.

Die Sühne übt, nach heutigem Alltagsverständnis, der einzelne Mensch. Doch kann offenbar auch die demokratische Gesellschaft die Durchsetzung der Idee der Sühne verlangen, und zwar insbesondere dann, wenn sie ihre Mitglieder für zur Sühne *fähig* erachtet und diese sich der freiwilligen Sühne verweigern.

2. *Sühne als Versöhnung*. Im vorstaatlichen Mittelalter schlossen die Familienverbände (Sippen) *Sühneverträge* ab, um die *Blutrache* oder sonstige *lebensbedrohliche Rechtsverfolgung* zu verhindern und eine Verbannung als Vogelfreier wieder aufzuheben.⁵³² Diese Sühneverträge dienten also der *Versöhnung*.

⁵³¹ Dazu erneut: Grommes, Sühnebegriff, 2006, („Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung,“), vgl etwa 41 ff.

⁵³² Zu Sühneverträgen in der germanischen Zeit: Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991, 18. Willoweit, Rache, 2007, 37 ff. , 41 ff. geht für den Übergang in die Neuzeit von einer Gemengelage von „Rache und Strafe“, „Sühne und Kirchenbuße“ aus.

Auch sprachlich stammt das Versöhnen vom *Ver-Sühnen*.⁵³³ Danach sind also alle Akte des *Versöhnens* vom Begriff der Sühne miterfasst, die Versöhnung mit *sich selbst*, mit der *Opferseite*, mit der *Gesellschaft* (oder auch mit der Vernunftidee sowie auch mit Gott und der Welt).

Das Sühnen zu verlangen, ist somit auf die Strafe durch *Buße* und auf die *Versöhnung* hin ausgerichtet.

Das Sühnen enthält deshalb noch Elemente der *Genugtuung* für die Opferseite und dient der Befriedung der Allgemeinheit, deren Normgefüge und Grundvertrauen der Täter bedroht hat.

Auch erscheint das christliche Seelenbild der Versöhnung mit dem *höchswürdigen Wesen Gott* durch die Übernahmen von Buße in ein weltliches Modell transformiert. Denn der Täter, dessen *Unrechtsbewusstsein* wir prüfen, ist seinem *Selbstbewusstsein* und auch seinem Gewissen gegenüber verantwortlich. Er ist das *höchste Wesen*. Er hat zunächst sich selbst und dann erst seiner ebenfalls *hoheitlichen* Gesellschaft, einschließlich der Opferseite, Antwort zu geben (gegebenenfalls auch seinem Gott). Aus der Schuldübernahme folgt dann die private Sühne.

Aber auch eine staatliche Gesellschaft, die sich selbst als ein *weltliches höchstes Wesen* begreift (Art. 20 I GG), kann *Sühne* verlangen und tritt dabei an die Stelle der beiden Sippenverbände. Sie will mit der Sühne *nach innen* die *Befriedung* herbeiführen oder sie sogar mit Rechtsprozessen und dem Gewaltmonopol erzwingen. Dasselbe gilt für die Gläubigen, auch ihr Gott kann im Katholizismus Beichte und Buße verlangen, anderenfalls Höllenstrafen androhen und daran die *Absolution* und *Versöhnung* mit ihm binden.

Mit dem Ziel der *Versöhnung* stellt das Sühnen einen *Strafgrund* dar, der vor allem auf die Opferseite ausgerichtet ist. Zu den Opfern zählt aber immer auch die Gesellschaft, die eine Verletzung ihres Rechts- und Wertsystems zu beklagen hat. Die Bußeleistung besteht dann in der Opferung von persönlichen

⁵³³ Dazu im Verbund mit der zivilen Rechtsidee der Mediation: Montenbruck, *Zivile Versöhnung. Zivilreligion II*, 2016, 4. Kap. bis V, 143 ff. („Ver-Sühnen von Personen: Spirituelles, Traditionelles und Zivilisatorisches“), insbesondere 4. Kap. I 1, 143 ff. („Sühne und Buße als heilige Gewalt“) und 4. Kap. V 2, 203 ff. („Versöhnung als Übergang zum demokratischen Humanismus“).

Freiheiten. Wird das Ziel nicht erreicht, so sind mit neuen Taten weitere Opfer zu erbringen, solange, bis der Täter sich rechtstreu verhält.

Vielen Opfern geht es zudem vorrangig um das Verstehen der Beweg- und Hintergründe der Tat, zu dem ihnen ein *umfassendes Geständnis* des Täters verhelfen kann. Buße zu tun, ist ein weiterer, nicht aber zwangsläufig der nächste Schritt. Buße kann dann in der freiwilligen Selbstschädigung liegen, die zugleich der Genugtuung der Opfer dient.

3. *Sühne und Staatsgesellschaft*. Bei allen Delikten ist aber immer auch der demokratische Staat, also der Verbund von Staat und Verfassungsgesellschaft als ein Opfer mitbetroffen, weil es sich immer auch um *seine Rechtsnormen* handelt und die Idee des demokratischen Volkes sich auch in etwa mit der Idee von der „Allgemeinheit“ deckt, deren Schutz die Generalprävention betreibt.

Folgerichtig unterscheidet das deutsche Strafrecht seit einiger Zeit zwischen der Schuldstrafe und dem Täter-Opfer-Ausgleich. Letzterer kann die Strafe zwar mildern (§ 46a StGB). Er beeinflusst auch die Art und Weise des Strafvollzuges, weil die Einsicht unterstützende Maßnahmen erlaubt. Aber Strafe oder auch nur *vollen Strafersatz* stellt die angestrebte oder erreichte Versöhnung mit dem Opfer *nicht* dar. Der Täter-Opfer-Ausgleich bietet vor allem eine Alternative zur Geldstrafe, die innerhalb der Denkwelt des Sühnens auch als *Geldbuße* verstanden werden kann. Auch erlaubt ein Täter-Opfer-Ausgleich, die Strafe (noch einmal) zur Bewährung auszusetzen.

Der *Allgemeinheit* reicht dann die Versöhnung zwischen Täter und Opfer, weil nicht aussetzbare Freiheitsstrafen über zwei Jahren in der Regel nicht schuldangemessen wären. Denn diese Art Sühne ist auch damit verbunden, dass der Täter sich wieder dem *Recht unterwirft* und seine Schuld dadurch aktiv verarbeitet, dass er den schwierigen *Bußweg* eines solchen Ausgleiches beschreitet. In den schwereren Restfällen dient der Täter-Opfer-Ausgleich der Strafmilderung und der Vollzugslockerung.

Für schwere Taten bleibt es bei der Schuldstrafe in Form des zu *vollstreckenden Freiheitsentzuges*. Diese Art der Schuldstrafe dient vor allem der Versöhnung mit der *Allgemeinheit*. Dies ergibt sich auch aus den beiden Aufgaben, intern *Resozialisierung* zu betreiben, also für die Wiedereingliederung in die

Gesellschaft zu sorgen, und nach außen die Allgemeinheit vor weiteren Taten des Täters zu schützen.

Der vage Begriff des Sühnens ist auch *teleologisch* danach auszulegen, in welchem Kontext er zu verwenden ist. Hier also ist er der Welt des Strafens und insbesondere der Strafvollstreckung anzupassen, zu deren Begründung er wiederum herangezogen wird. Es bleibt aber der Aspekt des „Läuterung“, umgeformt als Unrechtseinsicht und Schuldverarbeitung mit Hilfe von Buße. Diese Art des Sühnens ist wiederum eng mit der Idee von der *Mitwirkung* an der eigenen Resozialisierung verknüpft.

4. *Angebot zu autonomer Sühne und Resozialisierung*. Außerdem folgt aus der Idee der autonomen Sühne ein Strafmilderungsgrund, denn eine Art *Versöhnungsvertrag* setzt auch ein Entgegenkommen beider Seiten voraus.

Die Idee von der Sühne ist ohnehin -auch historisch- eng mit der Geistseelen-Idee des Menschen als geistig-sittliches Wesen verbunden, Art. 1 GG. Wer als Täter einsieht, dass seine Tat eine grobe Wertverletzung darstellt, soll zumindest das *Angebot* erhalten, mit der Anerkennung der Strafe als vergeltende, gerechte und notwendige Buße die Gelegenheit zur Schuldverarbeitung zu erhalten.

Zudem ergibt sich auch aus Art. 1 I GG die *Pflicht zu Angeboten* zur Resozialisierung. Die Resozialisierung mag zwar in einer Zwangslage angeboten sein, sie ist aber auch im Vollzug nicht ohne die halbautonome *Mitwirkung des Täters* möglich und später in Freiheit auch nicht von Dauer.

Auch die präventive Vereinigungstheorie verwendet den Gedanken der *Resozialisierung*. Sie verzichtet allerdings darauf, den Freiwilligkeitsaspekt der Mitwirkung zu betonen, begreift sie eher als eine *Erziehung* und verwendet wohl unbedacht damit das Bild des elterlichen Verhaltens gegenüber einem unmündigen Kind.

Säkular gewendet gilt mit den zutreffenden Worten der Kritiker des Sühnegedankens *Stratenwerth/ Kuhlen*:

„Die anspruchsvolle Deutung der Sühne geht dahin, dass sie eine vom Schuldigen selbst zu erbringende Leistung sei“.⁵³⁴

Damit ist die Idee der Sühne *in einer ihrer Ausprägungen* mit der Idee *Autonomie* verbunden und verfassungsrechtlich direkt an die Menschenwürdeidee gekoppelt und sie entstammt als Teil der Idee der Eigenverantwortung zugleich der Freiheitsidee (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG).

Die Idee der *autonomen* Sühne hat dabei viele Facetten:

Moralisch. Der einsichtige Täter, den wir nicht nur als autonomes Wesen ansehen, sondern nur deshalb auch als Demokraten ehren, verantwortet auf diese Weise die Tat zugleich *vor sich selbst*. Zusammen mit der Strafbüße -mit einem alten Wort- sühnt er seine Tat, und zwar *nach innen* gerichtet, er versöhnt sich mit *sich selbst*, mit seinem Gewissen oder seinem Überich. Denn, so lautet die *idealistische* Logik, der Täter übernimmt für sich –in der Regel, bis auf die Überzeugungstäter- die *kernstrafrechtlichen* Verbotsnormen, wie „Du sollst nicht töten!“, „Du sollst nicht stehlen!“ Er will in der Regel auch weiterhin ihre *Geltung* und zwar aus *realistischer* Sicht jedenfalls dann, wenn *sie ihn selbst und seine Nächsten schützen*.

Normativ. Wer vom Täter *Unrechtsbewusstsein* verlangt, wird auch nach *Unrechtseinsicht* fragen. Wer aber das Unrecht einsieht, der wird, auch nolens volens (wollend und nicht wollend) die Strafe als *eigene*, lies als persönliche Buße akzeptieren (müssen).

Psychologisch: Deshalb wird er auch bei der Tat typischerweise *besondere Gründe* finden, weshalb das Recht *insoweit* nicht für ihn gilt. Er setzt aus sozialpsychologischer Sicht die bekannten *Neutralisierungstechniken* (Sykes/Matza)⁵³⁵ ein.⁵³⁶ Insofern ist aus rechtsphilosophischer Sicht auch von einer „Selbstkorrumpierung“⁵³⁷ des an sich vernünftigen Täters zu sprechen.

⁵³⁴ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 § 7 Rn 10, unter Hinweis auf Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 206.

⁵³⁵ Sykes/Matza, Techniken, 1979, 360 ff., 366 f.: siehe auch Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff., 292 f. und Maruna/Copes, Decades, 2005, 221 ff., 265. Neuere Untersuchungen zu Personen (mit dem Ergebnis: erhöhte „Neutralisationsakzeptanz“ bei Personen mit „normkonträren Verhaltensweisen“) siehe bei: Winkel, Behavior, 1997, 65 ff.; zu den Problemen dieser Studie: Fritsche, Entschuldigen, 2003, 19, sowie: Ball/Lilly, delinquency, 1971, 69 ff.. Vgl. auch Neubacher, Kriminologie, 2017, 8, 17.

Individualpräventiv. So ist auch die Aussetzung zur Bewährung einschließlich der bedingten Entlassung (§§ 56, 57, 57a StGB) in der Regel an *Unrechtseinsicht* und damit idealiter an ein ehrliches *Geständnis* gebunden.

Generalpräventiv: Die Erschütterung der *Rechtstreue* der Allgemeinheit lässt nach und die *Normgeltung* wird sogar bestätigt, wenn der Täter die Schuld übernimmt und sich wieder zum Recht bekennt. Auch deshalb ist die Strafe zu mildern.

Aus derselben sozialen Sicht schließlich findet der Sache nach eine „Selbstreinigung“ oder auch „Läuterung“ der ebenfalls autonom denkbaren *Gesellschaft* nach innen statt. Es ist die Idee von der Strafe als *Heilung*, als poena medicinalis. Das kollektive Reinigungsverfahren, das der Aufklärung von sozialschädlicher Tat und deren Zurechnung zu diesem Täter dient, besteht vor allem im öffentlichen Strafprozess.

Kritik der autonomen Sühne. Der Betroffene empfindet auch die gemilderte Strafe, jedenfalls die zu vollstreckende Freiheitsstrafe, wie es die Mauern und Wachttürme der Gefängnisse zeigen, vorrangig als Übel. Er betrachtet es nicht vorrangig als Chance zur Schuldverarbeitung. *Stratenwerth/Kuhlen*⁵³⁸ und etwa auch *Krümpelmann*, der gleichfalls auf Sühne setzt,⁵³⁹ konstatieren deshalb zu Recht, jedenfalls faktisch sei die *Strafe* ein *Übel*.⁵⁴⁰

Dass Strafe nicht nur vorrangig ein Angebot zur Sühne und Versöhnung darstellt, sondern einen *Eingriff* in die Freiheit der Täter, bestätigt das

⁵³⁶ Aus der Sicht des Verfassers: Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018, 5. Kap. („Psychologische Realität der Dehumanisierung: Aggression, Strafe und Neutralisierungstechniken“, 143 ff.).

⁵³⁷ Köhler, Strafe, 1986, 29, 34, 63.

⁵³⁸ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 § 7 Rn 10 („...dafür müsse man sich über die Realität des Strafpraxis hinwegsetzen...“ Es ginge nicht darum dem Täter Gelegenheit zu geben sich „sittlich zu läutern“). - Es heißt nur säkular umgeformt: Schuldverarbeitung und Mitwirkung an der Resozialisierung.

⁵³⁹ Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff., 441.

⁵⁴⁰ Siehe Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 63, der Kant zitiert: „Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen“ (Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI 331 ff.); vgl. auch Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 379; Schmidhäuser, Sinn, 1971, 41 ff.; Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 6; sowie Coing, Grundzüge, 1993, 246 f.

Bundesverfassungsgericht selbst, wenn es sie als diejenige *Reaktion auf die Unrechtstat* behandelt, die sie hauptsächlich darstellt.

5. *Differenzierung und Fazit.* Wer hingegen vorrangig von der *gerechten Vergeltung* ausgeht, für den bildet das zusätzliche Angebot zur autonomen Sühne, das mit dem Angebot der *Strafmilderung* verbunden ist, keine Strafbegründung. Die Strafe erweitert den *Freiraum* des Verurteilten. Sie schränkt ihn nicht ein. Denn die „gerechte Strafe“ hat er mit der Tat, die die *Seine* ist, bereits verwirkt.

Dennoch wird in der Regel die vage *Sühneidee* mit dem *Vergelten* verbunden. Derart begriffen, handelt es sich um nichts anders als die Idee vom gerechten Ausgleich. Sie ist nur *eingekleidet* und zudem *auf ein gutes Ziel hin, das Versöhnen*, ausgerichtet. Sie entstammt *beidem*, einem mittelalterlichen Rechtsbegriff und einer Seelen- und Verantwortungs-idee, wie sie etwa das Christentum verwendet.

So ist trennen, die allgemeine Idee der Sühne beruht auf dem *Vergeltungsgedanken*, erstrebt aber die Versöhnung und mit ihr die *Befriedung*. Insofern bildet sie einen *Strafgrund* und ist auf zwei *Strafzwecke* hin ausgerichtet.

Auch in den Fällen des *Geständnisses*⁵⁴¹ werden Akte der *höchstpersönlichen Schuldübernahme, der Sühne* und *Buße* erkennbar. Die Vereinbarungen im Strafprozess gem. § 257c StPO lassen sich als *Versöhnungsverträge* deuten. In der Praxis stellt diese Art der „reueige“ *Schuldübernahme* und damit das Akzeptieren der Strafe als Buße seit langem einen *Strafmilderungsgrund* (im weiten Sinne und einschließlich der Strafvollstreckung) dar.

⁵⁴¹ Montenbruck, *Zivile Versöhnung. Zivilreligion II*, 2016, 8. Kap. II, 338 ff. („Geständnis als versöhnendes Strafopfer“, sowie insbesondere 8. Kap. II 2, 344 ff. („Geständnis: als Beweismittel, als Selbstverurteilung und als Teil der konsensualen Gerechtigkeit“):

IV. Vorzüge der Schuldidee: Wahrheitserforschungspflicht und Individualisierung, Auswirkungen auf den Tatbegriff

1. Nachfolgend sind einige Vorzüge der Idee vom Tatschuldausgleich aufzuzeigen.

Wahrheitserforschungspflicht. Mit der Idee vom Tatschuldausgleich geht die Pflicht zur Wahrheitserforschung im Strafprozess einher. Nur auf eine Tat ist im Tatstrafrecht mit Strafe zu reagieren, nicht auf den bloßen Tatverdacht. Wir müssen also die Verdachtslagen zumindest in Gefährdungsdelikte umformen oder bei Zweifeln am Vorsatz auf Fahrlässigkeitstaten zurückgreifen können.

Im ersten Leitsatz seines Urteils über die Absprachen im Strafprozess erklärt das *Bundesverfassungsgericht*⁵⁴² nachdrücklich, konsequent und Grenzen setzend:

„Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit“

und es fügt an:

„... sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.“

Aus dem Schuldprinzip ergibt sich also die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit und es gilt das *Legalitätsprinzip*. Die Tat, die dem Angeklagten vorgeworfen wird, muss nachgewiesen sein. Der Satz „in dubio pro reo“ (Im Zweifel für den Angeklagten) und die Unschuldsvermutung des Art. 6 II EMRK, die zugleich deutsches Binnenrecht darstellt, fußen darauf. Es muss eben eine *Tat* vorliegen und nicht nur ein erheblicher *Tatverdacht*.

⁵⁴² BVerfG, Absprachen, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10. Vgl. auch Stuckenberg, GA 2016, 689 ff. („Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht“).

Dass Einschränkungen aus Gründen des Verfassungsprinzips der *Effektivität der Strafrechtspflege* möglich und nötig sind und dass auch die Gerichte auch, und vor allem bei der täterbezogenen Strafbemessung einen *Gestaltungsspielraum* haben müssen, ebenso wie später auch noch einmal der *Strafvollzug*, beruht unter anderem auf Sinn und Zweck der Gewaltenteilung. Diese Freiräume zeigen auch, dass auch insoweit eine Art von prozessualer *Vereinigungstheorie* gilt, allerdings erneut mit dem *Vorrang des Schuldprinzips*.

Ein *selbständiges* präventive Maßregelrecht, das nicht untrennbar an das *Schuldstrafrecht* gebunden, wäre ein bloßes Polizeirecht, für das der Nachweis von Gefahren, liest ein konkreter Tatverdacht, ausreicht, Es wäre für staatliche Missbrauch hoch anfällig. Auch je stärker die präventiven Ideen in der Kriminalpolitik gewichtet werden, desto mehr löst der Gesetzgeber das einfache Tatschuldstrafrecht auf. Es reichen dann schon *abstrakte Gefahren* aus, was *Jakobs* als *Feindstrafrecht* bezeichnet. *Rechtstatsächlich* überwiegen aber bei weiten die Delikte aus dem Kernbereich des Strafrechts, und zwar typischer Weise auch in der vollendeten Form. Um die Begründung der Strafe für sie und für die besonders schweren Gewaltdelikte geht es.

2. *Vorzüge der Schuldidee im engeren Sinne*: Die Verbindung des Schuldprinzips wenigstens mit der abstrahierten Vergeltung eines Übels mit anderen Übeln zum "Schuldausgleich" bietet dennoch unübersehbare Vorzüge, insbesondere weil *Schuld* untrennbar mit dem Bild von dem für seine Taten verantwortlichen, also im Willen freien Menschen verknüpft ist (Art. 1 GG). Im Einzelnen:

(1) Das individualisierende Schuldstrafrecht erlaubt es, *Milde* walten zu lassen. So ist das *fahrlässige* Verhalten nur geringer oder gar nicht zu bestrafen. *Zufällige* Schadensverursachungen lastet das Recht dem Täter überhaupt nicht an.

(2) Wer einem Mitmenschen eine Rechtsgutsverletzung vorzuwerfen trachtet, ist überdies gezwungen, an dessen konkretem Verhalten und nicht an seiner allgemeinen Lebensführung im Sinne eines Täterstrafrechtes anzusetzen. Das Schuldprinzip legt das *Tatstrafrecht* nahe und rückt von der schlichten Verknüpfung mit dem Erfolg ab. Ihre freien Handlungen haben Menschen in erster Linie zu verantworten.

(3) Mit Tatstrafrecht ist wiederum die Vorstellung verbunden, dass der bloße Verdacht, die Tat begangen zu haben, nicht ausreichen kann. Dem Täter ist die Tat nachzuweisen. Bis dahin gilt er als unschuldig (Art. 6 II EMRK).

(4) Auch ist dem im Willen freien Mitmenschen jedenfalls für Zweifelsfälle *zuvor* zu erklären, welches Verhalten verboten und strafwürdig ist. Die Garantiefunktion des Satzes: "Keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 103 II GG, § 1 StGB) bildet eine weitere Folge des Schuldprinzips.

3. *Tatbegriffe*. Wenig beachtet, verknüpft die Idee des Tatschuldausgleichs nicht nur zwei eigenständige Prinzipien miteinander: die schlichte Tatvergeltung und die *Vorwerfbarkeit* der Tat, sondern auch ihre jeweiligen *Tatbegriffe* sind zu unterscheiden.

(1) Tatvergeltung ist der Ausgleich eines Übels mit einem anderen Übel. Insofern muss der Täter ein konkretes Rechtsgut verletzt haben. Ebenso wie im zivilrechtlichen Deliktsrecht ein *Schaden* nur dann ersetzt werden muss, wenn er eingetreten ist, passt der Gedanke der Wiedervergeltung durch Strafe nur dann, wenn ein wirklicher Schaden eingetreten ist. Der fehlgeschlagene Versuch lässt sich nicht auf gleicher Ebene widervergelten. Er erlaubt nur eine Gegendrohung, aber keine Übelzufügung. Die Tat in diesem Sinne schließt deshalb den *Erfolg* mit ein.

Das bedeutet, dass der große Bereich der Gefährdungsdelikte einschließlich der Versuchsstrafbarkeit nicht direkt auf den schlichten Vergeltungsgedanken zurückführbar ist. Dazu bedarf es vielmehr eines Kunstgriffes, der zu einer Schiefelage führt. An die Stelle des schadlos gebliebenen konkreten Rechtsgutes ist der erfolgreiche Angriff auf ein abstraktes Rechtsgut, wie „die Eigentumsordnung“, oder aber noch abstrakter die "Erschütterung der Rechtsordnung" insgesamt zu setzen. Ein solcher ideeller Schaden ist dann widersprüchlicher Weise mit einem realen Strafübel auszugleichen.⁵⁴³

(2) Der Schuldvorwurf wirft dem Täter dagegen die Entscheidung für die *Handlung*, also nicht die Verursachung des Erfolges vor. Für sein "Handeln"

⁵⁴³ Zur "Negation der Negation" als ähnlicher, Hegel zugeschriebener These und zu einem entsprechenden Ansatz von Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 9 ff.

habe der Täter sich frei entschieden. Deshalb ist fahrlässiges Verhalten zumeist nicht und wenn überhaupt sehr viel milder zu bestrafen. Bei vorsätzlicher Tötung beträgt die Mindeststrafe fünf Jahre, bei fahrlässiger ist Geldstrafe möglich (§§ 212, 222 StGB). Aus der Sicht eines reinen Schuldstrafrechts ist der Erfolgseintritt nur die Folge der Tat.⁵⁴⁴ Deshalb dürfte es eigentlich die erfolgreiche Tat nicht härter bestrafen als den schlichten Versuch (vgl. aber § 23 StGB). Wenn das Schuldstrafrecht dem Täter seine Entscheidung für das Unrecht und gegen das Recht vorwirft, müsste es jede Versuchshandlung ahnden, eigentlich sogar schon den bloßen geäußerten Entschluss.

Das deutsche Strafrecht vermischt beides. Es ist sowohl Erfolgs-, als auch Handlungsstrafrecht und meint Handlung als in der Regel vorsätzlich-schuldhaftes Tat.

4. *Fazit.* Die Idee des Tatschuldausgleichs verfügt also, wie jeder der großen Strafbegründungen, über beachtliche Vorzüge.

V. Sinn und Kritik der gesonderten Strafbemessungsschuld (Tatschuld plus Vorstrafen und Geständnis)

1. Der sogenannte Strafbemessungsschuld ist nachfolgend gesondert anzusprechen.

Von der Schuld als allgemeine Strafbegründung und zugleich als eigentliche Grundlage der Strafzumessung im Sinne des § 46 I Satz StGB ist dazu auf der konkreten Strafzumessung überzuwechseln und auf die gesonderten Strafbemessungsschuld zu blicken:

Die Strafzumessung regelt das Gesetz in § 46 II mit den Worten:

„Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

⁵⁴⁴ Zum Streit um die Bewertung des Handlungserfolges und die Bedeutung des Handlungsunrechts siehe Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 10 Rn 88-101.

die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,

die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,

das Maß der Pflichtwidrigkeit,

die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,

das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie

sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.“

Danach ist nicht nur auf die Tatschuld abzustellen. Auch das Verhalten *vor und nach* der Tat ist von erheblichem Gewicht. Rechtskräftige und auch verbüßte, zumal einschlägige Vorstrafen führen vor allem zu einer erheblichen Strafschärfung. Ein reuiges und vollständiges Geständnis führt zu einer beachtlichen Strafmilderung.

Das Gesetz erklärt nun aber in § 46 I StGB:

„Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.“

Danach muss jeder der Strafbemessungsgründe, der erheblich ins Gewicht fällt, zumindest *auch* mit der *Schuld* des Täters verbunden sein.

Damit stellen Gesetz und Praxis offenbar die Idee von der Tatschuld in Frage.

So trennen *Achenbach* und die ihm folgenden Autoren folgerichtig zunächst einmal die *Strafbegründungs-* von der *Strafbemessungsschuld*.⁵⁴⁵ Die Schuld,

⁵⁴⁵ Vgl. Achenbach, Grundlagen, 1974, u.a. 2 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 426; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 2014, Vor § 13, Rn 22. Siehe auch: Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff. („Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung – Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung“).

die die Strafe rechtfertige, sei die reine Tatschuld. Es ist dann das verschuldete *Tatunrecht*, die unrechtsbezogene Schuld auf der abstrakten Ebene der gesetzlichen Tatbestände. Schuld und sein Gegenstand, das Unrecht, werden zusammengefasst und vom Gericht dann konkretisiert nach Maß und Art.

Von der Strafbegründungsschuld setzt diese Lehre die gesonderte *Strafbemessungsschuld* Sinne des § 46 StGB ab.

2. Die Praxis findet dagegen den notwendigen Bezug zur Tatschuld über die *Indizkonstruktionen*.⁵⁴⁶ Die Vorstrafen werden bei der Tatschuld (zumindest auch deshalb) miterfasst, weil der Täter sich bei Begehung der Tat die Vorstrafen nicht habe zur Warnung dienen lassen. Auch das nachträgliche Geständnis bildet ein Indiz für eine weniger rechtsfeindliche Grundhaltung des Täters, sogar schon bei der Tat. Außerdem sei er offenbar weniger gefährlich, sodass die „Wirkung der Strafe“ geringer ausfallen kann.

Methodisch betrachtet legt die Praxis den Schuldbegriff recht extensiv aus, die Lehre von der gesonderten Strafbegründungsschuld dagegen recht restriktiv.

Wer die Tatschuld zum Hauptmaßstab erhebt, muss diesen Weg gehen. Aber dahinter steht das Problem, dass individuelle Menschen als „Täter“, betraft werden. Sie sitzen im Vollzug, nicht ihre Taten, so heißt es auch für die Tatmehrheit in § 54 I 3 StGB:

„Dabei werden die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend gewürdigt“.

Der Persönlichkeit des Täters ist bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen. Das Gesetz geht ohne Ansehung der Person vor, das Gericht individualisiert, es stellt nunmehr auch auf den einzelnen Menschen als Person und als Rechtssubjekt ab.

Die Lehre von der gesonderten Strafbegründungsschuld begründet das Gesetz, das in der Regel einen weiten Strafraumen vorsieht, aber nicht die individuelle Strafe, die den einzelnen Menschen trifft.

⁵⁴⁶ Meier, Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff., 445 (zur „Indizkonstruktion“), 447 („sowohl Schuld- als auch Präventionsgesichtspunkte“), 449 ff (zum Geständnis).

Wer dagegen die Dreifaltigkeit von Gesetz, Urteil und Vollzug zwar in ihren Ausrichtungen unterscheidet, aber die Straftheorie dennoch als eine große Einheit betrachten, der muss auch die „Strafbemessungsschuld“ mit einbeziehen.

Allerdings muss es sich bei Vorstrafen und Geständnis nicht zwingend um Schuldelemente handeln. Diese Auslegung mit den Indizkonstruktionen erscheinen zwar noch als vertretbar, und das kann im Recht ausreichen. Aber man kann sie auch anders deuten.

So wird derjenige, der sein Schwergewicht auf die Generalprävention legt, insbesondere das nachträgliche Geständnis als einen kommunikativen Akt begreifen, der mithilft, Rechtsfrieden zu schaffen. Er ist zudem nicht nur an die Allgemeinheit, sondern auch an die Opferseite gerichtet und hilft bei der Tataufklärung. Die zusätzliche Buße verstärkt dann diese Erklärung und verschafft ihr Ernsthaftigkeit.

Die Vorstrafen dagegen sind für diejenigen ein gutes Argument, die vorrangig auf Individualprävention und somit auf die Gefährlichkeit des Täters abstellen. Bei schweren Delikten bildet die Endstufe nicht die hohe Strafe, sondern die Sicherungsverwahrung. Das Fehlen von einschlägigen Vorstrafen führt dann folgerichtig dazu, auf vollstreckte Freiheitsstrafe, soweit möglich und wie es seit Jahrzehnten humane deutsche Rechtspraxis ist, zu verzichten. Denn der Strafvollzug neutralisiert meist eher, als dass er resozialisiert. Das Belassen im sozialen Umfeld und Geldstrafen oder Bewährungsurteile mit Auflagen und Weisungen erweisen sich als weit effektiver.

3. *Gesamtfazit.* Einerseits waren etliche *Vorzüge* des Schuldprinzips darzustellen. Andererseits zeigt sich, dass der Begriff der Tatschuld etwas aufzuweichen ist, wenn wir den Täter als würdige und autonomen Menschen in den Mittelpunkt der Strafe stellen. Gesetz und Praxis der konkreten Strafbemessung belegen die Bedeutung der weiten „Strafzumessungsschuld“ und dass wir mit der außerordentlichen Gewichtung von *Vorstrafen* und *Geständnis* über die Tatschuld hinausgehen. Die *Person* des Täters und seine *Einstellung zum Recht* rücken in den Mittelpunkt.

11. Kapitel (§ 11)

Schuld und Gerechtigkeit: Standartkritik und Replik; Ergänzung um Humanität

I. Schuldkritik ohne Willensfreiheitsdilemma: nur relativ, nur höchstpersönliche Sühne als Folge der Schuld, nur Rekonstruktion der individuellen Schuld, Ausblendung fremder Mitverantwortung

1. Die Schuldidee hat, wie jede wirkungsmächtige Idee, Kritik auf sich gezogen, sei es von Skeptikern oder zur Verteidigung des Vorranges präventiver Positionen. Jenseits der fundamentalen Zweifel am Nachweis der Willensfreiheit als der Grundlage der Autonomie des Menschen zählen die *folgenden Einwände* dazu. Soweit sie schon mit angesprochen wurden, gilt es sie zuzuspitzen.

2. *Nur relativ.* Jakobs verweist zu Recht auf die alte Kritik von Liszt am Schuldgedanken. Schuld könne „*allenfalls relativ zu einem gegebenen Strafsystem ein Maßprinzip abgeben.*“⁵⁴⁷

Replik. Dieses Strafsystem ist in der Tat notwendig. Es kann sich zwar etwa aus Art und Maß der Sozialschädlichkeit ergeben, deren Ausmaß die Höhe der Strafe bestimmt. Herkömmlicher Weise aber wird dem Täter vorgeworfen, mit der Tat einen *Wert* oder ein *Rechtsgut* verletzt zu haben, dessen Art und Maß den Unwert und damit Strafraumen festlegt und der aus einer groben *Gesamtwerteordnung* stammt, die demokratisch über gesetzliche Strafraumen nachgesteuert wird. Das *Ausmaß der Vorwerfbarkeit* bestimmen wir dann mithilfe von etlichen auch schon gesetzlich typisierten Schuldkriterien.

Die *rechtsethische* Schuld ist im Strafrecht also nur im Verbund mit einer solchen Rechtsgüter- oder auch *Werteordnung* zu begreifen. Die *soziale* Schuld verlangt analog dazu nach Art und Maß der Bestimmung des vom Täter verschuldeten Sozialschadens.

3. *Nur höchstpersönliche Sühne.* Ein schlüssiges Argument gegen das Schuldstrafrecht lautet: Einmal unterstellt, der Mensch sei im Willen frei, könne also Schuld auf sich laden, verlange Schuld nicht nach Strafe, sondern nach

⁵⁴⁷ Jakobs, Schuld, 1976, 3; Liszt, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff. 24.

Sühne. Sühne lasse sich aber nur höchstpersönlich durch Schuldverarbeitung vollziehen⁵⁴⁸ und nicht durch staatliche Strafe erzwingen⁵⁴⁹. *Zwang ist mit dem Autonomieprinzip unvereinbar.*

Auch wer mit dem *Bundesverfassungsgericht* meint, mit der staatlichen Strafe werde dem Täter zumindest die Gelegenheit zur Schuldverarbeitung gegeben, wird erkennen, dass nur wenige Strafgefangene diese Gelegenheit nutzen. Faktisch jedenfalls ist Strafe ein *Übel*, weil der Betroffene sie in aller Regel als solches empfindet⁵⁵⁰. Deshalb sieht zum Beispiel das Gesetz vor, die erlittene Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe anzurechnen (§ 51 StGB) und Schäden, die der Täter bei Begehung der Straftat selbst erlitten hat, unter gewissen Voraussetzungen strafmildernd zu berücksichtigen (§ 60 StGB). Freiheitsentzug, also auch die Freiheitsstrafe, ist nach allgemeiner Ansicht ein belastender Eingriff des Staates in die Rechte seiner Bürger, der deshalb gesetzlicher Regelungen bedarf.

Im Übrigen ist auch nicht empirisch überprüfbar, zum Beispiel mit psychologisch-psychiatrischen Methoden, ob der Täter die Gelegenheit zur Schuldverarbeitung wirklich genutzt, also seine Tat persönlich gesühnt hat.⁵⁵¹

Replik. In der Tat, Sühne bildet, zumindest dann, wenn sie mit dem Autonomieprinzip verbunden ist, einen *freiwilligen* Akt. Sie führt zur *Versöhnung*, die nicht nur dem Wortstamm nach, ein Ver-Sühnen meint. Versöhnung ist auch mit dem *Opfer* und der geschädigten *Allgemeinheit* anzustreben. Einsicht bildet jedoch die Voraussetzung dafür.

⁵⁴⁸ Gössel, *Wesen*, 1988, 3 ff., 23 ("sühnende selbstverantwortete Übernahme der Schuld"); aus theologischer Sicht siehe Gründel, *Umgang*, 423 ff., 432: Theologisch gesehen bedeute Sühne "wesentlich Versöhnung, zunächst Versöhnung des Schuldiggewordenen mit der Gemeinschaft und der Gemeinschaft mit dem Straftäter, dann und vor allem aber auch Versöhnung mit dem, zu dem im letzten alle Schuld als Sünde erscheint: mit Gott. Solche Versöhnung kann weder verdient, noch erzwungen werden. Sie bleibt geschenkt. Gerade dies ist die zentrale Aussage des christlichen Erlösungsglaubens, dass Gott in Jesus Christus die Menschheit mit sich versöhnt hat". Siehe dazu auch etwa Roxin, *Strafrecht AT I*, 2006, § 3, Rn 10; Murmann, *Grundkurs*, 2015, § 8 Rn 27

⁵⁴⁹ So nachdrücklich auch der Politologe Weber, H.-M., *Abschaffung*, 1999, 228 ff.

⁵⁵⁰ Aus philosophischer Sicht und zugleich in kantscher Tradition: Höffe, *Rechtsprinzipien*, 1990, 224, u. *Hinw. auf Kant*, r. *Vernunft*, 1781, AA, 37, 27 ff.: Strafe sei ein "Schmerz", also ein Übel (vgl. auch Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331).

⁵⁵¹ Schüler-Springorum, *Resozialisierung*, 1982, 503 ff., 508.

Der staatsrechtliche Gedanke vom Sozialvertrag und die Sonderlehre von der Einwilligung in das Risiko, zu einem Strafübel verurteilt zu werden, bieten allerdings zwei dogmatische Auswege, wie die Autonomieidee gedacht bleiben kann. Beide sind jedoch den Einwänden ausgesetzt, die gegen eine solche Art von Einwilligung und gegen die Sozialvertragslehre vorzubringen sind, insbesondere ihre jeweilige Fiktivität.

Schließlich kann die vage Idee der Sühne auch von der demokratischen Gesellschaft her gedacht werden. Sie ist dann mit der generalpräventiven Idee von der Erschütterung der Rechtstreue der Allgemeinheit verwandt. So verlangt die Allgemeinheit nach „Sühne“, im Sinne von Versöhnung oder Befriedung im Inneren: Der Verletzer, der ein Mitglied der Gesellschaft ist, habe für die (heilige) Rechtsordnung ein -allerdings gerechtes *Freiheitsopfer* im Werte seines Freiheitsnutzens- zu erbringen. Formale Grundlage dazu bildet die Autonomie der Gesellschaft, derartiges zu beschließen (Art. 20 GG). Materiell stützt sich die Allgemeinheit, unter anderem auf die alte Sündenethik und die lange Tradition von althergebrachten Strafen, die sie aber immerhin nur humanisiert fortführt.

4. *Nur Rekonstruktion der individuellen Schuld.* Ein weiterer Einwand betrifft die Nachweisbarkeit der höchst *individuellen* Schuld eines Menschen. Gerichte oder sonstige Dritte, vorausgesetzt alle Menschen wären grundsätzlich im Willen frei, erweisen sich als unfähig, dem Täter seine *individuelle Schuld* wirklich nachzuweisen. Sie können weder sich, noch die Allgemeinheit im Sinne des § 261 StPO davon überzeugen, dass dieser Täter sich damals „bei Begehung der Tat“ hätte anders entscheiden können (§ 20 StGB).

Richter wählen den Weg, sich in die Lage des Täters „einzufühlen“. Sie fällen ein „stellvertretendes Urteil“. Sie prüfen, wie sich ein „normaler“ Mensch verhalten hätte, vielfach wie sie sich selbst in dieser Lage entschieden hätten. Sie erarbeiten eine *Rekonstruktion*.

Schmoller weist zu Recht darauf hin, dass solchen *Maßstabsfiguren* im Vertrags- und im zivilen Deliktsrecht schon frühzeitig, so im römischen Recht und in anderen Rechtsordnungen, feste Funktionen zugeschrieben worden

sein⁵⁵². Mit dem normalen Täter ist aus methodischer Sicht ein offener „Typus“ an die Stelle einer festen Begrifflichkeit gesetzt.⁵⁵³

Derlei Rechtsfiguren stellen seit jeher vorrangig eine Aufforderung des Gesetzgebers an die Gerichte dar, nach Vergleichsfällen zu suchen, mit anderen Worten, für das Einfühlen, wenn schon nicht fest umschreibbare Sachverhalte, so doch *Regelbeispiele* zu entwickeln⁵⁵⁴. Sachverständige, insbesondere Psychiater, werden in Zweifelsfällen als Richtergehilfen tätig. Sie beschreiben Krankheitsbilder und deren Folgen nach den Methoden ihrer Wissenschaft. Sie stellen sie vor den Hintergrund normalen menschlichen Verhaltens und beschreiben eben diesen damit zumindest indirekt.

Einfache Beispiele bilden die Fälle des Affektes⁵⁵⁵ oder schwacher Geisteskrankheit, bei denen wir im konkreten Falle zumindest unsicher sind, ob der Täter fremdbestimmt gehandelt hat oder nicht. Allgemein gilt aber auch, dass nicht bestimmbar ist, ob und inwieweit den Täter auch Bedürfnisse

⁵⁵² Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 632, verweist für den angloamerikanischen Bereich auf die Vergleichsperson des „reasonable man“ und dazu auf Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13, 1963, 79 ff.; außerdem habe auch der Österreichische Oberste Gerichtshof zum Beispiel bei einer Abgrenzung zwischen Mord gem. § 75 ÖStGB und Totschlag gem. § 76 ÖStGB für die Frage, ob eine heftige Gemütsbewegung „allgemein begreiflich“ ist (vgl. auch § 213 StGB), darauf abgestellt, „ob auch ein durchschnittlich rechtstreuer Schwachsinniger einem derartigen Affekt unterliegen würde“ (ÖOGH öJBL 1988, 330); vgl. auch ÖOGH RZ 1987, 38 („gewissenhafter und einsichtiger Radrennfahrer“).

Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 409 f. Abzustellen sei auf einen „maßstabsgerechten, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“, er sei nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf etc. dem Täter gleich zu denken; u. Hinw. auf das Österreichische Recht (§§ 10 I, 32 II ÖStGB und OGH SSt 29, 83, 263.

Kritisch Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff., 91, der den „maßstabsgerechten Menschen“ für den Bereich der Schuldbeurteilung als „homunculus“ bezeichnet. Schönemann, Tendenzen, JA 1975, 575 ff., 577, spricht den Maßstabsfiguren immerhin eine „beschränkte Bedeutung“ zu.

Vgl. im Übrigen auch die Nachweise bei Loos, Grenzen, 1980, 261 ff., 271 ff.

⁵⁵³ Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 636; Bydlinski, System, 1986.; Larenz, Methodenlehre, 1972, 461 ff.; Engisch, Idee, 1968, 237 ff.; Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982, 47 ff.; Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977; Leenen, Typus, 1971, insbes. 34 ff.; Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff.; siehe dazu auch Schmoller, Bedeutung, 1988, 65 ff.

Zum „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ siehe Teubner, Standards, 1971, u.a. 19 ff.

Aus dem sozialwissenschaftlichen Blickwinkel als Analyse pseudoempirischer und pseudonormativer Leerformeln siehe Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff., 24 ff.

⁵⁵⁴ Vgl. Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 636 f.; sowie Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986, insbes. 129 ff. (mit Blick auf das anglo-amerikanische „case law“).

⁵⁵⁵ Vgl. Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff.; sowie Rauch, Schuldfähigkeit, 1993, 200 ff., 200 ff.

motivieren, ob Gier, Wut oder auch schlichter „Ärger“, als Frustration in ganz anderen Bereichen, die ihm den letzten und entscheidenden Anstoß verliehen haben, nun doch seine Hemmungen zu beseitigen. Dann ist für den konkreten Fall zu entscheiden, ob er in jenem Augenblick wirklich schuldig war. Der Satz „Im Zweifel für den Angeklagten“ hilft für den Einzelfall, aber nicht für die Grundfrage, ob Menschen die Schuldfähigkeit eines Menschen, deren grundsätzliches Bestehen einmal unterstellt, überhaupt ermitteln können. Ständig angewendet führte dieser Satz im Übrigen zum Leerlaufen der Schuldstrafe.

Wer als Tatrichter ein solches „stellvertretendes Urteil“ abgibt, setzt seine Vorstellungen an die Stelle der höchstpersönlichen des Angeklagten. Der volle Nachweis der persönlichen Schuld im Augenblick der Tat ist damit nicht zu erbringen. Die Tat-Schuld-Strafe wandelt sich zur Tat-Schuldvermutungs-Strafe

Eine *Replik* lautet, jedenfalls im Falle eines *Geständnisses* stünde doch ein authentisches Beweismittel für die persönliche Schuld zur Verfügung. Aber auch dieser Idealfall einer Beweislage ist zu überprüfen.

Dazu ist zunächst auf *Grasnick*⁵⁵⁶ zu verweisen. Er hat die philosophische Literatur zur „Erkennbarkeit vom Fremdseelischen“ aufgearbeitet und sie auf diesen einfachsten Fall des Nachweises der Schuld übertragen. Er fragt, ob der geständige Angeklagte wenigstens einen „privilegierten“ Zugang zu seinem Innenleben habe. Mit Hinweis auf die Untersuchungen von *Peirce, Ryle, Hare, Tugendhat* und anderer verneint *Grasnick* diese Frage⁵⁵⁷. Mit *Wittgenstein*⁵⁵⁸ sei darauf hinzuweisen, dass niemand eine Privatsprache besitze, es gebe nur eine öffentliche Sprache. Mit ihr aber ließen sich innerseelische Vorgänge nicht zureichend beschreiben. Auszudiskutieren ist diese These hier jedoch nicht.

Geständnisse bieten unzweifelhaft zumindest stets nur eine nachträgliche Sicht. Schon deshalb sind sie durch die nachfolgenden Erlebnisse und vielfach auch die eigene Auseinandersetzung mit der Tat verfärbt. Zumeist sind die Erinnerungen des Täters beeinflusst von der drohenden Strafe. Falls es sich um ein ehrliches Eingeständnis handelt, ist es eingefärbt von der eigenen Scham und

⁵⁵⁶ Grasnick, Schuld, 1987, 73 ff.

⁵⁵⁷ Grasnick, Schuld, 1987, 5 ff.

⁵⁵⁸ Grasnick, Schuld, 1987, 87 ff.

dem persönlichen Schuldgefühl, die beide entweder bei Annahme der Willensfreiheit autonom entstehen oder aber bei einer deterministischen Sicht als von außen auferlegt vom Menschen dementsprechend verinnerlicht werden.

Jede persönliche Erinnerung muss schon deshalb der individuellen Verformung entkleidet werden. Die Probleme der Zeugenaussagen treten verstärkt beim Täter auf. Von außen vermag er seine Tat nicht zu sehen. Er kann die Sicht der anderen also nur eine Verfremdung erreichen. Auch die autonomen oder auch heteronomen Motive, die ihn bei Begehung der Tat beeinflusst haben, muss er rekonstruieren. Bei schweren Gewaltdelikten hat er eine hohe emotionale *Gewalthemmung* zu überwinden. Kann er sich erinnern, wird er seine Lage vielfach nicht hinreichend mit Worten umschreiben können. Es sind die Worte des Gerichts.

Die Feststellung des Gerichts lautet also, der Täter habe sich wie die Maßstabsfigur verhalten, die das Gericht als Repräsentant der Allgemeinheit an ihn für seine damalige Lage anlegt.

5. *Ungerechte Ausblendung von fremder Mitverantwortung.* Insbesondere die Schuldstrafe, aber nicht nur sie, geht vom Ideal aus, dass es die alleinige Verantwortung eines Menschen gibt. Die eine Tat ist allein die seine. Damit wird die Tat im Sinne des gesetzlichen Tatbestandes aus jeglichem *sozialen* und *realen Kontext* gerissen und hoch vereinfacht.

Im Strafverfahren wird der Kontext dann zwar mit ermittelt, aber er spielt nur, aber immerhin gelegentlich, bei der Strafbemessung eine gewisse Rolle. Für die Person des Täters werden Kindheit, Ausbildung, Beruf und soziales Umfeld angesprochen. Mit den Standardfragen zur Person will das Prozessrecht, den Menschen individualisieren und auch den Gerichten geht es nur in Sonderfällen darum, nach fremder Mitverantwortung zu fragen. Bezüglich der Tat wird ebenso die Situation mit beleuchtet, insbesondere nach einer Provokation seitens des Opfers, vgl. § 213 StGB, gefragt, oder auch fehlende Schutzvorrichtungen gerügt, die es dem Täter leicht gemacht, also von ihm keine erhöhte kriminelle Energie abverlangt hätten.

In der Regel findet zudem keine Straftat statt, auf die die „Nächsten“ des Täters nicht hätten einwirken können oder umgekehrt auch rückblickend eingewirkt

haben. Kausal für die konkrete Tat sind immer viele Person gewesen. Dies ist auch die Grundidee der Lehre von der *objektiven Zurechenbarkeit*, auch wenn sie nur mit Blick auf die Strafbarkeit des Täters ihre Filter einsetzt.

Die Mitverantwortung der Nächsten ist unterhalb der Strafbarkeit und wäre nur über Fahrlässigkeitsdelikte, die es vernünftiger Weise nicht gibt, konkret zu ermitteln, aber es stellt sich die Frage nach *fremder Mitverantwortung*.

Der Mensch ist nicht nur, aber nach vorherrschender Ansicht als homo sapiens *auch* ein Naturwesen. Ebenso ist er auch ein Gesellschaftswesen. So vermag er, und das auch nur in der Regel, seine *natürlichen* Triebe zu beherrschen. Ihn beeinflusst also die Natur. Auch hat ihn eine *Gesellschaft* sozialisiert, die nicht nur ständig Beispiele von ungeahndeten Rechtsbrüchen liefert, sondern die auch diejenigen Delikte regelmäßig erwartet, die sie im Strafgesetzbuch aufgezeichnet hat. Die Existenz des Staates und sein Gewaltmonopol sind überdies untrennbar mit dem Vorkommen von und dem Umgang mit Rechtsbrüchen verbunden. Unsere staatliche Gesellschaft lebt mit und von ihnen.

Wenig beachtet ist deshalb der Umstand, dass das demokratische Strafrecht seit langem, und damit wir alle, mit gesetzlichen *bestimmten Delikten rechnet*. Anderenfalls gäbe es die Gesetzbücher nicht. Straftaten nicht nur vermeiden, sondern auch tatsächlich begehen zu können, so erklären wir, gehört zur Freiheit des Menschen. Wenn und weil wir mit anderen Menschen zusammenleben, so gehen wir alle das Risiko ein, als Einzelne oder als Teil der Allgemeinheit, eine Opfer einer Straftat zu werden. Fast alle von uns haben schon Ordnungswidrigkeiten begangen, etliche schon Delikten wie Beleidigung, Körperverletzungen, oder Nötigungen, manche auch Steuerhinterziehung oder kleine Diebstähle. Unser gesamtes Rechtssystem ist auf Unrecht und Streit aufgebaut.

Weshalb ist dann aber der Einzelne plötzlich *allein* für seine Tat verantwortlich und sein Verhalten nicht eines, das wir grundsätzlich schon in unser Leben mit einrechnen (müssen)? *Willigen wir in dieses Risiko als Einzelne oder zumindest als Allgemeinheit nicht auch ein?*

Meines Erachtens sollten wir, die wir auf die Freiheit setzen, diesen Gedanken aus dem liberalen Urgrund der Idee vom *Gesellschaftsvertrag* akzeptieren und beim Finden der gerechten *Strafe mitberücksichtigen*.

Die Folgerung lautet, die strenge Gerechtigkeit der *Wechselseitigkeit* von Tat und Strafe erweist sich innerhalb von Gesellschaften als viel zu eng. *Gerecht ist, dass wir die latente Gefahr mit einrechnen*. So werde im Geschäftsleben, dem eigentlich Kernfall der Tauschgerechtigkeit, Kredite auch nur gegen Sicherheiten ausgegeben oder Zug-um-Zug-Leistungen vereinbart.

Replik. Dann aber erweist sich das gegenwärtige deutsche Strafsystem, das das *Bundesverfassungsgericht* über die Menschenwürde noch oben begrenzt, auch insofern als *human*, weil es auf den Menschen und *seine Gesellschaften* bezogen als *systemgerecht* erscheint. Dasselbe Ergebnis ergibt sich auch auf dem Wege, dass man sich in den Täter einfühlt und ihn als Mitmenschen (Nächsten oder Bruder im Sinne der Brüderlichkeit, besser: der Solidarität) sieht.

Außerdem straft eine Bürgergesellschaft, die eines ihrer Mitglieder straft, die also ein Nächsten- und kein Feindstrafrecht betreibt, immer zugleich auch sich selbst. Auch trifft die Strafe seine Familie und Freunde mit. Auch deshalb ist es nur konsequent, wenn eine solche Gesellschaft davon absieht, die strenge Gerechtigkeit der Wechselseitigkeit gegenüber dem Täter umzusetzen und auch auf diese Weise ihre strafmildernd wirkende soziale Mitverantwortung zu leugnen und stattdessen auch dem Mörder den Weg eröffnet, „je wieder der Freiheit teilhaftig“⁵⁵⁹ zu werden. Ihre Selbstbestrafung besteht darin, die gesamtgesellschaftlichen Kosten zu tragen. In einer Gesamtbetrachtung erscheint es vielleicht sogar nur als „streng gerecht“, wenn die Gesellschaft wegen ihrer Mitverantwortung die vergeltende Strafe gegenüber dem Täter erheblich abmildert.

6. *Fazit*. Kritikpunkte lauten, nur relativ zu einem Maßstabssystem sei Schuld für das Strafen verwendbar, nur die eigene Sühne sei die Folge der Schuld, nicht die Strafe, höchstpersönliche Schuld sei gerichtlich nicht nachzuweisen, es handele sich nur um die Rekonstruktion der individuellen Schuld und es erfolge eine Ausblendung fremder Mitverantwortung.

⁵⁵⁹ BVerfG 45, 187 (aus dem Leitsatz).

Sie erweisen sich einerseits als einsichtig, aber mit Blick auf die möglichen Antworten im Ergebnis nicht als geeignet, die Macht der Schuldidee zu erschüttern.

II. Gerechtigkeitskritik I: Inhumanität des Vergeltungsgedankens, ewige Wiedervergeltung; Ergänzung durch mildernde Humanität

1. Auch die große Gerechtigkeitsidee ist Einwänden ausgesetzt. Diese sind ebenfalls in einem Diskurs mit Kritik und Replik zu erörtern:

(1) *Kritik.* Vergelten gilt als grausam und unmenschlich. Es nötigt zur Todesstrafe für den Mord. Selbst wenn Vergeltung gerecht erscheint, vermittelt sie Härte ohne Milde. Die fahrlässige Tötung müsste ebenso wie die vorsätzliche oder der Mord geahndet werden.

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.⁵⁶⁰ Oder mit *Nietzsche*, an den der Rechtsphilosoph *Höffe* erinnert, der *kantsche* „*kategorische Imperativ rieche nach Grausamkeit*“.⁵⁶¹ Oder mit *Thomas von Aquin*:

„*Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist Grausamkeit; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter der Auflösung.*“⁵⁶²

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.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Zaczyk, *Fiat iustitia*, 2006, 649 ff.

⁵⁶¹ Höffe, *Rechtsprinzipien*, 1990, 239 u. Hinw. auf: Nietzsche (Schlechta), *Genealogie*, 1887/1977, 761 ff., 2. Teil, Abs. 6.

⁵⁶² Aquin (Pieper), *Matthäus*, 1270/2011, 5, 2, Nr. 361.

⁵⁶³ Zur Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit, siehe auch: Schäfer, *Grundlagen*, 1989, 65; zudem: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932/2003, 37, 69, Sauer, *Gerechtigkeit*, 1959, 137; Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, 14. Kap. (1137 b).

Aber die strenge Gerechtigkeit im Sinne der Tauschgerechtigkeit, zu der auch die Vergeltungslehre gehört, erweist sich -allein- und zwar schon im Hochmittelalter - als grausam.

Replik. Grausame Lebens- und Körperstrafen sowie die Folter bei Tatverdacht sahen das vorstaatliche und das staatliche vordemokratische Strafrecht vor allem bei Personen vor, denen keine Adels-, Bürger- oder allgemeinen Freiheitsrechte zuerkannt waren. Wer keine Freiheiten besaß, der hatte nur seinen Körper als das Eigene. Die ersten Zuchthäuser etwa ab 1600 (in Bremen 1609) galten den Bürgerkindern. Dem mittelalterlichen Adel drohte zunächst Klosterhaft, zu absolutistischen Zeiten Festungshaft. Die kirchliche Inquisition schuf eine Art von Nebenstrafrecht für Ketzer, das aber immerhin deren Seele vor dem Fegefeuer zu retten versuchte.

Aber auch der schlichte *Verwahrvollzug* gilt als menschenunwürdig. Deshalb verlangt das deutsche Schuldstrafrecht, menschenwürdige Humanität auf allen Ebenen zu üben, beim Strafgesetz, beim Strafurteil und beim Strafvollzug. Je individueller der einzelne Täter und seine Tat gesehen und vom Gericht gewürdigt werden, desto einfühlsamer und auch zumeist milder fällt das Urteil aus. Die bedingte Entlassung steht danach im Angebot und setzt überzeugendes Wohlverhalten voraus.

Mit den Grundgedanken des Schuldprinzips steht der Vergeltungsgedanke seinerseits im Widerspruch. Auch die beiden Elemente des Schuldausgleichs führen, weniger beachtet, zu einer Art von Antinomie, von blinder Strenge und humaner Milde.

(2) *Kritik.* Mit Vergeltung verbinden wir schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die *Blutrache*. Blutrache im klassischen Sinne üben die Angehörigen einer Sippe (*gens*) gegenüber einer anderen. Insofern passt sie nicht recht in ein Binnenstrafrecht. Sie ist eine Art des *intergentialen* Rechts, als kleinem Völkerrecht. Außerdem *wirkt sie maßlos*, weil sie schon bei, nach heutigen Vorstellungen, geringeren Delikten wie Ehrverletzungen greift. Überdies ist sie von der individuellen Schuld des Einzelnen unabhängig, weil sie zur Fehde, zur ewigen Wiedervergeltung führen kann. Hier genügt es bereits, Mitglied einer Sippe zu sein, um ihr zu unterliegen.

Replik. Andererseits ist auch die staatliche Strafe nur Folge des staatlichen Gewaltmonopols. Sie ersetzt und verbietet die Selbsthilfe von Einzelnen, also anderen Gruppen, die vom menschlichen Vergeltungs- und Gerechtigkeitsbedürfnis gespeist ist. Insofern erscheint die staatliche Strafe mit *Blei* als „*Racheersatz*“.⁵⁶⁴ Als solcher *kanalisiert* und *zivilisiert* sie nur das Vergeltungsbedürfnis und ist damit aber auch von ihm abhängig.

(3) *Kritik.* Einen weiteren bedeutenden und damit zusammenhängenden Einwand bildet derjenige der *Ewigkeit* der Wiedervergeltung. Zwar scheint es so, als meine das Vergelten nur das einmalige Ausgleichen der Wirkung einer Handlung durch eine entsprechende Reaktion. Doch ist auch die Reaktion eine Aktion. Sie kann und wird ihrerseits entweder eine Reaktion oder Frustration auslösen. *Hegel* spricht von einem „*Progress ins Unendliche*“.⁵⁶⁵

Es gilt die blanke Maxime „Wie Du mir, so ich Dir“ ohnehin auf Dauer fort. Jede Reaktion stellt wieder eine Aktion dar. Dieses Prinzip ist blind, und zwar solange, bis eine Partei auf das Wiedervergelten verzichtet, und zwar aus Klugheit, aus Barmherzigkeit oder aus Schwäche - oder aber dank einer *übergeordneten Macht*, die am besten zudem mit einem übergeordneten Recht ausgerüstet ist.

Replik. Solche übergeordneten Mächte hat es in der Tat immer schon gegeben, sei es einen Richterkönig, mit eigener Hausmacht, der Macht einer Religion, die den Verzicht mit der *Bußleistung* von Täterseite verknüpft und den Friedenvertrag mit heiligem Schwur zu festigen suchte, dessen Bruch die Gottesstrafe nach sich zog.

Hinzu treten noch weitere Probleme, die zur ewigen Wiedervergeltung führen, die aber ebenfalls der Staat zu lösen versucht.

(4) *Kritik.* Die Wiedervergeltung wird eigentlich nach dem Prinzip von Aktion und Reaktion von den *Parteien* selbst betrieben. Dieser Ansatz führt also nicht zu einem eigenen staatlichen Strafanspruch. Er hat aus heutiger Sicht einen

⁵⁶⁴ *Blei*, Strafrecht AT, 1983, § 6 II; von Tabuisierung spricht auch Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984, 19.

⁵⁶⁵ *Hegel*, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 102: weil die nichtstaatliche entinstitutionalisierte privaten Strafe, die auf einem besonderen Willen beruhe, Rache sei, die zu einer neuen Verletzung führe.

zivilrechtlichen Charakter. Der Staat kann allenfalls die *Durchsetzung* des fremden Anspruchs der Opferseite übernehmen.

Replik. Dieser Einwand ist an sich schlüssig, aber begreift sich die demokratische Gesellschaft, wie bei den Gemeindelikten, selbst als Opfer, so kann sie auch deren Ansprüche als eigene durchsetzen. Eine Sozialschadenslehre ist zudem dennoch für den Fall nicht systemfremd, dass bedacht wird, dass es früher die Familienverbände waren, die als *kollektive* Akteure auftraten, es vor allem um Tötungsdelikte ging und die Familienverbände nach innen hin ebenfalls über eine Art von Rechts- und Achtungsordnung verfügt haben dürften.

(5) *Kritik.* Auch gilt es den *Streit* um den hinreichenden *Nachweis* der Ausgangstat und die Frage, wie denn die Opferseite oder ein Schlichter wenigstens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon zu überzeugen ist.

So kann jede Straftat *fingiert* oder *überbewertet* werden, um das Recht zu strafen zu missbrauchen. Ebenso kann das Opfer seinerseits die Straftat *proviziert* haben, was sich im entsprechenden minder schwereren Fall des Totschlags widerspiegelt.

Zumindest wer die Reaktion überhaupt nicht oder nicht in dieser Form als berechtigt akzeptiert, der wird die Vergeltung nicht als Strafe, sondern als Angriff verstehen. Das Vergelten kennt in einem solchen Falle *kein Ende*.

Replik. Der Staat, ausgestattet mit dem Verbund von hoheitlicher Gewalt und öffentlichem Recht, verfügt über die nötigen Mittel und Methoden. Er bezieht einen Teil seines Wesens aus der Aufgabe der Streitschlichtung. Diese Rolle ist ohnehin schon ebenso eng mit der alten Rolle des königlichen Richters verbunden wie sie auch im Wort von der Demokratie als Herrschaft des Volkes verankert ist. Der Staat kann also die Gerechtigkeitsidee unter seine Obhut nehmen, sie näher ausformen und verwalten.

Das Risiko der *Nichtbeweisbarkeit* kann der Staat insoweit tragen, als es sich tatsächlich um einen *staatlichen* Strafanspruch handelt. Doch aus der Sicht des alten vorstaatlichen Wiedervergeltungsrechts der Familienverbände, das auch in

Bußleistungen (wie Vieh) enden konnte, ist nach zivilen Ergänzungen zu suchen. Dazu gehört das *zivile Deliktsrecht*. So reicht in diesem die Fahrlässigkeit aus und es gibt dort auch den *Anscheinsbeweis*, der wenigstens die Beweislastumkehr bewirken kann und damit das Beweisrisiko verteilt. Zudem kennt das Deliktsrecht etwa die volle Haftung von Beteiligten.

Das hoheitliche staatliche Strafrecht steht also auch nicht allein, es bietet den Opfern Beteiligungsrechte an.

Jedenfalls bedient die Idee von der *positiven Generalprävention* ohnehin die alte vorstaatliche Idee der Wiedervergeltung als der gerechten Strafe. Denn sie ist auf die *Erhaltung der Rechtstreue* der Allgemeinheit hin ausgerichtet und den Kern des Rechts bildet die materielle Gerechtigkeit. Der Staat zivilisiert die Gerechtigkeit nur.

(6) *Kritik*. Die Vergeltung als „Auge um Auge“ passt *wörtlich* genommen ohnehin nur bei wenigen Delikten, wie den Körperverletzungs-, Tötungs- und Sachbeschädigungsdelikten.

Replik. Insofern spricht viel dafür, dass das biblische Wort von „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ schon seit jeher eine *Abstraktion* verlangt, also „ein Übel um ein Übel“ gemeint hat, bei dem das dem Täter aufzuerlegende Übel nach dem Maß des von ihm begangenen zu bestimmen ist. Wer sich aber von der direkten Vergeltung löst, hat bereits einen Schritt getan, an die Stelle der Vergeltung eines Übels mit einem Übel wahlweise den Ausgleich durch Wiedergutmachungsleistungen zu setzen. Ohne die konkrete Vergeltung verliert das Vergeltungsprinzip, das, was es als „gerecht, weil gleich“ auszeichnet, seine unmittelbar einleuchtende Klarheit.

Für *Kant* war deshalb einsichtig für Mord die Todesstrafe erforderlich; für Diebstahl sah er die gerechte Vergeltung darin, dem Dieb selbst jegliches Eigentum abzuerkennen und ihn zur Finanzierung seiner weiteren Existenzgrundlage zur Zwangsarbeit heranzuziehen⁵⁶⁶. Die Falschaussage müsste dann zum Abschneiden der Zunge führen. Konkrete Gleichheit zu fordern, führt also in die *Absurdität symbolisch-bestialischer* Aktionen. Abstraktion verlangt aber ihrerseits einen höheren Maßstab. Er ist alsbald zu

⁵⁶⁶ Kant, Grundlegung, 1785, AA, 454.

finden. Bei Freiheitsstrafe als Reaktion muss es also auf der Täterseite um „Freiheitsbeeinträchtigungen“ gehen und Gewalt führt zu Gegengewalt. Bei allen Problemen, die eine einzelne Umsetzung mit sich bringt, erscheint diese Art von Kompensation bei Individualrechtsgütern schlüssig.

Eingriffe in Gemeinschaftswerte lassen sich danach nicht nachvollziehbar „vergeltet“. Sie müssten im Sinne einer personalen Rechtsgutslehre dem Einzelnen und seinen Interessen untergeordnet und zu „Freiheits“-Elementen umgerechnet werden. Jedenfalls aber muss jeder Täter so viel „Freiheiten“ haben, oder zugeschrieben bekommen, wie er mit seinen Taten anderen genommen hat. Nur dann wäre die volle Gerechtigkeit wiederherzustellen. An dieser Schwelle scheitert auch der vergeistigte „Gleich-Wertigkeits“-Ansatz. Hingegen empfahl Hegel⁵⁶⁷ bereits eine *abstrahierte* Vergeltung: Es ginge nicht um eine „spezifische Gleichheit“, dies sei eine Absurdität, sondern nur um den „Wert als das innere Gleiche“. Damit aber nimmt er der Vergeltung ihre Unmittelbarkeit und Tatbezogenheit.

(7) *Kritik.* Mühe bereitet der Vergeltungslehre auch (a) die Begründung der Strafbarkeit des bloßen *Versuchs*. Dann muss schon die Idee eines „Gefahrerfolges oder die Vorstellung vom Erfolg des untauglichen Versuchs als Erschütterung der Rechtstreue in den Geltungsanspruch des betroffenen abstrakten Rechtsgutes entwickelt werden. Dasselbe gilt (b) für die Konstruktion von abstrakten, abstrakt-konkreten oder konkreten Gefährdungsdelikten, wie etwa der Falschaussage, der Brandstiftung oder der Straßenverkehrsgefährdung. (c) Ebenso vergeistigt und auf die abstrakte Ebene des gesonderten Normbruchs gehoben, erweist sich die gesetzliche Lösung des Problems, dass bei *Mittäterschaft* und Teilnahme mehrere Beteiligte für dieselbe Rechtsgutsverletzung in gleicher Weise wie ein Einzeltäter einzustehen haben. Zivilrechtlich würde der Gesamtschaden nur einmal berechnet werden und bei mehreren Beteiligten zumindest intern ein Ausgleich erfolgen.

Replik. Der Versuch und die Gefährdungsdelikte verlangen aber immer auch eine Art von Tätigkeit. Die klassische Vergeltungslehre, ein Übel mit einem Übel vergelten zu wollen, bedarf zwar eine „Übels“, aber die Ausgleichslehre stellt auf die Erfahrung und das Erlebnis des Täters selbst ab, der sich auch beim Versuch oder den gefährlichen Handlungen schon in angemessener Weise als Herr

⁵⁶⁷ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193 f.

über ein Tun begreift, das fremde Güter gefährdet. Bei der Beihilfe ist die Täterschaft auf den Gehilfenakt *reduziert*.

Außerdem bilden die täterschaftlichen Vollendungsdelikte den Kern der Kriminalität und den *Hauptgegenstand* der Strafbegründungsideen. Derartige Umfelddelikte gehören in den Randbereich.

(8) *Kritik*. Gerechtigkeit ist rückwärtsgerichtet.

Replik. Politisch betrachtet ist einzuräumen, dass das Geraderichten *rückwärtsgerichtet* und von konservativer Art ist, weil es den *alten Zustand* so gut es geht wiederherstellen will. Das gilt aber für die gesamte Rechtsidee, wenn sie die Gerechtigkeit als ihre ethische Grundlage begreift.

Wer zudem nach einem weiteren Zweck der Gerechtigkeit sucht, findet ihn in diesem Sinne im Konservierungsgedanken der „*Selbst- oder auch Systemerhaltung*“, dem sie immer auch dient. Die alte Ordnung schafft *Vertrauen* und fortschrittliche Innovationen müssen sich erst noch bewähren.

2. *Ergänzung der Vergeltungsidee*. Die Idee der strengen Gerechtigkeit muss und darf auch nicht allein regieren. So gehörten früh schon zur Gerechtigkeit im Sinne der Wiedervergeltung (etwa auch christlich des Alten Testaments) die Barmherzigkeit (des Neuen Testaments) oder die Gnadenakte der absoluten Herrscher hinzu. Das römische Recht setzte auf die Billigkeit.

So ist die Gleichheitsidee im Credo von „*Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“ eingebettet in die Mitte zwischen Freiheit und Solidarität. Egoistische Freiheitsrechte sind vorbeugend zu schützen und die Rechtstreue aller Freien ist zu sichern. Andererseits erstreckt sich das empathische Solidaritätsgebot auf die Opferseite und auf die Straftäter. Rache ist ein menschliches Motiv. Deshalb sind zu Recht auch die Opferrechte gestärkt worden.

3. *Fazit* Auch bildet die Gleichheit als Kern der Gerechtigkeit aus politischer Sicht nur, aber immerhin eine von zumindest drei Höchstideen: Die Gerechtigkeit des Ausgleichens muss also der Freiheit und auch der Solidarität ihren gleichberechtigten Raum geben und umgekehrt diese auch ihr. Der Satz in *dubio pro reo* (oder auch *pro libertate*) etwa stellt eine Einschränkung zugunsten

der Freiheit dar. Die Öffentlichkeit des Verfahrens und des Schuldspruchs dient zumindest auch dem Zusammenhalt der Gemeinschaft.

Hinzu tritt die kategorische Deckelung durch den Absolutheitsanspruch der Menschenwürdeidee oder auch abgeschwächt der allgemeinen Menschenrechte. Nur, ohne die Idee des Ausgleichens, vereinfachend des Respektierens, kann kein Lebewesen leben und nicht einmal ein Körper der Physik existieren.

Lediglich derjenige, der auf das *Recht* und dessen *Kern der Gerechtigkeit* überhaupt verzichtet, der kann sich vom Grundgedanken der Vergeltung lösen. Denn „vergeltet“ kann man auch gute oder nützliche Taten. Der ideale Vertrag beruht auf einem Geben und Nehmen von etwas Gleichwertigem. Die positive Vergeltungsidee dient also der Kooperation und die *negative* Vergeltung ist von der Konnotation der Blutrache zu lösen.

III. Gerechtigkeitskritik II: unzulässige Metaphysik, ideelle Überhöhung des Staates, bloße blinde Reaktion, gleich dem Täter, hohes Dunkelfeld und selektives Strafen

1. *Gerechtigkeitskritik - eine Metaphysik.* Gegen die Vergeltung als Art der Gerechtigkeitsidee ist einzuwenden, dass sie sich auf eine metaphysische Idee ganz im Sinne *Kants* stützt. Dazu sei, meint *Roxin* „*der Staat als eine menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt*“. Ebenso rügte auch schon der Empiriker v. *Liszt*:

„*Metaphysische Spekulation, mag sie sich auch im Gewand einer der beliebten „absoluten Straftheorien“ kleiden, hat mit der Wissenschaft und daher auch mit der Strafrechtswissenschaft nichts zu thun*“.⁵⁶⁸

*Frisch*⁵⁶⁹ kritisiert den Rückgriff auf die absoluten Straftheorien von *Kant* und *Hegel* ähnlich und mit der Trennung von *Philosophie* und *Recht*, ohne sich allerdings mit der Rechtsethik allgemein oder auch der Ethik der Verfassung zu beschäftigen: Es werde in den strafrechtlichen Lehrbüchern „in einer Art *philosophischem* Diskurs ein irrales Bild *rechtlicher* Straftheorien vermittelt.

⁵⁶⁸ Liszt, Aufgaben, 1905, 297.

⁵⁶⁹ Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff., 69 ff.

Irreal deshalb, weil eine Reihe dieser gebetsmühlenartig wiedergegebenen Straftheorien längst mit Rechtsinhalten unvereinbar ist, von denen abzuweichen niemand mehr ernsthaft bereit ist“.

Und er erklärt „*Der Kreis der „toten“ Theorien beginnt mit der Vergeltungstheorie*“. Er meint, „*sachlich schrumpft der Kreis der noch ernsthaft vertretenen Theorien auf solche zusammen, die etwas mit Prävention zu tun haben*“. Er betont aber auch die „*Notwendigkeit der Strafe, um einen bestimmten Zustand des Rechts zu gewährleisten*“, als die „*geltungsbestätigende Strafe*“.

Der Schuldausgleich sei, so führt er folgerichtig aus, mit dem *Bundesgerichtshof*⁵⁷⁰ (wenngleich in einer allerdings wohl vereinzelt gebliebenen Entscheidung) nur statthaft, wenn er auch zum Zwecke der Prävention unerlässlich sei. Denn „*Bestrafung des Täters ist... legitim, weil dieser damit nur zur Abwendung einer nur von ihm selbst durch seine Infragestellung der Rechtsgeltung (schuldhaft) verursachten Gefahr der Normerosion mit dem in Anspruch genommen wird, was dafür notwendig und angemessen erscheint und vorher angekündigt worden ist*“.⁵⁷¹

Replik aus der Sicht der Vereinigungstheorie. In der Tat handelt es sich beim Rückgriffs auf die Idee der *Gerechtigkeit* um eine *dogmatische Letztbegründung*. Deshalb spricht man auch zu Recht von einer *absoluten* Straftheorie. Als Letztbegründung unterliegt sie aus wissenschaftstheoretischer Sicht dem *Münchhausentrilemma* und die Idee des Substanziellen (Zugrundliegenden), das selbst nicht mehr zu begründen ist. Dieses Problem kennen wir also ohnehin bei jeder Art von letzter Begründung.

Auch spricht *Frisch* selbst von „Recht“, ohne zu überlegen, inwieweit das Recht nicht auch ein ausgleichendes Element besitzt, und er verlangt auch ein „schuldhaft“ verursachte Gefahr.

Dass *Liszt* diese Ansicht vertritt, passt zu seinem *empirischen* Wissenschaftsverständnis, das in der Sache der Nutzenlehre des angloamerikanischen Utilitarismus (Bentham, Mill) entspricht, aber auch auf den Nutzen für das Gemeinwohl achteten. Liszt kannte noch keine

⁵⁷⁰ BGH 24, 132 134

⁵⁷¹ Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff. , 78

Verfassungsnorm, wie den Art. 1 GG. Doch wollte auch er das Strafgesetzbuch als „magna carta“ sehen und forderte damit einen starken Rechtsschutz für den Bürger ein. Für ihn und seine Zeit war das Gerechtigkeitsdenken mit inhumanen harten Freiheitstrafen verbunden. Seinem empirischen Denken vom Nutzen der Freiheitsstrafe her haben wir viele Fortschritte zu verdanken: die lange Entwicklung des Rückzugs von der Freiheitsstrafe, die Ideen der Aussetzung zur Bewährung und den Resozialisierungsaspekt. Diese Vorstellungen können wir heute zugleich mit dem Gedanken des Nächstenstrafrechts verbinden.

Murmann antwortet zudem und aus heutiger Sicht zutreffend:

*„Gerechtigkeit ist keine Esoterik, sondern ein diesseitiger Anspruch an das Recht als geistige Ordnung“.*⁵⁷²

Die Idee der Gerechtigkeit, so ist aus der Sicht des Rechts zu ergänzen, bildet auch aus des Sicht des *Bundesverfassungsgerichts* eine Rechtsidee, die im Rechtsstaatsprinzip verankert ist. Das Schuldprinzip nimmt zudem Verfassungsrang ein, Art. 1 I, 2 I, 20 III GG.

Man müsste schon erklären und auch überzeugend *nachweisen* können, dass es aus *wissenschaftlicher* Sicht keine Willensfreiheit gibt und auf diese Weise auch die Metaphysik, die Rechtsethik und Freiheitsrechte zu Fall bringen.

3. *Ideelle Überhöhung des Staates.* Rössner rügt aus kriminologisch-soziologischer Sicht konsequent und ähnlich: Die „traditionellen Straftheorien“ neigten „zur Idealisierung und zur Überhöhung strafrechtlicher Auflagen“⁵⁷³. Sie basiere „auf einer Staatsauffassung, die den Staat als eine der Gesellschaft in allen Belangen überlegene, perfekte Instanz betrachtet“, und zwar dann, wenn man die „Strafzwecke des Schuldausgleichs als Postulat absoluter Gerechtigkeit oder der Abschreckung aller durch die Bestrafung einzelner sowie der Erziehung krimineller Menschen mit möglichen Erziehungsdefiziten“ betrachte.

⁵⁷² Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 26. Vgl auch BVerfG 45, 187 ff, 253 ff, noch einmal zitiert: ("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.")

⁵⁷³ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff. Rn 15.

Replik. Diese Rüge beruht auf der Trennung von Staat und Gesellschaft. Doch bildet nach unserem Verfassungsverständnis das Volk einen immanenten Teil der Verfassungsgesellschaft. Strafen werden „im Namen des Volkes“ verhängt.

Auch hat die Strafe stets etwas *Hoheitliches* und ist somit mit einer Überhöhung gegenüber dem Einzelnen verbunden. Zudem, so heißt es, unterwirft man sich dem Recht. Die Idee der absoluten Gerechtigkeit wird sogar als Korrektiv dem exekutiv verstandenen Staat gegenübergestellt. Es hegt ihn also ein. Außerdem spricht *Rössner* selbst von einem „Fairnessgefühl“⁵⁷⁴.

4. *Blinde Mechanik.* Auch beruhe die Idee der Gerechtigkeit in der Form der einfachen Wechselseitigkeit auf einer *blinden* Mechanik.

Replik. In der Tat, aber sie hat offenbar auch einen *evolutionären Zweck*. So hat sich über die ökonomische Spieltheorie (Gefangenendilemma, Tit of Tat Strategie, als do ut des, Ich gebe, damit Du gibst) die Überlegenheit der blinden Wechselseitigkeit herausgearbeitet. Auch die empirische Evolutionstheorie verwendet deshalb diesen Ansatz zur Beschreibung der evolutionären Bedeutung der *sozialen Kooperation*, *egoistisch* und auch für die Art.⁵⁷⁵

Dies ist an anderer Stelle ausgeführt worden. Zu den Grenzen der einfachen Wechselseitigkeit nach dem Modell „Tit for Tat“ zählt allerdings, dass die Spieler das Spiel wiederholt spielen können müssen, sie es also überleben und handlungsfähig bleiben müssen. So gilt es für den Tausch und auf dem Markt und insofern für die Geldstrafe. Deshalb kann die Widervergeltung bei Tötungen auch nur zwischen *kollektiven Akteuren*, wie Clans, stattfinden. Der Staat kann auch intern mit der Todesstrafe oder der langjährigen Freiheitsstrafe durch seine Mitglieder weiterleben und agieren, nicht aber das Mitglied selbst. Die Strafgerechtigkeit ist also vor allem auf der *Ebene des Staates* oder der Allgemeinheit mit der Wechselseitigkeit sinnvoll zu begründen. Seiner kooperativen Ordnungsstruktur kann sie gut dienen.

⁵⁷⁴ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 10.

⁵⁷⁵ Ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 327 ff. (7. Kap. III-V: „Gerechtigkeitsnaturalismus“, 1-3).

Allerdings entkommt auch diese Deutung nicht ganz einer Art von Metaphysik. Danach bilden die Evolution und die höchste kosmologische Systemidee (oder auch die Gesellschaft), der sie dienet, den letztendlichen Sinn und Selbstzweck.

5. *Kritik.* Neben der individualistischen Tauschgerechtigkeit existiert auch die soziale zuteilende Gerechtigkeit, beide können zusammenfallen, einander aber auch widersprechen.

Replik. Das ist richtig. Die strenge wechselseitige Gerechtigkeit passt aus der Sicht des Einzelnen nur für den Bereich der verfügbaren Freiheit, also im Kern für die Geldstrafe.

Für den Einzelnen bleibt jedenfalls die längere, vollstreckte Freiheitsstrafe vor allem ein Akt der zugeteilten Gerechtigkeit. Auf sie kann der kollektive Akteur, der Staat oder die demokratische Allgemeinheit, die er vertritt, für jenen Einzelfall auch verzichten, aber nicht im Grundsatz.

Das Prinzip der Tausch- und Marktgerechtigkeit „als solches“ ist zwar auch im guten Interesse des Einzelnen. Insofern kennt er den Grundsatz der Wiedervergeltung.

Auch der Schuldspruch, der den Täter bemakelt, gehört noch zum Erträglichen. Aber jeder Akt der Strafgerechtigkeit, die auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe ausgerichtet ist, stellt ein elementares Interesse oder Rechtsgut der Allgemeinheit dar und ist deshalb insoweit auch vor allem im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG verankert.

Allerdings kann man auch anders gewichten und die Gerechtigkeit selbst als zumindest eine höchste Vernunftidee ansehen und auf diese Weise zumindest neben den würdigen individuellen Mensch und die Gemeinschaft des demokratisch Staates stellen Dann unterwirft sich der Einzelne, Art. 1 I, II und 2 I GG, der Idee der Gerechtigkeit, indem er sich an die Idee von seiner Autonomie zurückbindet, also die Fähigkeit, sich selbst Gesetze geben zu können Der demokratische Staat unterwirft sich dem Ideal des Rechtsstaates (Art. 20 III GG, vgl. auch Art. 79 III GG). Dabei bildet der Kern des *allgemeinen* Gesetzes nämlich die kantsche Forderung nach

Verallgemeinerbarkeit, einen wesentlichen Teil der großen Idee der Gerechtigkeit.

Der staatspolitische Dreiklang von Freiheit (selbstbestimmter Mensch), Gleichheit (vermittelnde Gerechtigkeit) und Solidarität (verstaatlichte Gesellschaft der Freien) stellt alle drei Sichtweisen immerhin auf eine Ebene, wengleich wir der Freiheit den Vorzug geben und die anderen beiden gemeinsam dazu dienen, die Freiheit des Einzelnen einzuhegen.

6. „*Gleich dem Täter*“. Wer ein Übel mit einem anderen vergilt, der begibt sich, so heißt es, auf das Niveau des Täters.

Replik. Dies ist in der Tat die Ausgangslage von Aktion und Reaktion. Nur das Recht trennt das Delikt von der Strafe.

Aber der Handelnde hat es in der Hand, diese Reaktion zu vermeiden. Er straft sich nach diesem Modell selbst. Dennoch: Die Todesstrafe trifft den Mörder es ohnehin nicht mehr. Dass das Übel der Strafe ist grundsätzlich von zivilisierter Art. Vor allem die Idee von der fortwährenden Pflicht zur Achtung der Menschenwürde mildert die Reaktion zumindest ab.

Legt man das Gewicht auf die Achtung, so wandelt sich diese Menschenrechtsstrafe sogar schon in ein „Aliud“. Denn der Täter hat sein Opfer zusätzlich missachtet und sich als Herr über andere aufgeschwungen, und zwar über die fremden Güter eines einzelnen oder diejenigen der Gemeinschaft. Er aber wird auf allen drei Ebene des Strafens (Strafgesetz, Strafurteil und Strafvollzug) als würdiger Mensch geachtet.

Jedenfalls handelt es sich in Deutschland nicht (mehr) um das gleiche, sondern zumindest um ein *humanes* „Minus“. So reduziert schon einmal das Angebot der bedingten Entlassung die zeitliche Freiheitsstrafe vereinfacht um *ein Drittel*. Die Geldstrafe nimmt zudem den größten Raum ein.

Ein wengleich zivilisiertes Übel aber soll die Strafe sein und bleiben. Denn nur dadurch kann das Krumme gerichtet werden. Und die Strafe ist nur die „ultima ratio“.

7. *Kritik.* Grob ungerecht erscheint auch das hohe *Dunkelfeld*⁵⁷⁶ und der Umstand des *selektiven Strafens* im Bereich der mittleren und leichteren Strafen.

Replik.: In der Tat, falls alle Delikte bestraft würden, wäre die Welt gerecht, aber vermutlich nicht mehr frei. Recht entsteht erst aus der Erfahrung von Unrecht. Sollen und Sein fallen auseinander. Möglicherweise gäbe dann zumindest keine geplanten Taten mehr. Aber das Bemühen alles Tat ermitteln zu wollen, führt zur Strafverfolgungspflicht, dem *Legalitätsprinzip*, §§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO; § 386 AO. Dass die Ressourcen nicht ausreichen, um zum Beispiel alle Diebstähle auszuermitteln, ist deshalb erträglich, weil die *hartnäckigen Wiederholungs- und Karrieretäter*, für die Freiheitstrafe in Betracht kommt, hoch wahrscheinlich den Ermittlungsorganen dennoch einmal ins Netz gehen werden und sich in diesen Fällen zumeist auch eine Mehrzahl von Taten aufklären lässt.

8. *Fazit.* Auch die Gerechtigkeitsidee hält meines Erachtens nach den Einwänden einigermaßen stand. Sie darf nur nicht auf die strenge Gerechtigkeit reduziert werden und sie muss sich mit der Idee der Humanität im Verbund gelesen werden. Sie muss auch die Idee von der Freiheit mit einbeziehen, die sich auch in der legalen Freiheit der Gesetzgeber zeigt.

Mit diesem Kapitel ist zunächst einmal versucht, den allgemeinen Gedanken des *Tatschuldausgleichs* darzustellen und ihn innerhalb der herkömmlichen Sichtweisen noch einmal aufzubrechen, in die strafbegründende Gerechtigkeit und die strafmildernde Schuldidee. Diesem Ansatz waren die üblichen Einwände entgegenzuhalten.

⁵⁷⁶ Streng, Sanktionenrecht, 2012 , I, 3 („Das Dunkelfeld der Kriminalität – ein Generaleinwand gegen die Straftheorien?“).

12. Kapitel (§ 12)

Sonderlehren zu individueller Schuld und rechtem Ausgleich

I. Ausgleich von unberechtigtem Autonomiegewinn durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung

1. Über die Fragen von individueller Schuld und rechtem Ausgleich ist noch einmal jenseits des Herkömmlichen, aber weiterhin noch innerhalb des deutschen Verfassungssystems nachzudenken. Nachfolgend sind dazu nacheinander die folgenden Sonderlehren vorzustellen.

(I.) Ausgleich von unberechtigtem Autonomiegewinn durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung

(II.) Staatliche Strafe und autonome Einwilligung in das Strafrisiko

(III.) Einwilligung und dreistufige gerechte Strafbegründung - legale, schuldgerechte und zuteilte Strafe

(IV.) Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue

(V.) Strafmildernde Mitverantwortung von Gesellschaft und Natur als Rechtfertigung von humanen Strafen.

Die deutsche Strafrechtstheorie diskutiert von diesen Lehren vor allem den Gedanken der Einwilligung in das Strafrisiko. Zunächst aber wird es darum gehen, die Gerechtigkeitsidee etwas anders zu begreifen und damit zugleich dem gewichtigen Vorwurf, mit dem Strafübel dem Tatübel ein *zweites Übel* hinzuzufügen, zu entgehen.

2. Herkömmlicher Weise wird die Gerechtigkeit aus dem Blickwinkel *der Strafenden* betrachtet. Darüber ist allerdings nachzudenken.

Der demokratische Wir-Gesetzgeber begreift sich selbst als *souverän* und auch als *vernünftig*. Souverän im königlichen Sinne⁵⁷⁷ zu sein, heißt *frei* über das Strafen zu entscheiden und darauf auch willkürlich, etwa mit hoheitlichen Gnadenakten, verzichten zu können.

Verbunden mit der Souveränität ist die Machtidee des Gewaltmonopols oder zumindest die Vorstellung von herrschaftlicher Übermacht einerseits und in der Regel auch die Unterwerfung unter die vage Höchstidee von legitimem, meist traditionellem Recht und von heiliger Gerechtigkeitsordnung andererseits. *Reale Übermacht, traditionelle Legitimität und ideelle höchste Gerechtigkeit* bilden also einen Verbund.

Die Position des Königs und jedes Fürsten war und ist zudem mit dem Amt des Richters verbunden gewesen. Diese Aufgaben hat dann die Demokratie mit der kollektiven Volksidee übernommen. Recht wird nunmehr „im Namen des Volkes“ gesprochen. Ungerechtigkeiten führen zu Aufständen gegen die Mächtigen. Ohne gerechtes Recht fehlt auch der Demokratie (wie früher auch jedem absoluten Herrscher, der seine Herrschaft von einer göttlichen gerechten Ordnungsmacht ableitet) die Legitimation. So sieht Art. 20 IV GG ein Widerstandsrecht vor, das auch den Missbrauch des Rechtsstaats erfasst und mit ihm die Idee von der Gerechtigkeit. „Ungerechtes Recht“⁵⁷⁸, falls es denn überhaupt nicht Recht darstellt, muss nicht ertragen werden.

Sich als vernünftig im Sinne Aufklärung zu begreifen, meint dagegen, sich freiwillig den Gründen der Vernunft zu *unterwerfen*, sich also *selbst zu binden*.

Zur Vernunft zählt dabei auch, die Fähigkeit, *ethische* Maßstäbe anlegen zu können, also nach dem Guten zu entscheiden. Im Sinne des *Bundesverfassungsgerichts* erweist sich der Mensch als ein geistig-sittliches Wesen und damit auch der soziale demokratische Wir-Verband.

Religiöse Menschen werden die Begabung der Menschen mit Vernunft als Gottesgabe, etwa auch mit der Gottes-Ebenbildlichkeit (*imago dei*), begründen. Die Naturalisten werden die Vernunft aus der Natur ableiten und dazu den

⁵⁷⁷ Mill, Liberty, 1859, 9.

⁵⁷⁸ Zu „Ungerechten Recht“; Müßig, *Summum ius*, 2013, 23 ff. , 23 ff. Pfordten, *Rechtsethik*, 2011, 195 ff.

Nutzen- im Verbund mit dem Kooperationsprinzip- zugrunde legen und somit der Ethik des Utilitarismus folgen.

Zur Kultur der Vernunft gehört es, sich zunächst über dieses eigene demokratische Selbstverständnis zu verständigen, also eine Art von Konsens zu finden. Mit den Grund- und Menschenrechten und der Demokratie, die auf der Idee von der Freiheit des Menschen fußt, hat dieses Denken der Aufklärung seine gesamtwestliche, allerdings jeweils national unterschiedliche *rechtliche Verfestigung* erfahren.

Der nächste Schritt besteht darin, sich die möglichen Blickwinkel ins Bewusstsein zu setzen, um danach den maßgeblichen herauszuheben.

Insgesamt gibt es zumindest vier große Blickwinkel, die es alle erlauben, nach der Gerechtigkeit suchen:

- Der einzelne Mensch, die Ich-Person (Art. 1 I GG). Als aktiver Täter wird er für die Tat als die Seine bestraft. Er ist es, der sie beherrscht und der mit ihr als Herrscher über fremde Rechtsgüter auftritt. Als passives Opfer verlangt er nach zivilem Schadensersatz, Trost- und Traumahilfe, nach Aufklärung der Tat und der Motive des Täters, aber auch nach Sozialhilfe und Schutz vor Wiederholung. Nach Strafe verlangt er aber wohl weniger.
- Der Andere, er bildet als kommunikativer Beziehungsmensch die Du-Person (Art. 2 I GG); sie verlangt als empathischer Dritter nach dem persönlichen Tadel und nach dem Täter-Opfer-Ausgleich, und nach allem, was dazu dient, die zerstörte Vertrauens-Beziehung, also das Anerkennungsgeflecht der (meist engeren) Gemeinschaft der Nächsten wieder zu erneuern.
- Die strafende staatliche Allgemeinheit im Sinne der Generalprävention, die Wir-Sicht (Art. 20 I GG), die neben dem Tadel eine Übelzufügung als Strafe will, um die Normgeltung zu bekräftigen. Sie begreift sich zugleich als Opfer, wenn sie aus den Vernunftsgründen der Sozialschädlichkeit, der Erschütterung der Rechtsordnung, der abstrakten Rechtsgutsverletzung, des Rechtsbruchs etc. strafen will.
- Hinzu tritt die verbotenen *Negation* und die untersagte Verobjektivierung von einzelnen Menschen, die Behandlung bloß als Objekt, und zwar als Unrechtstat einerseits und auch als Strafe andererseits, etwa im Sinne eines reinen Polizei- und Maßregelrechts oder auch die Diskriminierung

von Menschgruppen; es ist die verfremdende *Es-* oder auch die *Sie-Rolle*, als die rein passive Personenrolle, zu der auch das Feindstrafrecht gehört.

3. In einem Verfassungsrechtssystem, in dem Freiheits- und Bürgerrechte den Vorrang genießen, ist vorrangig auf die Ich-Sicht des *einzelnen autonomen Täters* abzustellen.

Denn die eigentlich *strafende demokratische Wir-Gemeinschaft* sieht den einzelnen Täter als einen der ihren an, souverän und frei im Hinblick auf das Seine und zugleich fähig, sich den Regeln der Vernunft zu unterwerfen und mit ihrer Hilfe sich seine eigenen Gesetze zu geben.⁵⁷⁹

Seine (traditionelle) Legitimität ergibt sich dabei aus dem naturrechtlichen Menschsein (mit oder auch ohne weitergehende religiösen Ableitung).

Der einzelnen Menschen und die Gesellschaft der Menschen sind also von gleicher Art. Deshalb vermag in der Demokratie also auch der Einzelne - gemeinsam mit anderen- sich selbst zu beherrschen. Er erweist sich also inzwischen nicht nur als (normativ) autonomer, sondern auch (machtpolitisch) souveräner Selbstherrscher.

Mit *Kant* gilt „*handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.*“⁵⁸⁰ Der *Kant*-Mensch ist also fähig, sich selbst Gesetze und auch dieses allgemeine Gesetz zu geben. Und Allgemein heißt vor allem, dem Gleichheitsgedanken zu folgen, der wiederum in Deutschland auch die Idee des Gesetzes selbst regiert. Es soll für alle gleich gelten.

⁵⁷⁹ Im Sinne von: Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 434 („Die Vernunft bezieht also jede Maxime des Willens als allgemein gesetzgebend auf jeden anderen Willen und auch auf jede Handlung gegen sich selbst und dies zwar nicht um irgend eines andern praktischen Bewegungsgrundes oder künftigen Vortheils willen, sondern aus der Idee der Würde eines vernünftigen Wesens, das keinem Gesetze gehorcht als dem, das es zugleich selbst gibt.“)

⁵⁸⁰ Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 421, Hervorhebungen nicht im Original) „Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar dieser: *handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.*“ (Grundformel). Siehe zudem: 420 Fußnote: „Maxime ist das *subjective Princip* zu handeln und muß vom *objectiven Princip*, nämlich dem *praktischen Gesetze*, unterschieden werden. Jene enthält die praktische Regel, die die Vernunft den Bedingungen des Subjects gemäß (öfters der Unwissenheit oder auch den Neigungen desselben) bestimmt, und ist also *der Grundsatz, nach welchem das Subject handelt*; das Gesetz aber ist das *objective Princip*, gültig für jedes vernünftige Wesen, und *der Grundsatz, nach dem es handeln soll, d. i. ein Imperativ.*“

Die ethische Formel für das Strafen lautet daher meines Erachtens:

Strafe beinhaltet den *Ausgleich* von unberechtigtem *Autonomiegewinn*, und zwar *durch Autonomieverlust*.

Das Konstrukt hinter diesem einfachen Satz erweist sich als etwas komplexer. Denn neben dem rein *normativen* Aspekt sind auch

- die *idealistische- aufklärerische* Ebene der Vernunft mit einzufangen,
- das *machtpolitisch-soziale* Element der Herrschaft ist mit zu bedenken.
- Zudem ist die *psychologisch-empirische* Ebene der Erfahrung mit einzubeziehen.

Danach meint Strafe den *Ausgleich* von unberechtigtem, weil unvernünftigem (normativem) *Autonomiegewinn* und dem Ausgleich von (*machtpolitischer und psychologischer*) *Souvernitätserfahrung*, und zwar *durch Autonomieverlust und die Gegenerfahrung von Ohnmacht*.

Eine Straftat erweist sich deshalb als „unberechtigt, weil unvernünftig“, weil und wenn sie *demokratischem* Recht widerspricht. Denn eine demokratische Legislative, die auf den politischen Konsens setzt, die sich an die Rechtsidee des allgemeinen Gesetzes hält und die sich zudem an die *minimalethischen* Grundsätze gebunden weiß, zeigt sich als *vernünftig*.

Die grob unvernünftigen, weil unethischen oder auch „un-sittlichen“ Unrechtstaten bilden den Kern des Strafrechts. Solche Taten sind dann, wenn sie im Strafrecht verrechtlicht ist, auch *unberechtigt*. Für den Täter, wie auch für die Laiensicht der Allgemeinheit (des demokratischen Volkes), genügt bekanntlich eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Deren Kern bilden die Handlungsverbote der „einfachen Sittlichkeit“, die das Strafgesetz verrechtlicht hat. Es sind mit dem *Bundesverfassungsgericht* die „elementaren Werte der Gemeinschaft“, die das Strafrecht schützen soll.

Der Gedanke der Minimaletik des „*ungerechten Rechts*“ erhält zudem im *Strafrecht* seine *eigene* Bedeutung. Denn das Kernstrafrecht hat von der Rechtsebene aus betrachtet die *ungerechte Rechtsanmaßung* durch den Täter

zum Gegenstand. Vor allem die besonders *groben Menschenrechtsverletzungen* (Art. 1 I, Art. 2 GG) oder die beharrlich wiederholten Verletzungen des gesamten *Grundwerte- und des Staats- und Rechtssystems* (Art. 20 GG) müssen zu Strafe führen. Leichtere Verletzung als *Vorstufen* dazu kann der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit – und nach politischer Diskussion und somit aus strafrechtlicher Sicht unter Einbeziehung des *Rechtsempfindens der Allgemeinheit*- unter Strafe stellen.

Der *minimalethische Kern* bildet zudem dasjenige Unrecht, das auch in der Regel tatsächlich zu *längeren vollstreckten Freiheitsstrafen* führt und rechtsethisch nicht nur Freiheitstrafe nach sich ziehen darf, sondern auch muss. Rechtliche Strafflosigkeit, etwa wegen Mordes, von Raubserien oder hartnäckig wiederholter Einbruchskriminalität. erschiene als „unrichtigen Recht“.

Auch den Ausgleich zu fordern, erweist sich als vernünftig, weil diese Forderung unmittelbar aus der Idee der *Gerechtigkeit* folgt.

4. Im Einzelnen:

An die Stelle der Vergeltung mit einem Übel ist die Idee vom Ausgleich des *unberechtigten Gewinns* zu setzen. Folgt man dieser Ausgleichslehre, so wird dem Täter mit der Strafe also *kein zusätzliches Übel* zugefügt, sondern nur diejenige Freiheit genommen, die er sich unberechtigter Weise angemäßt hat.

Bezogen auf die Freiheitsstrafe heißt es also: Der Täter hat sich willkürlich und rücksichtslos „*Freiheit*“ genommen, auf die er kein Anrecht hatte und so müssen wir ihm mit der Strafe zum Ausgleich *Freiheit* nehmen, allerdings angemessen, auf rechtlicher Grundlage und human.

Die Freiheit im Sinne der Menschenwürde begreifen wir vor allem als *Autonomie*, als die Grundfähigkeit des Menschen, als „geistig-sittliches Wesen“ sich dank seiner Vernunft selbstbestimmt Gesetze zu geben.

Auch reicht der zivilrechtliche Schadensersatz allein nicht aus. Denn der Täter *gewinnt* die höchstpersönliche *Erfahrung von willkürlicher Freiheit, den Status* unter seinen Nächsten und Seinesgleichen und das *Herrscher-Selbstbild*, so und

über dem Recht handeln zu können. *Ich darf und kann so agieren.* Nach der Tat heißt es für den Täter bis zur Strafe: *Ich durfte und konnte so handeln.*

Mit einem Mord führt der Täter sich als Herr über Leben und Tod auf. Dieser angemessenen *totalitären Herrschaftsmacht* und diese Art von Recht des Stärkeren, ich kann es, also darf ich es auch, gilt es ein Faktum *im Bewusstsein* des Täters entgegen zu setzen. Es reichen keine guten Worte. Sie hat der demokratische Gesetzgeber mit dem Strafgesetzbuch schon ebenso gesprochen wie die Strafgerichte mit ihren öffentlichen Urteilen in vergleichbaren Fällen. Das Gerade-Richten muss assoziativ mit der Tat verbunden sein, indem es selbst eine ähnliche Tat darstellt.

Der Täter führt sich als *Herr* auf (auch daran erkennbar, dass wir verlangen, dass er über die „Tatherrschaft“ verfügt), und zwar etwa über das Leben, über die Freiheit oder das Eigentum eines anderen oder über die Werte von gesellschaftlichen Institutionen. Dieser angemessenen Herrschaft stellt die Wir Gesellschaft eine gleichwertige Verneinung als Ohnmacht an die Seite.

Der Täter hat sich zum Herr über die Freiheit oder gar die Existenz anderer oder von Gemeinschaftswerten aufgeschwungen. Zum Ausgleich wird er der Ohnmacht unterworfen, die aus dem strafweisen Freiheitsentzug folgt.

Die Erfahrung, der Status und das stolze Selbstbild verbleiben dem Täter auch noch lange nach der Tat, und zwar solange bis eine neutralisierende *Gegenerfahrung der Ohnmacht* korrigierend auf ihn einwirkt.

Auch schon der Schuldspruch sucht den Sonderstatus des Täters, seine angemessene Herrschaft über das Recht und über fremde Rechtsgüter, *rückwirkend*, und zwar normativ aufzuheben: Der Täter durfte nicht so handeln. Aber erst mit der Strafhaft erfährt er den Ohnmachtsstatus des Gefangenen und erlebt ihn als Ausgleich für den angemessenen Herrschafts-Status.

Für die Ausgleichlehre spricht auch, dass der Täter selbst nicht in erster Linie einen Schaden herbeiführen will, sei es als *Sozialschaden*, als Verletzung fremder Rechtsgüter oder als Normgeltungsschaden. Er will einen *egoistischen Freiheitsgewinn erlangen* und er hat ihn erfahren. Ich wollte und konnte! Und

ich habe inzwischen den Genuss der Willkür-Herrschaft über das Recht und über fremde Güter erlebt!

So betreiben wir mit der Strafe den gerechten Ausgleich und üben keine Vergeltung eines Übel mit einem gleichwertigen Übel. Die Ausgleichsidee selbst stellt dabei einen Teil der Rechtsidee dar und ist somit im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) verankert. Zugleich stellen wir insofern auf den Täter als *einzelnen würdigen Menschen* ab (Art. 1 I GG), weil wir seine Sicht zugrunde legen.

Der Mensch gilt uns als eine vernünftiges geistig-sittliches Wesen, das allerdings auch frei ist, sich *unvernünftig* und grob *rechtswidrig* zu verhalten. In diesem Falle muss er damit rechnen, das die vernünftige demokratische Gemeinschaft das Vernunftprinzip des gerechten Ausgleichs (auf deren Art und Weise sie sich vorher gesetzlich verständigt hat) durchsetzt. Die vernünftige, aber auch souveräne freie demokratische Gesellschaft, die sich der Minimaethik im Recht unterwirft, wird dann Strafwang anwenden, wenn der Täter nicht reuig Unrechtseinsicht zeigt und nicht bereit ist, die „Sühneleistung“ der Ohnmachtserfahrung freiwillig auf sich zu nehmen.

Unter dem Strich steht der Täter nach der Verbüßung der „Ohnmachtsstrafe“ ebenso da wie vor der Tat. Insofern handelt es sich um eine Art der *Restitution*, der Wiederherstellung des alten Rechts- und Friedenszustandes, und zwar auf Seiten des Täters. Er behält keinen Freiheitsgewinn. Der „Rechtsnachteil“ der Strafe, von dem Art. 5 EGStBG spricht, *neutralisiert* exakt den Rechtsvorteil, den der Täter mit der Tat erlangt hat.

Auch diese Art des Gerade-Richtens geschieht mit Gegendruck, und zwar an sich im selben Umfange wie der Ursprungsdruck für das Verbiegen des Geraden zum Krümmen. *Kant*⁵⁸¹ und *Hegel*⁵⁸² formen diesen antiken Grundgedanken auf ihre Weise um, um die Gerechtigkeit der Strafe mit einem gleichen im Sinne

⁵⁸¹ Kant, Grundlegung, 1785, AA, 455. „das widerfahre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann“

⁵⁸² Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193., („dass das allgemeine Gefühl der Völker und Individuen bei den Verbrechen ist und gewesen ist, dass es Strafe verdiene und dem Verbrecher geschehen solle, wie er getan hat“).

von *gleichwertigen*⁵⁸³ oder proportionalen Übel zu erklären. *Kant* spricht immerhin auch vom „widerfahren“ (was seine Tat Wert sind).

Allerdings geht es *Kant* um den Ausgleich der Wertverletzung, also verallgemeinert je nach Sichtweise die soziale Schadens- oder auch die individuelle *Opfersicht* und nicht um die *Tätersicht* auf den *Eigenwert* und um dessen Autonomieerfahrung.

Der Verurteilte *empfindet* die Strafe zwar in der Regel als ein Übel (als Leid, als Rechtsnachteil). Aber dasselbe gilt auch für eine zivilrechtliche Zwangsvollstreckung, etwa wegen eines gewährten Kredites. Denn es handelt sich um einen *Gewaltakt*. Dennoch nimmt auch die zivilrechtliche Zwangsvollstreckung dem Betroffenen nur einen „materiellen Vermögensteil“ aus seinem insofern illegalen Gesamtvermögen, der ihm nicht zusteht. *Gefühle können nicht abstrahieren*. Mit der Strafe wird dem Täter analog dazu ein illegal erlangter „immaterieller Vermögensteil“, vereinfacht ein illegaler Herrscherstatus, dadurch genommen, dass ihm gleichwertige, oder geringere Ohnmacht verordnet wird.

5. *Human ausgleichende Vereinigungstheorie*. Insgesamt bietet es sich also an, eine *human ausgleichende Vereinigungstheorie* zu vertreten. Die beiden Gedankenwelten der *Prävention* sind dennoch ebensoviele miteinzubeziehen wie der Gedanke der *Humanität*. Erst diese Gesamtheit wird der Komplexität des Rechts und damit auch des Strafrechts einigermaßen gerecht. Der Kern der *Begründung* des Strafens bleibt aber die einfache *ethische* Rechtsidee des Ausgleichs.

Aus der Sicht der *positiven Generalprävention* etwa würde das Wissen um die Fortdauer der ungesühnten, unausgeglichenen *Erfahrung* des Täters, zu Unrecht souveräner Herr über fremde Rechtsgüter sein zu können, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Bewahrung des Rechts erschüttern. Dies entspricht in etwa dem Gedanken des *Rechtsgeltungsschadens*, dem das Strafrecht begegnet. Allerdings geht es der Ausgleichslehre nicht vorrangig um die Beseitigung eines Schadens, dann wäre der Täter nur *Mittel zu einem Zweck*, sondern vorrangig darum, ihm die Erfahrung eines unberechtigten Autonomiegewinns zu nehmen.

⁵⁸³ So schon Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1132b

Aus dem empirischen Blickwinkel der *Individualprävention* ist es die *Erfahrung* des Täters, sich zum Herrn über fremde Rechtsgüter aufschwingen zu können, die ihn zum Rückfall neigen lässt. Er tendiert dazu, diesen Taterfolg der Erfahrung eines willkürlich angemessenen Autonomiegewinns zu wiederholen. Erst die gegenläufige Ohnmachtserfahrung, so eine immerhin naheliegende denkbare psychologische Folgerung, kann ihn davon abhalten.

Allerdings erweisen sich kurzfristige Freiheitsstrafen bei mittelschweren und leichteren Delikten in der Regel dazu als unwirksam, weil sie den Täter vorrangig entsozialisieren würden. Der Lerneffekt erweist sich als gering. Die Aussetzung zur Bewährung mit der Drohung des Widerrufs im Wiederholungsfalle bietet das effektivere Rechtsinstitut, um das individualpräventive Ziel der Resozialisierung durch Strafe zu erreichen. Der Mensch ist eben auch ein sozial eingebundenes Wesen. Deshalb ist eine präventive Wirkung der Ohnmachtserfahrung, wenn überhaupt, vor allem für Schwerekriminalität und hartnäckige Wiederholungstaten und entsprechend langfristigen Strafen anzunehmen, bei denen dann wiederum die Gefahr der Persönlichkeitsveränderung durch die Entprivatisierung besteht. Andererseits spricht einiges dafür, dass auch der Täter mit der schweren Unrechtstat selbst bereits seine Persönlichkeitsstruktur verändert hat und sich selbst als „Verbrecher“ begreift, seine Empathie auf seinen eigenen Nahraum begrenzt und ansonsten „sozialpathologische“ Züge entwickelt. Der Lerneffekt steht bei der Ausgleichslehre nicht im Vordergrund, sondern bildet nur ein sekundäres Angebot. Jedenfalls schränkt der Freiheitsentzug, die Fähigkeit des Täters ein, außerhalb des Vollzuges rückfällig zu werden.

Man kann darin einen Ausdruck der großen Widersprüchlichkeit (Antinomie) der Strafadeen sehen. Die Folgerungen aus der Gerechtigkeitsidee, hier als Ausgleichslehre, widersprechen denen der empirisch ansetzenden Individualprävention. Doch tritt schon auf der *ethischen* Ebene zur einfachen blinden Ausgleichsidee der humane Aspekt hinzu, der die an sich gerechte Strafe auf ein *Menschenmaß abschwächt* und dazu auch die Täterpersönlichkeit zu betrachten.

Schon die alte Schuldidee, die vereinfacht auf das *vorwerfbare Unrecht* abstellt, wirkt *strafmildernd*, wie der einfache Vergleich von Totschlag und fahrlässiger Tötung zeigt.

Der Täter wird nicht mehr nur wie schon bei *Feuerbach* und *Liszt* als Bürger mit Bürgerrechten begriffen und vor dem staatlichen Machtmissbrauch geschützt, und zwar insbesondere über seine Rechte im Strafprozess. Er wird heute bei den *Mindeststrafen*, der *Strafzumessung im weiteren Sinne* und vor allem im *Vollzug* -auch- als Mit-Mensch gesehen, der gefehlt hat.

Auch verändert sich -vereinfachend- im Laufe von zehn Jahren ohnehin die Persönlichkeit eines jeden Menschen. Er ist nicht mehr derselbe wie bei der Tat, auch wenn er die angemäße Herrschaftserfahrung mit sich trägt. Das Dilemma besteht nur darin, dass der Strafgefangene im geschlossenen Vollzug vor allem das Leben in Unfreiheit und Ohnmacht lernt. Deshalb ist auch der Vollzug aus individualpräventiven Gründen zu *humanisieren*.

Rechts- und staatspolitisch betrachtet kann und wird der vernünftige demokratische Gesetzgeber innerhalb seiner großen, nur, aber immerhin *minimalethisch* begrenzten Gestaltungsfreiheit zunächst *präventiv* ansetzen.

Denn aus der gesetzgeberischen Eigensicht wird der demokratische Bundesstaat zunächst einmal seine unmittelbaren sozialen *Eigeninteressen* und *sozialschädliches* Verhalten bekämpfen wollen. So stellt jede Anmaßung von *Macht* und *Recht* zwar einen Angriff auf das Selbstverständnis des Staates dar. Aber es erweist sich nicht nur als *human*, sondern auch als *effizient*, vollstreckbare Freiheitsstrafen nur für Schwerekriminalität und ansonsten nur für hartnäckige Wiederholungstäter vorzusehen. Ansonsten genügt ein durch Geldbußen etwas verstärkter *symbolischer* Tadel „im Namen des Volkes“.

Auch wird der Gesetzgeber die Interessen seiner Bürger und aller Menschen auf seinem Staatsgebiet wahrnehmen, und zwar in der Demokratie ebenfalls als die eigenen gesamtstaatlichen (Schutz-) Interessen. Zudem weiß er sich gebunden an die Minimaethik des Verfassungsrechts und deren Kern der Art. 1, 20, 79 III GG. Er richtet sich dazu und deshalb an der *Werteordnung* der Verfassung aus. Dazu zählen -mittelbar- auch die Ideen des *Rechtsgüterschutzes* und des *Schuldstrafrechts*, das „althergebrachte Strafrecht“, auf das die Verfassungsgeber des Grundgesetzes 1949 sich schon eingelassen haben.

Die heutige, auch kritische strafrechtliche Diskussion der Rechtsgutslehre und auch die hier vertretene moderate Ergänzung um personale Elemente, um die beiden personalen Hauptrechtsgüter, würdiger Menschen und demokratischen Bundesstaat, bleiben bedenkenswert. Sie aber bilden keine neue Strafrechtskultur, die auch das gesetzliche *Deliktsrecht* mitumfasst.

Die *präventive Vereinigungstheorie* hat, trotz ihres Rückhaltes im Sanktions- und Strafvollzugsrecht, noch keinen kulturellen Umschwung hin zur *Abkehr* von einem Schuldstrafrecht bewirkt, das auch das Strafgesetzbuch noch mit seinen Begriffen zugrunde legt. Das Schuldstrafrecht ist aber wiederum über seine rechtsethische (oder rechtssittliche) Ebene mit dem Wertedenken der Rechtsgutslehre verbunden, das auch in den Grundwerten des Grundgesetzes zu finden ist.

6. *Vorzüge der humanisierten Ausgleichslehre*: Die Vorzüge der Ausgleichslehre lauten vor allem:

- Die Ausgleichslehre vermeidet den Vorwurf, eine Rechtsgutsverletzung, also ein Übel, mit einer Rechtsgutsverletzung strafweise beantworten zu wollen.
- Sie hat den Vorzug, dass mit dem Abstellen auf den Autonomiegewinn des einzelnen Täters auch dessen *konkreter* Gewinn, und zwar über eine bestimmte Straftat, nachgewiesen sein muss.
- Die Ausgleichslehre stellt mit ihrem Grundansatz der ausgleichenden Gerechtigkeit zunächst wie alle Gerechtigkeitstheorien den materiellen Kern der *Rechtsidee* und damit des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) in den Mittelpunkt.
- Aber mit der Tätersicht von dessen Autonomiegewinn bindet sie sich zugleich auch an die Autonomie der Menschenwürde zurück (Art. 1 I GG),
- Sie bedient also beide Hauptelemente der deutschen *Verfassungsidentität* (Art. 79 III GG).

- Als Gerechtigkeitslehre vom gerechten Recht deckt sie auch den Grundgedanken der *positiven Generalprävention* mit ab, mit der Strafe die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit zu gewährleisten.
- Sie bedient mit dem Aspekt der Tätersicht auch die Grundlage für den Gedanken der Strafe zur Resozialisierung des einzelnen Täters, ein Ansatz, der ebenfalls aus der Idee der Menschenwürde erwächst.
- Die Humanisierung des Strafens nimmt der an sich blinden Ausgleichslehre ihre Grausamkeit. Sie findet ihre Einschränkung im Rückgriff auf die unberechtigte Herrschaftserfahrung des einzelnen Täters und dem Gebot, auch bei „althergebrachten“ Strafen seinen Anspruch auf Achtung der Menschenwürde zu achten.

7. *Fazit*. Wie also ist „etwas gerade zu richten“? Die *Hauptbegründung* des Strafens erfolgt über die Vergeltungsidee (allerdings in der Form des Ausgleichens). Strafe wäre sonst keine Strafe. Gerechtigkeit bildet einen Wert und eine Handlungsmaxime „an sich“. Sie gehört zur Minimaethik, durch die die Demokratie ihre eigene souveräne rechtliche Gestaltungsfähigkeit begrenzt weiß - will sie denn vernünftig sein.

Allerdings ist das strenge blinde Recht, und damit auch die Begründung der Strafe mit ihm, seinerseits durch mildernde Humanität auszubalancieren, und zwar vor allem durch ein (altes strafrechtliches) Schuldstrafrecht, dessen heutige Deutung durch das *Bundesverfassungsgericht* zu Recht die (verfassungsrechtlichen) Menschenwürde-Idee des Grundgesetzes in den Vordergrund stellt.

So gilt in Deutschland offenbar der Vorrang des doppelten *ethischen* Ansatzes (und nicht der Vorrang von präventiven Erwägungen, deren es aber nachrangig auch immer bedarf). Er geht von einem *gerechten* und *humanen* Strafrecht aus, dem die *Ausgleichslehre* eine etwas andere und nach allem bessere Deutung verleiht.

II. Staatliche Strafe und autonome Einwilligung in das Strafrisiko

1. Wie nun ist das Strafen durch den Staat mit dem Gedanken der Autonomie und der Subjektstellung verbunden? Weshalb ist auf die (innere) Schuld abzustellen, wenn denn die Strafe von Gesetzeswegen, also von außen, bestimmten wird? Handelt es sich dann nicht doch um eine soziale Zuschreibung von Schuld?

Hierzu ist eine Sonderlehre anzubieten:

Die ethische Grundlage bildet die Idee der freien Selbstbeherrschung, aus der sich auch erst die Demokratie als die gemeinsame Selbstbeherrschung ergibt. Sie erfordert *eine Art der Selbstbestrafung*. Denn anderenfalls wäre der Mensch fremdbestimmt.

Als autonomes und souveränes Wesen trägt der Täter ohnehin die *Eigenverantwortung*.⁵⁸⁴ Die Tat des Täters ist die Seine und er haftet für das Seine. Er ist deshalb auch grundsätzlich fähig, die Strafe als *eigene* zu wollen.

Insofern lässt sich aus dem Satz „Keine Strafe ohne Gesetz“ in Art. 103 II folgern, *der Täter selbst habe schon mit der Tat das ihm vorher bekannte Risiko einer solchen Strafe bewusst auf sich genommen*.

Die verfassungsrechtliche Grundlage dazu steckt im Schuldprinzip. Dieses leitet das *Bundesverfassungsgericht* nicht nur aus Art. 1 I GG ab, sondern beruft sich zu Recht auch auf das Freiheitsrecht des Art. 2 GG, aus dem sich auch der Gedanke der „*Eigenverantwortung*“ ergibt.

2. So kann man im Sinne einer -mit *Di Fabio* modernisierten-*Sozialvertragslehre*⁵⁸⁵ zum Beispiel durchaus folgende -liberalistische-Metapher aufgreifen und sagen, der Angeklagte habe „einen Preis“⁵⁸⁶ für seine

⁵⁸⁴ Dazu ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 1. Kap. IV („Verantwortung, freie Rechtsperson und souveränes Individuum“, 47 ff.)

⁵⁸⁵ Aus der deutschen Sicht zur „geistigen Fortwirkung der Vertragstheorie“ im Sinne der „*Verfassung als Vertrag zwischen Bürgern*“: Di Fabio, Recht, 1998, 35 ff.

⁵⁸⁶ Dazu Beccaria in seiner berühmten Schrift „Über Verbrechen und Strafe (1766)“, 51: Gesetze seien die „*Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben*“

Tat zu entrichten. Er lebt hier, kennt in einer Parallelwertung in der Laiensphäre die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens und weiß auch grob um die Art und Weise der Strafbarkeit.⁵⁸⁷

Die Sozialvertragslehre beruht auf der *Tauschgerechtigkeit*, die allerdings abstrahiert ist. Auch die liberale Idee der *wechselseitigen Anerkennung* von Freiheitsrechten führt zu einem Freiheitsgrundvertrag. Dieser große Modellgedanke des Naturrechts ist auch noch in Art. 2 I GG sichtbar, soweit die eigene freie Entfaltung durch die Freiheitsrechte anderer begrenzt ist.

Kant erklärt ähnlich:

„*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.*“⁵⁸⁸

Willkür ist dabei als Freiheit zu lesen und die Freiheit begründet das Autonomieprinzip. Auf dessen Grundlage sich Menschen fähig, sich selbst ihr Recht, und zwar vor allem in Form von *Verträgen*, zu schaffen.

Dazu gehört offenbar auch, das *Strafen zu vereinbaren*, wenn die Grundelemente des Vertrages nicht eingehalten werden. Krummes muss mit kollektivem Zwang geradegerichtet werden. Denn das Gewaltmonopol soll beim Staat liegen, *Selbstjustiz* also ausgeschlossen sein. Alles Weitere regeln dann die demokratischen Einzelgesetze. Die Elemente, die wir mit dem Gedanken des Strafens zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ verbinden, bilden also zugleich die Grundlagen des Sozialvertrages, auf den sich jeder erwachsene Mensch einlässt, wenn er im Geltungsbereich des *Grundgesetzes* lebt.

3. Die Einwilligungsidee diskutiert *Seelmann* als Idee des alten Gesellschaftsvertrages. Er und auch *Hörnle* lehnen sie mit den bekannten

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“. Dazu: Deimling, *Kriminalprävention*, 1986, 51 ff., 52. “

⁵⁸⁷ Diskutiert immerhin als Idee des Gesellschaftsvertrags von Seelmann, *Vertragsmetaphern*, 1991, 441 ff. 453 und abgelehnt von Hörnle, *Straftheorien*, 2011., Rn 47 als irrealer Unterstellung, hier aber erste einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

⁵⁸⁸ So der berühmte kantsche Begriff des Rechts: Kant, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 230.

Standardargumenten der Fiktivität ab,⁵⁸⁹ Hörnle mit den Worten: „*In die Tat kann nicht der Aussagegehalt hineingelesen werden, dass der Täter mit seiner Bestrafung nunmehr tatsächlich einverstanden sei. Mehr als die Behauptung, dass er vernünftigerweise hätte zustimmen müssen, ist nicht möglich.*“

Gewiss geht die *alte* Idee vom Sozialvertrag von einer (darwinistischen) Art von homo oeconomicus aus⁵⁹⁰. Aber auch der heutige Täter, der in eine Gesellschaft hineingeboren wird, weiß um die grundsätzliche Strafbarkeit und handelt dennoch. Er lebt ansonsten von den Vorzügen des deutschen Lebenssystems. Er sagt sich, ich will oder ertrage zumindest dieses System, denn ich kann tatsächlich auch *auswandern* und verzichte darauf. Wer um seine Rechte weiß, wie die der grundsätzlichen Handlungsfreiheit oder des Eigentums, und wer sie alltäglich auslebt, der kennt auch die *Pflichten*. Er weiß auch um die Grenzen und um die Strafbarkeit. So werden das Vorliegen des Unrechtsbewusstseins und das grundsätzliche Wissen um die Strafbarkeit bei jeder Tat mitgeprüft. Wer dennoch handelt, nimmt das *Risiko der Strafbarkeit zumindest billigend in Kauf*.

Klaus Günther etwa erklärt ähnlich, der Täter habe eine legitim zustande gekommene Norm missachtet, die er als Staatsbürger mitgetragen habe. *Hörnle* selbst spricht von *Fairness*, weil der Täter auch die Vorzüge der Verbotsnormen genossen hat.⁵⁹¹ Dahinter verbirgt sich ebenfalls die Idee vom Sozialvertrag, sie ist nur auf den Alltag heruntergebrochen.

Aber auch wer den Ansatz von der autonomen Einwilligung in das Risiko der Bestrafung ablehnt, weil es keine echte Einwilligung sei, der wird zumindest beachten müssen, dass auch das Recht und gerade das Strafrecht ganz ähnlich die *Fahrlässigkeit*, zumal die grobe, konstruiert und auch bereit ist, an sie die Strafe zu hängen. Verträge können zudem auch im Zivilrecht *konkludent* geschlossen werden.

4. *Begrenzte Reichweite einer Vertragslösung*. Sachgerecht erscheint dennoch eine Einschränkung, die auch im Hinblick auf die Idee vom echten

⁵⁸⁹ Hörnle, *Straftheorien*, 2011., Rn 47, als irrealer Unterstellung, hier aber erste einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

⁵⁹⁰ Hörnle, *Straftheorien*, 2011., Rn 45. Dazu Schmidtchen, *Prävention* 2003, 245 ff., 266 f.

⁵⁹¹ Günther, K., *Freiheit*, 1998, 153 ff., 171 f.; zudem: Neumann 2007, S. 449 f, Pawlik 2004a, S. 9 – *Loyalitätspflichten*); Hörnle, *Straftheorien*, 2011, Rn 51.

Sozialvertrag, den im fiktiven Naturzustand lebende Freie abschließen, aufkommt. Zweifelhaft erscheint, „ob eine solche Klausel in den hypothetischen Vertrag aufgenommen würde, wenn damit in eine *erhebliche Einbuße* (vor allem des Lebens im Fall der Todesstrafe) eingewilligt würde“. Das gilt zumindest aus heutiger Sicht. Wer allerdings den Zeitgeist des vor allem 17. Jahrhunderts mitbedenkt, der konnte sich in Europa unter der *hobbessche* Alternative vom Kriege aller gegen alle etwas vorstellen oder wer zudem die Willkür des sozialrealen Absolutismus, mit seinen Unterdrückungen und seiner Rekrutierungspraxis als Alternativen vor Augen hat, der wird zumindest als Stadtbürger oder Leibeigener auch ein strenges *Kant*-Strafrecht akzeptieren, wenn es denn nur alle Menschen gleich zu behandeln versucht.

So kann die *Vertragslösung* nur für den Bereich *des Verfügbaren* gelten. Über das Leben kann man nicht verfügen, vgl. §§ 216, 228 StGB (als Verstoß gegen die guten Sitten). Das Verfügbare bildet den Kern der *Autonomie*, wie sie -an sich- für die deutsche Kultur vor allem *Kant* vorgeprägt hat.⁵⁹² Heute aber wird der rein liberale Aspekt begrenzt durch die vage *sozialethische* Idee der Sittenwidrigkeit, Art. 2 I GG. Sie ist mit der *Verfassungsethik* gleichzusetzen.

Wir wollen in Deutschland *nicht* in einer rein liberalen Gesellschaft leben, in der wir angeblich auch frei sind, *menschenunwürdige* oder auch sonst menschenrechtswidrige Strafen einzuführen. Wir wollen uns nicht für freihalten, einen Gesellschaftsgrundvertrag abzuschließen, der es erlaubt, in den demokratischen Strafnomen die eigene *Todesstrafe* zu festzulegen. Auch das *Foltern* zur Erpressung von Aussagen soll nicht demokratisch frei kodifizierbar sein.

⁵⁹² Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 440 (Hervorhebungen nicht im Original): „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 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.).

Menschenwürde und Menschenrechte begrenzen also die Freiheit und gehören zu den Grundlagen des deutschen Gesellschaftsvertrages, Art. 1 I und II GG. Zudem müssen die Strafen immer auch noch *gerecht* sein, also vereinfacht in einem Verhältnis zur *Tatschuld* stehen. Denn die Gerechtigkeit bildet den Kern der Rechtsidee im Sinne des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 III GG. Anderenfalls müssen solche Sanktionen als Maßregeln von der *Gefährlichkeit* des Täters abhängen, die der Gesetzgeber zwar auch, aber nur für Ausnahmen und als Ergänzung des Schuldstrafrechts vorhält. Aber sie dürfen nicht als Strafe angesehen werden. Insofern *begrenzt* die humane Schuldidee die präventiven Strafgründe.

Auch darf eine Absprache oder Vereinbarung mit der Justiz im Sinne von § 257c StPO, folglich nur zu einer angemessenen Milderung der Strafzumessungsschuld führen. Insofern beschränkt die Idee der *Gerechtigkeit* als der Ausgleichsteil des Schuldprinzips die Idee der Freiheit.

5. *Subjektive und objektive Vernunft.* Vereinfacht folgt diese Deutung dem Ansatz von Kant, die *allgemeine Maxime*, also das *Verallgemeinerungsgebot* in das Innere des Menschen zu verlegen. Der Täter *vermag* seine Handlung also vernünftig an den Erfordernissen der Allgemeinheit auszurichten. Geschieht dies nicht, so handelt er bewusst *ungerecht*. Dafür wiederum müsste die Allgemeinheit -also auch das ethische Überich oder das Gewissen des Täters- das Strafgesetz wollen, auf dass das Unrecht wieder geradegerichtet wird. Insofern wird das Strafen zum kategorischen Imperativ des Täters selbst.

In der Regel wollen die Menschen, lies: die Mitglieder der Allgemeinheit, auch die Strafbarkeit von Unrechtstaten. Auch die Straftäter wollen in der Regel zumindest grundsätzlich den Strafrechtsschutz ihrer eigenen Rechtsgüter. Sie erfinden nur gern Ausnahmen, weshalb sie in diesem Falle nicht zu bestrafen sind.

Freiheit und Ethik sind also im inneren Selbst (*Autonomie*) des Menschen, gebündelt. Er gilt uns vor allem deshalb als Subjekt und darf nicht bloß als Objekt behandelt werden.

Diese Deutung des Menschen kann man durchaus als eine *moralische Fiktion* und Teil unserer deutschen *Kultur* erachten. Aber die Idee der Menschenwürde ist untrennbar mit der Vorstellung der *Begabung zur Vernunft* verbunden, die schon *Aristoteles* wirkungsmächtig für die gesamte westliche Aufklärung proklamiert hat. Zur Vernunft gehört es auch, sich selbst Regeln zu geben, wie mit wie anderen Menschen umzugehen ist.

Kant stellt dafür auf die gesamte Menschheit ab, der wir auch mit den Allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte ihre Freiheit und also auch ihre Autonomie (UN 1948, USA 1776, Frankreich 1789) zuerkennen.

Dass die *kantsche* Maxime des allgemeinen Gesetzes dann auch die *Ethik von Räuberbanden* oder die des Darwinismus beinhalten könnte, bildet ein einsichtiges Gegenargument. Aber zum einen enthält der liberale Ökonomismus solche Angebote. Zum anderen und grundsätzlich gibt es *kein Dogma*, das nicht hinterfragt werden kann und sollte. Gäbe es ein solches, so wäre auch die Idee der Freiheit bedroht.

6. *Fazit*. Aus der letztlich *kantschen* Ausformung von der Autonomie des mit Vernunft begabten Menschen ergibt sich die Strafbegründung, dass der Täter mit der Tat *in das Strafrisiko* einwilligt. Denn er weiß *für sich allein*, dass es Strafe gibt und dass sie *grundsätzlich* sein muss, weil sie auch für ihn gerecht ist. So verlangen wir ohnehin, dass jeder Täter über ein *Unrechtsbewusstsein* verfügt.

Diese konsequente, aber auch *umstrittene* Einwilligungsidee ist zugleich eng mit dem *liberalen Sozialvertragsmodell* verwandt, bei dem die Menschen in einen Sozialvertrag einwilligen, zu dem dann auch das Strafrecht zählt. Als bloße Einwilligung in das Risiko *unterstützt* dieser *liberale* Gedanke immerhin die Begründung der Strafe aus der autonomen Sicht in erheblichen Maße. Er steckt auch in Art. 103 II GG, § 1 StGB). Allein aber trägt er nicht.

Allerdings ist innerhalb unseres Rechtssystems die Einwilligung nur auf *das Verfügbare* beschränkt. Die Einwilligung in das Risiko des realen oder auch des sozialen Todes zählt jedenfalls nicht dazu. Die Einwilligung in das Risiko der Todesstrafe und eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf bedingte Entlassung fallen also -zumindest- nicht darunter.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat diesen Gedanken (noch) nicht ausdrücklich aufgegriffen, obwohl er sich unmittelbar aus dem Schuld- und dem Autonomieprinzip herleiten lässt.

III. Einwilligung und dreistufige gerechte Strafbegründung - legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe

1. Nachfolgend ist die *Sonderlehre von der Einwilligung in das Risiko der Strafen* noch weiter auszubauen und mit den drei Arten von Gerechtigkeit zu verbinden.⁵⁹³

1. Wer die Strafe, wie hier, mit der Rechtsidee der Gerechtigkeit, dem Geradebiegen von etwas Krümmen begründet, ist gehalten, sich über diese einfache Idee hinaus mit den drei großen Arten der Gerechtigkeit zu beschäftigen und sie auf das Strafen zu übertragen.

Schon *Aristoteles* kennt die *allgemeine* oder auch universelle Gerechtigkeit als Oberbegriff für seine beiden Arten der speziellen Gerechtigkeit als Achtung vor dem Gesetz.⁵⁹⁴ Auch jene stellt also eine anerkannte Art der Gerechtigkeit dar. *Thomas von Aquin* bietet als erste Form die *legale Gerechtigkeit* an, etwa als höchstes allgemeines Gut (*bonum commune*). Die Strafe hat danach ein Gesetz und allgemein oder auch überhaupt gerecht zu sein. Die Art der Gerechtigkeit ist dabei aus dem Gesetz abzuleiten, das ein allgemeines ist. Die allgemeine oder auch legale Art der Gerechtigkeit gilt dann auch für das Strafgesetz als *allgemeines Gesetz*.

⁵⁹³ Zu der Dreifaltigkeit von legaler Gerechtigkeit, der Tausch- und der Zuteilungsgerechtigkeit, siehe: Aquin, *Summa theologiae*, 1273/1953, 1953, Buch II 2. 58. 6.

⁵⁹⁴ Aristoteles (Rolfes), *Nikomachische Ethik*, 1911, , Buch V, 5.-7. Kap., 1129 f. („Da uns der Gesetzesübertreter als ungerecht und der Beobachter des Gesetzes als gerecht galt, so ist offenbar alles Gesetzliche in einem bestimmten Sinne gerecht und Recht. Was nämlich von der gesetzgebenden Gewalt vorgeschrieben ist, ist gesetzlich, und jede gesetzliche Vorschrift bezeichnen wir als gerecht oder Recht... Und so nennen wir in einem Sinne gerecht *was in der staatlichen Gemeinschaft die Glückseligkeit und ihre Bestandteile hervorbringt und erhält...* Das Ungerechte zerfällt in das Ungesetzliche und das der Gleichheit Widerstrebende, das Gerechte in das Gesetzliche und das der Gleichheit Entsprechende.“)

„Das Gerechte ist folglich die Achtung vor Gesetz und bürgerlicher Gleichheit, das Ungerechte die Missachtung von Gesetz und bürgerlicher Gleichheit“.⁵⁹⁵

2. Die allgemeine Gerechtigkeit birgt die Grundidee des *Geradebiegens von etwas Krümmem*. Sie bezieht sich üblicherweise auf konkrete Handlungen oder nachrangig auf konkrete komplexe Situationen. Menschen erscheinen uns dann in der Rolle der Handelnden und als davon Betroffene, also als Akteure einerseits und als passive Opfer andererseits.

Aus der verfassungsrechtlich so relevanten Sicht der Täter (Art. 1 I, 2 I GG) verschaffen ihnen Straftaten immer auch einen *Autonomiegewinn*, dessen *Erfahrung* nicht mit einfachem zivilrechtlichen Schadensersatz auszugleichen ist: *Ich kann und ich darf das und ich kann und darf mich zum Herrn über fremde Güter aufschwingen*. Diese Autonomieerfahrung ist nur mit einer Gegenerfahrung der Unterwerfung unter das allgemeine Recht auszugleichen.

Die traumatisierten Opfer wollen dagegen die Beeinträchtigungen ihrer *Autonomie* ausgeglichen sehen. Sie wollen aus der Opferrolle herausgeholt werden. Die Allgemeinheit hingegen sieht vor allen die Gefahr für die Erhaltung der allgemeinen Rechtstreue und blickt auf ihre „Autonomie“ (Art. 20 GG).

Das Schwergewicht liegt zumindest nach unserer Verfassung auf der Tätersicht. Seine immer noch andauernde *unberechtigte Autonomieerfahrung* ist mit einer Gegenerfahrung auszugleichen. Das besagt das blinde Gerechtigkeitsprinzip in seiner *allgemeinen Form*. Dies ist der wesentliche *Strafgrund* und aus ihm ergibt sich auch eine *Strafpflicht*.

Sie folgt im Übrigen nicht nur aus der Ausgleichsidee, sondern lässt sich -in dieser besonderen Form- auch als Abwendung eines zumindest *latenten Rechts-(Geltung)-Notstandes* verstehen. Denn der unberechtigte Autonomiegewinn dauert noch bis zur vollständigen Strafverbüßung an. Dieser Gedanke der Gefahrenabwehr entspricht auf der generalpräventiven Ebene der Vorstellung, dass der *Rechtsbruch* so lange andauert, bis der Normgeltungsschaden mit der Strafe insgesamt (einschließlich des Schuldspruchs) behoben ist.

⁵⁹⁵ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch V, 5.-7. Kap., 1129b.

3. Aber auch die strafende staatliche Gesellschaft ist *autonom*. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Opferseite, wenn oder soweit man davon ausgeht, dass der Staat bei den Verletzungen von Individualrechtsgütern vorrangig *stellvertretend* für die Opferseite tätig wird.

Die autonome Staatsgesellschaft bindet sich selbst *nicht nur* an die Gerechtigkeitsidee des Ausgleichens (über das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG). Sie bindet sich vereinfacht an das gesamte Credo von „*Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“, in dem die Gleichheit nur grob ein Drittel darstellt. Die Demokratie ist also auch „*teilmäßig*“ bei der Bestimmung des Ob und Wie des Strafens (im Sinne des Rechtspositivismus). Auch können und werden sich aus der Idee der Solidarität *andere mit zu beachtende Pflichten* ergeben, die der Gerechtigkeits-Strafpflicht gegenüberstehen.

Dazu zählt zum einen die alte Barmherzigkeit in der Form des *teilweisen humanen Strafverzichts*, um die Grausamkeit des strengen Ausgleichens abzumildern und eine Friedensgesellschaft zu schaffen, die die unantastbare Würde des einzelnen Menschen achtet. Zu anderen kennt das Strafrecht das *zusätzliche* Nebenrecht in der Form einer Sicherungsverwahrung nach der verbüßten Strafe, die als rein präventive Maßregeln gleichwohl einen Teil des Strafrechtssystems bildet und die grundsätzliche Abmilderung der an sich gerechten Strafe erlaubt. Auch die Opferseite, sobald etwa der Staat auf sie abstellt oder sie als Nebenkläger auftritt, kann in diesem Sinne von „*Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“ autonom auftreten oder den Staat für sich handeln lassen.

4. Die Idee der allgemeinen Gerechtigkeit selbst zerfällt zudem in diesem Sinne, sobald wir die Lupe über sie halten, schon selbst in zumindest *zwei* Arten, vereinfacht in die liberale Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und die soziale Zuteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*).⁵⁹⁶ Damit ist die praktische Gerechtigkeit von der blinden Idee weg auf bestimmten Fälle von menschlichen Verhaltensweisen oder Handlungen heruntergebrochen. Hier stehen erneut die

⁵⁹⁶ Siehe erneut: Aristoteles (Rolfes), *Nikomachische Ethik*, 1911, , Buch V, 5.-7. Kap., 1129 f., 1131. Aus der Sicht der *Philosophie* des Rechts: Höffe, *Gerechtigkeit*, 1987, 30 f. Zusammenfassend aus der Sicht der europäischen Rechtsphilosophie: Coing, *Grundzüge*, 1993, 15 f.

Akteure im Mittelpunkt, die Einzelnen, beziehungsweise das Kollektiv der Gemeinschaft.

Tausch findet unter Gleichen und als *Vertrag* statt. Die Tauschgerechtigkeit bezieht sich im Kern auf den einzelnen Akteur, der aktiv, bewusst und gerecht, weil aushandelnd (fair) *Waren tauscht*, über die er verfügen kann. Es handelt sich um einen modellhaften und fiktiven *Zwei-Personen-Ansatz* (Du und ich, do ut des, tit for tat). Erst im nächsten Schritt sollte das Tauschmodell verallgemeinert werden, denn dann verliert es schon einen Teil seines Wesens und die Idee der Allgemeinheit tritt hinzu, etwa in Form des geregelten Marktes. Der Markt entwickelt die Marktregeln, baut eine Marktpolizei auf und verfügt über das Marktgericht der Gleichen (Peers). Die Allgemeinheit wird zum kollektiven Akteur. Die Gemeinschaft teilt die Strafe dann zu oder verzichtet aus übergeordnet Gründen darauf. Es entwickelt sich eine Dreieckssituation.

5. Einzelnes:

Im echten Zwei-Personen-Modell ist jeder Akteur auf das Strafen übertragen der *Täter*. Ihn treffen die Vertragsstrafen oder der Verzicht auf weitere Kooperation, weil er sich „unfair“ verhalten hat, er hat genommen, ohne zu geben und ohne die Zustimmung einzuholen, meist mit Gewalt oder List.

Zwei Blickwinkel ergeben sich aus dem Zwei-Personen-Modell der Tauschgerechtigkeit, der des Ich-Täters und der des Du-Partners, des *Anderen*. Die Idee von der Menschenwürde legt das Gewicht vorrangig auf das „Selbst“, Art. 1 I GG, und nachrangig auf den Anderen.

Der angloamerikanische *Liberalismus* geht den umgekehrten Weg, verallgemeinert sofort, stellt nach innen den Markt in den Mittelpunkt und regelt den Streit. Der *jeweils andere* muss sich verteidigen können und den Streit schlichten die Peers.

Aus seiner eigenen *autonomen* Sicht trifft den Täter die Schuld oder auch die Eigenverantwortung an der Tat und an der blind folgenden ausgleichenden Gerechtigkeit. Aus der Sicht des autonomen Partners, der sein Opfer ist, werden dem Täter die Verantwortung und auch die Strafe *zugeschrieben*, vor allem weil auch er sich in die Rolle des Täters, für ihn also des Anderen, zu versetzen

vermag. Er geht dann auch davon aus, dass der Täter sich an seiner Stelle ebenso verhalten würde, weil „Wie Du mir, so ich Dir“ ein übermächtiges Prinzip darstellt, und zwar dreifach: in der Ethik, in dieser Gesellschaft und aus der Erfahrung.

Allerdings könnte aus der Du-Sicht der Andere, hier das Opfer, auch auf die Zurechnung oder auf die Strafe selbst verzichten. Er ist der *Ober-Herr* über die Zurechnung und damit auch über die Strafe. Insofern übt der „Andere“ auch eine Art *zuteilende Gerechtigkeit* aus. Verzichtet er aber nicht auf Strafe, so wird er auf die Eigenverantwortung des Täters verweisen (dürfen). Denn der teilweise oder auch völlige Verzicht ergibt sich nach diesem Modell aus der Idee der souveränen „Gnade“ (oder Barmherzigkeit oder Solidarität oder auch Humanität) und nicht aus dem „Recht“ selbst. Insofern steht der Herr oder auch der kollektive Gesetzgeber im Willen frei über dem gerechten Recht. Insofern bindet ihn also nicht die Gerechtigkeit in der Art der Reziprozität.

Anders gewendet ist schon einmal die Gerechtigkeit selbst zweigeteilt. Neben der Gerechtigkeit als Wechselseitigkeit regiert uns die Zuteilungsgerechtigkeit, die typischer Weise auch die *solidarische* oder auch soziale *Gerechtigkeit* mit umfasst. Die Zuteilung erfolgt zumeist durch einen souveränen (staatlichen) Oberherrn, er ist an die jeweiligen Schutzbefehle gerichtet und dient der Aufrechterhaltung einer bestimmten *sozialen Ordnung*. Gerecht handelt vereinfacht der *kollektive Staat* gegenüber seinen bedürftigen Bürgern. Aber auch sie haben ihm gegenüber Solidaritätspflichten zu erfüllen. Insofern besteht eine Art von *hintergründigem* Gesellschaftsvertrag. Handeln Oberherren dauerhaft nicht gerecht, sondern willkürlich, so drohen Aufstände, vgl. auch das Widerstandsrecht in Art. 20 IV GG. Deshalb muss der demokratische Gesetzgeber für die Ausnahmen der Strafe gute Gründe haben geben, die eine Diskriminierung im kantschen Gesetzessinne von Art. 3 I GG ausschließen. Er begreift sich auf den zweiten Blick also nicht völlig frei, sondern er unterwirft sich der Vernunft der gute, weil gut vertretbaren *Rechtfertigungsgründe*. Er bewegt sich also weiterhin innerhalb des Rahmens der vagen Idee des gerechten Rechts. Er zeigt sich als Rechtsstaat und als kollektives Rechtssubjekt.

Der Ansatz der „soziale Zurechnung“ verdrängt allerdings die höchstpersönliche Schuld ins zweite Glied. Die Strafe dient danach vorrangig der Wir-Allgemeinheit; sie muss der allgemeinen Idee von Recht und Gerechtigkeit

Geltungskraft verschaffen. Die Position der Generalprävention überwölbt folgerichtig die Begriffe, die mit der höchstpersönlichen Schuld eigentlich aus dem Ich-Autonomie-Ansatz stammen. Es regiert die am Ende die Wir-Autonomie.

Es gibt also auch insofern verschiedene gut vertretbare, also vernünftige Ansätze. In der Mitte aber zwischen dem Ich-, dem Du- und dem Wir-Modell des Strafens, das jeweils die Person des Strafenden betont, steht die objektive oder auch die nichtpersonale Idee des *gerechten Ausgleichens*. Jede westliche Verfassung sucht diese Aspekte zu ordnen.

Das alte europäische Grundmodell, auf dem aufzubauen ist, lautet: (individuelle) Freiheit, (gerechte) Gleichheit und (empathische) Solidarität. Danach steht die Gerechtigkeit, der deren Kern die (blinden) Gleichheit ist, zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft.

6. *Folgerung und Einordnung*. Die beiden *zusätzlichen Maßstäbe*, die dem gerechten Richten die Richtung geben, sind aus der Sicht der deutschen Verfassung die Freiheit und Eigenverantwortung des Individuums, Art. 1 I, 2 I GG, und die Solidarität seitens und auch gegenüber der demokratischen Gemeinschaft, Art. 20 GG. Die Gemeinschaft gewährt fürsorgerisch Schutz und Sozialleistungen und sie bietet und erzwingt ein Rechtswesen samt der rechtlich geregelten Marktwirtschaft und dem Strafrecht als Zwangsrecht.

(1) Das Autonomie- und Verantwortungsprinzip eröffnet für die *mittleren und leichteren* Strafen die Legitimation über das liberale *Modell der Gesellschaftsvertragsstrafe*. Über einen bestimmten *nicht existenziellen* Bereich seiner Freiheiten kann der Mensch *verfügen*. Der Täter wusste von der Strafdrohung; er hat die Verurteilung im Willen „frei“ riskiert.

Dies ist die *liberale Gerechtigkeit*, sie geht mit dem Gedanken der Gesellschaftsvertragslehre einher und muss sich auch mit deren Kernproblem auseinandersetzen, eigentlich auf einer *Fiktion* zu beruhen. Aber immerhin kann jeder erwachsene Mensch, der nicht mit den Nachteilen des deutsche Rechts- und Gesellschaftssystems einverstanden ist, das Land verlassen und auswandern Anderenfalls muss er diese Nachteile des Gemeinschaftslebens um der Vorteile willen auf sich

nehmen. Man kann dies auch (gerade noch) als eine Art von (ökonomistisch gedachter) *Tauschgerechtigkeit* bezeichnen. Einen gesamten „Markt“ zur Verfügung zu haben, lies eine Gesellschaft der miteinander kommunizierenden und kooperierenden Personen, ist von Vorteil. Dann aber gelten auch die Marktregeln; Freiheiten werden beschränkt; niemand soll nur nehmen, aber nicht geben.

Die Tauschgerechtigkeit bildet, wie schon in der Vertragsidee erkennbar, also eines der drei wesentlichen Elemente des Gesellschaftsvertrages. Es regiert ihn und stellt seine *Geschäftsgrundlage* dar. Die Tauschgerechtigkeit ist also nicht abwählbar. Denn ohne sie gibt es überhaupt keinen Vertrag, Sie bildet den materiellen oder auch *ethischen Kern* eines jeden und damit auch des Gesellschaftsvertrages.

Das zweite Element bezieht sich auf die Herrschafts- und Gewaltseite. Es ist das soziale Element. Gesellschaft bietet dem Einzelnen den verbesserten Schutz, sowohl nach außen, als auch den Schutz der Vertrags- und Marktordnung nach innen. Der Streit ist nach dem Marktmodell gerichtlich und forensisch (von Forum, Versammlungsplatz) zu schlichten.

Das dritte Element, das ebenfalls eine Art von Geschäftsgrundlage bildet, sind die natürlichen Bedürfnisse des Einzelnen und das Leben mit den Gesetzen der Natur. Zum ethischen Sollen gehört auch das Sein des Menschen.

Insoweit *begründet* also die Idee vom Freien die *Fiktion der Willensfreiheit* die Strafe. So wird auch und insoweit üblicherweise, wenn auch verkappt, die Schuldstrafe erklärt, wenn es heißt: Der Täter habe anders handeln können und wusste um die Strafbarkeit. Dann hat er, so ist zu folgern, die Strafe also in Kauf genommen.

Aber die Fiktion der Willensfreiheit hat *in diesem Bereich* immer noch den Vorzug, ihm überhaupt die *Freiheitsrechte* einzuräumen und ihm die Vorteile der demokratischen Kultur zu sichern. So erlaubt das Gesetz, zumindest auch, einen Teil der Sanktion im Verbund mit Geständnis und

Aussetzung zur Bewährung im Rahmen einer Vereinbarung aushandeln, § 256 c StPO.

Geld bildet ohnehin einen Warenersatz. Geldstrafen umfassen sogar rund 80 % der Verurteilungen. Insofern trifft den Verurteilten, was er (als Person) im Sinne der Wechselseitigkeit verdient hat. Seine Tat wird ihm vergolten (der Wortstamm von Geld steckt auch im Vergelten). Der ethische Makel, den der Schuldspruch darstellt, mindert ebenfalls zu Recht seinen Ehranspruch, belässt ihm aber seine Würde als Mensch und die Handlungsfreiheit im Grundsätzlichen.

(2) Daneben steht die Begründung von Langzeitstrafen über die strenge Vergeltungsidee im Verbund mit der -sozialen- Gerechtigkeit als Solidaritätsoffer, analog zur Sicherungserwahrung.

Mit einer solchen mit Blick auf das Verbot der Todesstrafe und die stets mögliche bedingte Entlassung immer noch humanen Vergeltungslehre gelingt die Begründung der Strafen im Bereich *Schwerstriminalität*.⁵⁹⁷ Diese strenge Vergeltungsidee dürfte am ehesten die Strafe für Mord und die hohen Mindeststrafen für die anderen Kapitaldelikte (mit vorsätzlich oder grob fahrlässiger Todesfolge, § 74 II GVG) erklären.

Das bedeutet, dass *nicht aussetzbare Strafteile* oberhalb von etwa 8 bis 10 Jahren vor allem als *Sonderopfer*, und zwar auch über die Idee der blinden Gerechtigkeit zu rechtfertigen ist, aber nicht über die Tauschgerechtigkeit, Sie gehört zur Zuteilungsgerechtigkeit. Sie dient, sobald sie nach dem Akteur und dem Zweck gefragt wird, hauptsächlich der „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“, die ihrerseits nach Gerechtigkeit ruft und anderenfalls mit Selbstjustiz droht.

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung bilden ohnehin keine echten Strafen im Sinne des deutschen Schuldstrafrechts, sondern stellen offen *Sonderopfer* dar. Das gilt auch für die Sicherungsverwahrung. Auch die Untersuchungshaft ist als ein *Sonderopfer* zugunsten des Ermittlungszweckes zu deuten.

⁵⁹⁷ Dazu, dass für schwerste Verbrechen womöglich der Vergeltungssinn wieder zum Durchbruch komme, Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 276;

7. Im Einzelnen:

Beim Strafen ist von einer *negativen* Art der *zuteilenden* Gerechtigkeit zu sprechen (es sei denn, man folgt der hier ohnehin vertretenen Sonderlehre vom Ausgleich der erlangten Vorteile an unberechtigter Herrschaftserfahrung). Mit dem Strafen werden keine Rechtsvorteile *zugeteilt*, wie die Sozialhilfe, sondern nach der ganz herrschenden Meinung werden *Rechnachteile*, und zwar deshalb, weil die Gesellschaft und ihre Werteordnung diese Eingriffe in die Sphäre ihrer Mitglieder benötigt, um das Vertrauen wiederherzustellen.

Aus der Sicht der Lehre von der Einwilligung des Täters in das Risiko der Bestrafung ist zwar ein großer Teil der Freiheitsstrafe durch das *Autonomieprinzip* mit abgedeckt. Hier regiert also (noch) nicht der Gerechtigkeitsgedanke der *zuteilenden* Gerechtigkeit. Aber bezogen auf die *Strafurteile grob über 10 Jahre hinaus* muss die liberale Idee von der Autonomie, also aus deutscher Sicht die *Idee der -eigentlich unantastbaren-Menschenwürde* doch einen Preis zahlen. Das *Bundesverfassungsgericht* deutet dieses Dilemma bereits an, wenn es das Strafrecht als althergebracht bezeichnet und deshalb die Verletzung des Verbotes von Eingriffen in den *Wesensgehalt des Grundrecht Freiheit* nicht mehr prüfen muss.⁵⁹⁸

Die These lautet also an sich: Diese Strafen bilden -eigentlich- wegen ihrer Überlänge eine grausame „*unmenschliche und erniedrigende Strafe*“, die Art. 4 die EU-Grundrechtecharta ausdrücklich verbietet, vgl. auch Art. 104 I 2 GG. Auch die *solidarische Gesellschaft*, die solche grausamen Strafen zulässt, beschädigt ihr eigenes humanes Wertesystem.

Aber: Die Gesellschaft könnte für latent gefährliche Täter stattdessen *Maßregeln der Besserung und Sicherung* und im Übrigen die bedingte Entlassung vorsehen oder wenigstens den *Freigang von Gesetzes wegen* klar eröffnen. Insofern

⁵⁹⁸ BVerfG 45, 187 ff. (Urteil vom 21. Juni 1977 · Az. 1 BvL 14/76 (Lebenslange Freiheitsstrafe), Abs. Nr. 267 lautet insgesamt, aber ohne Hervorhebungen: „Schließlich steht auch Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie insbesondere des Grundrechts auf Freiheit der Person) der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht entgegen. Dabei kommt es nicht darauf an, was unter "Antasten des Wesensgehalts" eines Grundrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG zu verstehen ist (vgl BVerfG 2, 266 (285); 22, 180 (219f); 27, 344 (350ff)).“

handelt es sich -aus der Fernsicht- um ein rechtskulturelles Spiel mit zwei komplementären Sanktionssystemen.

Bei nahen und *menschenrechtlich* betrachtet geschieht nicht, weil die Bevölkerung vor allem bei Bluttaten derartige Strafen für *gerecht* hält und in der Mehrheit vermutlich kurz nach der Tat die Todesstrafe in Betracht ziehen würde. Das Volk übersieht dabei, dass die *strenge Gerechtigkeit* immer auch die Barmherzigkeit als Gegenpol zu bedenken hat, und dass sie die *Humanität* inzwischen auch über die Menschenrechte zum Teil des „gerechten Rechts“ im Sinne von *Radbruch* erhobenen hat.

Fundamental gerecht ist daran nur, aber immerhin, dass ein praktischer *Ausgleich* zwischen den Höchstwerten der Autonomieidee (Art.1 I GG) und der Solidarität (Art. 20 GG) stattfindet. Sie stehen insofern in „praktischer Konkordanz“ zueinander.

Aber würde man die Maßregeln der Besserung und Sicherung auf alle *Ausgangsstrafen von über 10 Jahren* erweitern, so stellte sich die Frage nach dem Maßstab für die Prognose. Dies würde vor allem die Fälle der *Kapitaldelikte gem. § 74 GVG unterhalb des Mordes* erfassen, wie etwa Raub und Bandstiftung mit fahrlässig oder leichtfertig herbeigeführter *Todesfolge*.

Zur Ablehnung einer Entlassung reichen aus der präventiven Sicht der Allgemeinheit in der Regel *Einzelstaten*. Denn -und dies wird wenig bedacht- auf einschlägige Vortaten kann das Recht bei Tötungsdelikten nicht warten und muss oder kann zumindest auch auf ein *gering erhöhtes Risiko der Wiederholung* reagieren. Kapitaldelikte sind relativ selten, aber sie erschüttern die Allgemeinheit zu Recht. Denn, und auch dieser Umstand wird wenig bedacht: Kein einzelner Mensch kann es sich leisten, auch nur *einmal in seinem gesamten Leben* einer auch nur 30 prozentigen Lebensgefahr ausgesetzt zu sein, die ihm durch Gewalttäter droht. Andernfalls würden statistisch gesehen 30 % der Bevölkerung an Gewaltdelikten sterben. (mehr als in den Weltkriegen).

Ein erheblicher Teil der Sanktion ist ohnehin -nach diesem Modell- durch die Einwilligung in das Risiko abgedeckt. Insofern ist dem demokratischen *Gesetzgeber* ein *Gestaltungsfreiraum* zuzubilligen. Er umfasst das

gesetzgeberische Recht, auch bestimmte Sanktionsteile, die eigentlich zu den *Maßregeln* gehören müssten, der Schuldstrafe zuzuschlagen.

Zu fragen ist *im Konkreten* nur, ob wir im Vollzug die *Privatsphäre* bei Mordtätern und anderen Langzeitgefangenen nicht grob analog zur Sicherungsverwahrung weiter ausbauen müssten - soweit dies nicht *faktisch* ohnehin schon stattfindet, sodass diese humane Binnenethik des Vollzugs auf diese Weise nur eine *zusätzliche Rechtfertigung* erhält.

Entscheidend ist aber, dass der *Schuldansatz*, die Strafe über die Eigenverantwortung zu rechtfertigen, nur, aber immerhin bis hin zu *mittelfristigen Mindestfreiheitsstrafen* reicht. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass und inwieweit der Täter auf die Höhe der Strafe und deren Vollstreckung noch nachträglich autonom mit Geständnis und guter Führung Einfluss nehmen kann. Insoweit kann ein Mensch, hier also der Täter, eingeschränkt noch über seine Freiheit verfügen.

Diese zweistufige Lehre geht also vorrangig von einer *Gesellschaftsvertragsstrafe* aus. Auf das *Risiko der Strafe* hat sich der Täter, der sich im Geltungsbereich des deutschen Strafrechts aufhält, *mit seiner Tat* eingelassen. Deshalb prüfen wir auch sein Unrechtsbewusstsein oder gegebenenfalls die Gründe für dessen Fehlen. Hinzu tritt die *soziale (oder auch legale) Gerechtigkeitsbegründung*, die das deutsche Strafrecht immerhin auch schon humanisiert hat. Sie betrifft vereinfacht die *Kapitaldelikte* um den Mord mit Mindeststrafen von 10 Jahren und den Hochverrat gem. § 81 I StGB.

Der Verbund dieser beiden Stufen lässt sich mit Argumenten aus dem Arsenal des *Bundesverfassungsgerichts*, also verfassungskonform, untermauern

8. *Autonome Einwilligung in das Risiko nur für mittelfristige Strafen und Strafteile*. Zu einer weiteren Einschränkung führt die hier vertretene Sonderlehre. Ausgeblendet ist die Frage, ob das Autonomieprinzip nicht verlangt, die Schuldstrafe auf reale Rechtsnachteile zu begrenzen, über die der Täter nach sozialetischer Ansicht als Mensch auch *verfügen* kann.⁵⁹⁹ Dann und insoweit wiederum kann die *Gerechtigkeit der Strafe* auch ernsthaft *liberal* und

⁵⁹⁹ Mit überarbeiteten Textteilen aus Montenbruck, *Höchststrafe*, 2011, 375 ff. , 375 ff.

über eine Art von *Einwilligung in das Risiko* erklärbar sein. Anderenfalls handelte es sich um eine Art von *sozialer Zuschreibung*.

Nur Freiheitsstrafen, die den Bereich des *Verfügbaren* umfassen, lassen sich auf diese Weise als eine Art der *gerechten Selbstbestrafung* erklären. So hat das *Bundesverfassungsgericht* schon den ersten Schritt in diese Richtung gesetzt, indem es die lebenslange Freiheitsstrafe mit der Aussicht auf Freiheit in Form der *bedingten Entlassung* verbunden hat. Letztere war zuvor faktisch ohnehin schon als Gnadenlösung vorhanden. Die Fortbewegungsfreiheit gehört also grundsätzlich zur Menschenwürde.

Strafen oberhalb des *Verfügbaren* und damit auch des wirklich *Verschuldbaren* bilden eine Art von *Gefährdungshaftung*, die dann aber auch entsprechend begründet werden müsste.

Nur mittelfristige Zeiträume von höchstens 5 Jahren sind für den einzelnen Menschen gerade noch überschaubar. Selbst jedes gut geführte Unternehmen kann seine Strategie nur mittelfristig festlegen. Spätestens dann muss der Kaufmann nachsteuern. Auch gesamte *Legislaturperioden* dauern nicht länger. Die persönlichen Zeiträume sind für einen Menschen etwas ganz anderes als die soziale Zeit. Fünf Jahre kann man deshalb noch als „*verfügbaren Zeitraum*“ bezeichnen.

Bei langjährigen Freiheitsstrafen, die vernünftigerweise von keinem Menschen mehr zu überschauen sind, wird der Gedanke des *Autonomieprinzips* im Sinne des Art. 1 GG missbraucht. Es handelt sich um eine –soziale– Zuschreibung von Freiheit, die in Wirklichkeit nicht besteht. Solche Art sittenwidriger *Selbstverpfändungen* auf 10, 15 und mehr Jahre kann die deutsche Rechtsordnung –eigentlich– schon um ihrer selbst willen nicht dulden.

Die Idee der Eigenverantwortung trägt als schon weit, sie darf allerdings nicht sofort mit dem Gedanken des Schuldausgleichs im Sinne der vollen Wiedervergeltung verbunden werden. Die ideale *Wiedervergeltung eines Mordes* mit einem Mord ist überhaupt nur auf der Ebene des Streites zwischen clanähnlichen Gruppen möglich. Von diesem Denken hat sich der westliche Individualismus weitgehend, aber was die Generalprävention angeht, offenbar doch nicht ganz vollständig, gelöst. Das ist auch zu akzeptieren. Dort, also zur

Erhaltung der Rechtstreue, soll diese kollektivistische Sichtweise dann auch ihre eigene Bedeutung erhalten.

Die Idee von der Würde des Menschen gilt aber bekanntlich selbst für den Mörder.⁶⁰⁰ Deshalb ist – insofern und zunächst – einmal sein Blickwinkel einzunehmen. Für ihn wie für jeden Menschen ist nunmehr nur noch an die große Idee der Autonomie zu erinnern, die das gesamte Zivilrecht prägt und die Freiheit und Würde ausfüllt. Diese Idee aber muss an die menschlichen Realitäten gebunden werden. Kein Mensch kann über 10, 15 oder gar 25 Jahre seines Lebens wirklich frei verfügen. Höchstens Gesellschaften können in Generationen denken.

9. Als Rechtfertigung sind aus der Sicht des autonomen und würdigen Strafgefangenen dann die Gründe analog heranzuziehen, die das *Bundesverfassungsgericht zur Sicherungsverwahrung* vorträgt.

Auf diese Weise wird der Mensch zum *sozialen Wesen* erklärt, das *Sozialpflichten* unterliegt. Zu diesen Pflichten gehört es auch, den unter Umständen lebenslangen Freiheitsentzug aufgrund einer Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 63, 64, 66 StGB zu ertragen.⁶⁰¹

Im Kern und vereinfacht geht es um Straffteile oberhalb von 10 Jahren im geschlossenen Vollzug. Sie lassen sich *primär* über den Gedanken der im Kern blinden *Gerechtigkeit* und als ein *Sonderopfer* auf deren Altar erklären. Zusätzlich und sekundär stellen sie ein *Solidaritätsopfer* dar, unter anderem zur Erhaltung der *Rechtstreue* der Allgemeinheit, die wiederum derartige Gerechtigkeit fordert und anderenfalls mit unzivilisierter Selbstjustiz droht. Die Strafe dient ohnehin mit der Art des Vollzuges auch individualpräventiven Zwecken. Auf diese Weise sind die drei Elemente der Vereinigungstheorie wieder vertreten.

Den Vorrang genießt die vage Idee der strengen *Gerechtigkeit*. Sie kommt für diese Straffteile als soziale und zuteilenden Gerechtigkeit daher.

⁶⁰⁰ Vgl. BVerfG 109, 133, 134 f., nur die Freiheit dürfe beschnitten werden.

⁶⁰¹ Zur Sicherungsverwahrung: BVerfG, Beschluss vom 8. 11. 2006 - 2 BvR 578/0. Absatz-Nr. 69 und 70.

Aber die anderen Strafen und Strafteile kann man mit der individuellen Tauschgerechtigkeit begründen. Dieses Risiko ist der Täter eingegangen und konnte er auch eingehen, diese Strafe und Strafteile lassen sich auch über einen ehrlichen Schuldausgleich rechtfertigen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Strafe tatsächlich sinnvoll und nützlich ist. Bei einem Vertrag genügt es *analog* zum Gesellschaftsvertrag, dass die Parteien sich darauf *einigen*. Nach deutschem Recht ist allerdings auch zu fordern, dass sie nicht grob Sittenwidriges vereinbaren. *Minimalethische Standards* sind einzuhalten. Dies gilt auch für die Verfassungsebene und dann, wenn man grundsätzlich im Sinne des Liberalismus die deutsche Verfassung als eine Art von Gesellschaftsvertrag deutet. „Unrechtes Recht“, also vor allem ein Verstoß gegen die Menschenrechte kann nicht als Recht gelten.

Im Einzelnen: Gemeint sind zwar zunächst diejenigen Strafteile, die oberhalb von einer *vollstreckenden Mindeststrafe* von grob 5 Jahren liegen. Doch sind für die Bestimmung der gerade noch *mittelfristigen* Strafe, über die der Einzelne vernünftigerweise noch verfügen kann, die Feinheiten unseres *Sanktionssystems* mit zu berücksichtigen. So sind die Möglichkeit der *Zweidrittelverbüßung* bei günstiger Legalprognose gem. § 57 StGB ebenso mitzubedenken wie die erheblich strafmildernde Wirkung eines *vollen Geständnisses* womöglich samt eines mildernden Täter-Opfer-Ausgleichs. Beides kann der Einzelne *autonom* mit beeinflussen. Gemeint sind also grob *Strafteile* von Strafaussprüche, die - *ohne Geständnis*- oberhalb von 8 bis 10 Jahren liegen. Falls man zudem auch noch den *Freigang* mit einbezieht, der dem Strafgefangenen einen erheblichen Freiraum gewährt, den sich der Täter auch *autonom* im Vollzug verdienen kann, wäre diese grobe Grenze noch weiter nach oben zuschieben.

10 Jahre sind -wie auch 5 Jahre- eine pauschale Strafrahmengrenze des Strafgesetzbuches. So kennt dieses Regelmindeststrafen von 10 Jahren, etwa bei einigen Tötungsdelikten Sinne des § 74 GVG und beim Hochverrat, dem gewaltsamen Umsturzversuch, gemäß § 81 I StGB. Außerdem bildet umgekehrt die 10-Jahresgrenze die Obergrenze der mittelschweren Kriminalität und in aller Regel halten die Gerichte bei der mittleren Kriminalität (Diebstahl, Betrug, Steuerhinterziehung) selbst für schwere Fälle faktisch eine *5 Jahres-Grenze* ein. Das gilt auch für viele Gewaltdelikte. Nur in Sonderfällen überschreiten sie sie.

10. *Fazit*. So ist am Ende eine *zweistufige Begründung des Strafens* angezeigt, bei der sich beide Gründe aus der Strafpflicht speisen, die sich aus der blinden Gerechtigkeitsidee des Gerade-Richtens von etwas Krümmem ergibt. Blind heißt, sie verfolgt keinen weiteren Zweck. Sie ist ein Selbstzweck oder auch: Das Prinzip von „*actio und reactio*“ tritt auch unter Menschen als eine Art von Naturgesetz auf.

Diese Ideen bilden meines Erachtens nach den Grundlagen *der Rechtfertigung* der deutschen Strafe aus der Sicht der *Menschenwürde*.

Freiheitsstrafen von grob 10 Jahren oder mehr lassen sich nicht mehr allein mit dem Autonomieprinzip und der *Einwilligung in des Strafrisiko* rechtfertigen. Dies sind Fälle, in denen die *zuteilende* oder auch *soziale Gerechtigkeit* hinzutritt.

Wer aber meinen sollte, der Täter könne auch in das Risiko einwilligen, zu einer langfristigen Freiheitstrafe verurteilt zu werden, der kann das gesamte deutsche Strafrecht aus der Sicht der *Autonomie* des Menschen erklären und das Schuldprinzip zuende denken.

Wer nicht vom autonomen Menschen und dessen Vernunft ausgeht, sondern wer allein auf die Vernunftidee der Gerechtigkeit als solche abstellt, der wird alsbald zur Aufteilung in zwei Formen gelangen, die Tausch- und die Zuteilungsgerechtigkeit, oder auch zu dreien mit der legalen Gerechtigkeit. Er wird dann drei Blickwinkel einnehmen (können), den des einzelnen Akteurs (nach außen), den der Gemeinschaft (nach innen) und den des gesetzten Rechts als solchen. Alle drei Positionen lassen sich einerseits absolut setzen und können sich andererseits auch ergänzen.

IV. Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue

1. Nachfolgend ist ein mächtiges Argument in Frage zu stellen, das schon lange dazu dienen soll, den Vorzug und Vorrang des Tatschuldprinzips zu begründen,

und zwar dadurch, dass seine *Alleinherrschaft* bei der Strafzumessung aufgezeigt werden soll:

Für die Strafbemessung hat schon *Kant*⁶⁰² die Ansicht vertreten, dass nur mit Hilfe des *Wiedervergeltungsrechtes die Qualität und Quantität der Strafe* bestimmt werden könne. *Mayer* meint sogar, das Talionsprinzip werde bei *Kant* nicht des Vergeltungsgedankens wegen eingefügt, sondern allein, weil es das einzige brauchbare Strafzumessungsprinzip sei, das vor richterlicher Willkür schütze⁶⁰³. Dem schließt sich zum Beispiel auch *Ebbinghaus*⁶⁰⁴ an.

Daraus folgt angeblich, dass nur mithilfe der Angabe des verschuldeten Unrechts überhaupt eine abgestufte Strafbemessung möglich sei.

Wer die *Quantifizierbarkeit* der Strafe will, muss danach also das Schuldprinzip bejahen.

Dem ist auch weiterhin insofern zuzustimmen, als die Tatschuld eine einigermaßen gute Strafzumessung gestattet. Gemeint ist aber offener auch, *nur* Art und Ausmaß, das Gewicht der verschuldeten Beeinträchtigung von *Rechtsgütern erlaubt* eine sinnvolle Strafbemessung. Das Argument der *Exklusivität* ist zu überprüfen und zumindest etwas zu entkräften, sie gilt zwar aus der Sicht des *Schuldstrafrecht*, aber wohl nicht exklusiv.

Bei näherer Betrachtung ist vielmehr die Gegenthese aufzustellen,

- dass die ohnehin vage Schuldidee zumindest erweitert werden kann, weil sie *-auch-* einen offenen und *funktionalen* Begriff darstellt, der ebenfalls für die beiden präventiven Strafbegründungen passt.

So verwenden wir auch schon den sozialen Schuldbegriff, der die Strafzwecke mit in sich aufnimmt, sodass es nur noch um die Frage geht, ob *präventive Schweregrade* zu erkennen sind.

⁶⁰² Kant, Grundlegung, 1785, AA, 159 f.; zustimmend auch Flechtheim, Hegel, 1936/1975, 99.

⁶⁰³ Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff, 65.

⁶⁰⁴ Ebbinghaus, Strafen, 1968, 98 f.

Herkömmlicher Weise nutzen wir zwar den Schuldbegriff im Hinblick auf *Wertverletzungen*. Verschulden aber kann ein Mensch nicht nur Wertverletzungen von unterschiedlicher Schwere.

2. Jeder der drei Ansätze, die die Vereinigungstheorie bündelt, kann mithilfe des Verschuldens einen eigenen, wenngleich ebenfalls⁶⁰⁵ nur groben *Maßstab für die Strafzumessung* beinhalten:

(1) Wer Strafen vorrangig zur Gefahrenabwehr im Sinne der Individualprävention betreiben will, wird die Dauer des Freiheitsentzuges vom *Maß der Gefährlichkeit* und vom Zeitbedarf für die Resozialisierung abhängig machen. Bei Vollzugslockerungen bis hin zum Freigang und der bedingten Entlassung nach zwei Dritteln (§ 57 StGB) geht das Strafrecht bereits ebenso zum Teil diesen Weg wie das Jugendstrafrecht, soweit es tatsächlich vom Erziehungsgedanken geprägt ist (vgl. § 17 JGG). Das *Maß der Gefährlichkeit* wird ebenfalls vorrangig durch *die Tat und die Person* bestimmt. Der Täter kennt, wie jeder Bürger in seiner Laiensphäre die Elemente der Vereinigungstheorie und weiß, dass die Strafe auch zur Vorbeugung verhängt wird, um ihn von weiteren Taten abzuhalten und auch davon die Höhe seiner Strafe abhängig ist. Die *Voraussetzungen der Prognose* sind im Wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich, vom Täter zu *verantworten*.

Die Ausrichtung am Maß der Rückfallgefahr des Täters birgt einen ähnlich konkreten Maßstab für die Strafbemessung wie das Schuldprinzip. Bei langfristiger Freiheitsstrafe ist sie dem Schuldprinzip sogar überlegen, weil sie es erlaubt, das Maß der noch bestehenden Gefährdung regelmäßig zu überprüfen und damit auch der Gesetzeslage entspricht (vgl. auch § 57 StGB).

(2) Unter der Vorherrschaft der positiven Generalprävention sind Freiheits- und Geldstrafe vom *Maß der Erschütterung* der Rechtstreue und dem entsprechenden Ausmaß des Bedürfnisses der Allgemeinheit nach Schuldausgleich, nach Unschädlichmachung des Täters oder auch nach Sühne durch Opferung eines unschuldigen Sündenbocks oder ähnlichem abhängig. Wenn die Allgemeinheit gesetzlich verbrieft und repräsentiert durch die Gerichte Schuldausgleich einfordert (§ 46 StGB), so wird sie zumindest an die

⁶⁰⁵ Zu den Problemen der Spielraumtheorie bei der Bestimmung des Schuldrahmens unter anderem aus empirischer Sicht: Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff., 875 ff.

Grenzen des noch diesem Hauptzweck Dienenden gehen, wenn general- oder auch individualpräventive Gründe es fordern, zum Beispiel bei der Bekämpfung des Drogenhandels oder allgemein Straftaten von ausländischen Banden, ebenso wie sie geneigt ist, grob rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr der vorgeblich Rechtstreuen und hier selbst solches mit Todesfolge weit milder zu bewerten als etwa die vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge oder den Raub mit Waffen (vgl. §§ 315c, 222 einerseits und §§ 227, 251 f. StGB andererseits). Auch die Erschütterung der Rechtstreue hat der Täter verschuldet und muss mit Strafe nach dem Maß der Erschütterung rechnen. Sie wird im Übrigen insbesondere auf die Opfersicht ausgerichtet, vom Mitleid, das die Tat auslöst, bestimmt sein, aber sich mit der Zeit auch abbauen und dann in der Regel auf das einfache *Vergelten* hinauslaufen.

(3) Zwar sind die Maßstäbe für die verschuldete Gefährlichkeit und die zu verantwortende Beeinträchtigung der Rechtstreue der Allgemeinheit und die Strafe, die nötig ist, um die Gefahr zu bekämpfen oder den Rechtsfrieden wiederherzustellen, nur im Groben bestimmbar. Aber im *kantschen* Sinne auf die Schwere der vom Täter verschuldeten Rechtsgutsverletzung, einen handfesten Maßstab, stellt das moderne Strafrecht auch nur begrenzt ab. Denn es unterscheidet zusätzlich nach dem Ausmaß der Vorwerfbarkeit und bestraft fahrlässiges Verhalten weit milder und zufällige Verursachung überhaupt nicht. Auch berücksichtigt es bei der Strafzumessung (§ 46 II StGB) und bei den gesetzlichen Strafraumen die Beweggründe und Ziele des Täters (insbesondere beim Sprung vom Totschlag zum Mord (§ 212 StGB) und zum Beispiel im Verhältnis von Nötigung zu Erpressung (§§ 240, 253 StGB). Die Strafe für den Versuch einschließlich derjenigen für den untauglichen Versuch orientiert sich am „Gefahrerfolg“, also der bloßen Hochrechnung auf einen möglichen Schaden, der bei einem untauglichen Versuch nur in der Vorstellung aller Beteiligten (Täter, Opfer und Allgemeinheit) besteht.⁶⁰⁶

3. *Kant* selbst hat zwar erklärt, dass das Widervergeltungsrecht (*ius talionis*) nicht nur die Quantität, sondern ebenso die Qualität der Strafe bestimme.⁶⁰⁷ Nachdem die Todesstrafe und die Körperstrafen abgeschafft sind, passen aber seine Forderungen nicht mehr in reiner Form zur Bemessung der modernen

⁶⁰⁶ Zu den Problemen, Schuld in Strafe, also Qualität in Quantität umzurechnen, Montenbruck, Abwägung, 1989, 18 ff, 21 ff.

⁶⁰⁷ Kant, Grundlegung, 1785, AA, 452 f.

Einheitsfreiheitsstrafe. Nur im Bereich von Auflagen gem. §§ 56 b StGB, 153a StPO und der Umwandlung von Geldstrafe in bestimmte gemeinnützige Arbeit sowie im Bereich des Täter-Opfer-Ausgleichs gem. § 46 a StGB lassen sich solche Vorstellungen, wenngleich nur begrenzt, verwirklichen.

Kant legte also auf das Vergelten des Erfolgs und nicht auf die Umrechnung des Ausmaßes der Vorwerfbarkeit der Rechtsgutverletzung das Hauptgewicht.

Nur wer wie im Zivilrecht alle Arten des Verschuldens gleich bewertete und nur bei Eintritt eines Schadens gleich hohen Ausgleich einforderte sowie Beweggründe und Ziele gänzlich außer Acht ließe, hätte einen konkreteren, wenngleich grausam gerechten Maßstab im Sinne des Satzes Auge um Auge, Zahn um Zahn. Wer ihn um Humanität im Sinne barmherziger Gnade, Milde und Verzeihen oder um die Suche nach individueller Einzelfallgerechtigkeit erweiterte, löste seine Konturen schon wieder auf, und zwar in willkürlicher, letztlich von der Generalprävention beherrschter Weise.

4. *Fazit*. Am Ende ist vielmehr einzufordern, bei der Bestimmung von Art und Höhe der Sanktion *auch*

(a) die Mit-Verantwortung des Täters für die *Gefährlichkeitsprognose* als solche zu bedenken und auch

(b) sein Mit-Verschulden der *Erschütterung der Rechtstreue* zu berücksichtigen.

Auf beides kann der Täter auch im *Nachhinein* einwirken, durch die Festigung seiner sozialen Bindungen, durch die freiwillige Wiedergutmachung und durch ein öffentliches glaubwürdiges Geständnis.

Der Sache nach haben Allgemeinheit, Gesetz und Praxis diese Sichtweise mutmaßlich seit dem Bestehen einer persönlichen Strafe mit bedacht. Geboten erscheint nur, den *Begriff des Verschuldens* -auch- offen entsprechend funktional zu verwenden. Er ist nicht streng an die Rechtsgutsverletzung gebunden.

Aber wer den Gedanken vom Schuldausgleich vertritt, für den wiederum drängt es sich auf, die Strafe dennoch vorrangig mithilfe der *Wertverletzung* zu bestimmen und sie dann über die Schuld im engen Sinne zu mildern.

Das Hauptproblem des modernen Schuldstrafrechtes besteht jedoch in der Fiktion (Unterstellung oder gar auch Illusion) des modernen Menschenbildes als Grundlage jeder Art der Schuldstrafe.

V. Strafmildernde Mitverantwortung von Gesellschaft und Natur als Rechtfertigung von humanen Strafen

1. Herkömmlicher Weise geht das Schuldstrafrecht davon aus, dass der voll schulfähige Täter die *volle Verantwortung* für seine Tat trägt. Auch die Zurechnungslehren prüfen in der Regel nur, ob die Tat dem Täter zuzurechnen ist oder nicht.

Wer jedoch die Vereinigungstheorie zu Ende denkt, der wird daran zweifeln müssen. Jeder Täter ist in eine *Gesellschaft* eingebunden, vereinfacht in diejenige Lebensgemeinschaft, deren Sprache er erlernt hat. Eine strafende demokratische Gesellschaft, die dem Täter von Verfassungen wegen die *Resozialisierung* anbietet, hat bei der Sozialisierung des Täters versagt und daher eine Teilverantwortung für die Tat zu übernehmen, die auf der Täterseite zu einer Strafmilderung führt. Die *existente* humane Art der Milderung der Strafe in Bezug auf den strengen Tausgleich lässt sich also -aus sozialer Sicht- schon einmal mit der Mitverantwortung der Gesellschaft rechtfertigen.

Aus *soziologischer* Sicht erweist sich die Begehung von Unrechtstaten, wertneutral „abweichendes Verhalten“ genannt, sogar als *konstitutiv*. Sie erst bildet den Grund dafür, einen Staat zu bilden, der das *Gewaltmonopol* an sich zieht, der ein Justiz- und Polizeisystem vorhält, weil er ständig mit Gewalttaten unter seinen Mitgliedern zu rechnen hat und der sich zudem gegen den eigenen Missbrauch durch die Staatsorgane eine Verfassung mit bestimmten Bürger- und Menschenrechten gibt. Das Strafgesetzbuch und auch die Verfassung bezeugen zudem, von exakt welcher Art Delikten der Staat ständig erwartet, dass seine Bürger und Staatsorgane sie begehen. Erst die Normverletzung macht den rechtstreuen Bürgern und Mitmenschen die Bedeutung der Normen bewusst und lässt sie zusammenrücken.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988, 118 ff., 129, 146 - Hervorhebung nicht im Original ("Eine Handlung sei dann kriminell, wenn sie starke und bestimmte Zustände des

Außerdem stellt der Mensch ein *Naturwesen* dar. Er vermag zwar seine natürlichen Beweggründe zu *beherrschen*, und zwar seine egoistischen ebenso wie seine altruistischen Motive. Hinter allen seinen Taten stecken immer auch biologische Antriebe. In der Realität kann, um Bilde zu bleiben, kein Herrscher die Seinen, hier seine Taten, in vollem Umfange beherrschen. Er ist immer auch durch sein „Volk“, also die bunte Summe seiner Antriebe mitbestimmt. Auch deshalb sind dem Menschen seine Taten nicht in *vollem* Umfang als die eigenen anzurechnen.

Man kann den Menschen auch vereinfacht als ein *Drei-Drittel-Wesen*⁶⁰⁹ deuten. Die *Vernunft*, vor allem die des Nachdenkens und des Planens, bestimmt sein Wesen nur, aber immerhin, zu einem Teil. So hilft auch diese Erwägung dabei, unsere aus allgemeinen Humanitätsgründen gemilderte Strafe mit einem weiteren Argument zu rechtfertigen.

2. *Mittlere vor allem Eigentums- und Vermögenskriminalität*. Die Tätersicht unterscheidet sich zum Teil stark von der Opfersicht und entspricht eher dem Maß des sozialen Normgeltungsschadens.

Bei Kapitaldelikten, vor allen bei Mord, bricht der Täter noch ein *Tabu* und maßt sich in eine gottgleiche Schicksalsmacht an.⁶¹⁰ Dazu passt auch die neutralisierende Ohnmachtserfahrung einer langjährigen Freiheitsstrafe. Aber beim *Wohnungseinbruch* oder auch der *gefährlichen Körperverletzung*, als zwei Modellfälle für die mittlere Kriminalität, erweist sich die psychische Belastung der Opferseite als nicht unerheblich. Aber ihr Gewicht erscheint über eine Art

Kollektivbewusstseins“ verletze; *das Verbrechen und Bestrafung desselben bringe das Bewusstsein der ehrbaren Bürger enger zusammen und verdichte es*“). Dazu auch, und zugleich zur Beziehung von Straftheorien und (kriminologischen) Kriminalitätstheorien: Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff., 522 f.

⁶⁰⁹ Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018, 14. Kap. II („These der Ein-Drittel-Freiheit und das Drei-Drittel-Mensch-Modell“, 333 ff.), 16. Kap. I („Thesen zum Modell des Drei-Drittel-Menschen“, 368 ff.)

⁶¹⁰ Dazu in seiner Schrift: „Rechtliches Verhalten und die Idee der Gerechtigkeit. Ein anthropologischer Entwurf“, Hammacher, Verhalten, 2011, 75, mit der Fortschreibung dieses Gedankens ins Psycho-religiöse, wenn er von der „Tabuisierung von Rechten durch das Gewissen“ spricht, als die Wirkung von Tabus vor allem die „*Unhintergebarkeit*“ bezeichnet (kursiv im Original) und Hammacher im Übrigen zuvor „beim Recht... eine gesellschaftliche *Entlastung* durch *Tabuisierung*“ konstatiert.

allgemeines Lebensrisiko gemindert, dessen *materielle Schäden* auch noch *versicherbar* sind. Jedenfalls zunächst sind sie nur Geldstrafe oder Freiheitsstrafe zur Bewährung „wert“.

Dazu passt auch die Tätersicht. Er wähnt sich nicht als Gott, sondern sieht sein Verhalten noch als Teil des in der Gemeinschaft üblichen.

Aus der Sicht der am Täter ausgerichteten *Ausgleichslehre* bedeutet dies, dass Art und Gewicht der angemäßen Herrschaft für ihn nicht von *existentieller* Bedeutung sind und deshalb auch von der strafenden Gesellschaft nicht derart gewürdigt werden, auch wenn sie nach herrschender generalpräventiver Ansicht insofern auf den eigenen sozialen Normgeltungsschaden abstellt und nicht auf die Tätersicht.

3. *Fazit*. Mit diesen beiden fundamentalen Milderungsgründen handelt es sich bei unserer Strafe sogar -in etwa- um eine *streng gerechte* Strafe, wenn und weil sie die Mitverantwortung von *Gesellschaft* und *Natur* mit bedenkt.

Danach ist der Menschen ein ganzheitliches *menschliches* Wesen, das zu seinem *geistig-sittlichen* Charakter hinzu auch ein *soziales* Wesen ist, das auch von *biologischen Beweggründen* mitbestimmt ist. Stellt die Schuldfrage heute auf dieses dreifaltige Wesen des Menschen ab, wenn es die Schuld vor allem an der Menschenwürde verankert, so gleicht die Strafe die verbleibende Schuld des Täters sachgerecht aus. Sie dient dem Schuldausgleich und erweist sich zudem insofern auch als gerecht.

Wer allerdings mit dem *Bundesverfassungsgericht* zumindest vorrangig auf die *Autonomie* des Menschen abstellt, der kann diesen Weg der Dreiteilung der Verantwortung nicht in Gänze mitgehen. Er wird die Strafmilderung vor allem als einen Akt der empathischen *Barmherzigkeit* der ebenfalls *autonomen* Strafenden begreifen. Auf einen solchen (legalen) Gesetzesakt besitzt der Täter als Mit-Mensch inzwischen einen bürger- und menschenrechtlichen Rechtsanspruch. Als Ausformung des Sozialstaatsprinzips gem. Art. 20 GG ist das vergleichsweise milde deutsche Strafsystem danach zu verstehen und gehört insoweit nicht zur strengen wechselseitigen, sondern zur *zuteilenden* sozialen Gerechtigkeit.

Meines Erachtens spricht mehr dafür, die *gegenwärtige* humane Form des Strafans mit der *Dreiteilung* der Verantwortung zu erklären. Der Mensch ist zwar auch, aber nicht nur ein Vernunftwesen. und diese Sicht ist eine Menschlichere. Er ist -auch- fremd-*mitbestimmt* durch seine *Natur* und durch die *Gesellschaft*. Diesen Umstand sollte ein aufgeklärtes, weil vernünftiges Strafrecht für sein Selbstverständnis mitberücksichtigen.

Fundamentaler Teil

13. Kapitel (§ 13)

Dogmengeschichtliche Fundamente: Naturrecht, Rechts- und Soziallehre

I. Naturrecht und Gesellschaftsvertrag, Staats- und Friedensidee (*Grotius, Hobbes, Locke*)

1. Die deutsche Straftheorie verfügt über mächtige geistesgeschichtliche Fundamente im *Naturrecht*. Zudem ist die Straftheorie kaum trennbar mit der Geschichte der *Rechtslehre* verbunden, und hier insbesondere mit der Achtungs- und Anerkennungslehre, die wir ebenfalls auf *Kant* und *Hegel* zurückführen.

Vor und neben diesen eigenständigen *straftheoretischen* Begründungen des 19. Jahrhunderts verläuft zunächst *eine mittelalterlich-religiöse* und als Antwort darauf eine *naturrechtliche* und *staatstheoretische* Geistesströmung, die auf die Herstellung von *Frieden durch Recht* ausgerichtet ist. Sie gehören beide nicht zum herkömmlichen Kern, aber doch zum *Hintergrund der Straftheorien*.

Mittelalterlich und *religiös* gewendet zeigt sich das Böse als Teufel in der Tat. Nicht der unschuldig-kindliche Täter, sondern er ist der eigentlich Verantwortliche. Deshalb, so *Schild*, „wurde eigentlich kein Missetäter hingerichtet, sondern es wurde feierlich der Sieg über das Böse zelebriert, was zugleich Anlass eines Festes war“⁶¹¹. Exekutiert aber wurde die Strafe in der Regel im Verbund mit der weltlichen Macht, die zugleich über ein eigenes Normensystem verfügte und eigene präventive Interessen mitverfolgte

Systemtheoretisch und mit *Jakobs* ist davon auszugehen, dass somit zunächst der Konflikt aus der Gemeinschaft samt dem Betroffenen *ausgegliedert* worden war⁶¹². Das Absolute, hier als das Böse in dieser Welt -und damit auch im Menschen-, ist danach der eigentliche Adressat. Einerseits eröffnete es diese Grundvorstellung, auch Tierstrafen auszusprechen, andererseits aber zeigt sie auch ein Urverständnis von der *Natürlichkeit* des Bösen sowie die Fremdbestimmtheit und Unterworfenheit des Menschen. Das Mittel, das Böse von sich zu halten, war nicht nur die Vorstellung, denjenigen, in dem es sich

⁶¹¹ Schild, W., Gerichtsbarkeit, 1985, 98; betont auch von Kaiser, H., Widerspruch, 1999, 12.

⁶¹² Jakobs, Norm, 1997, 102; Kaiser, H., Widerspruch, 1999, 12.

zeigte, aus der Gemeinschaft auszuschließen, es war zumindest ebenso das Bedürfnis, dass die verbleibenden Guten zusammen zu rücken hatten. Einer der ihnen war *Opfer* des allgegenwärtigen Kampfes zwischen Gut und Böse geworden.

Erst der vordringende Humanismus und die modernisierten Ketzerlehren verboten es, diesen Weg einzuschlagen. Der Mensch selbst wurde generell, und nicht nur in bestimmten Gruppen, wichtig und die Volksreligion von ihrer schlichten Frömmigkeit befreit. Das Böse wurde eher zur Gefahrenquelle.

Das Gedankenpaar von Gut und Böse verwenden wir aber auch noch im Alltag, in der Ethik⁶¹³ und im Religiösen.

Die Grundidee des frühmodernen Naturrechts -als das Recht, das sich aus der Vernunftnatur des Menschen ergibt- steht dabei einerseits ebenfalls für einen *absoluten* Vernunftrechts-Ansatz und besteht andererseits darin, den Staat als *nützliche* Einrichtung anzusehen.

Das naturrechtliche aufklärerische Staats- und Rechtsverständnis, das *Kant* in seiner realen Form als Obrigkeit anerkennt, *Hegel* idealisiert, *Feuerbach* in die Gesetzesform umsetzt und *Liszt* in der Funktion sieht, bietet den Rahmen. Der kurze Blick in die Verfassungsgeschichte zeigt dabei an, dass Art und Zahl der Denkmodelle offenbar begrenzt sind und, vermutlich auch deshalb, in einer langen Tradition stehen.

Dazu gehören vor allem

- das Bild vom sich selbst *entwickelnden Menschen*⁶¹⁴,
- das Modell des *Gesellschaftsvertrages* der freien Menschen und
- die Idee von der *naturrechtlichen Ordnung* der Dinge,

die alle drei die mittelalterliche Vorstellung von der göttlichen Ordnung und der göttlichen Seele des Menschen abgelöst haben.

Herauszugreifen sind die Strafbegründungen von *Grotius*, *Hobbes* und *Locke*.

⁶¹³ Vgl. „Narrative Ethik. Das Gute und das Böse erzählen“, 2007, ein philosophisch-ethischer Sammelband, Joisten (Hrsg), Ethik, 2007 .

⁶¹⁴ Dazu aus rechtsphilosophischer Sicht Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016, 1. Kap. III („Verweltlichung: Würde durch Selbstbildung (*Mirandola*), durch Denken (*Pascal*), durch Vernunft (*Pufendorf*)“).

2. So geht nach *Grotius* die Strafkompetenz des Staates nicht schlicht aus dem staatlichen Gewaltmonopol hervor. Strafe begegne vielmehr dem Angriff auf die naturrechtliche Ordnung der Gemeinschaft schlechthin. Der Angreifer degeneriere, wie dies schon *Cicero* und *Thomas von Aquin* gelehrt hätten, zum wilden Tier, das mit seinem Angriff alle Rechte verloren habe und keine Nachsicht mehr verdiene⁶¹⁵. Das wilde Tier stattdessen zunächst zu zähmen zu versuchen, entspräche der Sicht *Liszts*. Die Idee des Angriffs auf die vernünftige Ordnung ist ebenso wie der Gedanke der Wechselseitigkeit bei *Hegel* wieder zu finden.

Strafrecht und Völkerrecht sind also bei *Grotius* auf derselben Ebene des verfassungsähnlichen Gesellschaftsvertrages verankert. Sein Straf- und sein Völkerrecht *begründet* der Staat über das Not- und Kriegs- oder auch unmittelbar über das *Friedensrecht*.⁶¹⁶

3. Die Staatstheoretiker der beginnenden Moderne, insbesondere *Hobbes*, bemühen generell den Sozialvertrag als diejenige fiktiv-rationale soziale Entscheidung, die den natürlichen Kampf aller gegen alle beendet.⁶¹⁷ Erst die Einbindung in die Gemeinschaft lässt also den Kampf oder Krieg zum gewaltsamen Unrecht werden. *Grotius* folgert dementsprechend, die den Täter treffende Strafe entspringe deshalb dem Vergehen des Täters, weil er sich durch seine Tat willentlich der Strafe unterworfen habe wie bei einem Vertrag. Die Strafe folge also der Tat deshalb als notwendiges Übel.⁶¹⁸

Unrecht ist dann der Tatbestand, den der Sozialvertrag unmittelbar oder mittelbar als *Vertragsbruch* bestimmt.

⁶¹⁵ Grotius, *De Jure*, 1631/1950, II, 20, § 3; Hüning, *Naturzustand*, 2001, 85 ff., 97.

⁶¹⁶ So etwa, und insofern folgerichtig aus der strafrechtswissenschaftlichen Sicht, und zwar utilitaristisch, Kargl, *Friedenssicherung*, ARSP 1996, 485 ff.: „Friedenssicherung durch Strafrecht“. Klassischer schon Freund, *Legitimationsfunktion*, 1996, 43 ff., 55., der von „Rechtsfrieden“ spricht und damit den Übergang zum üblichen Begriff der Strafe zur „Bewährung der Rechtsordnung“ anzeigt. Oder: Sternberg-Lieben, *Rechtsgut*, 2003, 65 ff., 65: Aus dem Inbegriff allen staatlich gesetzten Rechts, den Bürgern ein friedliches, gesichertes Zusammenleben zu ermöglichen, erfahre auch das Strafrecht seine Legitimation. „Sein oberstes Ziel ist die Gewährleistung des Rechtsfriedens“.

⁶¹⁷ Hobbes (Mayer), *Leviathan*, 1681/1986, 117, 151; aus strafrechtsgeschichtlicher Sicht siehe auch Hoffmann, P., *Strafzwecke*, 1992 69.

⁶¹⁸ Grotius, *De Jure*, 1631/1950, II, 40 f. Dazu auch Hoffmann, P., *Strafzwecke*, 1992, 65.

Allerdings ist anzufügen, dass der Vertragszweck, den Frieden zu erhalten, zwangsläufig und nicht etwa vertraglich beliebig die nicht erlaubte persönliche Gewaltanwendung zum Vertragsbruch erklären muss. Die Straftaten sind insofern *Friedensbruchdelikte*, die dementsprechend zunächst auch über Gottes- und dann später Landesfriedensordnungen definiert waren. Soll die Gemeinschaft zudem und vorrangig arbeitsteilig Vorteile erwirtschaften, die keiner allein erringen kann, dann bildet der Frieden keinen Letztwert und Selbstzweck. Er erscheint nur als die notwendige Grundlage des gedeihlichen Zusammenlebens. Damit existiert zwangsläufig eine neue Deliktsform: die *Kooperationsdelikte* im weitesten Sinne.

Strafen sind nach diesem Denkmodell *formal* stets *Staatsschutzdelikte*.

Hobbes erklärte, der Mensch bleibe schwach und seinen Leidenschaften ausgeliefert, weshalb ein so starker Staat erforderlich sei, dass er als Leviathan, als „sterblicher Gott“, zu bezeichnen sei.⁶¹⁹ *Hobbes* begründet mit dem natürlichen chaotischen Urzustand die *Unterwerfung* des Menschen unter die Staatsgewalt. Strafe ist danach, wie bei *Feuerbach*, ein Zwangsritual, das Furcht erzeugen soll und somit general- und individualpräventiv ausgerichtet ist. Dessen Zweck ist aber der übergeordnete, Frieden zu schaffen.⁶²⁰ Mit *Naucke* lässt sich diese Sicht zu Recht gleichfalls als absolute begreifen, und zwar über die Absolutheit der Verbindlichkeit des gesetzten Rechts kraft des Gewaltmonopols des Staates.⁶²¹

4. *Locke* beschreibt vor allem das private Recht und betont das natürliche Gesetz.⁶²² Er erklärt, der Mensch sei

„mit einem Rechtsanspruch auf vollkommene Freiheit und uneingeschränkten Genuss aller Rechte und Privilegien des natürlichen Gesetzes, in Gleichheit mit

⁶¹⁹ Hobbes (Mayer), *Leviathan*, 1681/1986, 155

⁶²⁰ Vgl. *Hobbes' These*, die Staatsgründungsverträge hätten ihren Grund in der wechselseitigen Todesfurcht (Hobbes (Gawlik), *Bürger*, 1642/1959, 2. Kap., Ziffer 6; zudem: Kap. 15, Zif. 13; ausführlich Kremkus, *Strafe*, 1999, 59 ff., u.a. 62 ff., u. Hinw. auf Hobbes, *Leviathan*, 1651/1955, 27. Kap., 248; siehe auch Kodalle, *Thomas Hobbes*, 1972, 65. Vergeltung gilt Hobbes, der auf den sinnvollen Zwang setzt, im Übrigen als unvernünftig, zwecklos und nutzlos, dazu: Kremkus, *Strafe*, 82, u. Hinw. auf Hobbes (Willms), *Dialog*, 1681/1992, 162.

⁶²¹ Naucke, *Notizen*, 1998, 361 ff., 364 f.; Kelsen, *Rechtslehre*, 1960, 34 f.

⁶²² *Locke* (Laslet), *Second Treatise*, 1690/1993, § 87, siehe auch: § 4, Buch II. Vgl. zudem: *Locke* (Euchner/Hoffmann, H.), *Abhandlungen*, 1690/1967, 201 („evident, vernünftig“).

jedem anderen Menschen oder jeder Anzahl von Menschen auf dieser Welt geboren“.

Locke bereitet ebenfalls *Hegels* Sicht vor. Er erklärt, dass erst der ungerechte Gebrauch von Gewalt den Menschen in den Kriegszustand mit den anderen versetze. Mit seinem Verstoß gegen das *natürliche* Gesetz gebe er zu erkennen, dass er nach anderen Regeln als denen der Vernunft leben wolle.⁶²³ *Locke* verbindet die Vorstellung, über das Naturrecht verfügen zu können, mit der Idee des Kriegszustandes und eröffnet deshalb auch den Weg zu einem auf soziale Verteidigung ausgerichteten Feindstrafrecht.

Über *Locke* ist auch die Verbindung zum englischen Utilitarismus aufzuzeigen⁶²⁴ und an den ebenfalls generalpräventiven Ansatz des Ahnherrn des Utilitarismus, des englischen Philosophen *Bentham* zu erinnern⁶²⁵. Jede Nützlichkeitslehre, die über den Egoismus des Einzelnen hinausreicht, führt zu einer Güterabwägung und dann auch zur Frage, ob nicht das Wohl der Allgemeinheit dem eines Einzelnen im Not- oder Gefahrenfalle vorzuzugehen hat.

Der utilitaristische Blickwinkel bezieht stets zumindest individualpräventive Elemente mit ein. In seiner sozialemischen Ausprägung findet auch der Gedanke der Verantwortlichkeit seinen Platz. Der Täter gilt als ein planender grundegoistischer und insofern auch frei entscheidender Mensch.

5. *Fazit.* Das Naturrecht bildet die historische Grundlage für den gesamtwestlichen Staat seine Rechtskultur. Es liefert somit auch das Fundament für das staatliche Strafen und dessen Begründung.

Das deutsche Grundgesetz greift selbst die *allgemeinen* Gedanken des *Naturrechts* wieder auf, und zwar unter anderem, wenn es in Art. 1 II GG und mit einem „darum“-Bezug zur Unantastbarkeit der Menschenwürde erklärt:

⁶²³ Zugleich kritisch Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff., 106 f.

⁶²⁴ Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff., 68.

⁶²⁵ Bentham, Grundsätze, 1786/1830, 153; siehe auch Larenz, Recht, 1979, 49, der eine ältere Formulierung Schmidhäusers aufgreift: „Jede Bestrafung, die auf zugleich unmoralisches und strafwürdiges Verhalten gerecht reagiert, wirkt sozialpädagogisch; sie bestätigt das moralische Urteil und damit die Geltung der Normen im Bewusstsein der Gesellschaft“. Auch der Verfasser hat früher an dieser Formulierung Schmidhäusers festgemacht und versucht, aus dieser den Zusammenhang zwischen positiver Generalprävention und Schuldprinzip herauszufiltern (Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976, 83, 102 ff.).

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

Das althergebrachte Strafen erscheint -aus der Sicht des Verfassung- mit diesen Idealen nicht nur vereinbar zu sein, sondern auch *jeder* einzelnen dieser großen Ideen zu dienen.

II. Rechtslehre: Achtungslehre (*Kant*), Anerkennungslehre und Leitidee des Anderen (*Fichte, Hegel*)

1. *Achtungs- und Anerkennungslehren*: Die Achtungs-, beziehungsweise die Anerkennungslehre stellt vor allem eine Theorie des *Rechts* dar, die sich aus dem Gedanken des Gesellschaftsvertrages ergibt. Ihr geht also nicht vorrangig um die Strafe, sondern um das *Begründen* der Menschen- und Bürgerrechte.

Die Grundidee der *Anerkennung oder auch Achtung*, beides ist zunächst einmal zusammen zu fassen, beruht auf einer *naturrechtlichen* Sicht.

2. Sie besteht für *Kant* darin, dass die Menschen mit Vernunft und freiem Willen begabte Wesen sind und sie sich deshalb wechselseitig achten:

*“Ein jeder Mensch hat rechtmäßigen Anspruch auf Achtung von seinen Nebenmenschen, und wechselseitig ist er dazu auch gegen jeden Anderen verbunden“*⁶²⁶.

Diese Achtung als (würdiger) *Mensch* -im Sinne von *Kant*- entspringt dabei nicht der freien Entscheidung des Achtenden, sondern bildet dessen sich aus der Vernunft ergebende *innere Verpflichtung*.

⁶²⁶ Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI 462 (Er fügt im nächsten Absatz sofort an:“ Die Menschheit selbst ist eine Würde; denn der Mensch kann von keinem Menschen (weder von Anderen noch sogar von sich selbst) bloß als Mittel, sondern muß jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden, und darin besteht eben seine Würde (die Persönlichkeit), dadurch er sich über alle andere Weltwesen, die nicht Menschen sind und doch gebraucht werden können, mithin über alle Sachen erhebt.“)

Eine vernünftige Verfassung wird deshalb die Menschenrechte an die Befähigung des Menschen zur Vernunft binden, sie muss sie dann auf *alle Menschen* und nicht nur ihre Bürger erstrecken und wird sie auch für unantastbar halten, Art. 1 GG.

Die Folgerung lautet für das Strafrecht: Verstößt der Täter bewusst gegen seine innere Verpflichtung, so trifft ihn zumindest die *sittliche Schuld*, die wiederum in der Regel auch den Kern der Strafrechts-Schuld bildet.

Genauer betrachtet, ist dann aber doch zu trennen. Man *achtet* einen existenten natürlichen Status des Menschen, der etwa „von sich aus“, weil er autonom und mit vernunftbegabt ist, der Achtung würdig ist. Das (würdige) Menschsein ist dem Menschen auch dann eigen, wenn man es nicht achtet. Man verstößt dann nur gegen einen *Achtungsanspruch*.

3. Davon unterscheidet sich die der *Anerkennung* im engeren Sinne. Die Anerkennung beruht auf einem meist kommunikativen Akt der freiwilligen oder auch der erzwungenen *Zuschreibung* und sie bezieht sich nicht auf das Menschsein, sondern auf die Rechte und führt zum Modell der Rechtsperson. Einzelne Rechte, wie das Eigentum an einem faktischen Besitztum, entstehen danach überhaupt erst durch die (am besten wechselseitige) Anerkennung, und zwar diejenige der Anderen (etwa der Nachbarn) und auch der Allgemeinheit.

Die Grundlegung der Anerkennungslehre hat für die moderne Rechtstheorie insbesondere *Hegel* herausgearbeitet und sie führt auch zum philosophischen Grundmodell des „Anderen“.

Das Ich des Menschen erweist sich danach als recht reflexiv. Jeder sieht sich vor allem mit den Augen der Anderen. Unser Gesamt-Ich formt sich überhaupt erst mit dieser an sich widersprüchlichen Beziehung von Ich und Nicht-Ich selbst und auch immer wieder neu aus.⁶²⁷

⁶²⁷ Hegel, Phänomenologie (Glockner), 1807/1964 , B. IV. A., 145 ff. Dazu aus heutiger philosophischer Sicht „Zwischen Aristoteles und Kant. Skizze einer Moral der Anerkennung“, Honneth, Aristoteles, 2000/2005, 171 ff. , 178. Mit Hegels dialektischer Denkweise: „Diese sich selbst widersprechende Vorstellung nahm das moralische *Selbstbewußtsein* nicht über sich, sondern verlegte sie in ein *ihm* andres Wesen. ... Die Totalität oder Wirklichkeit, welche sich als die Wahrheit der sittlichen Welt darstellt, ist das *Selbst* der Person; ihr Dasein ist das *Anerkanntsein*.“ (Hegel, Phänomenologie, Kap. 6c-2).

Hegel wiederum stützt sich dabei auf die Naturrechts- und Anerkennungslehre von Fichte, der die Idee des „Anderen“ zugrundlegt und das *individuelle* mit dem *gemeinsamen* Bewusstsein verbindet.⁶²⁸

4. *Kritik.* Nach Fichtes Modell ist es zumindest schwer, ein vorrangig *autonomes* Bewusstsein des Menschen anzunehmen, mit dem er als Akteur sein Handeln steuert. Höchstpönliche Schuld für das eigene Fehlverhalten zu empfinden und auch die autonome Selbstbestimmung der Schuld, ist danach ausgeschlossen. Schuld entsteht als *dialogische* Art der *gemeinsamen Zurechnung* im Rahmen eines sozialliberalen Mischbewusstseins.

Zwar ist diese Grundfähigkeit zur Anerkennung des Anderen gewiss *jedem* Menschen eigen. Aber anzunehmen ist auch, dass daneben -und auch deshalb- ein Ich-Selbst existiert und existieren muss, das sich aktiv selbst organisiert und dem wir deshalb „Autonomie“ zusprechen können. Auch unsere westlichen Sprachen gehen von einem selbstständigen Ich oder Selbst aus, das seinen Egoismus pflegt, den des anderen anerkennt oder auch missachtet, sich einer Wir-Gemeinschaft zugehörig weiß. Wir sind auch Einzelwesen und nicht nur das, was andere in uns sehen.

Zudem bleibt mitzudenken, dass es für jeden Menschen eine *Vielzahl von Anderen* gibt. Die ideale Zwei-Beziehung von gleichberechtigten Subjekten, die im Wort von den intersubjektiven Beziehungen steckt, löst sich also in der Praxis in einer *sozialeren Wolke von vielen anderen* mit gleicher Ansicht auf. Die geistige Nähe von Intersubjektivität und verfestigter sozialer und (sub-)kultureller Kollektivität ist gegeben, obwohl die Idee von einer gleichberechtigten Du-Ich Beziehung ausgeht. Außerdem gibt es tatsächlich ein verfestigtes Wir-Kollektiv, wie den Staat (oder den Stamm) mit seiner verfassungsmäßigen Ordnung (vgl. Art. 20 GG), das kollektive Ansprüche an das Ich-Wesen stellt, das wiederum ebenfalls subjektive Rechte gegenüber dem Wir-Staat als kollektivem Du-Anderen geltend macht. Daraus folgt, dass es nicht nur um eine einzelne Du-Ich-Beziehung, sondern um ein gesamtes Flechtwerk von Beziehungen geht, das dem Begriff von *Gesellschaft* recht nahekommt, diese allerdings nicht rein kollektivistisch versteht.

⁶²⁸ Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff., 47 ff., 85 ff. „Im wechselseitigen Auffordern zu freiem Handeln und im Begrenzen der eigenen Handlungssphäre zugunsten des Anderen bildet sich sowohl individuelles wie gemeinsames Bewusstsein – eines ist nicht ohne das andere.“I

Dagegen geht das Ich-Modell des Selbst in der Form der *Autonomie* (und Art. 1 I GG in der Deutung des *Bundesverfassungsgerichts*) zunächst und vorrangig von der Eigenverantwortung aus. Man *verinnerlicht* dazu die Du-Ich-Beziehung, indem man *mit sich selbst spricht* und Anforderung an sich selbst stellt. Dazu dient uns das *Gewissen* oder auch *Überich*, das ein *Veto* einlegen kann oder das im Vorwege dadurch zur Selbstbeherrschung beiträgt, indem es die ethischen Beweggründe unterstützt, in dem es die *Empathie* mit anderen durch altruistische Lustgefühle befördert. Die Verantwortung gegenüber den *Anderen, und deren Ansprüchen* und der Gesellschaft als Kollektiv erfolgt dann anschließend.

Dabei hilft es, selbst die Ansprüche der Anderen vor der Tat anzukennen. Man spiegelt sie. Aber jeder Mensch, so folgt auch aus diesem Modell, handelt letztlich als einzigartiges Individuum und nach seinen Regeln, er kann die Ansprüche der anderen ablehnen oder negieren und egoistisch die eigenen in den Vordergrund stellen. Die Kernfrage lautet deshalb immer wieder, kann ein Mensch wenigstens einem *minimalen Existenzrechtsschutz* im Sinne des Art. 1 I GG von den anderen erwarten und verlangen, wenn er selbst die Existenz- und Freiheitsrechte der Anderen entweder aufs Schwerste oder auch ständig und beharrlich missachtet?

Hinzuzufügen ist allerdings, dass die Antwort auf die Frage, auf welchem Ansatz, entweder der Ich-, der Du oder der Wir-Sicht das *Hauptgewicht* liegt, von kultureller Art ist. Der liberale Ökonomismus setzt mit seinem Vertragsdenken vorrangig auf das Du-Modell. Ein hoch kommunikativer und politischer Zentralstaat, wie Frankreich, betont den allgemeinen Willen, also den Wir-Ansatz. Die idealistische deutsche Verrechtlichung der Menschenwürde setzt mit der Rechtssubjektidee auf das *autonome* Ich. Dieses Ich-Modell füllt sie zugleich mit der *kantschen* Idee einer inneren Sittlichkeit eines jeden Menschen auf. Sie besteht in der Grundfähigkeit zur Selbstbindung an eine eigene innere Ethik, die jedem im Willen frei gedachten Menschen eigen ist. Er verfügt danach über eine innere, autonome Ethik, die er im Sinne des *kantschen Verallgemeinerungsprinzips* als *Maxime* für das eigene Handeln auszuüben vermag und die deshalb die *Verfassungsgrundsätze* (vgl. auch das Wort Sittengesetz in Art. 2 I GG) widerspiegelt.

Die Sichtweise vom *Anderen* her bildet also auch für die deutsche Rechtslehre eine *Weichenstellung*. *Fichtes* Ansatz, den er *zeitgleich* mit *Kants* Metaphysik

der Sitten veröffentlicht hat, führt über *Hegels* Überhöhung des Freiheits- und Rechtsstaates zur Idee von einer gemeinsam *zugerechneten* und damit letztlich entweder sozialemischen oder auch nur *interpersonalen* Schuld.

Der Vorzug dieser Sichtweise besteht aber immerhin einmal darin, den Anderen zu *individualisieren*. Insofern handelt es sich um einen *intersubjektiven* Ansatz. Er passt gut für die Idee von *Freiheitsrechten*. Denn ein derartiges Recht ist auf die *Beziehung* zwischen freien Menschen ausgerichtet und rückt vor allem die Vertragsidee in den Vordergrund. Aber es drängt die *Subjektivität* des einzelnen Menschen und dessen natürlichen Rechtsstatus als würdiger Mensch zurück. Ein Mensch kann danach frei und auch würdig sein, aber ohne einen sozialrealen Rechtsschutz von Seiten der Anderen leben müssen.

5. *Hegel* selbst hält die *Anerkennung*, lies hier: den Rechtsstatus, von bestimmten Anderen nicht für zwingend. Um die Anerkennung müsse gekämpft werden. Zum „*Kampf um die Anerkennung*“⁶²⁹ zählt dabei auch das Werben und Erkaufen von Anerkennung, etwa mit dem Angebot eines Mächtigen, selbst die Rechte der Anderen anzuerkennen.

Hegel erklärt unter anderem: (a) Beim Kampf um Anerkennung sei von einem Toten keine Bestätigung zu erlangen. Die *Existenz* des anderen müsse also erhalten bleiben.⁶³⁰ Es bestehe (b) aber die Gefahr, selbst versklavt zu werden oder jemanden zu versklaven und damit zu knechtischer Anerkennung zu gelangen. Der Ausweg sei (c) deshalb die Gleichheit im Recht. (d) Danach sind andere Personen als solche zu respektieren.⁶³¹ Dennoch kann (und muss) selbst noch der Knecht den Anerkennungsakt leisten.

Grundlage jeder Anerkennung bildet die *Kommunikation* als Austausch von Informationen über Wissen und hier über Werte. Die Kommunikation führt zu zumindest zeitweiliger *Verselbständigung* des (sozialen) Konsenses. Sie bietet den Weg bei großen Kommunikationsfeldern zu einer *Institutionalisierung*, und zwar entweder (a) als gesondertes normatives Institut, rechtlich als Verfassung

⁶²⁹ Vgl. Hegel, Enzyklopädie, 1817, 3. Teil (III.): Die Philosophie des Geistes, Theorie, § 435; siehe dazu auch Kojève, Hegel, 24; Schaber, Recht, 30 f.

⁶³⁰ Vgl. Hegel, Enzyklopädie, 1817, 3. Teil (III.), § 434 (Es bestehe „da das Mittel der Herrschaft, der Knecht, in seinem Leben gleichfalls erhalten werden muß, G e m e i n s a m k e i t des Bedürfnisses und der Sorge“ für die Befriedung ihres Verhältnisses“).

⁶³¹ Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 36.

und (b) auf der individuellen Ebene, wie bei *Hegel*, zu einer besonderen „Rechtsperson“ als individuellem Akteur.

Das Ausmaß der Verselbständigung der *Person vom Menschen* zeigt sich, wenn die *Todesstrafe*, die die physische Existenz des Täters vernichtet, ihn gleichzeitig als Rechtsperson ehren soll. So muss sich das Bewusstsein in der Vernichtung dessen, was es selbst nicht ist, bestätigen.

Mit dem Sammelbegriff *Freiheit* (Art. 2 I GG), die bis zu den Freiheiten der Anderen reicht (oder an die Grenzen der Sittengesetze, lies der Verfassung stößt), ist der materielle Kern des interpersonalen Rechtes umschrieben. Dessen formale Seite bildet die *gegenseitige Anerkennung* der anderen und ihrer Freiheiten.

Wer aber das Element der *Anerkennung* als solches heraushebt und *nicht* die menschlichen Akteure selbst in den Vordergrund rückt, der setzt vorrangig auf die Kommunikation als solche. Er setzt für die Strafe auf die sozial-personale (Rollen-) Ebene der *Generalprävention*, in dem er die Allgemeinheit absolut setzt.

Ihre Vertreter werden auf der formalen Ebene der modernen Diskursethik zuneigen. Sie werden *Anerkennung* als Konsens und als Ergebnis „kommunikativen Handelns“⁶³², also intersubjektiv begreifen, und den Diskurs als das ideale Verfahren, sie zu erreichen, beschreiben.⁶³³ Wer umgekehrt der *Konsensstheorie*⁶³⁴ zuneigt, wird dementsprechend das Recht auf *Anerkennung* stützen wollen.

Aber der „Kampf um *Anerkennung*“ -im *hegelschen* Sinne- ist zugleich mit der Gegenposition verbunden, dass die *Anerkennung*, lies: die Bürgerrechte, überhaupt nicht oder nicht voll gewährt wird (Sklaven, Frauen) oder dass sie auch *strafweise aberkannt* werden kann.

⁶³² Vgl. Habermas, *Diskursethik*, 1983, 97 ff.

⁶³³ Aus der Rechtstheorie: Alexy, *Theorie*, 2012, 273 ff.

⁶³⁴ In diesem Geltungssinn: Habermas, *Wahrheitstheorien*, 1973, 127 ff., 128, „Wahr ist eine Aussage dann und nur dann, wenn sie einen wirklichen Sachverhalt oder eine Tatsache wiedergibt... Wahrheit ist ein Geltungsanspruch, den wir mit Aussagen verbinden, indem wir sie behaupten“; Tschentscher, *Konsensbegriff*, 2002, 43 ff.. Vgl. auch Montenbruck, *Präambel-Humanismus*, *Zivilreligion I*, 2015, 6. Kap. III 265 ff. („Drei Wahrheitslehren“)

6. *Fazit*. Auch insoweit ist zwar grob zwischen *Kants* und *Hegels* Ansätzen zu trennen. Die Anerkennungslehre wird in der *Wissenschaft* vor allem im *hegelschen* Sinne verfolgt, dagegen verbleibt das *Grundgesetz* zunächst nahe an *Kants* Sicht von der *Achtung* des Menschen und *verrechtlicht* dessen ursprünglich rein geistig-sittliche Idee vom Menschen als Vernunftwesen in Art. 1 I GG. Danach (erst) regelt die Verfassung in Art. 2 I GG die Wechselseitigkeit der Freiheitsrechte.

In diesem Sinne erklärt der Rechtstheoretiker *Hoerster* aus Sicht der Subjekte und im Sinne der Demokratie:

*„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 der so verstandenen Freiheit können Normen intersubjektive Anerkennung finden.“*⁶³⁵

Man kann also auch solche bestehenden Normen nicht einzeln, sondern intersubjektiv anerkennen, die bestimmten empirischen Subjekten zwar nicht ihr „Art. 1 I GG-Wesen“ als solche Subjekte nehmen, aber doch auch einen Teil der allgemeinen Freiheit beschneiden.

Insofern lässt sich zwar eine Rangfolge ausmachen. Dennoch bleibt daneben auch der systemische Gedanken, verrechtlicht in Art. 20 GG, als freiheitlicher und demokratischer Rechts- und Sozialstaat. Ihm liegt zumindest auch das Modell der *Anerkennung* zugrunde. Das Wort von der *Erhaltung der Rechtstreue*, die positiven *Generalprävention* gründet auf dem sozialliberalen Denken. Der Art. 20 GG enthält zudem deutlich sichtbare Elemente eines vor allem nationalen *Gesellschaftsvertrages*, getragen vom demokratischen Bild der Wahlbürger.

Spricht man diesem Ansatz den Vorrang zu, so gelangt man zu einer *präventiven* Vereinigungstheorie. Regiert dagegen die Menschenwürde-Idee, so gelangt man zu einer (Schuld-) *vergeltenden* Vereinigungstheorie.

⁶³⁵ Hoerster, *Wirklichkeit*, ARSP 1989, 145 ff. („Die Wirklichkeit der Freiheit“, mit diesem Schlusssatz, 160).

Am Ende ist die Frage zu entscheiden, die eigentlich ein Dilemma beinhaltet, ob denn dem Einzelnen oder der von ihm mitgebildeten Gesellschaft der Vorrang zu geben ist. Anders gewendet, besitzt *jeder* einzelne Mensch auf der Welt eine Würde, die von jedem Staat zu achten ist? Oder aber besteht ein Rechtsschutz vor allem im nationalen Rahmen, weil man Freiheitsrechte nur dort, und zwar kraft *gegenseitiger Anerkennung* der Freiheiten, in *Rechtsform* erst selbst erschafft? Ethischer Idealismus und rechtlicher Pragmatismus stehen einander hier gegenüber.

Das deutsche Strafrecht wählt einen Mittelweg. Es bietet nach außen ein idealistisches *Schuldstrafrecht*, das es für Ausnahmen mit einem präventiven *Maßregelrecht* kombiniert. Auch stecken die Strafzumessung und vor allem die Strafvollstreckung voller präventiver Elemente.

III. Verfassungsgesellschaft: Gemeinwille und Volk (Montesquieu, Rousseau), Natürlich- und Wichtigkeit von Verbrechen (Durkheim), Selbstorganisation in Systemen (Luhmann)

1. Die Frage nach den Fundamenten der Verfassungsgesellschaft betrifft den Aspekt der Generalprävention und deren sozialen Kernbegriff der *Allgemeinheit*.

Aus der Sicht der Verfassung ist die vage Idee von der Allgemeinheit eng mit dem demokratisch ausgelegten Wort vom Volk im Sinne des Art. 20 GG verbunden. Insofern kann man auch von der *Verfassungsgesellschaft* sprechen.

Im 19. Jahrhundert spaltete sich die allgemeine Gesellschaftslehre der Soziologie von der Philosophie ab, in dem sie von der Wirklichkeit ausgeht. Sie bereitet mit ihrer im Kern wertfreien und ökonomischen Sicht auch den *Paradigmenwechsel* in der Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hin zu den *präventiven* Ansätzen vor. Zu Beginn war sie aber noch eng mit sozialmoralischen Ideen verbunden. Im Einzelnen:

2. Die Grundidee stammt aus der politische Philosophie und geht mit dem demokratischen Gedanken vom Volk einher. *Montesquieu*⁶³⁶ verbindet sie eng mit dem Recht und der Verfassung eines Staates.

Zum „Geist der Gesetze“ (1748) dem Titel seines großen Werkes führt er aus:

„Sie sollen dem Grad der Freiheit entsprechen, den die Verfassung“ (besser die Verfasstheit des Landes) *„erlaubt, der Religion der Einwohner, ihren Neigungen, ihren Reichtümern, ihrer Anzahl, ihrem Handel, ihrer Sittlichkeit“* (moeurs, als Ethik) *„und ihren Gewohnheiten“*.

Der Bezug zwischen den Gesetzen und diesen Gegebenheiten sei der gemeinte Geist der Gesetze (Esprit als Gedanke, Stimmung). Den „allgemeinen Willen“ („l’esprit général“) dominiert dann die jeweils vorherrschende Funktion. Weiter verweist *Montesquieu* indirekt auf die Transparenz und die Laiensicht, wenn er anschließt: *„Die Liebe zur Demokratie ist weiter die Liebe zur Einfachheit.“*

Rousseau stellt den Gemeinwillen heraus. Weisheit und Wohltätigkeit prägten die Art und die Aufgaben des kollektiven „allgemeinen Willens“⁶³⁷ (volonté générale)⁶³⁸ und jener stelle eine weltliche Art der Divinität, als des lebendigen Volksgeist-Willens⁶³⁹ dar.⁶⁴⁰

Die vorausschauenden Gesetze entspringen dem allgemeinen Willen in der Form der Legislativen. Die Gerechten werden belohnt und die Ungerechten

⁶³⁶ Montesquieu (Forsthoff), Geist 1748/1951., Buch I, 3. Kap., dazu auch: Mährlein, Volksgeist, 2000, u.a. 30 ff., der daraus noch keinen „Volksgeist“ im nationalen Sinne ableiten will (33).

⁶³⁷ 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 wie sie zu ergänzen ist, dann auch zu den faktischen Verfasstheiten von Staatsgebilden über „Gemeinwillen und Identität“ sowie in diesem Sinne zur Römischen Republik: 1. Kap., § 4.

⁶³⁸ Zur Diskussion, ob das Volk mit seinem „volonté générale“ tatsächlicher Urheber der Gesetze oder „der Idee nach“ ist, zum Beispiel aus staatsrechtlichem Blickwinkel: Ladeur, Staat, 2006, 10 mit Hinweis auf die Grundidee des Gesellschaftsvertrags bei Hobbes und die Idee der „Rechtsperson“.

⁶³⁹ Siehe aus der Sicht der kollektiven Person etwa: Rousseau, Gesellschaftsvertrag (Brockard), 1762/1996, 18: *„Gemeinsam stellen wir alle, jeder von uns, seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens und wir nehmen, als Körper, jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen auf.“* Ausführlicher: Montenbruck, Zivilisation, 2010, 2. Hauptteil, III., 2. („Notstandsstaat und ziviler demokratischer Staat“).

⁶⁴⁰ Dazu Mertens, „Plurales, kollektives und institutionelles Wollen“, 2014, 227 ff. im Sammelband „Die Dimension des Sozialen. Neue philosophische Zugänge zu Fühlen, Wollen und Handeln“.

bestraft. Wer sich an Verträge hält, an private wie an den Gesellschaftsvertrag, genießt zum einen die Vorzüge, die diese versprechen und zum anderen auch den Schutz der eigenen Rechte als allgemeine Rechtssicherheit. Die positiven bürgerlichen Kernaussagen folgen dann im selben Satz: „*die Heiligkeit des Gesellschaftsvertrages und der Gesetze, das sind positive und untrügliche Glaubenssätze*“.

Statt vom Gesellschaftsvertrag ist zumindest in Deutschland besser von demokratischer Verfassung zu sprechen und „die Gesetze“ treten als Recht und Gesetz, Rechtsstaatlichkeit oder auch Rules of Law in Erscheinung. An dieser Stelle zeigt sich deutlich, weshalb die bürgerliche Religion nicht nur auf eine politische Philosophie zusteuert, sondern zumindest immer auch nach einer Rechts- und Staatsphilosophie⁶⁴¹ verlangt.

3. *Durkheim* geht von einem *kollektiven Bewusstsein* aus. Es sei

„*die Gesamtheit der gemeinsamen religiösen*“ (lies: und auch die moralisch-kulturellen) „*Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft*“.⁶⁴²

Zu ihm gehört etwa auch das zivilisatorisch bedeutsame „kollektive Gedächtnis“ eines Volkes. Worte wie „althergebrachte Strafe“ greifen diesen Kultur-Gedanken auf.

Aber bereits mit und seit *Durkheim* diskutiert die *Soziologie* die eigentlich explosive Doppelthese, dass erstens das Verbrechen (wie etwa schon

⁶⁴¹ Zum Begriff des Volkes mit der Frage, realer oder fiktiver Souverän: Leisner, Volk, 2005; zur Volkssouveränität als „*Staatsgrundnorm der Demokratie*“, 23 ff.; zur Frage „*Volkssouveränität unter Gesetzesvorbehalt*“, 29 ff.; zur Fiktion „*als drängendes staatsrechtliches Grundproblem*“, 38 ff.; zur zweifelhaften Willensbildung des Volkes, 106 ff. Kritisch zur „*allgemeinen Auffassung*“ als „*demokratisch-souveräner Volkswille*“, 176 ff. Zur Volkssouveränität dennoch als „*lobenswerte rechtliche Fiktion*“, 256 ff.; ferner zur „*Grenze der Herrschaft*“ und zum „*Raum der Freiheit*“, 265 ff. Siehe zudem die Schlusstheze von der Volkssouveränität als „*ein letzter Irrationalismus im Staatsrecht*“, als ein „*fiktiver Weg zur Grund-Norm der Freiheit*“, 268 f. sowie die beiden Schlussätze selbst, 269: „*Säkularisiertes Staatsrecht setzt das Volk als Gott ein. Etwas vom Volk Gottes aber sollte sein und bleiben im Volkssouverän, etwa vom Gott im Volk*“. Der vage Humanist allerdings wird ergänzen, dass das Volk aus einzelnen Menschen besteht und ihnen der Rang der säkularisierten Halb-Göttlichkeit zukommt.

⁶⁴² Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988, 128. Ausführlicher: Montenbruck, Zivilisation, 2010, 1. Hauptteil, IV., 3. („*Demokratischer Staat als humanisierte Kollektivperson*“).

wirkungsmächtig von *Hobbes* vermerkt) ein *natürliches* Verhalten sei, sondern es zweitens auch die Verfasstheit jeder *Gesellschaft* mit konstituiere.

Diese Gedanken greift für die deutsche Strafrechtswissenschaft etwa *Hassemer* auf.⁶⁴³ *Kunz* und *Jung* diskutieren sie zumindest ebenfalls. Kriminalität existiere mit dem Menschen. Sie sei nicht nur überall anzutreffen (Ubiquität). Menschen besäßen zudem auch universell das *Bedürfnis*, menschliches Verhalten als kriminell einzustufen.⁶⁴⁴

Durkheim erklärt folgerichtig -insofern wertfrei- weiter, kein Handeln sei von Grund auf kriminell. Kriminalität entstehe erst durch entsprechende Normen der Gemeinschaft. Er ist somit der Ahnvater der Lehre vom *abweichenden Verhalten*, die die *Kriminologie* mitbestimmt.

Durkheim betont auch die *norm- und gemeinschaftsstabilisierende* Wirkung des Strafs:

„Das Verbrechen bringt also das Bewusstsein aller ehrbaren Leute enger zusammen und verdichtet es“⁶⁴⁵.

Das Verbrechen *dient* somit auch der sozialrealen verfassten Gesellschaft.

*Durkheim*⁶⁴⁶ trennt dabei ebenfalls zwischen repressiven und restitutiven Sanktionen. Erstere sollten Schmerz, Übel oder Sühne auferlegen, letztere der Wiedergutmachung und Genugtuung des Verletzten dienen.

Hassemer vertritt für das deutsche Strafrecht eine entsprechende Theorie der positiven Generalprävention. Sozialkontrolle in diesem kulturellen Sinne sei, so *Hassemer* zu Recht, allgegenwärtig, von Kleidervorschriften bis zur modischen Alltagssprache. Strafrechtliche wie sonstige soziale Sanktionen reagierten auf

⁶⁴³ Durkheim (König), *Kriminalität*, 1895/1968, 3 ff., 8, Fn 4; aufgegriffen von Hassemer AK-StGB, 1989, Vor § 1 Rn 57 f, der zudem auf die Fortführung Durkheims Thesen aus kriminalsoziologischer Sicht bei Coser, *Funktionen*, 1979, 21 ff. hinweist. Hassemer meint allerdings, Durkheim idealisiere den Verbrecher.

⁶⁴⁴ Kunz, *Strafe*, 2004, 71 ff., 71. Aus angloamerikanische Sicht: Garland, *Punishment*, 1990, 251 f.; dazu (kritisch) auch Jung, *Sanktionssysteme*, 1992, 39. (Nach *Garland* helfe eine derartige Kategorisierung der sozialen Welt sich zu konstruieren und dem Einzelnen sie und einander zu verstehen).

⁶⁴⁵ Durkheim (Schmidts), *Arbeitsteilung*, 1893/1988, 152 f.

⁶⁴⁶ Durkheim, *Regeln*, 1961, 112, 118 ff., 162 ff.; aufgegriffen in seiner Rechtssoziologie von Raiser, *Recht*, 1999, 94.

Abweichungen von der Norm. Erst die Verknüpfung mit ihr, so erklärt er einsichtig, lasse aus einem Übel, das auch ein Unglück sein könne, eine Sanktion erwachsen. Als Sanktionen *stabilisierten* sie die Normen, und zwar im Sinne *Luhmanns* als „kontrafaktische Verhaltenserwartung“⁶⁴⁷, um, wie anzufügen ist, *Vertrauen* aufrecht zu erhalten. Das Faktum besteht in der Existenz von Verbrechen, sie „enttäuschen“ die Erwartungen und damit das Vertrauen.

Die Verletzung von Normen sei nicht nur im Sinne *Durkheims* normal, sondern auch gesellschaftlich erforderlich, weil die Normen nur mit der Sanktionierung von Abweichungen hinreichend verdeutlicht werden könnten.⁶⁴⁸

4. Der Rechtssoziologe *Luhmann* prägte diesen Ansatz im Rahmen seiner Systemtheorie aus, nach der die Gesellschaften (oder auch der einzelne Mensch) vor allem lebendige „Systeme“ darstellen, die mit anderen Systemen interagieren, die sich aus Subsystemen aufbauen und die ihrerseits zu Metasystemen gehören. Eine Gesellschaft bildet ein „*umfassendes soziales System, das alle anderen sozialen Systeme in sich einschließt*“.⁶⁴⁹

Systeme organisieren sich (autopoietisch) selbst. Sie interagieren aber mit anderen Systemen und Subsystemen und bilden dabei auch soziale Metasysteme, die sich selbst organisieren und zwar auch durch Abgrenzung („Differenz“) zu anderen Systemen.

⁶⁴⁷ Hassemer AK-StGB , Vor § 1, Rn 299. Zu diesem berühmten Begriff mit dem Blick auf das Recht, siehe Luhmann, *Recht*, 1995, 134. Siehe auch Luhmann, *Vertrauen*, 2000 , 8.

⁶⁴⁸ Hassemer AK-StGB , Vor § 1, Rn 46.

⁶⁴⁹ Luhmann, *Gesellschaft*, 1997, 78. Mit dem Staatsrechtler Ladeur lassen sich die Auswirkungen einer solchen Beziehungslehre als „postmoderne Rechtstheorie“ sehen. 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, *Rechtstheorie*, 1992, vgl. etwa: 155 ff. (zur Selbstreferenz und Selbstorganisation).

5. *Kritik.* Dieses Denken erweist sich als konsequent sozial und beruht auf einem *soziobiologischen* Grundansatz. Er ist eng mit dem Ökonomismus und dem Utilitarismus verwandt und führt zu einem Funktionalismus.

Die Systemtheorie bietet ein wichtiges Erklärungsmodell, bildet die *Grundlage* für heutiges soziales Denken und trägt damit die Idee der Generalprävention.

Dennoch bestehen auch Parallelen und inhaltliche Verbindungen zur herkömmlichen Ethik, also dem philosophischen Grundsatz in der Form des Idealismus.

So tritt bei *Luhmann* an die Stelle von *Subjekten*, die er ablehnt, der Begriff des (Sub-) Systems.

Der Begriff der „Erwartung“ entspricht in der -an sich wertneutralen- Systemtheorie dem ethischen „Wert“. Zudem „erwartet“ oder „vertraut“ offenbar immer ein lebendiges soziales System, als eine Wesenseinheit, auf das Verhalten von anderen Systemen. Es füllt insofern die Rolle aus, die einen Akteur als eine Art von „Person“ oder gar auch ein nach *außen* handelndes autonomes „Selbst“ oder ein souveränes Subjekt auszeichnet.

Ebenso ist die („autopoietische“) Art der Selbstorganisation von (insoweit) geschlossenen (besser halbgeschlossenen Sub-) Systemen eng mit der Funktion der Idee von der *Autonomie* verbunden. Den Begriff des Selbst benötigen beide. Die Idee von der *Selbstgesetzgebung* kennzeichnet dabei nicht nur den einzelnen Menschen, sondern schon seine sprachliche Wurzel verweist auf kollektive Akteure wie die Republik oder den demokratischen Staat oder auch einen Verein. Auch beinhaltet ein kollektives System eine „Kultur“.

Die Selbststabilisierung dient der „Selbsterhaltung“, die dann doch auch eine Art von Selbst (aus sich selbst heraus) und durch eigene Abgrenzung („Differenz“) von „anderen“ erschafft. Insofern spielt die Idee des „Anderen“ hier negativ eine Rolle. Die Kooperation mit den Anderen führt zur Selbstorganisation von Metasystemen (auf kurze Zeit oder längere Dauer). Die soziale *Notwendigkeit* und nicht die liberale Freiwilligkeit erschafft allerdings somit gesamte Staatswesen, die sich dann aber doch wieder mit einem „Wir-Selbst“ selbst organisieren.

Bei *Durkheims* Ansatz erfolgt jedes Tun offenbar im Interesse einer Gesellschaft, die über ein derartiges kollektives Bewusstsein verfügt. An dieser Gesellschaft und an der Bildung des kollektiven Alltags-Bewusstseins kann der Einzelne zwar immerhin teilhaben. Er muss aber auch Solidaritätsoffer erbringen, notfalls auch als Folter oder Todesstrafe, wenn das kollektive Bewusstsein es verlangt. Die Idee des Feindstrafrechts im Sinne von *Jakobs* (und ohnehin auch die *romanische* Deutung des Strafens als Sozialverteidigung) speisen sich aus diesem kollektivistischen Denken. Das Strafen dient danach vor allem dem Schutz der kollektiven Identität.⁶⁵⁰ Plakativ heißt dies: Der Staat ist ohne Verbrechen und Strafe nicht existent. Er benötigt also für seinen *Selbsterhalt* Verbrechen und Strafe, und zwar nicht, weil beides gut ist, sondern, weil beide -nach innen- das kollektive Schutzsystem *erzwingen*, das der demokratische Rechtsstaat am besten zu bieten vermag.

Durkheim und seine Nachfolger übergehen dabei den *einzelnen* Menschen. Sie übersehen einmal, dass sich die Tat -auch- vor dem *eigenen Gewissen* des Täters als unmoralisch erweisen kann, was allerdings die Anerkennung eines privaten Gewissens und mithin Autonomie im eher ethischen Sinne voraussetzt. Das Gewissen gehört aber immerhin zum alten (vagen) Begriff der *Seele*, ohne den keine, zumindest keine westliche Kultur auskommt. Der Gedanke einer individuellen Seele steht dem Modell des kollektiven Bewusstseins entgegen, und es gilt, beide Sichtweisen in der alltägliche „Lebenswelt“ zu verbinden.

Zwar durchläuft jeder Mensch eine *Sozialisation*. Insofern gibt es keinen, jedenfalls keinen sprechenden Menschen, der nicht auch durch irgendeine (Sprach-) Gemeinschaft mitgeprägt ist. Aber jeder Mensch verarbeitet zum einen die sozialethischen Normen auf seine *individuelle* Weise, eben als ein teilweise geschlossenes System, und will zudem *von sich ausleben*. Er will also sich und sein *Selbst* und damit auch seinen Anspruch auf Würde oder Anerkennung, seine *Freiheiten* gewährt und erhalten wissen. Das gilt im Kern auch für den Sklaven in einer Sklavengesellschaft, und zwar zumindest unter Seinesgleichen. Mit *Hegel* verlangt zudem auch der Herr nach Anerkennung durch den Knecht und würdigt ihn dadurch als einen der ihn anerkennen kann und soll.

⁶⁵⁰ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 7 (Mit rechtsoziologischem Hintergrund: „*Das Strafrecht ist Mittel zur Bestätigung gesellschaftlicher, normativer Identität.*“)

6. *Fazit*. Mit den Erkenntnissen von der natürlichen Sozialisation und insbesondere mit der Vorstellung von der *Natürlichkeit* und *Wichtigkeit* von *schweren Straftaten* drängen sich verwirrende Schlüsse auf:

Einerseits könnte jeder Mensch einerseits somit Täter sein. Andererseits müsste auch jeder Mensch mit dem Lebensrisiko rechnen, Opfer zu werden, und sich deshalb -auch- selbst davor schützen.

Legte man dieses Modell zugrunde, wäre der Sozialvertrag *einverständlich* mit eben dieser schweren Hypothek belastet. Der Staat kann dann nur noch die *Eindämmung* der an sich natürlich (und auch rechtsstaats-notwendigen) Kriminalität betreiben oder für Wiedergutmachung, notfalls als Sozialversicherung sorgen und den Ersatz für die dann ebenso natürliche Selbstjustiz anbieten. Dann aber darf die Gesellschaft auch *nicht den Täter* allein für seine Tat verantwortlich halten. Sie trägt einen Teil an *Mitverantwortung* (von der oben die Rede war).

Die Gemeinschaft ihrerseits könnte ferner ein Interesse an einer bestimmten Art und vielleicht auch an einem *Übermaß* von *ungesühnten* Verbrechen haben, und zwar nicht nur zur Normstabilisierung und Aufrechterhaltung von Institutionen, die der Verbrechensbekämpfung dienen, sondern auch, um Lebendigkeit und Fortentwicklung zu gewährleisten. Es droht jedoch die Gefahr, dass der Staat und seine Staatskultur bei einem voll *wertfreien* Modell abweichendes Verhalten auch deshalb selbst per Gesetz kennzeichnet (etikettiert), um mit den Ideen von Recht und Ordnung auch die Macht der Bekämpfungsinstitutionen zu stärken. Das alttestamentarische *Sündenbockdenken* passt in diesen Zusammenhang.

Die Ideen des Schutzes der Rechte der *Einzelnen* und die Entwicklung einer moralischen Grundwertelehre hält dieses ebenfalls „natürliche Bedürfnis“ des Staates als kollektivem Akteur mit seinem Drang nach dem Absolutismus von Staatsmacht im Zaum.

Auch *Rousseau* und *Durkheim* stellen immerhin vorrangig nicht auf den Staat, sondern auf einen *moralisch-religiösen* Volkgeist ab, beziehungsweise auf eine *kollektive moralische Alltagskultur*, die den demokratischen Willen des Staatsvolkes ausformt. Bei *Luhmann* finden wir immerhin die Gedanken der autonomienahen Selbstorganisation und der den Werten nahen Erwartungen, die nicht enttäuscht sein wollen.

So liegt auch diese große soziale, vor allem generalpräventive und im Kern demokratische Denkrichtung den deutschen Straftideen mit zugrunde.

Aber den *Kern der westlichen Tradition* bilden die rechts- und staatsphilosophischen Lehren, die auf die Freiheit des Menschen setzen. Aus ihrem Geist entstammen nicht nur die Erklärungen der Allgemeinen Menschenrechte von 1789 und die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948, sondern auch die Ideen von Freiheitsrechten in allen westlichen Verfassungen, in der europäischen Menschenrechtskonvention von 1953 und der Europäische Grundrechtecharta von 2009.

14. Kapitel (§ 14)

Kernproblem der Schuldstrafe: Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit

I. Grundfragen: Dualismus von freiem Geist und kausaler Natur, Schuldstrafrecht und das Dilemma der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit

1. *Das Problem.* Das Fundament des Schuldstrafrechts, die Idee von der *Autonomie* des Täters, wird also einerseits durch eine große Tradition von naturrechtlichen Freiheitslehren gestützt. Andererseits ist die Idee von der Autonomie und allgemein von der Freiheit des Menschen -ebenfalls schon seit langem- durch die Leugnung der Freiheit des Menschen bedroht.

Im Hintergrund steht zugleich das weit größere Dilemma, dann auch die *Idee der Freiheit* nicht aufrecht erhalten zu können und mit ihr die Idee der Demokratie, die auf der Annahme einer menschlichen Grundfähigkeit zur *Selbstbeherrschung* beruht. Die Grundlagen von Art. 1 I GG und auch von Art. 20 I GG und somit der Kern der deutschen Verfassungsidentität sind auf diese Weise auch in Frage gestellt.

So verfolgen die gesamten *Naturwissenschaften* in der Regel ein deterministisches Welt-, Gesellschafts- und Menschenbild, das gern auch auf mathematisch gegründeten Naturmodellen beruht, vereinfacht als mechanistisch daherkommt und inzwischen zu einem *kybernetischen Natur-, Gesellschafts- und Menschenmodell* fortgeschrieben ist. Dafür steht die sozio-biologische *Systemtheorie*, die mit dem Namen des Rechtssoziologen *Luhmann* verbunden ist. Auch die *Kriminologie* ist weitgehend auf diese Art des Denkens gegründet, wenn und weil sie die Ansätze und Methoden der *Soziologie* verwendet.

Kant und *Hegel* standen zwar nicht die heutigen naturwissenschaftlichen Erkenntnisse zur Verfügung. Die Soziologie hat sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts gesondert entwickelt und von der allgemeinen Philosophie abgespalten. Ähnliches gilt für die neue Seelenlehre als medizinische Psychologie vom Un- und Unterbewussten im Sinne *Freuds*. Aber das Modell

der Spaltung von Sollen und Sein, von Subjekt und Objekt, Idealismus und Empirismus als ein *Dualismus* war auch ihnen bekannt.

Aber bereits *Kant* hat nicht nur seine *Metaphysik* verfasst, sondern er betont in seiner Anthropologie den Weltbezug des Menschen und begreift ihn dort zugleich als ein Erd- oder besser als ein Naturwesen:

*"Alle Fortschritte in der Cultur, wodurch der Mensch seine Schule macht, haben das Ziel, diese erworbenen Kenntnisse und Geschicklichkeiten zum Gebrauch für die Welt anzuwenden; aber der wichtigste Gegenstand in derselben, auf den er jene verwenden kann, ist der Mensch: weil er sein eigener letzter Zweck ist. - Ihn also seiner Species nach als mit Vernunft begabtes Erdwesen zu erkennen, verdient besonders Weltkenntniß genannt zu werden, ob er gleich nur einen Theil der Erdgeschöpfe ausmacht“.*⁶⁵¹

Mit einer solchen klaren *Zwei-Welten-Lehre*, dem *Dualismus*, wie *Kant* ihn vertritt und *Hegel* ihn dialektisch aufheben will, kann auch das deutsche Schuldstrafrecht leben. Es existiert also eine gesonderte metaphysische Welt des Geistes neben der physischen der Körper.

2. Der *angloamerikanische Utilitarismus*, die Nützlichkeitslehre etwa von *Bentham*, *Mill*, passt allerdings bereits zum (nachfolgend entwickelten) naturwissenschaftlichen Darwinismus. Doch auch die Nützlichkeitslehre stellt auf das *ökonomistische* Bild von einem egoistischen (individuellen oder kollektiven) *freien Akteur* ab, der für *seine* Verhaltensweisen in seinem Lebensraum zumindest zu *haften* hat. Der Verbund von Tat und Täter wird also nicht offen in Frage gestellt, auch wenn das *Gemeinwohldenken* (das Glück der größtmöglichen Zahl von Mitgliedern, aber eben nicht aller) schon im Hintergrund steht.

Mit der *Soziologie* (*Durkheim*, *Simmel*, *Max Weber*) erwächst dann die Zurechnung der Tat zum Täter zu einem sichtbaren Problem, weil die Zurechnung der systemischen Funktion von Gesellschaft entspringt und unter anderem ihrem Erhalt dient, also von vor allem generalpräventiver Art ist. Die zunächst individualistische Psychologie (*Freud*, *Jung*) führt im Verbund mit der

⁶⁵¹ So die ersten Sätze seiner Vorrede zur „Anthropologie in pragmatischer Hinsicht“; *Kant*, *Anthropologie*, 1798, AA , VII, 117."

Soziologie heute etwa in den USA dazu, den Täter unter anderem mithilfe des kriminologischen Modells von *Soziopathen* zu deuten. Darüber und über vor allem soziologische und psychologische Kriminalitätstheorien gibt die *Kriminologie* Auskunft.

Die heutige Frage lautet jedoch, gibt es nicht inzwischen gute Gründe dafür, den Menschen nur aus dem *einen* Blickwinkel der Naturwissenschaften zu sehen, der eng mit der Nützlichkeitsethik und dem sozialen Ökonomismus verbunden ist?

3. Der *altbekannte Haupteinwand* gegen die These, die Strafe sei in der *Schuld* des Täters gegründet, lautet, jeder Schuldvorwurf setze voraus, dass der Mensch überhaupt zu einem *freien Willen* fähig ist. Nur dann sei ihm als Täter vorzuwerfen, dass er sich in concreto gegen das Recht und für das Unrecht entschieden habe.

Diese Frage stellt sich für das Schuldstrafrecht in gesonderter Weise, weil es aus den Gründen der *Vernunft* einem gesonderten Begründungszwang unterliegt. Die Ideen wie Freiheit und Demokratie begründen politische *Rechte*. Sie bieten insofern etwas Positives. Im Zweifel kann man sie also *unterstellen*.

Aber wer über die Schuld die Strafe begründet, also die bewusste *Zufügung eines Übels*, der muss deren Grundlagen nachweisen können.

Doch der entsprechende *Nachweis* der Willensfreiheit des Menschen, also für den Indeterminismus gegen den Determinismus, hat sich, und zwar nach weit überwiegender Ansicht, bislang nicht erbringen lassen.

Mit diesem Einwand entfällt, gegebenenfalls, die *Tragkraft* der Schuldtheorie zur *Begründung* der Strafe. Wohl jeder Strafrechtslehrer hat zu dieser Frage eine Meinung, und sei es auch nur, dass er sich als Positivist versteht.

4. Dies ist die *alte* Diskussionslage, die nah einer Antwort verlangt. Hinzu tritt die *neue* Diskussion um die Ergebnisse der Hirnforschung, die nahelegen scheinen, dass der Mensch seinen freien Willen bestenfalls nur als Illusion empfindet. Darüber wird gesondert zu berichten und nachzudenken sein.

II. Einzelnes: Evidenz der Willensfreiheit, Arten der Willensfreiheit,

1. *Evidenz*: Das herkömmliche Argument *zugunsten* der Willensfreiheit lautet, jeder Mensch habe die *Erfahrung* im Willen frei zu handeln. So könne er auch nach Belieben seinen Rechten arm heben oder senken.

Das viel genannte Evidenzargument zur Begründung der Freiheit ist aus wissenschaftlicher Sicht allerdings ohne hohe eigene Aussagekraft. Ob es der Evidenz gleich am Rang einer "Erkenntnisinstanz" fehlt,⁶⁵² soll offenbleiben. Evidenzen meint das Augenscheinliche und es biete dem Wissenschaftler den ersten Einstieg. So kann das Augenscheinliche uns in Form von *Konsensen* helfen, und zwar

- im sozialen Alltag
- und sie müssen auch in sozialen Notlagen ausreichen.

Aber evident, im Sinne des Augenscheinlichen ist auch, dass die Sonne sich um die Erde dreht und sie wirkt auch zunächst als eine Scheibe.

Treten aber *Zweifel* auf und sind im Dialog *existentielle Fragen* zu beantworten, die zudem regelmäßig auftreten und in einer rationalen Kultur einer *rationalen* Begründung zugeführt werden sollten, reicht Evidenz allein nicht aus. Auch können *soziale* Konsense, nicht die Fragen des *einzelnen* Verurteilten überzeugende beantworten, weshalb er denn aufgrund eines Schuldstrafrechts bestraft werde, wenn dessen Grundlage aus der vorherrschenden wissenschaftlichen Sicht als unsicher gilt. Diese Aussagen dürfte ihrerseits evident sein.

Anzufügen ist zudem, dass es diejenigen, die sich vielleicht deshalb mit der Evidenz begnügen, weil sie eine geistige Notlage konstatieren, es auf den zweiten Blick als ebenso evident ansehen müssten, dass der Mensch in weiten Bereichen durch *biologische Programme* vorgeprägt ist. Die Freiheit, sich aus ihrem biologischen Rahmen durch den Verzicht auf das Leben zu befreien, nehmen zum Beispiel erfahrungsgemäß nur wenige Menschen tatsächlich wahr. Der Selbsterhaltungstrieb, zu dem auch die Befriedigung aller elementaren Bedürfnisse gehört, ist ein außerordentlich starker.

⁶⁵² Grasnick, Schuld, 1987, 130 ff.

Evident sind vielmehr die Thesen von der *Nichtbeweisbarkeit* der Willensfreiheit und auch der Nichtnachweisbarkeit der Fremdbestimmtheit des Menschen.

2. So sind die Fragen nach der Schuld und der Willensfreiheit näher zu untersuchen:

Das Wort *Schuld* geht zudem auf die germanische Wurzel "Skal" und das indogermanische "Squel" zurück. Sie bedeuteten zunächst einmal nur Differenz, insbesondere im Verhältnis zur Gemeinschaft. Ihr Sinn sei: *Absondern, Abspalten, Zurückbleiben*. Also könnte man folgern, die Schuld von ihrer sprachlichen Wurzel her eng mit dem verwandt, was die Soziologen wertneutral unter *abweichendem Verhalten* verstehen. Die angeblich individuelle Schuld erfahrung erscheint also weder generell und noch auch für unseren Kulturkreis *nicht als geschichtsfrei*.⁶⁵³

Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass Worte wie "Verdienst" und "Schuld", "Lob" und "Tadel", "Belohnung" und "Strafe"⁶⁵⁴ die Vorstellung voraussetzen, wir könnten andere für ihr Handeln verantwortlich machen. Dem ist hinzuzufügen, dass Schuld zugleich ein Substantiv zu „sollen“ ist.⁶⁵⁵

Der Begriff Schuld ist also zumindest nicht zwingend an die Willensfreiheit gebunden.

3. *Arten der Willensfreiheit*. Auch gilt es die *Willensfreiheit* näher zu beschreiben. Wie bei jedem großen Begriff sind verschiedene Sichtweisen und die dazu gehörigen Unterbegriffe zu unterscheiden:

⁶⁵³ Aus philosophischer Sicht: Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff., 14. Zudem: Köhler, Fahrlässigkeit, 1982, 135, 137, u. Hinw. auf die Stichworte "Schuld" und "Verschulden" in Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956, Bd. 9, Sp. 1870 ff; Bd. 12, 1. Abt, Sp. 1171 bis 1178; sowie Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955, Bd. 6, 230 und Bd. 7, 568 f.; sowie Edmaier, Schuld erfahrung, 1975, 162 ff., 162

⁶⁵⁴ Dreher, Willensfreiheit, 1987, 396; Wiener, Persönlichkeit, ZfL 27 (1987), 92 ff., 100.

⁶⁵⁵ Vgl. Henke, Recht, 1988, 432 u. Hinw. auf Kluge, Wörterbuch, nunmehr Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011, Schuld, Sollen, Schild.

(1) So ist es möglich, (a) die *innere* Willensfreiheit und (b) die *äußere Handlungsfreiheit* voneinander zu trennen.⁶⁵⁶ Beide gehören jedoch über die Freiheit der Entscheidung zu handeln zusammen.⁶⁵⁷

(2) Gemeint ist zudem (a) *negativ* die Willensfreiheit in dem Sinne, dass die den Handlungen zugrundeliegenden Entscheidungen nicht ihrerseits durch Faktoren wie Veranlagungen, Erziehung oder ähnliches bestimmt sind. Der Mensch muss also (b) *positiv selbst*, oder auch autonom, derjenige sein, der den Vorgang initiiert hat.

(3) Ferner sind zwei grundsätzliche Sichtweisen der Willensfreiheit zu trennen, (a) die idealistische, absolute, vernunftorientierte und (b) eine pragmatische triebregulierende.

4. *Philosophie*. Nach *Kant* bedeutet Willensfreiheit idealistisch, „eine Reihe von Begebenheiten ganz von selbst anzufangen.“⁶⁵⁸ Mit *Schopenhauer* wäre ein freier Wille ein solcher, dessen Willensakte „schlechthin und ganz ursprünglich aus ihm selbst hervorgingen, ohne durch vorhergängige Bedingungen nothwendig herbeigeführt, also auch ohne irgend etwas, einer Regel gemäß, bestimmt zu seyn“⁶⁵⁹.

Aber auch *Kant* sieht, dass die „Antriebe der Natur ... Hindernisse der Pflichtvollziehung im Gemüt des Menschen und (zum Teil mächtig) widerstrebende Kräfte enthalten“⁶⁶⁰. Frei verhalte sich ein Subjekt ohnehin nur, wenn es sein jeweiliges Verhalten zur allgemeinen Handlungsmaxime erhebe. Das sei im Falle einer Straftat aber kaum vorstellbar. Der Täter agiere im Normalfall also eigentlich unfrei, weil er seinen natürlichen Neigungen und willkürlichen Trieben folge⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Aus philosophischer Sicht: Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 25 f. m.w.N.

⁶⁵⁷ Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 16 („Handlungs-/ Entscheidungsfreiheit: das geläufige Verständnis“).

⁶⁵⁸ Kant, r. Vernunft, 1781, AA, B 562; wörtlich Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 27; ebenfalls und zustimmend bei Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 440; Haeffner, Anthropologie, 2000, 129 ff. Rn 193 ff.; zudem Wolff, Kausalität, 1965, 57.

⁶⁵⁹ Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988, 366; Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 26. Vgl. auch Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 118.

⁶⁶⁰ Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI 509; siehe dazu auch Müller, A., Verhältnis, 1996, 57; Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff., 497.

⁶⁶¹ Dazu: Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 436.

Pauen fasst die gegenwärtige philosophische Diskussion über das Wesen der Willensfreiheit einsichtig dahingehend zusammen, dass „Freiheit die Autonomie des Handelnden selbst zumindest gegenüber externen handlungswirksamen Determinanten voraussetzt“⁶⁶². Oder mit der griechischen Aufklärung und Aristoteles:

„Es ist also lächerlich, wenn man den äußeren Umständen die Schuld gibt und nicht sich selbst, da man so leicht durch solche Reize zur Strecke gebracht wird, und wenn man eine so schöne Tat sich selbst, und ein schimpfliches Versagen dagegen den Lockungen der Lust zu schreibt“.⁶⁶³

Mit Freiheit ist also *nicht* totale oder auch unbedingte Freiheit gemeint, wie der Philosoph *Bieri* in seiner Freiheitschrift ausführt:

„Ein unbedingter Wille wäre als Folge seiner vollkommenden Ungebundenheit von Anbeginn an und für alle Zeiten zur Unfreiheit verdammt. Seine Losgelöstheit, die auf den ersten Blick Freiheit verspricht, die größer und echter ist als jede bedingte Freiheit, entpuppt sich als eine Eigenschaft, die ihn zu einem unwiderruflichen unfreien Willen machen würde“.⁶⁶⁴

Anders gewendet, wer die Freiheit absolut setzt, der wird fremdbestimmt, und zwar vom inneren Chaos.

Zur Freiheit gehört also die Grundfähigkeit zur *Selbstbindung* durch die Vernunft, um mit ihr die *natürlichen* Triebe beherrschen und den Sinn und Zweck der *sozialen* Anforderungen individuell abwägen und dann *im Hinblick auf sie* und auf die möglichen *Alternativen* frei wählend entscheiden können.

⁶⁶² Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 28 unter Hinweis auf Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff.; Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff.; Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3ff.; siehe auch Walter, H., Neurophilosophie, 1998, 316 ff.

⁶⁶³ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1110b; Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 117.

⁶⁶⁴ „Das Handwerk der Freiheit: Über die Entdeckung des eigenen Willens“: Bieri, Handwerk, 2003, 232; auf gegriffen auch von Bröckers, Verantwortung, 2015, 122 f., der unter anderem darauf seine These von der „Verantwortung ohne Willensfreiheit“ stützt, auf die später noch hinzuweisen ist.

5. Gemeint ist damit das auch im Strafrecht verwendete Modell der *Beherrschung*, einschließlich der Selbstbeherrschung von inneren Antrieben. Diese Sicht birgt allerdings das Dilemma in sich, dass die Unrechtstat infolge der Nichtbeherrschung der niederen Beweggründe auch bedeuten kann, in concreto fremdbestimmt gehandelt zu haben. Deshalb ist feinsinniger von der „*Beherrschbarkeit*“ im Sinne des „Anders-Handeln-Könnens“ zu sprechen⁶⁶⁵.

In diesem Sinne wird zwar zudem (a) die *generelle* Willensfreiheit von (b) der *konkreten Handlungsfreiheit* geschieden. Sie ist von den physischen, psychischen und äußeren Bedingungen, etwa rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Umständen, abhängig⁶⁶⁶. Aber auch wer (c) wie *Rath* auf die Wechselwirkung von allgemeiner Willensfreiheit und besonderer Handlungsfreiheit verweist⁶⁶⁷, analog der Trennung von Fähigkeit und Möglichkeit, muss für das Strafrecht Folgendes in den Blick nehmen: Vorgeworfen wird dem Täter jeweils seine *Handlung*, beziehungsweise die Handlung und der durch sie eingetretene Erfolg. Auch ist das Strafrecht am *Verbot* von Rechtsgutsverletzungen ausgerichtet. Es verbietet deshalb typischerweise Taten. Gebote sind selten. Deshalb zielt es durchweg auf ein bestimmtes *ethisches Nichthandeln*.

Es genügt also, diese Willensentscheidung *nicht* zu treffen. Ethische Handlungspflichten, die die Idee von der *Autonomie* des Menschen ansonsten bestimmen, blendet das Recht beim zivilen Schadensersatz und mit der öffentlichen Strafe für Rechtsgutsverletzungen aus. Gemeint ist also die „Freiheit von“ und nur selten die eigentlich autonome Wahrnehmung der „Freiheit zu“⁶⁶⁸.

Auch der Vorwurf, der gegenüber dem Täter zu erheben ist, weist im Übrigen feine und ähnlich strukturierte Unterschiede auf. Wer die Willensfreiheit als *absolute* Freiheit begreift, wirft dem Täter vor, sich *aktiv* für eine Unrechtstat entschieden zu haben. Nach dem relativen Modell der Nichtbeherrschung trotz Beherrschbarkeit, trifft den Täter der Vorwurf, sich *nicht gegen* die Tat

⁶⁶⁵ So etwa Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 335.

⁶⁶⁶ Vgl. Höffe, Lexikon, 2008, „Freiheit“, 76; Haeffner, Anthropologie, 2000, 131 Rn 196, sowie Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 441.

⁶⁶⁷ Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 441 f.

⁶⁶⁸ Zur Trennung dieser beiden Freiheiten, wenn auch ohne diesen Rückschluss auf das Strafrecht Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 442 f.

entschieden zu haben. Absichtlichen Rechtsbruch und „Finalität“ beschreibt der erste Vorwurf, bloße Fahrlässigkeit in Form eines Unterlassens beinhaltet hingegen der zweite.

6. *Herrschende Meinung*. Insgesamt stellt sich der vorherrschende Meinungsstand in der westlichen Welt in der Weise dar, dass es jedenfalls *anerkannt* ist, dass die Willensfreiheit nicht empirisch nachzuweisen ist. Mit den Worten des Philosophen *Schmitz*, der das deutsche Strafrecht betrachtet und zudem auf die angloamerikanische Literatur zu dieser Frage verweist: „*Ist doch das Problem der Freiheit des Willens von einer Lösung weit entfernt*“⁶⁶⁹.

Auch wenn nachfolgend die wesentlichen Gesichtspunkte, die für und gegen die Willensfreiheit des Menschen sprechen, aufzuzeigen sind und auch wenn am Ende die Vorzüge des westlichen Menschenbildes, die Konstitution der Menschenwürde und der aus ihr folgenden Menschenrechte zumindest die Unterstellung der Autonomie des Menschen erzwingen, ist auf der konsensualen und der kulturellen Ebene dieser vorherrschende Meinungsstand maßgeblich.

Der Philosoph Pothast hat in einer umfangreichen *philosophischen* Untersuchung die bekannten Argumente zusammengetragen, die für und gegen den Indeterminismus, beziehungsweise für und gegen den Determinismus sprechen⁶⁷⁰. Sein schlüssig entwickeltes Fazit lautet, *es sei weder nachweisbar, dass Menschen im Willen frei, noch dass sie fremdbestimmt sind*; „non liquet“ (nichts fließt). Mit den Worten von *Röhl*: „*Niemand kann beweisen, dass das falsch wäre. Aber auch das Gegenteil ist nicht beweisbar*“⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Schmitz, Legitimität, 2001, 22

⁶⁷⁰ Pothast, Unzulänglichkeit, 1987, 315 ff.; Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff., u.a. 146: allenfalls eine „*notdürftige[n] Apologie unter gegebenen Bedingungen*“.

Vgl. Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889 ff.; Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff.; Mayer-Maly, Gedanken, 1985, 20 ff.; Schünemann, Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293 ff.; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969, 25 ff.; Engisch, Willensfreiheit, 1965, 23 (mit der Warnung, dass diese Fragestellung in der Gefahr sei, als sinnlos angesehen zu werden); Stratenwerth, Zukunft, 1971, 17 (Schuldfähigkeit entziehe sich jedem wissenschaftlichen Urteil.); Ellscheid/Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff., 27 f.; Pothast, Unzulänglichkeit, 1987, 315 ff.; Hauptmann, Strafrecht, Rth 1984, 153 ff.

⁶⁷¹ Röhl, Rechtslehre, 1995, 120. Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 26, (Hervorhebungen im Text: „...erfahrungswissenschaftlich *nicht nachweisbar*. Aber auch die gegenteilige Annahme eines Determinismus, also die naturhafte Bestimmung menschlichen Verhaltens, ist nicht beweisbar. Im sozialen Zusammenleben ist die Vorstellung von Freiheit und Verantwortung letztlich unabweisbar.“)

Der wohl noch vorherrschende *Dualismus* löst diese Frage formal mit der Trennung von Metaphysik und Physik, Subjekt und Objekt, Sollen und Sein auf, es gebe eben zwei Welten, die der Idee und die der Natur.

Erneut ist auf *Kant* zu verweisen, dessen Lehre für die deutsche Sicht auf die Idee von der Autonomie des Menschen und ihren Verbund mit der inzwischen verrechtlichten Idee von der Unantastbarkeit der Menschenwürde steht:

In seinen Ausführungen zur Auflösbarkeit der Antinomie von Freiheit und Naturnotwendigkeit, bei der er empirische Anzeichen für die sinnliche Erscheinungswirklichkeit der Freiheit des Menschen sieht, meint er, es gehe nicht darum, „*die Wirklichkeit der Freiheit zu beweisen*“. Die Vergeblichkeit eines solchen Bemühens liege in der Logik, dass man „*mit der Beurteilung freier Handlungen, in Ansehung ihrer Kausalität, nur bis an die intelligible Ursache, nicht aber über dieselbe hinaus komme*“⁶⁷². Der Schritt von der Denkmöglichkeit zur Denknötwendigkeit von Freiheit könne vielmehr nur im Rahmen der praktischen Vernunft getan werden. In ihr setzt er dann Freiheit als Postulat voraus:

„*Als ein vernünftiges, mithin zur intelligiblen Welt gehöriges Wesen kann der Mensch die Kausalität seines eigenen Willens niemals anders als unter der Idee der Freiheit denken; denn Unabhängigkeit von bestimmten Ursachen der Sinnenwelt (dergleichen die Vernunft jederzeit sich selbst beilegen muss) ist Freiheit*“.⁶⁷³

Wegen dieser Denknötwendigkeit seien wir „*von der Last befreit, die die Theorie drückt*“.⁶⁷⁴ Deshalb fällt es folgerichtig der westlichen rationalen Kultur so schwer, mit der Möglichkeit der Fremdbestimmtheit des menschlichen Handelns *rational* umzugehen.

⁶⁷² Kant, r. Vernunft, 1781, AA V, 452; Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 310 f.

⁶⁷³ Kant, Grundlegung, 1785, AA, dazu auch: Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 311. Aus der Sicht der Philosophie, Seeger, Verantwortung, 2010, 178 (ebenfalls wörtlich herausgestellt, und mit dem Zusatz: „Kants Begründung der Moral in Autonomie, also der Selbstgesetzgebung des Menschen, bildet einen der großen Verdienste Kants. Mit dieser *kopernikanischen Revolution* rührt die Moral nicht mehr aus einer natürlichen Ordnung oder aus dem Willen Gottes, sondern aus dem Subjekt“). Allerdings ist aus heutiger *soziobiologischer* Sicht zu fragen, ob nicht *aller* Lebewesen auch teilautonom sind, weil sie sich (auch) immer *selbst* organisieren.

⁶⁷⁴ Dazu auch: Küpper, Strafen, 2003, 53 ff, 70 f.

Kant vollzieht den logisch bedenklichen Schritt, die einfache Ebene des Gegenstandes des Denkens mit der Metaebene des Denkenden gleichzusetzen. Diese Sicht drängt zwar eine ganzheitliche Philosophie auf, sie birgt aber die Gefahr, die das Paradoxon anzeigt, das im Satz steckt: „Alle Kreter lügen, sagt ein Kreter“. Anders gewendet fehlt zudem die Nachfrage, ob diese Art der Gebundenheit des Denkens nicht gerade auf einen Determinismus hinweist, der auf einer Meta-Metaebene besteht. Insbesondere *Kants* Thesen zur Begrenztheit der Erkenntnisfähigkeit des Menschen weisen eigentlich diesen Weg. Er führt in eine Spirale, die im Sinne der Lösungsangebote der Letztbegründungsproblematik am ehesten durch einen ganzheitlichen Ansatz, also eine Mischung aus einem Bekenntnis und zirkelschlüssigen Aussagen zu ertragen ist. Für sie steht die auf der Ebene des Gegenstandes offene, aber auf der Metaebene gottgleich dogmatische Theorie der Wechselbezüglichkeit aller Systeme.

7. *Kritik und Replik*. Aus erkenntnistheoretischer Sicht spricht zwar die Idee der strikten Trennung von Sein und Sollen dafür, dass die Willensfreiheit als *Wertung* überhaupt nicht nachweisbar ist. In diesem Falle ist aber (a) auf der empirischen Ebene die Frage zu beantworten, ob der Determinismus auf der Seinsebene begründbar ist oder im Gegenschluss doch das Bekenntnis zur Willensfreiheit eröffnet und (b) ob zumal eine sich zur Rationalität bekennende Weltanschauung zumindest in sich zu begründen ist. (c) Formalistische Erwägungen dürfen nicht zur Verweigerung der Suche nach einsichtigen Gründen führen. Die Heiligkeit der Vorstellung von der Autonomie des Menschen zu konstatieren, genügt zur Begründung der Strafe ihm selbst gegenüber nicht.

Das ist zwar einsichtig. Aber die praktische *Alternative* lautet nicht Strafflosigkeit, sondern als Strafersatz eine zwar vernünftig, aber nur *utilitaristisch* begründete Maßregel der Besserung und Sicherung und den Verzicht auf die Idee der Menschenwürde, die auch die Art des Strafvollzuges mitbestimmt.

Die *pragmatische* Deutung der Willensfreiheit als fehlende „*Beherrschbarkeit*“ von niederen Beweggründen hat bereits selbst einen fiktiven Charakter. Dem Straftäter, dem die Würde und damit die Fähigkeit zur Moralität zu unterstellen ist, sei die *Selbstbeherrschung* offenbar *nicht* gelungen.

So beruhe seine Bestrafung aus dieser Sicht im Übrigen auch auf einem Unterlassungsvorwurf, sich pflichtgemäß verhalten zu haben, und habe zudem, bis auf die Fälle des Überzeugungstäters, einen bloßen *Fahrlässigkeitsvorwurf* zum Gegenstand.

Andererseits: Die Tat kann gerade doch auch Ausdruck der Willensfreiheit des Täters sein und zeigen, dass er sich bewusst über das allgemeine Recht hinwegsetzt und zumindest für sich und sein Selbst einen Ausnahmegrund annimmt.

8. *Mittelwege*. Ein weiteres Indiz für die *Nichtbeweisbarkeit* und auch deren faktische Akzeptanz im Recht bildet die *Vereinigungstheorie* selbst.

Dem Dilemma der *Nichtbeweisbarkeit* der Willensfreiheit tragen bei näherem Hinsehen auch die beiden Hauptansätze der Vereinigungstheorie Rechnung. Das Prinzip des Tatschuldausgleichs setzt einerseits den freien Willen voraus. Wer dagegen mit Strafe Taten vorbeugen will, meint andererseits, den Einzelnen oder die Allgemeinheit von außen beeinflussen zu können.

Die Vereinigungstheorie enthält somit eine naheliegende pragmatische, aber widersprüchliche Folgerung aus der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, beziehungsweise der Fremdbestimmtheit. Sie geht sowohl von dem einen als auch von dem anderen aus. Ihre Vertreter bescheiden sich damit der Sache nach mit einem weichen Determinismus, beziehungsweise einem weichen Indeterminismus.⁶⁷⁵

Der praktische Philosoph *Nida-Rümelin* spricht von der „*Freiheit als naturalistische Unterbestimmtheit von Gründen*“, gemeint sei sie als Freiheit „*in diesem schwachen Sinne der Metaphysik*“.⁶⁷⁶

Meines Erachtens bietet es sich an, den *Umfang der Freiheit* des Menschen aus der Sicht der geisteswissenschaftlichen Anthropologie -zumindest- pragmatisch und grob zu verorten:

⁶⁷⁵ Zur Trennung zwischen weichem und hartem Determinismus siehe Kargl, *Handlung*, 1991, 173 ff. (m.w.N.).

⁶⁷⁶ Nida-Rümelin, *Vernunft*, 2012, 9 ff., 25.

- *Frei*, so weit als möglich, ist der Mensch im *Denken*,
- *halbfrei* ist er im *Urteilen*,
- und im *Handeln* agiert er *ganzheitlich*, als impulshafte Einheit von Körper, Seele und auch Geist.

Wegen dieser Gemengelage von Motiven, die in ein konkretes *körperliches* Tun auslösen, gibt es vielleicht keine klare Handlungsfreiheit im engen Sinne. Aber der Freie kann vorher *planen* und sein Tun nachher beurteilen, gegebenenfalls korrigieren und für die Zukunft und ähnliche Fälle *lernen*. Er kann sich auch ein eigenes Normengerüst aneignen, das ihn *motiviert*. Auch verfügt er über altruistische Motive, wie die Empathie. Die geplanten Verbrechen bestrafen wir deshalb auch härter als die Affekttaten. Dennoch kann er wohl ein *Veto* einlegen und vom Versuch zurücktreten, § 24 StGB. Diese Deutung eröffnet dann die *Minimalebene* der Freiheit als Teil eines immer noch weitgehend deterministischen Handlungsverständnisses.

Bestand hat deshalb immer noch der berühmte Satz des Strafrechtlers *Kohlrausch*, der eine Folgerung aus der These von der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit darstellt:

Die Willensfreiheit als „individuelles Können“ stellt zumindest und viel zitiert als Wort von Kohlrausch⁶⁷⁷ eine „staatsnotwendige Fiktion“ dar.⁶⁷⁸

Sie fungiert mit *Roxin* als „Spielregel“.⁶⁷⁹ Sie gilt sozialreal, so ist einzuschränken, zumindest für die westlichen Staaten und diejenigen Länder, die sich die allgemeinen Menschenrechte zu Eigen machen.

⁶⁷⁷ Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff., 36.

⁶⁷⁸ Stübinger, Strafrecht, 2008, 293 (zur Diskussion um die Hirnforschung: dieses Wort habe sich zum „Credo zahlreicher Schuldlehren verfestigt“ und habe wie viele juristische Fiktionen eine „realitätskonstituierende Wirkung“), zu den „erkenntnistheoretischen Grenzen des Determinismus: 367 ff., zu „Kausalität und Freiheit“, 377 ff.)

⁶⁷⁹ Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff., 521, meint, die Willensfreiheit sei nicht nachweisbar, doch hindere uns diese „notwendige Bescheidung“ nicht daran, die wechselseitige Zubilligung von Freiheit als „soziale Spielregel“ anzuerkennen. Siehe aus Sicht der Freiheitsrechte: Albrecht, Freiheit, 2011., 70, „eine die *Autonomie des Menschen respektierenden Unterstellung*, die das Funktionieren des Gesamtsystems „Gesellschaft“ ermöglichen soll“ (Hervorhebung im Original).

9. *Fazit*. Die Diskussion der Willensfreiheit lässt sich grob in „Bekenntnisse zur Willensfreiheit“ und den nachdrücklichen Hinweis auf die vorrangig biologischen „Grenzen der Willensfreiheit“ gliedern.

Die Diskussion um die Willensfreiheit zeigt im Übrigen Parallelen zu derjenigen um den Gottesbeweis. Dass die Menschenrechte dem naturrechtlichen Denken entspringen, das eine kräftige Wurzel im Gottesverständnis *Thomas von Aquins* besitzt, zeigt die innere Verwandtschaft beider Fragestellungen auf.

Der *erste Überblick* ergibt einen Konsens darüber, dass die Willensfreiheit, die als Handlungsfreiheit gemeint ist, nicht nachweisbar ist, aber *unterstellt* wird.

Zudem zeichnet sich ein pragmatisch-rechtlicher Ausweg ab. Die Handlungsfreiheit kann dann *kulturell unterstellt* werden, wenn sie nicht der *Strafbegründung*, sondern nur der *Strafmilderung* dient.

III. Einzelnes: Beweislast

1. Bedeutsam wird somit die an sich nachrangige Frage der *Beweislast*.

Dabei gilt im Recht vereinfacht eine zivilrechtliche prozessuale (und damit auch methodische Vorstellung). Jeder, der einen Anspruch (und auch sonst eine jede Idee) durchsetzen will, hier also seinen *Strafanspruch* geltende machen will, der trägt die *Beweislast* für die, hier die Strafe begründenden, Umstände.

Der Täter muss also nachweislich im Willen frei gewesen sein, wenn die Strafe sich tatsächlich auf die Schuld gründet. Daran fehlt es, wenn generell die Willensfreiheit von Menschen nicht nachzuweisen ist und auch wenn es unmöglich ist, sich in das Innere eines Menschen zu begeben, um zu ermitteln, ob er konkret und bei dieser seiner Tat im Willen frei gehandelt hat, unterstellt es gibt grundsätzlich einen freien Willen.

Die Gründe für den Sachverhalt der generellen und der individuellen Schuldfähigkeit muss der demokratische Staat dem Rechts- (oder dem Vernunft) - Subjekt auf der Gegenseite unterbreiten und sie müssen dem Gericht, das im

Namen des Volkes spricht, einleuchten. Dazu kann und wird es Sachverständige hören. Auf dieser Ebene der geistigen Auseinandersetzung befinden wir uns.

In der Demokratie und seit der Aufklärung reicht der Hinweis auf die Souveränität des Herrschers von Gottes Gnaden nicht mehr aus. Der Verzicht auf Strafe oder die mildere Strafe muss zumindest nicht in gleicher Weise begründet werden. Er muss dann nur allgemein gelten und den demokratischen Konsens finden.

2. Die Beweisebene ist durch die folgenden verschiedenartigen Erwägungen bestimmt:

Während von Verfassungswegen das Bild vom im Willen freien Menschen dem Einzelnen die Grund- und Menschenrechte, also *Vorteile*, einbringt, dient es im Strafrecht der Begründung der Rechtsnachteile nach vorherrschender Ansicht der Begründung von Schuldspruch und Strafausspruch. Es wird im Strafrecht *zu Lasten* des Verurteilten fingiert, und zwar nicht einmal offen. Denn es wird als ein angebliches Faktum zugrunde gelegt.

Dass also das moderne Menschenbild zugunsten der Bürger- und Menschenrechte als ein Axiom gesetzt werden kann, leuchtet ein. Auch die damit verbundene liberale Folgerung können wir vernünftigerweise akzeptieren. So kann und wird der Täter seine Willensfreiheit selbst fingieren, er kann und wird auf der mittelfristigen Ebene der Freiheitsstrafen und ohnehin auf der der Geldstrafen dann auch wirklich noch die von ihm selbst fingierte Freiheit, hier die Fortbewegungsfreiheit, „riskieren“. Daran können wir, die Strafenden, ihn notfalls auch festhalten, weil er dafür in den Genuss der Grund- und Menschenrechte kommt. Aber die Folgerung des „sozialen Todes“, also des Nehmens der sozialen Existenz, kann dieser liberale Ansatz aus deutscher Sicht nicht überzeugend behaupten. Eine solcher Vertrag wäre sittenwidrig, § 138 BGB, eine solche Einwilligung im Sinne des § 228 StGB ebenfalls, es läge auf der Verfassungsebene ein Verstoß gegen die Verfassungsethik, also gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 2 I GG und die Menschenwürde vor. Nicht umsonst ist auch die Todesstrafe, die sich damit auch rechtfertigen ließe, verboten.

Die *Beweislast* liegt *insoweit* bei denen, die dieses Menschenbild zur *Begründung* des Strafens verwenden.

3. *Kritik.* Diese Frage nach der Beweislast stellt sich nicht für diejenigen, die etwa mit *Lenckner und Eisele* erklären, die Freiheitsfrage sei durch eine „*gesellschaftliche Entscheidung hinreichend legitimiert*“ und deshalb schlüssig folgert, es handele sich um eine normative Frage, für die es „*eine Beweislast vernünftigerweise nicht geben*“ könne. Das Recht könne gar nicht umhin, eine „*Gesellschaftsordnung auch nach solchen Maximen, Zielvorstellungen und Wertvorstellungen zu gestalten für deren Richtigkeit es keinen Beweis im strengen Sinne gibt*“.⁶⁸⁰

Replik. Aber der deterministische Naturalismus setzt anders an. Er erklärt gerade, es handele sich um einen Sachverhalt oder ein Faktum, dass die Welt und mit ihr der Mensch (vereinfacht seit dem Urknall) allein kausal zu erklären sei, alles Normative seien Illusionen). Zum andern gilt es im Konkreten darum, dem Täter aufzuzeigen, dass er -mit den Begriffen von *Eisele-* hätte „*Anderswollenkönnen*“ und deshalb auch „*Andershandelnkönnen*“.

Wer einen Anspruch erhebt, und damit auch einen Strafanspruch, muss die Voraussetzungen dafür nachweisen.

Ohnehin sollte derjenige, der *fundamentale* Bedingungen für die Strafbarkeit aufstellt, sich inhaltlich mit diesem Fundament auseinandersetzen und nicht formal erklären, ein Beweisproblem, das die gesamte Geisteswissenschaft diskutiert, weil es ihrem eigenen Geistesbegriff zugrunde liegt, existiere für das Recht „*vernünftigerweise*“ nicht. Auf der metaphysischen Ebene geht es um die „*guten Gründe*“.

Der Hinweis auf die „*Gesellschaftsordnung*“ zeigt zudem, dass es zumindest auf der dann höheren Ebene der Gesellschaft eines vernünftigen Konsenses bedarf. Gegen diesen Konsens richten sich die -recht alten- Zweifel an der Willensfreiheit.

⁶⁸⁰ Lenckner - Schönke/Schröder, 1997, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110. Eisele - Schönke/Schröder, 2014, Vorbem. §§ 13 ff., 110.

Wer das Recht der „Gesellschaftsordnung“ unterwirft, der kann die Diskussion der „guten Gründe“ allenfalls formal und nur für das positive Recht ausblenden. Jedoch sobald das Recht „*Maximen, Zielvorstellungen und Wertvorstellungen*“ ernsthaft gestaltet, wird es sich -kollektiv- auch mit deren Wesen beschäftigen müssen.

Eine Rechtsidee, die dem Recht selbst einen *minimalethischen* Kern zubilligt, trägt zwar nicht die Beweislast im engeren Sinne. Aber ihre Vertreter unterliegen für das Strafrecht der Vernunftpflicht, sich mit allen „guten Gründen“ auseinanderzusetzen, die die gesetzlich normierte *Schuldfähigkeit* des Menschen und mit ihr eine nach herrschender Ansicht (mit)tragende Straffidee betreffen.

Der starke Bezug auf die „Gesellschaftsordnung“ belegt schließlich, dass es sich um einen *sozialen* Blickwinkel im Sinne der *Generalprävention* handelt. Damit wird nicht nur die empirisch-naturwissenschaftlich ansetzende Individualprävention dem Kollektivismus der Gesellschaftsidee unterworfen (was vielfach ohnehin geschieht), sondern vor allem die *Individuethik* verdrängt: Danach aber begreift sich der Einzelne selbst als im Willen frei. Er hebt seinen Arm, wenn er will. Er beherrscht real sein Eigentum, er weiß auch tatsächlich um Recht und Unrecht.

Dies „erscheint“ ihm als ein Faktum und die *Gesellschaft* der Demokraten sollte dann auch von diesem Selbstbild der *Einzelnen* ausgehen. Auch wenn deren „Seelen-Hirn“ ihm dieses Faktum nur als ein solches vorspiegeln sollte, ist mit ihm, als Demokrat, als Täter oder als Opfer, diese Diskussion um die Beweisbarkeit zu führen, und zwar auch auf der Rechtsebene. Denn die ethische Idee von der unantastbaren Menschenwürde ist im Kernrecht normiert und gehört zur Verfassungsidentität.

Wie auch immer gedeutet, das Problem der Willensfreiheit gehört vor allem zur *Individuethik*, weder zur im Kern funktionalen Gesellschaftslehre und ihrer Idee der Selbstorganisation, noch zum wertfreien Naturalismus und dessen Determinismus.

Die allgemeinen Menschenrechte und die vor allem deutsche Idee von der Menschenwürde stellen die zu Recht geronnene *Individuethik* dar. Eine

Gesellschaft, die sich darauf und auf die Vernunft gründet, muss auch ihr Recht und vor allem ihr Strafrecht ethisch gut begründen können.

4. Zwei Aspekte sind zudem zu bedenken:

Intrasystematisch argumentiert besteht mit der *gesellschaftlichen Entscheidung für die Demokratie, die Grund- und Menschenrechte und für die Freiheit der Weltanschauungen* eigentlich ein Gegenkonsens gegen das Einsperren von Menschen. Eben diesen grundsätzlichen Konsens aber begrenzt das althergebrachte Strafrecht mit seinen auch gravierenden Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit des Menschen von Anfang an. Die Idee der Menschenwürde soll zwar das Folterverbot mit erfassen, aber nicht das langjährigen Einsperren eines Menschen und Mit-Demokraten. Für eine solche Ausnahme bedarf es besonders guter Gründe. Dass der Täter bei der Tat über das Unrechtsbewusstsein verfügt hat, und er im Willen frei hätte anders handeln können, ist eine gute Begründung, Sie setzt aber die Willensfreiheit voraus.

Die Beweislastfrage entsteht im Übrigen *paradoxer* Weise nur deshalb, weil auf der Metaebene derjenige kollektive oder individuelle Akteur, der straft, für sich selbst das moderne Menschenbild zugrunde legt und sich als *souveränes und rationales* Wesen begreift.

Er versagt sich ferner zwingend den einfachen Gegenschluss, dass, falls der Mensch nicht im Willen frei sei, es folgerichtig weder für den dann *tiergleichen Täter* einer Begründung bedarf, noch für die *schwärmähnliche Allgemeinheit* und nicht einmal für ihn, den Strafenden selbst, der Zwang zu einer rationalen Begründung bestünde. Vielmehr würde das *emotionale* Strafbedürfnis, das offenbar tatsächlich existiert und im Strafgrund der Erhaltung der Rechtstreue seinen rechtlichen Niederschlag erhalten hat, in diesem Falle als „*instinkthafter Beweggrund*“ für das Strafen genügen.

5. *Fazit.* Die Grundfrage nach der Willensfreiheit des Menschen ist also auch eine *empirische* und wird in der konsentierten rationalen Welt herkömmlicherweise als eine solche und nicht als eine Glaubensfrage gestellt. Der Hinweis auf den Konsens genügt für das Recht nur insoweit, als der weite politische *Gestaltungsspielraum* des einfachen Gesetzgebers reicht. Ohne aber den damit eröffneten Streit um die Beweislast im Einzelnen zu verfolgen, ist

davon auszugehen, dass in der Demokratie der Staat zumindest die schweren Eingriffe in die soziale Existenz eines Menschen mit „guten Gründen“ zu fundieren hat.

Die *Beweislast* liegt also entweder, weil es sich um eine empirische Frage handelt oder aber *zumindest*, weil und insoweit es sich um eine ethische Frage innerhalb des Rechts handelt, auf Seiten jeder Straftheorie, die das Bild vom willensfreien Menschen als konstitutiv für das Strafen erachtet.

Für das Schuldstrafrecht bleibt deshalb das Problem zu lösen, dass die Willensfreiheit und damit auch die Grundlage des Schuldvorwurfs eines empirischen oder wenigstens eines ethischen Beweises bedürfen.⁶⁸¹

IV. Ein Dutzend Bekenntnisse zur Willensfreiheit (Aristoteles, Welzel, Schmidhäuser, Jescheck/Weigend, Zippelius, sowie Tugendhat und Schmitz u.a.)

1. Einige Schlaglichter sollen die Vorstellungen der *Befürworter* der Willensfreiheit beleuchten und zugleich auch die deterministischen Schranken ihrer Ideen aufzeigen.

Für die antike Wurzel der Vernünftigkeit des Menschen steht die Ethik von *Aristoteles* und seine Begründung:

*„Der Mensch handelt aber freiwillig. Denn das Prinzip, das die dienenden Glieder des Leibes bei einem solchen Handeln bewegt, ist im Menschen, und immer da, wo das bewegende Prinzip im Menschen liegt, steht es auch in der Macht des Menschen zu handeln oder aber nicht zu handeln“*⁶⁸².

In der Regel aber bewegt der Mensch seine Glieder nicht beliebig, sondern zu einem Zweck, der seinerseits im weitesten Sinne biologisch gegründet ist. Zu einem *argumentum ad absurdum* umgeformt, ist einzuwenden: Würde der

⁶⁸¹ Vgl. auch insofern Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff., 523, mit einer entsprechenden Klarstellung gegenüber der Kritik von Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff., 228 f., man könne doch sicherlich nur eine Schuld, „die es gibt und die sich feststellen lässt“, für die Frage der Strafbarkeit heranziehen.

⁶⁸² Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1110a, 14 f.

Mensch seine Glieder nur zu freien Leibesübungen nutzen, würde er sterben und auf diese Weise mit seiner Körperlichkeit auch die Macht über sie verlieren. Oder auch: Weshalb sollte er denn seine Energie überhaupt unnötig verbrauchen?

Das Schwergewicht ist auf die Rezeption durch das deutsche Strafrecht zu legen:

*Welzel*⁶⁸³ folgert in den 50iger Jahren, zu „erkennen“ bedeute bereits, im Willen frei zu sein. Der Satz von *Descartes*, „Cogito ergo sum“⁶⁸⁴ liegt seiner Vorstellung zugrunde. Diese Sicht leuchtet vielleicht ein, doch zeigt die Begrenztheit des Erkennens, und daran, dass wir an Erkenntnisgrenzen stoßen, besteht seit *Kant* kein Zweifel, zugleich an, dass der Autonomie Grenzen gesetzt sind.

Der spanische Strafrechtler *Mir Puig*⁶⁸⁵ begründet die Verantwortlichkeit des Menschen unter Hinweis auf *Welzel*, *Jescheck*, *Kaufmann* und andere mit *anthropologischen* Erwägungen, die letztlich dem Menschenbild *Gehlens* entnommen sind,⁶⁸⁶ folgendermaßen: Vergleiche man die Psychologie von Mensch und Tier, zeige sich, dass die angeborenen Verhaltensweisen beim Menschen zurückgebildet wurden. Den Verlust seiner Instinkte gleiche er aus, indem er die vitalen Triebe der Art- und Selbsterhaltung, die Affekte und Begierden, die Bestrebungen und Neigungen der tiefen, unbewussten Schicht

⁶⁸³ Welzel, Strafrecht, 1969, 147; Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff.; vgl. auch Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff., 331.

⁶⁸⁴ Descartes (Buchenau), Prinzipien, 1641/1992, I, 7: „Haec cognitio: ego- cogito, ergo sum, est omnium prima et certissima“ („Diese Erkenntnis: ich denke, also bin ich, ist von allen die erste und zuverlässigste.“). Siehe aber auch schon Augustinus (Schmaus), De trinitate, 418/1935, X, 10: „Wird jemand darüber zweifeln, dass er lebt, sich erinnert, Einsichten hat, will, denkt, weiß und urteilt? ... Mag einer auch sonst zweifeln, über was er will, über diese Zweifel selbst kann er nicht zweifeln“, und zudem: („si enim fallor, sum“) „(Selbst), wenn ich irre, so bin ich (doch)“.

⁶⁸⁵ Mir, Schuldbegriff, ZStW 108 (1996), 9 ff., 20.

⁶⁸⁶ Auf Gehlen, Mensch, 1966, 400 ff. beziehen sich ausdrücklich Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 405 ff., 416, Fn 46.

In diesem Sinne auch Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff., 107: Von der Eintagsfliege bis zum Elefanten bedürftigen Tiere nur eines Minimums von Wissen über das für sie Wichtige in ihrer begrenzten Umwelt. Sie besäßen nur ein Minimum an Gedächtnis und nichts an Vorausschau. Das hochkomplizierte Fühlen, Denken und Wollen mache die spezifische Subjektivität des Menschen aus; u. Hinw. auf die Besonderheit des Bewusstseins und des Erkenntnisweges auf die Hirnforscher Oeser/Seitelberger, Gehirn, 1988, 35.

seiner Seele durch das "Ich-Zentrum" kontrolliere, abbaue oder unterstütze, sie je nach ihrem Sinn oder Wertgehalt lenke.⁶⁸⁷

Danach ist das Ich-Zentrum allerdings an die zu ordnenden Vorgaben der vitalen Triebe der Art- und Selbsterhaltung gebunden. Sie sind zugleich sein Rahmen. Wirklich frei ist es also nicht. Auch, so ist zu folgern, könnte zum Beispiel der Umstand, dass der Mörder Antriebe aus der tiefen Schicht, wie etwa Habgier oder Befriedigung des Geschlechtstriebes, nicht unterdrückt hat, ein Anzeichen dafür sein, dass er sie zumindest im konkreten Fall nicht unterdrücken konnte. Er war womöglich zumindest in diesem Falle triebgeleitet.

Der große *Anthropologe Gehlen* erklärt mit seinem Menschbild auch nicht die Willensfreiheit des Menschen, sondern setzt sie voraus: Wegen seiner *Instinktarmut* und dem gleichwohl vorhandenen *biologischen Antriebsüberschuss* sei der Mensch sich selbst zur Aufgabe geworden und „zu einer Formierung gezwungen, deren Inbegriff Sittlichkeit heißt und die eine allein dem Menschen zukommende biologische Notwendigkeit bedeutet“⁶⁸⁸.

Eine umfassende Gegenposition zur These von der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit hat *Dreher* aufzubauen versucht.⁶⁸⁹ In seiner Monographie "Die Willensfreiheit" hat er ebenso umfassend wie *Pothast* Argumente gesammelt und das Problem aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet, die nur mit einigen Namen anzudeuten sind: aus dem der Philosophie *Kant, Schopenhauer, Hartmann, Wittgenstein, Gehlen*, der Strafrechtswissenschaft, der Theologie, der Physik, *Heisenberg*, der Genetik, *Monod, Darlington*, der Gehirnforschung und der Psychologie, *Hoche, Freud*.

Besonders ausführlich hat *Dreher* sich mit dem Determinismus *Danners* beschäftigt⁶⁹⁰. *Danner* hatte sich insbesondere auf die psychischen

⁶⁸⁷ In diesem Sinne auch Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 416 f., insbes. u. Hinw. auf Rothacker, Schichten, 1952, 92, mit dem Zitat: "Auf dieser ungeheuren Macht des stets auf der Wacht befindlichen Ich beruht der juristische sittliche Anspruch an mich als verantwortliches Wesen", zu dem Schichtaufbau der Persönlichkeit u. Hinw. auf Lersch, Aufbau, 1970, u.a. 496 ff.; dazu auch Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff., 338 ff.

⁶⁸⁸ Dazu auch Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 119 f.

⁶⁸⁹ Dreher, Willensfreiheit, 1987, 337 ff., vgl. nur die Einleitung und 395 ff.

⁶⁹⁰ Danner, Willen, 1974, bei Dreher, Willensfreiheit, 1987, 337 ff.

Vorgegebenheiten des Menschen berufen, also einen naturwissenschaftlichen Ansatz zugrunde gelegt.

Doch lautet *Dreher*s eigene Schlussfolgerung auch nur, Menschsein bedeute, in unserer aller Lebenswirklichkeit frei zu sein, frei zum Guten wie zum Bösen⁶⁹¹. Das Prinzip der Willensfreiheit sei ein unverzichtbares Element unserer erlebten Wirklichkeit. Da wir keine andere Wirklichkeit besäßen, bedürfe „*das Prinzip weder eines gedanklichen noch eines empirischen Beweises*“. Es stehe vielmehr außerhalb des einem Beweise zugänglichen Bereichs, denn es selbst sei ein Stück Empirie.

Dreher räumt zudem ausdrücklich ein, auch der Determinismus sei ein „mögliches Denkmodell“. Der Mensch könne, und das sei eine „nicht auflösbare Aporie“, determiniert gedacht werden⁶⁹². Damit steht auch er am Ende in einer Linie mit denen, die meinen, die Fiktion vom freien Menschen auf eine sich selbst begründende⁶⁹³ *Erfahrung* oder *Evidenz* stützen zu können. *Dreher*s Plädoyer für die Willensfreiheit führt am Ende nur zum Aufruf, einem Glaubenssatz zuzustimmen.

Ähnlich im Ergebnis versucht *Schmidhäuser* zwischen Willensfreiheit im metaphysischen und im empirischen Sinne zu unterscheiden⁶⁹⁴. Er betont, metaphysisch betrachte etwa *Arthur Kaufmann*⁶⁹⁵ die Schuld, wenn jener erkläre, Willensfreiheit sei jenseits aller menschlichen Erfahrung vom Menschenbild selbst herzuleiten.⁶⁹⁶ Er selbst hingegen sehe im staatlichen Strafen kein Bekenntnis zur Willensfreiheit „im philosophischen Sinne“⁶⁹⁷, ihm genüge es, dass wir „im Handeln unser Wollen praktisch als frei erleben“ und „an uns und andere Anforderungen stellen“. Dieser Beweis des „Freiheitserlebnisses“ reiche aus⁶⁹⁸. Willensschuld gäbe es nach diesem

⁶⁹¹ Dreher, Willensfreiheit, 1987, 397.

⁶⁹² Dreher, Willensfreiheit, 1987, 396.

⁶⁹³ Zum Problem der Letztbegründung und den drei wählbaren Sackgassen, zu denen auch der Verzicht auf eine weitere Begründung gehört (mit dem Ergebnis des Dogmatismus), siehe oben, 1. Kap. II.

⁶⁹⁴ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 486.

⁶⁹⁵ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 497, u. Hinw. auf Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 49 ff.

⁶⁹⁶ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 497.

⁶⁹⁷ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 498.

⁶⁹⁸ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 498.

„axiologischen“ (oder „teleologischen“)⁶⁹⁹ Schuldbegriff auch dann, wenn dieser Wille nicht im „überempirischen Sinne“ als frei vorausgesetzt werde.⁷⁰⁰

Jenseits der Alternative von Indeterminismus und Determinismus sei darauf abzustellen, dass es das „Allgemein-Geistige“ und das Teilhaben daran ist, welches die „Phänomene von sittlicher Anforderung und Verstoß“ sowie Strafen als Reaktion darauf hinreichend verständlich erscheinen lasse. Der Idee nach gehe es darum, dass der Täter sich nach dem Maßstab seines „eigenen Gewissens“ falsch verhalten habe⁷⁰¹.

Mit dieser bemüht pragmatischen Sicht der Schuld steht *Schmidhäuser* nicht allein.

Ähnliche Erwägungen stellt *Bockelmann* an. Das Problem der Willensfreiheit lasse sich damit ausklammern, dass sich die Berechtigung für das Strafen auf das „empirische Faktum“ gründe, dass „der Mensch normalerweise imstande sei“, rechtlichen Geboten zu folgen und sich rechtlichen Verboten zu fügen.⁷⁰²

Diesen Erwägungen pflichtet auch *Krümpelmann* bei, der sich ausführlich mit der individuellen strafrechtlichen Schuld beschäftigt hat.⁷⁰³ *Frister* meint, die Willensfreiheit sei eine „Bedingung praktischen Handelns und Erlebens“ des Menschen.⁷⁰⁴

Jescheck und *Weigend* formulieren in ihrem großen Lehrbuch zwar einerseits, dass das Prinzip der Verantwortlichkeit „eine unbezweifelbare Realität“ sei, sehen sie dann aber fast schon zirkelschlüssig nur als „Realität unseres sozialen und moralischen Bewusstseins“.⁷⁰⁵ *Gössel* erklärt, die Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können sei trotz ihrer Unerweislichkeit „evident und keiner weiteren Rechtfertigung fähig“.⁷⁰⁶

⁶⁹⁹ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 499.

⁷⁰⁰ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 499.

⁷⁰¹ Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 496.

⁷⁰² Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), 372 ff., 384; Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff.

⁷⁰³ Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 88 (1976), 6 ff., 11 ff.

⁷⁰⁴ Frister, Struktur, 1993, 18.

⁷⁰⁵ Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 1996, 412.

⁷⁰⁶ Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff., 323; Larenz, Recht, 1979, 91 ff.; ähnlich Engisch, Willensfreiheit, 1965; Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff., 244.

Auch *Burkhardt*, der sich sowohl intensiv mit dem Begriff des Anders-Handeln-Könnens, als auch mit dem *Utilitarismus* anglo-amerikanischer Ausprägung beschäftigt hat, erklärt einerseits, es gebe "keine vernünftigen Zweifel" an einer Möglichkeit des Anders-Handeln-Könnens⁷⁰⁷, schränkt aber andererseits ein, trotzdem berge jede Art von Utilitarismus ein starkes Element von Fremdbestimmtheit.

Zippelius begibt sich mit dieser Sicht auf die Beweisebene: Jedenfalls die *Plausibilität*, nach der mangels der vollen Beweisbarkeit zu suchen sei, ergebe sich mit den Wertelehren der Philosophen *Hartmann* und *Scheler* aus dem Erleben von Schuldbewusstsein und Reue.⁷⁰⁸

2. *Zwischenergebnis*: Allen, die davon ausgehen, das Problem der Willensfreiheit ließe sich letztlich mit dem Hinweis auf die *Erfahrung*⁷⁰⁹ lösen, ist zuzugeben, dass jedenfalls die meisten Menschen der westlichen Welt davon ausgehen, dass sie "im Handeln ihr Wollen praktisch als frei erleben". Der Grund dafür liegt dann aber, um mit *Schmidhäuser* zu sprechen, darin, dass wir am „Allgemein-Geistigen“ teilhaben, dass uns das „Phänomen von sittlicher Anforderung und strafender Reaktion bei Verstoß verständlich erscheinen lässt“. Das „Geistige“ zielt auf die abendländisch-westliche *Kultur*. Sie ist gespeist durch eine Reihe aufs engste miteinander verwobener Strömungen, wie Aufklärung und Humanismus, Vernunftrecht und die Forderungen nach Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit.

Durch den Rückgriff auf das „Allgemein-Geistige“ und das Phänomen der Sittlichkeit zeigt im Übrigen auch *Schmidhäuser* selbst indirekt an, dass eine Begründung der Willensfreiheit doch nicht ohne eine *Weltanschauung*, also die von ihm abgelehnte metaphysische Sicht, möglich ist.

3. Die Versuche, dennoch Beweise für die Willensfreiheit des Menschen zu liefern, reißen nicht ab.

⁷⁰⁷ Burkhardt, *Möglichkeit*, 1983, 51 ff., 54, sowie 62; zudem Burkhardt, *Überlegungen*, ZfS 3 (1981), 155 ff.

⁷⁰⁸ Zippelius, *Recht*, 1996, 373 f., u. Hinw. auf Hartmann, *Ethik*, 1925, Kap. 76-80; und Scheler, *Formalismus*, 1913/16, 385.

⁷⁰⁹ Siehe auch Merkel, *Willensfreiheit*, 2014, 39 ff., 118 ff., („sog. subjektive Freiheitsempfinden“).

Knöpfel versucht postmodern mit dem Gedanken der „*offenen Systeme*“, einen Beweis für die Willensfreiheit zu liefern⁷¹⁰. Für ihn sind die Hauptmerkmale des Geistigen, wie Sprache, Spiel, Phantasie und Schöpferkraft, durch ein Höchstmaß von Freiheit gekennzeichnet. Allerdings räumt er ein, dass er zum Beispiel nicht erörtert, weshalb denn die Willensakte die Qualität des Freiseins besäßen. Außerdem sind diese von ihm so bezeichneten „Hauptmerkmale des Geistigen“ zumindest in Ansätzen auch bei höheren Wirbeltieren deutlich zu erkennen. Auch sie vermögen zu spielen und zu kommunizieren. Die Chaos-Forschung zeigt, dass selbst die Wirbel in der Luft nicht mehr vorherbestimmbar, in diesem Sinne also „frei“ sind.⁷¹¹ Die *Heisenbergsche* Unschärfe-Theorie, auf die auch *Dreher* Bezug nimmt, beweist dasselbe für den Mikrokosmos. Aber die säkular verstandene Natur gilt zwar als unberechenbar, aber nicht als frei und mit einem Willen begabt.

Der Philosoph *Tugendhat* knüpft der Sache nach ebenfalls an das große Wort der Aufklärung „*cogito ergo sum*“⁷¹² an: Zum einfachen Sinne des Überlegens gehöre es, dass „wir davon ausgehen, dass wir so oder auch anders hätten handeln können, als wir gehandelt haben“. Deshalb erscheine es als „absurd“, mit *Pothast* von einer Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise zu sprechen.

Damit allerdings blendet *Tugendhat* sämtliche natürlichen Beweggründe wie Bedürfnisse und persönliche Wünsche aus. Immerhin räumt er ein, dass die „Autonomie in diesem ganz schwachen Sinne“, dass jemand die Fähigkeit besitze, „für sich selbst wirksam überlegen zu können“, als das übliche Ziel einer richtigen Erziehung angesehen werde. Auch dürfte er den zuvor betonten Umstand, dass das Überlegen „wohl auch für uns alle wertbesetzt“⁷¹³ sei, mit einbeziehen. Nicht „erzogen“, also aus sich selbst heraus, ist der Mensch offenbar nicht hinreichend fähig, „richtig“ zu überlegen.

⁷¹⁰ Knöpfel, *Kausalität*, Rth 1989, 342 ff., u.a. 378 f., u. Hinw. auf Gehlen, *Theorie*, 1965, 222, 226: „Die Natur ist an Freiheit angepasst. Und der menschliche Leib ist so eingerichtet, dass durch ihn Freiheit gewirkt werden kann“; sowie auf Keller, *W.*, *Philosophie*, 1954, 71; zu den offenen Systemen verweist er auf Kornwachs/Wehrt, *Einleitung*, 1984, 8 ff., 14 ff.; sowie Prigogine, *Sein*, 1988, 221 ff.

⁷¹¹ Zum Stichwort der „nichtdeterministischen Kausalität“ verweist Knöpfel, *Kausalität*, Rth 1989, 342 ff. auf Anscombe, *Causality*, 1971, u.a. 13 (gegen die mechanistische Betrachtungsweise im Sinne Newtons).

⁷¹² Siehe auch Kant, *Denken*, 1786, AA VIII; 146: „Selbstdenken heißt, den obersten Probiestein der Wahrheit in sich selbst (d. i. in seiner eigenen Vernunft) suchen; und die Maxime, jederzeit selbst zu denken, ist die Aufklärung.“

⁷¹³ *Tugendhat*, *Begriff*, 1992, 334 ff., 340.

Auch die uns vertrauten Haustiere „überlegen“ im Übrigen sichtbar viele ihrer Handlungen und entscheiden „individuell“. Relevant ist deshalb das zweite Element, ob sie sich dazu, wie Menschen, an ethischen Maßstäben ausrichten. Dazu bedürfte es nicht nur eines Selbst- und eines empathischen „Fremd“-Bewusstseins, sondern auch einer inneren oder äußeren höheren Macht, die auch eine Verehrung erfährt, sei es als würdige Selbst-Achtung oder auch als Anbetung. Daran fehlt es auch höheren Tieren.

„Transzendentallogisch“ im Sinne von *Fichte* argumentiert *Rethmann*: Es bestünde überhaupt kein Gegensatz von Determination und Freiheit, weil Freiheit heiße, sich innerhalb eines durchgängig determinierenden Systems zu diesem System in ein Verhältnis zu setzen. Er setzt umgekehrt an: Der Mensch müsse sich seiner „empirisch-praktisch erfahrbaren Determination“ bewusst werden. Seine Freiheit bestünde dann darin, sich zu dem determinierenden System ins Verhältnis zu setzen, anschließend nach Erweiterungsmöglichkeiten zu suchen und die Determination dadurch zu „übersteigen“.⁷¹⁴

Die solchermaßen vorausgesetzte Trennung von Subjekt und Objekt beinhaltet und erzwingt zwar die Freiheit. Diese erkenntnistheoretische Sicht liegt dem westlichen Denken auch zweifellos zugrunde. Aber sie reicht, zumal wenn dieselbe Rationalität die Metaebene der Rechtsfertigung bestimmt, nicht aus, um die langjährige reale Gefangenschaft eines Menschen zu begründen. Zugespielt formuliert ist einzuwenden, (a), dass diese Erkenntnistheorie lediglich dazu nötig und es erlaubt, die Strafe derart und also als transzendental zu „denken“. (b) Dem kritischen Rationalismus, der sich auch zum Denken selbst ins Verhältnis setzt, ist auch dieser Weg versperrt.

Der Philosoph *Schmitz* betrachtet das Strafrecht. Nachdem er sich zuvor zur Ungelöstheit des Problems der Willensfreiheit bekannt hat, versucht er mit der folgenden Erwägung seinen Weg zur Begründung der Strafe über den Gedanken der Tatschuldvergeltung zu eröffnen.⁷¹⁵ Ein radikaler *Abolitionist* dürfe aus der Nichtbeweisbarkeit nicht schließen, dass Strafen solange nicht verhängt werden dürften, bis wir Fatalismus und Determinismus widerlegen könnten. Denn dieses Argument setze bereits die als fragwürdig betrachtete Willensfreiheit voraus.

⁷¹⁴ Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 120.

⁷¹⁵ Schmitz, Legitimität, 2001, 22 f,

Nicht zu bestrafen, müsste danach überhaupt in unserem freien Willen stehen. Es setzt eine freie Wahl zwischen Strafe und Unterlassen derselben voraus. Deshalb könnte daraus nicht folgen, die gängige Praxis des Strafens einzustellen. Streiche man die Prämisse der Zurechnungsfähigkeit, „dann ist die gängige Praxis des Strafens nicht etwa moralisch verwerflich, sie ist einfach sinnlos“.

Er fügt lediglich an, damit sei die zu belegende Legitimität der Reaktion mit Strafe auf die Tat eines zurechnungsfähigen Täters noch nicht begründet.

Schmitz setzt die Willensfreiheit, die der Abolitionist, dem strafenden Staat unterstellt, die Strafe zu unterlassen, mit der Willensfreiheit des Täters gleich, die Tat frei zu unterlassen.

Der grundsätzliche Vorzug dieser Sicht liegt darin, dass sie auf die *Alternative* verweist. Auch ohne Willensfreiheit ist mit dem zielgerichteten Verursachen von Schäden an Gütern durch Menschen zu rechnen und die Frage zu stellen, ob und wie darauf zu reagieren ist. Gegen Gefahren wehren sich auch subhumane Lebewesen. Soweit die Strafe dieser Aufgabe dient, bedarf es der Unterstellung der Willensfreiheit des Täters nicht. Die Sozietät wird ihn insbesondere erneut zu sozialisieren versuchen.

Ansonsten aber zieht *Schmitz* (a) den Schluss aus der Praxis, also dem *Sein* der Strafe auf dessen *Notwendigkeit*, die im Fall der Geltung des Determinismus auch eine sinnlose sein könne. Er bedient sich (b) zudem verdeckt des *Paradoxons* des sich *über* die Lüge äußernden Lügners. Denn der Staat stellt nicht lediglich einen Akteur auf der Ebene des Täters dar. In der Demokratie sind es dieselben Menschen, die ihn beherrschen, die auf der *Metaebene* über das Postulat der Willensfreiheit und die Begründung der Strafe mit ihr entscheiden. Sie begründen die Strafe auf derselben Ebene einander gegenüber. Den Teilnehmern an ihrem Dialog wiederum gehört nach ihrem eigenen Selbstverständnis auch der Täter an. Ihre vorherrschende Ansicht aber lautet, die Willensfreiheit sei nicht hinreichend begründbar, weshalb sie aus staatspolitischer Sicht lediglich zu unterstellen sei. Anzuführen ist, um die Grund- und Menschenrechte zu gewährleisten.

4. *Fazit*. Alle diese Begründungen eint das Bemühen, die Idee der Willensfreiheit zu retten. Art und Ausmaß der jeweiligen Begründungen zeigen aber, dass man sich des Problems der Beweisbarkeit sehr bewusst ist.

Freiheit jedoch lässt sich schon logisch nicht kausal und objektiv begründen, weil Freiheit die Freiheit von der Kausalität meint. Freiheit lässt sich eben nur *subjektiv* „erfahren“.

Dafür aber ist mit ihr die Idee vom autonomen Subjekt verbunden, das fähig ist, sich selbst seine eigenen Regeln zu geben und das für das Seine, und also auch seine Taten, die *Selbstverantwortung* trägt.

Im Hintergrund dieses Denkens steht das *Bedürfnis* nach dem Bild vom sittlichen Menschen. *Zeitgeschichtlich* eingeordnet beherrscht dieses moralische Denken vor allem die Nachkriegsdekaden. Als Schuldstrafrecht bietet diese Sichtweise danach für viele Autoren in der Strafrechtswissenschaft die Ausgangslage, um sich danach mit dem Versuch eines *Paradigmenwechsels* hin zum *Funktionalen* des Rechts von der Rechtsethik abzusetzen. Denn sie ist anerkanntermaßen mit dem Dilemma verbunden, die Willensfreiheit jedenfalls mit den Mitteln der Naturwissenschaften nicht nachweisen zu können. Außerdem erschien die Demokratie in Deutschland als gesichert. Das Bedürfnis nach Moralität war befriedigt.

V. Funktionale Alternativen: Person, Zurechnung und Motivierbarkeit statt Mensch, Schuld und Willensfreiheit (Roxin, Lesch, Schünemann, Frister, Merkel, Jakobs, Günther)

1. In der deutschen Strafrechtsdogmatik hat sich, wie schon mehrfach angesprochen, eine große wichtige *soziale-personale* Nebenströmung entwickelt. Sie bietet eine vereinfacht *dritte* Alternative, wendet sich zumindest der Sache nach vom alten Dualismus von freiem Geist und kausaler Natur ab und setzt auf die sozial-liberale Sicht, nach der auch die Welt der Normen Teil jeder menschlichen Gesellschaft ist.

In der Sache aber neigen sie dem *funktionalen* und systemischen Denken zu, das mit dem Utilitarismus verwandt ist. Auf Moral und Wertungen kann es

einerseits verzichten, ersetzt sie andererseits aber durch Begriffe wie Erwartung und Vertrauen. Gesichert werden im Recht und damit auch im Strafrecht vor allem sozialliberale Rollenbilder, denn die Allgemeinheit (oder Gesellschaft) kann zwar ohne bestimmte Einzelne leben, droht aber ihre *kollektive* Identität oder auch ihre rechtliche Verfasstheit zu verlieren, wenn ein gesamtes Rollenbild (lies: Subsystem) in Gefahr gerät.

Diese große Sichtweise betrachtet den Menschen *vor allem* als „Person“ und im Recht dann als *Rechtsperson*, die mit der Strafe einen *Rechnachteil* erleidet. Damit verobjektiviert sie den einzelnen Menschen zumindest partiell, indem sie ihn als Objekt oder auch Projektionsfläche von Zuschreibungen begreift oder ihn sozialisiert, indem sie ihn vor allem aus dem Blickwinkel der Gesellschaft sieht oder indem sie ihn aus der liberalen Sicht „des Anderen“ deutet.⁷¹⁶

Diese Lehren haben konkludent zur Folge oder betreiben offen das Ziel, auf diese Weise das große Dilemma des deutschen Schuldstrafrechts *aus dem Wege zu räumen*, die Willensfreiheit „zu Lasten“ (in dubio contra reum) der zu bestrafenden Mitbürger nicht nachweisen zu können, und zwar weder *generell* noch *individuell*.

Für sie bietet sich etwa der Gedanke an, die *Wechselbezüglichkeit* absolut zu setzen. An die Stelle des autonomen und aus sich heraus würdigen Subjekts im Sinne des Art. 1 I GG tritt dann die Intersubjektivität der wechselseitig zuerkannten und auch mit der Freiheitstrafe einschränkbaren Personalität gemäß Art. 2 I GG.

Diese Idee der wechselseitig konstituierten Personalität erlaubt den *Verzicht* auf eine empirisch-normative Willensfreiheit. An ihre Stelle tritt die rein *normativ-soziale Zurechnung* einer Tat zu einer „Person“, etwa im *neohegelianischen* Sinne oder auch pragmatisch nach dem Prinzip der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit anhand einer fiktiven „Maßstabsfigur“⁷¹⁷.

2. Im Einzelnen:

⁷¹⁶ Erweiterter Unterabschnitt aus: Montenbruck, *Zivile Versöhnung. Zivilreligion II*, 2016, 6. Kap. I 4 („...Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit“, 268 ff.)

⁷¹⁷ So insbesondere, um dem Problem der Nichtnachweisbarkeit der *individuellen Schuld* zu entgehen, siehe Schmoller, *Argumentation*, öJBL 1990, 631 ff., 632.

Roxin leugnet schlüssig und auf der Grundlage seiner rein präventiven und funktionalen *Begründung* der Strafe, bei der die Schuld nur limitierend, also nur mildernd, wirkt, den Zwang zum Nachweis der Willensfreiheit:

Es „hängt die Legitimität ihrer Anerkennung als eines Mittels der bürgerlichen Freiheitswahrung nicht von ihrer empirischen oder erkenntnistheoretischen Beweisbarkeit ab. Ihre Annahme ist eine normative Setzung, eine soziale Spielregel...“.

Diese ordne lediglich an, „dass der Mensch vom Staat als prinzipiell frei und verantwortungsfähig behandelt werden soll“.⁷¹⁸

Damit verwendet *Roxin* die Worte, die für eine rechtliche Fiktion stehen.

Daraus folgt dann, dass wir uns schon einmal nur die Willensfreiheit nur wechselseitig und allgemein *zurechnen* (und auch nur müssen). Wir erschaffen uns damit selbst als *rollentragende Personen*, als Bürger mit Freiheitsrechten oder als Rechtspersonen. Auch die Unantastbarkeit der Menschenwürde beinhaltet danach nur eine solche Rollen. Aber die Schuldidee, der die Idee der Willensfreiheit zugrunde liegt, begründet danach die Strafe ohnehin nicht. Die präventive gegründete Strafe ist ihrerseits nur von einer *sozial-personalen Zurechnung* abhängig. Gestraft wird so wie ein solche -auf tatengegründete-Maßregel der Besserung und Sicherung jeweils für die *Gesellschaft* nicht einmal empirisch von Nöten ist, sondern wie die Gesellschaft es kollektiv glaubt, dass sie erforderlich ist.

Lesch etwa spricht in Anlehnung an *Jakobs* von der bloßen „*Verfehlung eines Sollens, die kein psychisches Faktum*“ darstelle, sondern allein eine normative Beziehung, aber dann doch den „Willens zur Tat“ meine.⁷¹⁹ Die Willensfreiheit enthält demzufolge keine Seins-Aussage. Sie stellt danach lediglich ein *rechtliches* und *soziales* Regelungskriterium dar.⁷²⁰

⁷¹⁸ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 3, Rn 55.

⁷¹⁹ Lesch, Verbrechensbegriff, 1999, u. a. 4; unter Bezugnahme auf *Jakobs*, Strafrecht, ZStW 107 (1995), 843 ff., 850 ff.

⁷²⁰ Zu dieser Alternative *Küpper*, Strafen, 2003, 53 ff., 71.

Dieser logische Ausweg, die Rechtselemente lediglich aus dem *Recht* zu erklären, setzt das Recht oder die Sozietät absolut. Den *Menschen* als sonstige körperliche, seelische und geistige Einheit kennt und erkennt diese Sichtweise nicht. Stimmig erscheint dieser Ansatz stets insoweit, als er lediglich normative Folgerungen, wie etwa den öffentlichen Widerspruch gegen den Normbruch begründet. Aber die Realität von Übelzufügungen, die einen konkreten Menschen treffen, kann er nicht erklären, weil diese Sicht das Sein ausblendet.

Auch ist dem Menschen als der „Rechtsperson“ nach diesem Modell nicht nur „zufällig“ die Fähigkeit zur Verantwortung und somit Vernünftigkeit zugeschrieben. Götter oder Geister für verantwortlich zu halten, bildet die einzige Alternative. Ohne diese Art *autonomer Persönlichkeit* einer normativ gedachten Sozietät der „Rollenspieler“ und „Rollenträger“⁷²¹ brähe dieses System als ein sich rückkoppelndes zusammen. Sozial gedacht bedarf jede Sozietät sozialer Akteure. Sie mögen zwar fiktive Personen darstellen, und zwar entweder im Sinne von archaischen Familienverbänden oder der hochkomplexen modernen juristischen Personen des zivilen und des öffentlichen Rechts. Aber ohne reale Menschen, die zumindest die Aufgabe von Stellvertretern und Organen im Sinne des § 14 StGB einnehmen, ist eine soziale Welt nicht zu denken und ohne die soziale Weltsicht ist zumindest jede säkulare Spielart einer normativen Weltsicht ihres Gegenstandes beraubt. Dennoch beinhaltet dieser normative Ansatz für seinen Teilbereich beachtliche Aussagen. Das Problem der Willensfreiheit des realen Menschen kann und will er aber nicht lösen.

Bernd Schünemann etwa setzt zwar noch bei der Willensfreiheit an, will sie jedoch aus der Kommunikation und den „Sprachstrukturen“ ableiten⁷²²; 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 Kernelement des westlichen Kulturguts bildet, und zwar gleichgültig, inwieweit das jeweilige nationale Strafrecht sie trennscharf aufgreift oder nicht, ergibt sich aus den sie jeweils überwölbenden Verfassungen. Über oder besser „vor“ ihnen sind sie den Präambeln als Ausdruck der Selbstschöpfung dieser Normengeflechte eigen. Die

⁷²¹ Dazu ausführlich Jakobs, Norm, 1997, 108.

⁷²² Unter anderem in: Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. , 163 ff. Zusammenfassend zum Nachfolgenden: Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff.

Idee der Eigenverantwortlichkeit lässt sich also aus der Freiheit und damit auch aus der Willensfreiheit ableiten, zumindest eben als Teil der westlichen zivilen Kultur.

Ähnlich erklärt *Frister*⁷²³: „*Da unser gesamtes soziales Leben auf der wechselseitigen Zurechnung von Autonomie beruht, kann und muss auch das Strafrecht als ein Teil des sozialen Lebens von der Selbstbestimmungsfähigkeit des Menschen ausgehen.*“ Auch *Frister* verbindet also den alten Anerkennungsgedanken (*Fichte, Hegel*) mit der sozialen Schuldidee der *Zurechnung*.

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.⁷²⁴

Roxin sieht darin (immerhin auch) ein empirisches Moment jenseits des Moralischen, die „*Fähigkeit zur Selbststeuerung*“.⁷²⁵ 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 „*normativen 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 Bürgerrechten erhoben werden kann.

⁷²³ Frister, Strafrecht AT 2013, 3. Kap Rn 8 unter Hinweis auf Luhmann, Rechtssoziologie, 1972/2008, 32 (die Menschen würden sich gegenseitig als „*ichgleiche Quelle originären Erlebens*“ wahrnehmen).

⁷²⁴ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46; Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 55 f.; Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 26

⁷²⁵ Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46.

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 will,⁷²⁶ bezieht sich auf die Idee der Person als soziale 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 impliziert.⁷²⁷ 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.

Jakobs spricht auch von einer „*Erledigung des Konfliktes durch Zurechnung*“.⁷²⁸

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 den 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 bei *Jakobs* 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,

⁷²⁶ Jakobs, Schuld, 1976, 8 ff.

⁷²⁷ Jakobs, Norm, 1997, 23, ursprünglich habe es nur Nomaden gegeben, ohne Freunde und Feinde, dem dann die Gesellschaft nachfolgte, unter Hinweis auf: Rousseau, Ursprung, 1762, 77 ff., 183.

⁷²⁸ Jakobs, Norm, 1997, 23, ursprünglich habe es nur Nomaden gegeben, ohne Freunde und Feinde, dem dann die Gesellschaft nachfolgte, unter Hinweis auf: Rousseau, Ursprung, 1762, 77 ff., 183.

*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 ...“.*⁷²⁹

Klaus Günther knüpft zum Teil an die Gedankenwelt von Jakobs an. Er sortiert und erklärt zunächst einmal einleuchtend, die „Debatten um die Zuschreibung von Verantwortung für strafrechtlich relevantes Verhalten verlaufen stets innerhalb eines Dreieckes, dessen Eckpunkte die möglichen Alternativen festlegen. Verantwortlich ist entweder eine Person, die Gesellschaft oder die Natur“ Die Zuschreibung erfolgt – offenbar in Anlehnung an die *habermas'sche* Wahrheitstheorie - durch Konsens und die Praxis der jeweiligen „scientific community“⁷³⁰, etwa durch die Neurophilosophie, die Ökonomie oder die allgemeine Soziologie. Deshalb seien auch alle drei Arten von Zuschreibungen „nebeneinander möglich“.⁷³¹

So gebe es eben auch „die Perspektive der normativen Ordnungen einer Gesellschaft“. Die „individualisierende normative Zuschreibung einer Normverletzung zur Verantwortung einer Person, habe den funktionalen Effekt, die normative Ordnung der Gesellschaft... sowie den Verletzten von der Verantwortung zu entlasten und die Verletzung auch nicht als schicksalhaftes Naturereignis hinzunehmen.“⁷³² Man (also eigentlich jeder Zuschreibende) kann allerdings auch auf die Zuschreibung verzichten.“⁷³³

4. *Kommentar.* Die Ansätze sind beindruckend schlüssig, aber sie sind durchweg auf den sozialen oder auch kulturellen Blickwinkel reduziert. So fehlt der rein sozialen Sichtweisen der Blick auf den „Menschen“, etwa die Perspektive im Sinne des Art. 1 I GG. Dabei geht es sowohl um das Geistig-Vernünftige als auch um das emotionale Menschsein:

So können oder wollen dies Lehren nicht die Hürde überwinden, dass wir danach auch dem Mörder und dem Terroristen die Selbstbestimmungsfähigkeit *aberkennen* könnten. Wir könnten den Mörder etwa als *Soziopathen* begreifen und ihn den Maßregeln der Besserung und Sicherung unterwerfen oder für

⁷²⁹ So noch einmal in seiner Beteiligungslehre: Jakobs, Theorie, 2014, 2.

⁷³⁰ Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 14 f.

⁷³¹ Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 18 (Hervorhebung im Original).

⁷³² Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 19.

⁷³³ Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 23.

Terroristen ein Feindstrafrecht mit Todesstrafe, nach dem Kriegsmodell, einführen.

Dies verhindert nur der kollektive *feste Glaube* an die *Unantastbarkeit* der Menschenwürde. Auch der Gefoltert hat sie noch, wenngleich seine Anspruch auf Achtung verletzt ist. Dieses Credo geht also, wenn gleich immer noch als kulturelle Idee und als bloßer Konsens denkbar, von der *Realität* der Menschenwürde aus, die im Übrigen eng mit der alten *Seelenidee* verbunden ist und insofern eine lange Tradition besitzt. Dieser Glaube an die Menschenwürde ist aber untrennbar mit dem Glauben an die *Vernunft* des Menschen verbunden, also -mit den Worten des *Bundesverfassungsgericht*- an sein „geistig-sittliches“ Wesen.

Vor Gericht stehen und im Vollzug sitzen *nicht nur Personen in ihren Rollen*, sondern deren *Träger*, die Menschen. Es *leiden* an dem Übel von Tat und auch Strafe die Opfer, die Gefangenen und auch in kollektiver Weise die *empathischen* Teile der Allgemeinheit, wenn sie davon erfahren. Menschenrechte haben Menschen.

5. Im Einzelnen:

So handelt es sich also auch insofern, nur aber immerhin, um eine noch zu ergänzende Teilansicht einer oder mehrerer Fachwissenschaften. 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. Ihr dient dann das Recht als normative Ordnung.

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 darüber die Freiheitsrechte schützt. Begreift sie das Tun nicht vor allem über das „Verursachen“ im

„natürlichen Sinne“, also „inkorporiert“ sie nicht „Naturalismen“⁷³⁴, 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 die (eher subjektive) 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.

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 organisiert.⁷³⁵ Der zivilreligiöse Glaube an die eigene Willensfreiheit ist danach recht naheliegend. Dazu reicht es aus, dass es sich um eine sozialreale, weil kollektive und staatstragende Fiktion handelt. Deshalb gilt auch umgekehrt, wer die Willensfreiheit aus wissenschaftlicher Sicht für angreifbar und jedenfalls für grundsätzlich nicht nachweisbar hält,⁷³⁶ der wird

⁷³⁴ 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.*“

⁷³⁵ Dazu noch einmal aus der Sicht einer rechtssoziologischen Theorie des Rechts: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 139, ein „allgemeines Organisationsprinzip“.

⁷³⁶ 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).

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.

Das große Dilemma, die Willensfreiheit nicht nachweisen zu können, aber mit der Schuld die Strafe zu begründen -was hier nicht vertreten wird, weil der Schuldausgleich vom strengen Vergelten zu trennen und nur *mildernd* zu deuten ist- wird durch einen anderen Ansatz gelöst. Es wird nicht mehr zwischen Metaphysik und Physik in Sinne von *Kant* getrennt. Stattdessen bezieht man sich auf einen mittleren Ansatz. Bei *Schünemann* sind es Sprache und Kultur. Darüber wird noch weiter nachzudenken zu sein.

Bei *Roxin* und *Merkel* ist es die innere „Fähigkeit zur Selbststeuerung“, die von außen mit normativen „Reizen“ beeinflussbar ist. Sie kennen wir als universelle Idee der Selbstorganisation aus der Soziobiologie. *Jakobs* verfolgt ebenfalls einen systemischen Ansatz, der sich auf eine Art von natürlichem System als Sozialempirismus gründet. Vereinfacht handelt es sich um verschiedene Formen eines sozialen Ansatzes.

So entwickeln *Roxin*, *Jakobs* und andere, die vorrangig präventive Lehren verfolgen, folgerichtig soziale Vorstellungen. Denn auch die Spezialprävention zielt auf den Schutz der Gesellschaft. Aber ihre Idee der Zurechnung ist mit der herkömmlichen Schuldidee recht eng verwandt. Und sie beruht auf den Ideen der Willensfreiheit und der Rechtswertelehre. Entweder handelt es sich bloß um passende Umformungen oder aber es müsste eine Art von tertium comparationis geben, das beide Sichtweisen überwölbt. Das Dilemma eines jeden sozialen Gesichtspunktes besteht aber darin, dass er immer bereit ist, im Notfalle den Einzelnen, den er nur als sein Mitglied begreift, bei Bedarf sogar als Sündenbock zu opfern.

Die Grundidee des autonomen Menschen, auf dem die Menschenwürde und das Prinzip der Eigenverantwortung beruhen, wird einer sozialen oder personalen Sicht geopfert. Zumindest unterstellt werden können muss dazu aber die Willensfreiheit. Das heißt, der Nachweis, dass es sie nicht gibt, darf nicht erbracht werden können. Etwa im Sinne einer Konsenstheorie der Wahrheit darf der Gegenbeweis nach vernünftigen Diskussion aller guten Gründe zumindest (noch und bis auf weiteres) nicht evident sein und zur akzeptierten und herrschenden Meinung erwachsen.

Zu Erinnerung: Sündenböcke oder Prügelknaben zu bestrafen oder Taten kollektiv zu verdrängen oder umzuetikettieren würde aus der gesellschaftlichen Sicht grundsätzlich ausreichen. Die Gesellschaft kann zwar empirisch Untersuchungen in Auftrag geben, sie kann aber auch auf solche Studien weitgehend verzichten, wenn sie politisch mit dem status quo im Großen und Ganzen zufrieden ist und die Freiheit ansonsten mit kleinen Reformen nachzusteuern.

6. *Fazit*. Dies scheint der sozialen *Realität* zu entsprechen. Das deutsche Rechts- und Staatswesen ist als Teil des politischen *Systems* betrachtet -auch mit dem Strafrecht- hinreichend *stabilisiert*. Deshalb ist das gegenwärtige Strafrecht und dessen Vollzug jedenfalls aus der generalpräventiven Sicht der Allgemeinheit auch im Großen und Ganzen als „gut so“ zu bewerten. Dem höchsten Staats- und Rechtsgut, der demokratischen Gemeinschaft, Art 20 I GG, ist damit gedient.

Wer vorrangig funktional und von einer westlichen Gesellschaft ausgeht, der sieht alles aus ihrer Warte. Er unterwirft ihr die *Ethik* und verwendet auch die *Empirik* nur nach Bedarf.

Aber dasselbe gilt auch umgekehrt für die *Ethik* und wie sich alsbald zeigen wir auch für die *Empirik*.

Die mittlere Alltagslösung besteht dann im Verfassungsprinzip der „praktischen Konkordanz“, also in einer Art von Vereinigungstheorie.

Das *Zwischenergebnis* für das Kernproblem der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit lautet.

- Jedenfalls aus dieser alten Sicht, vor der Diskussion, um die Erkenntnisse der Hirnforschung, herrscht nach allem die Ansicht vor, dass der *Gegenbeweis* der Fremdbestimmung nicht erbracht ist und dass wir im Alltag das *Gefühl und die Erfahrung von Freiheit* erleben.
-
- Die politische allgemeine Erklärung der Menschenrechte und das deutsche Grundgesetz gehen vom *Credo der realen Unantastbarkeit* der Menschenwürde und von der *realen Existenz* der Freiheit aus. Sie ist gegründet auf die als *real erachtete Vernunft* des Menschen.
-
- Ebenso sind es *reale Ich-Menschen* und keine bloßen normativen Rechtspersonen, die im Strafvollzug den Verlust ihrer Fähigkeit zur freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit körperlich und seelisch empfinden. Dies an sich selbst zu erfahren und bei anderen mitzuempfinden, gehört ebenfalls zum Menschsein.

15. Kapitel (§ 15)

Determinismus und Strafe

I. Kritik an Metaphysik und deterministische Alternativen (*Baurmann, Kargl, Dux, Herzberg, Schiemann, Hörnle, Pauen*)

1. Nicht zu überzeugen sind die westlich-abendländischen Vertreter eines weichen oder harten *Determinismus*, die sich auch in der Strafrechtswissenschaft finden lassen.

So kritisieren denn auch *Baurmann*⁷³⁷ und *Kargl*⁷³⁸, wie andere vor ihnen, Schuld sei nur „eine *metaphysische* Idee“. Ebenso sei auch das Anders-Handeln-Können, das Dafür-Können oder die freie Willensentscheidung nur ein „semantisch unbestimmter metaphysischer Begriff“. Empirisch seien sie nicht interpretierbar. *Kargl*⁷³⁹ bedauert die Folge, die sich dahinter verbergende *Emotionalisierung* des Strafrechts. Allerdings ist gerade über die Gefühle als Gerechtigkeitsbedürfnis und Schuldgefühl noch nachzudenken. Sie könnten, so ist an dieser Stelle zu fragen, doch ihrerseits von „absolut-blinder“ oder auch „evolutionsbiologisch-vernünftiger“ Bedeutung sein.

Als Gerechtigkeits- und als Schuldgefühle kennen und beachtet sie zumindest unsere westliche Kultur. Östliche „Scham“-Gesellschaften betonen dafür immerhin die emotionale Verankerung des Ungehorsams gegen die Regeln der Älteren (und nicht so sehr gegen die eigenen Normen). Diesen Ungehorsam rationalisieren wir im Westen und kennen ihn ebenfalls etwa als Unrechtsbewusstsein im positivistischen Sinne.⁷⁴⁰

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

⁷³⁷ Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff., 204.

⁷³⁸ Kargl, Kritik, 1982, 413, 415.

⁷³⁹ Kargl, Kritik, 1982, 435.

⁷⁴⁰ Siehe etwa Demmerling Scham, 2014, 115 ff.; zudem Lotter, Scham, 2012, 7 ff. (Überblick über die verschiedenen kulturellen und fachwissenschaftlichen Sichtweisen und Fragestellungen).

Menschenwürde, dass das deutsche Strafrecht sich in Wirklichkeit gar nicht für den Indeterminismus entschieden habe.⁷⁴¹ Es genüge die Idee, dass man für den *eigenen Charakter seiner Persönlichkeit* einstehen müsse. Das So-veranlagt- So-geworden-Sein sei Gegenstand des Schuldvorwurfs.⁷⁴²

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“.

Damit verlässt er allerdings das Tat- (Schuld-) Prinzip und nähert sich einem Täterstrafrecht. Unser angebliches Tatstrafrecht leidet allerdings auch schon darunter, dass es Vorverhalten, wie die Vorstrafen und Nachtatverhalten, wie das Geständnis, mit einer gewagten, aber wohl noch vertretbaren Indizkonstruktionen mitberücksichtigt und dass es bei Tatmehrheit, wenngleich eben erst in einer zweiten Prüfungsstufe, die Person und Taten insgesamt abwägen will, allerdings immer mit dem Vorrang von nachgewiesenen Taten.

Anja Schiemann folgt Herzberg 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.“*⁷⁴³

„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, der im Übrigen auch die Schöpferkraft des Menschen herausstellt.

Somit verwendet sie anstelle der Idee von einem freien Menschen immerhin die ähnliche Idee von der *Person*. Aus der Wechselseitigkeit folgen aber eigentlich

⁷⁴¹ Siehe hier etwa nur Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, 3.

⁷⁴² Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, u. a. 87 ff.

⁷⁴³ Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff., 777; Leder, Person, 1999, 408, der im Übrigen auch die Schöpferkraft des Menschen herausstellt.

strengere Strafen. Auch bleibt zu fragen, ob diese Sicht nicht auf eine Art von *Privatstrafrecht* zulaufen müsste.

2. *Tatjana Hörnle* bietet in ihrem Schlusswort zur Schrift von der Kriminalstrafe ohne Schuld⁷⁴⁴: „*Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*“ und „*rekonstruiert das plausibelste Modell menschlicher Entscheidungsfindung*“ und dazu spricht sie sich für einen „*Verzicht auf einen Schuldvorwurf aus und dafür, dass der den Tätern gemachte Vorwurf konsequent auf das Tatunrecht zugeschnitten werden müsse.*“ (aus dem Abstrakt). Sie wählt insgesamt einen ähnlichen Weg und stellt dazu unter anderem auf den *externen* Blickwinkel der „*anderen*“ ab. Deren „*Verhaltensanforderungen*“ habe der Täter „*missachtet und Unrecht begangen*“. Dazu will sie die „*2. Person-Perspektive*“ berücksichtigen,⁷⁴⁵ für die sie sich an *Stephen Darwall* anlehnt. Diese sei auf die Wechselseitigkeit zwischen Du und Ich angelegt, „*wenn wir bezüglich des Verhaltens und der Absichten des Anderen Ansprüche erheben und anerkennen.*“

Hörnle verweist zudem auf *Peter Strawson*, demzufolge „*reaktive Einstellungen*“ den Normalfall für die Art bilden, mit der Menschen miteinander umgehen. Sie erklärt, die „*Praxis von Lob und Tadel*“ hätte auch dann Bestand, wenn Menschen von einer *deterministischen* Weltsicht ausgingen.⁷⁴⁶ Maßgeblich sei dafür dann die Art der Motive: Das Handeln etwa gegen das Recht müsse sich dann auf „*Überzeugungen und Wünsche der Person zurückführen lassen*“. Aber es gilt eben andererseits auch, was sie später ausführt:

„*Gründe... werden immer in einem Kontext von anderen verhaltenssteuernden Antriebskräften wirksam, das heißt innerhalb der Struktur der eigenen Persönlichkeit*“.⁷⁴⁷

Immerhin geht es damit also schon einmal um einen „*Kontext*“ und damit um den Eintritt in die Problematik der Komplexität und der konkreten

⁷⁴⁴ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff., 79.

⁷⁴⁵ So etwa Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff.; Darwall, *Second-Person*, 2006, 3.

⁷⁴⁶ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 50 f.; Strawson, P., *Freedom*, 1974, 59 ff., 67 ff. Siehe auch und gleichfalls im Sinne von „*Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*“: Bröckers, *Verantwortung*, 2015, 304 ff. („*Strawsons Blick auf die moralische Praxis*“).

⁷⁴⁷ Pauen/Roth, *Freiheit*, 2008, 172.

Unberechenbarkeit. Hinzu tritt eine „eigene Persönlichkeit“, also eine sich (auch zum Teil) selbst organisierenden Einheit, ein Selbst.

Damit gesellt sie sich immerhin zu den Vertretern einer Anerkennungslehre. Die Ansprüche des Anderen werden also offenbar bei *beiderseitigem Bedarf* auch in der Art von *Freiheitsrechten anerkannt*.

Außerdem greift auch *Hörnle* auf den Gedanken der *normativen Ansprechbarkeit* zurück, wenn sie mit Blick auf den Strafprozess, der auch im angloamerikanischen Rechtskreis statt großer Gesetzeswerke im Mittelpunkt des Rechtswesens steht, Folgendes erklärt.

*„Bedingung für das Stattfinden eines Dialoges im Strafverfahren ist, dass die Beteiligten zu einer normativen Gemeinschaft gehören, die durch bestimmte Minimalbedingungen normativer Kompetenz gekennzeichnet ist.“*⁷⁴⁸

Ausgehandelt wird damit offenbar die Art und Weise des Normbruchs, und zwar anhand von Normen, die die normative Gesellschaft auf die gleiche dialogische Weise interpersonal entwickelt hat.

Damit geht auch *Hörnle* von einer Art von Freiheit des Aushandelns, dem Beteiligten aus. Auch muss danach *jeder* Mensch auch die *normative Grundfähigkeit* mitbringen, in einer solchen „normativen Gemeinschaft“ zu agieren. Mit dieser Grundfähigkeit setzt *Hörnle* eigentlich einen Kern von sittlicher, wenigstens als normativer Vernunft des Menschen voraus.

Der *Hörnle*-Schüler *Bröckers* zeigt in seiner Schrift „Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit“⁷⁴⁹ zunächst einmal, in welchem Maße der Freiheitbegriff auslegt werden kann und danach wie die Moral dann doch wieder ins Spiel kommt:

„Indeterminismus und moralische Verantwortung sind nicht miteinander kompatibel. Wer zum Zeitpunkt der Tat in einem kontrakausalen Sinne auch

⁷⁴⁸ Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 70; Bröckers *Verantwortung*, 2015, 385 f., 384 f

⁷⁴⁹ In seiner Schrift „Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit“, Bröckers, *Verantwortung*, 2015, 385 f., 384 f., vgl. auch dessen Ergebnis - Hervorhebungen im Original.

anders wollen konnte, wollte die Tat nur zufällig und ist mangels Urheberschaft für sein Handeln nicht verantwortlich“.

Seinen Freiheitsbegriff verbindet er also mit dem Zufall (oder dem Chaos) und er enthält nicht zugleich die Fähigkeit des Menschen, sich selbst über die eigenen Normen, also autonom sittlich (oder individualethisch oder eigenmoralisch) zu binden. Andererseits schreibt er:

„einen Akteur verantwortlich zu machen, bedeutet demnach, ihn anhand der in der moralischen Praxis akzeptierten Bedingungen zu bewerten und im Falle einer negativen Bewertung eine affektiv-negative Haltung einzunehmen. Eine solche expressive Bewertung ist auch in einer determinierten Welt legitim...“
Anzulegen sei ein *„aus den durchschnittlichen Anforderungen interpersonellen Handels gewonnener Maßstab, nie eine inhaltliche Wertbestimmung von persönlicher Schuld...“*

Die Moral ist danach also nur von kollektiver Art. Alle Beteiligten am Prozess agieren nur als determinierte Mitglieder, besser als Subsysteme einer Gemeinschaft. Diesem Ansatz folgt die vor allem präventive und soziale Rollen-Sichtweise. Er kennt zwar einen Akteur, spricht von *Bewertungen* und von *Moral* und er benötigt auch *interpersonellen* agierende *Beteiligte*, die offenbar doch auch alle auch selbst normativ ansprechbar sein müssen. Aber die Willensfreiheit als Autonomie des einzelnen Menschen, und das ist ihr *Axiom*, lehnt diese Sichtweise ab, und zeigt zugleich, welche *analogen* Begrifflichkeiten sie stattdessen (jedenfalls in unserer westlichen Rechts- und Sprachkultur) verwenden muss.

Damit ist sie nicht abzulehnen. Sie passt zu den präventiven Deutungen des Strafens. Aber es sollte dann *zusätzlich* noch eine metaphysische Sichtweise mit dem Kern der persönlichen Schuld, abgeleitet aus der Menschenwürde, auch für die Vertreter dieser Lehre *akzeptabel* sein.

3. *Zwischenkritik*. Das Dilemma aller Anerkennungslehren lautet -aus der Sicht der *allgemeinen Menschenrechte*- ohnehin, dass man dem Anderen auch die Du-Personalität *aberkennen* kann. Aus dem Freund wird dann ein *Rechts-Neutrum*, er verliert den zuerkannten Rechtsschutz, wird somit vogelfrei oder auch

rechtlich ein „Es“ und aufgrund der Tat zugleich (zumindest) ein *potentieller Feind*.

Auch ist aus der empirisch-naturalistischen Sicht, die den Sozial-Deterministen zumindest nahesteht, anzufügen, dass auch die sonstigen *Säugetiere* einander *individuell* erkennen, unterschiedlich respektieren und so die privaten Freiräume der Anderen individuell und nach ihrem Charakter achten. Allerdings betreiben sie auch einen ständigen „*Kampf um Anerkennung*“. Die Achtung ist ihnen also nicht auf Dauer garantiert.

Die alte Trennung von Mensch und Tier würde sich auch auf diese Weise und im Sinne des Naturrechtlers *Hobbes* (der Mensch ist des Menschen Wolf) auflösen. Würde sich diese angloamerikanische Ansicht durchsetzen, so würde sich die Menschenwürde zu einer zuerkannten Ehre umwandeln und verlöre auch in Deutschland ihren *absoluten* Rechtscharakter.

Andererseits bezeugt der Vollzug langjähriger Freiheitsstrafen, in welchem Maße wir bereit sind, dem Strafgefangenen das Ausleben seiner Persönlichkeit von Rechtswegen abzuerkennen. Die Wesentlichkeitsgarantie gilt eben offenbar nicht für die althergebrachten Strafen. In den langen Freiheitsstrafen und ohnehin in der Sicherungsverwahrung lassen sich gewichtige Anteile eines Feindstrafrechts finden. Allerdings wird es gemildert und überwölbt vom Humanismus der Menschenwürde-Idee.

Auch steckt in der Idee von der Anerkennung bislang immer auch noch die liberale Vorstellung von der Vertrags-Freiheit im Sinne des Art. 2 I GG. Gerade wer dem anderen die Achtung auch versagen und ihn demütigen kann, sei es vernünftig oder unvernünftig, berechnend oder auch emotional, der gilt uns im Westen als in seinem Willen frei.

4. *Soziologie und Philosophie*. Wie schwierig sich die zu lösende Aufgabe aus der Sicht des sozialen Determinismus darstellt, zeigt die Kritik des Soziologen *Dux*⁷⁵⁰ am gegenwärtigen strafrechtlichen Schuldbegriff. Die rein soziologische Sicht legt im Übrigen generell eine entsprechende *soziale Determination* des Einzelnen nahe.

⁷⁵⁰ Dux, Täter, 1988, insbes. 54 - 57.

Er betont, die Schuld habe als der Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens „*einfach keinen Platz im neuzeitlichen Wissen um den Menschen*“. Vielmehr durchlaufe der Mensch einen *sozialisierenden Bildungsprozess*. Insbesondere in der Phase des Kindes erlerne er unter realen Bedingungen die Kompetenz, Erwartungen zu folgen. Es bestehe für das Kind eine theoretische entwicklungspsychologische Situation. Im Spiel werde gleichsam automatisch Moral gelernt. Dazu knüpft *Dux* an die Untersuchungen des Entwicklungspsychologen *Piaget*⁷⁵¹ an, der sich insbesondere mit der moralischen Entwicklung des Kindes beschäftigt hat. Von den Rechtswissenschaftlern sei deshalb auch zu Recht der Gedanken der „Lebensführungsschuld“ ins Gespräch gebracht worden.⁷⁵² Diesen Aspekt betont, wenngleich aus indeterministischer Sicht auch *Figueiredo Dias*⁷⁵³: Mit einer Grundwahl lege der Mensch sein eigenes Wesen fest.

Insoweit übersieht *Dux*, dass es danach gleichwohl nicht ausgeschlossen erscheint, dass der *erwachsene* Mensch die Sozialmoral verinnerlicht und auch über sie autonom verfügen kann. Sie zwingt ihn nicht, sondern dient ihm als ein willkommenes Hilfsmittel, um in der sozialen Umwelt zu bestehen.

Am Ende seiner Abhandlung erklärt *Dux* zudem nicht nur, dass dennoch die *Gefühle der Schuld* existierten und insofern *keine Illusion* seien. Er schließt vielmehr, dass sie den bedeutsamen Tatbestand signalisierten, dass wir uns selbst als verantwortlich nähmen. Er fügt an, was das Subjekt wirklich vermöge, erweise sich erst „im Augenblick des Tuns“. Wenn aber der Mensch *Dux* zufolge erst im Augenblick des Tuns zeigt, wozu er fähig ist, so heißt diese Eigenschaft nichts anderes, als dass er sich trotz angelernter Verhaltensmodelle *in concreto* frei entscheiden kann.

⁷⁵¹ Piaget, Urteil, 1983. Siehe zu diesem Ansatz auch Montenbruck, *Mittelwelt, Zivilreligion IV*, 2014/2018, Kap. 5 V („Psychologie der moralischen Entwicklung des jungen Menschen, Adoleszenz und Subkultur“, 173 ff.).

⁷⁵² Zur Lebensführungsschuld siehe Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 1996, § 4 I. 1., 23; Jakobs, *Strafrecht AT*, 1991, 489 ff., Rn 34 ff.; Mezger, *Straftat*, *ZStW* 1945, 675 ff., 688 f.; Welzel, *Persönlichkeit*, *ZStW* 1948, 428 ff., 458 ff.; Roxin, *Schuldstrafrecht*, *ZStW* 1984, 641 ff., 648 ff.; Engisch, *Charakterschuld*, *MSchrKrim* 50 (1967), 108 ff., aus Sicht eines Täterstrafrechts im Jahre 1940: Bockelmann, *Studien*, 1940, 145 ff., 153.

⁷⁵³ Figueiredo Dias, *Schuld*, *ZStW* 1983, 220 ff., 237 ff.; dazu kritisch Roxin, *Schuldstrafrecht*, *ZStW* 1984, 641 ff., 649 f.

Dux entwickelt eine Sowohl-als-auch-Feststellung: *Subjekt und Welt* seien in einer "doppelsinnigen Weise aneinander gebunden". Das Subjekt werde zu dem, was es sei, in seiner Welt; diese brauche es, um zu werden, was es sein könne. Man müsse Konsequenzen ziehen, wenn man nicht schuldig sein wolle.

Das Problem der Fremdbestimmung durch Sozialisierung besteht darin, dass zu jeder Sozialisierung auch der Umstand der Abweichung von einzelnen und auch Gruppen von einzelnen gehört. Die Straftaten bilden typische Beispiele. Der Mensch kann sich den sozialen Zwängen, wenngleich zu hohen individuellen Preisen, stets auch entziehen. Zudem beruhen auch die Sozietäten, die die Sozialisierung betreiben, auf keinen fest programmierten Mustern. So indiziert die Vielfalt der jeweiligen auch konkurrierenden Kulturen im Sinne der Systemtheorie einen sich fortentwickelnden Konsens einer Allgemeinheit aller Einzelnen. Verobjektiviert stellt er eine Art des lebendigen „Volksgeistes“ dar, dem seinerseits Elemente gemeinsamen genutzter kollektiver Freiheit zu eigen sind.

In der *Philosophie* erinnert *Pauen* unter Hinweis auf *Nagel* und *Strawson* an ein argumentum ad absurdum, in das uns die Vorstellung von der reinen Autonomie des Menschen führt.⁷⁵⁴

Wirklich frei sei eine Entscheidung nur dann, wenn sie auch frei von eigenen Motiven, Bedürfnissen oder auch Überzeugungen getroffen werde. Eine solche absolut freie Entscheidung könne dann aber in jedem neuen Falle anders als zuvor ausfallen. Deshalb sei sie vom *Zufall* nicht zu unterscheiden. Damit wird der übliche Weg eines scheinbar tötenden argumentum ad absurdum eingeschlagen. Es wird lediglich die extremste Idealvorstellung angegriffen und auch sie noch um konstitutive Elemente reduziert. Einmal bleibt ausgeklammert, dass der Mensch in seinem körperlichen und seelischen Sein auch Bedürfnisse des *Lebens* zu bedienen hat. Zudem fehlt aus der *ethischen* Sicht die Forderung, die reine Willkür durch die Ausrichtung an autonomen moralischen Maßstäben zu begrenzen. Werden weitere Maßstäbe verwendet, wie sie Selbstbindung an Verträge oder die Einhaltung von sonstigen konsentierten Ordnungen, wie sie mit dem Ordnungswidrigkeitengesetz innerhalb des Strafrechts sanktioniert werden, so bleibt am Ende die Beliebigkeit der Willensbetätigungen selbst ohne

⁷⁵⁴ Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 31 f.; mit Bezugnahmen unter anderem auf Nagel, View, 1986, 118; Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3 ff., 10.

die Berücksichtigung der psychobiologischen Bedürfnisse des Menschen deutlich auf einen „vernünftigen“ Kreis zurückgeführt.

Mit dem reinen Freiheitsbegriff hänge ein weiteres Problem zusammen: Sei hingegen auch zu fordern, dass sich eine Handlung auf einen „Akteur“ zurückführen lassen muss, bedürfe es für ihn „personale[r] Merkmale wie Motive, Überzeugungen oder Wünsche“. Hat ein Handeln also auch irgendeinen Zweck, so ist es jedenfalls nachträglich auf eine Motivation zurückzuführen.

Pauen selbst will deshalb Freiheit auch nur personal definieren:

„Das Tun einer Person ist genau dann 'frei', wenn es von der Person unterlassen werden könnte, sofern es in einen Widerspruch zur Gesamtheit ihrer personalen Merkmale geriete“⁷⁵⁵.

Aus psychologischer Sicht geht es also um die Stabilität einer [...] Persönlichkeit. Außerdem erklärt er, Personen seien in Anlehnung an *Strawson* und *Dennett*⁷⁵⁶ „körperliche Wesen“, die einmal „direkt[en] präsen[n]te[n] Motive[n] wie Emotionen, Affekte[n] und körperliche[n] Bedürfnisse[n]“ aufweisen. Insofern stimmten sie mit höheren Tieren überein. Zudem verfügen Menschen (als Personen) über „abstrakte“ intentionale Zustände, also Überzeugungen oder Glaubenszustände“. Jene ließen sich auf Befragen von den Personen erklären und vermöchten das bewusste Handeln als Motive zu beeinflussen. Personen gewannen auf diese Weise die Fähigkeit zu „rationalem Wollen“ im Sinne von *Tugendhat*⁷⁵⁷ und mit *Habermas* zu „normgeleiteter Interaktion“. Auch könnten Personen die Folgen ihres Tuns abschätzen. Jeder einzelne verfüge über spezifische Ausprägungen dieser Merkmale. Biologische und nun doch auch ethische Elemente reicht er nach.

Pauen legt letztlich zwar ein gängiges Menschenbild zugrunde. Ohne ein solches ist die Frage nach der Willensfähigkeit auch nicht einmal zu denken. Allerdings ist der Begriff der Person (von „personare“, durch eine Maske

⁷⁵⁵ Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 38.

⁷⁵⁶ Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 36; Strawson, P., *Einzelding*, 1972, 130; Dennett, *Mechanism*, 1982, 150 ff..

⁷⁵⁷ Tugendhat, *Begriff*, 1992, 334 ff., 338, 345.

hindurch klingen) auch beschränkter und besser im Sinne sozialer Rollen und Anerkennung zu verwenden. Individuum wäre dann der passendere Begriff.

Pauen räumt zwar selbst und zu Recht ein, dass es erstens etwas schwierig ist, die Grenzlinie zwischen Person (Individuum) und Außenwelt richtig zu ziehen und zweitens die Verständigung über die Gesamtheit der personalen Merkmale schwer fallen wird⁷⁵⁸. Aber bereits mit dem Begriff der Person oder seiner Beschreibung des Menschen setzt er die recht eingeschränkte Freiheit als Axiom⁷⁵⁹. Er beschreibt im Übrigen mit deren Individualität eine Eigenheit der bloßen Unberechenbarkeit. Es fehlt der Hinweis auf ethische Maßstäbe und damit auch die Erörterung von deren autonomer oder heteronomer Herkunft.

5. Anthropologisch und somit vorrangig biologisch setzt der Strafrechtslehrer *Kargl* an, der viele Übereinstimmungen mit den Thesen des Deterministen *Danner* sieht⁷⁶⁰. Er teilt auf: Menschen seien *strukturell*, aber nicht in concreto fremdbestimmt. Er empfiehlt in Anlehnung an *Maturanas* Erkenntnisbiologie, postmodern von einem Zustands- oder *Strukturdeterminismus* lebender Systeme auszugehen.

Er trennt zwischen der Situation des Beobachters, der vorausblickt, und der desjenigen, der zurückschaut. Vorausblickend beschreibe ersterer die Situation so: "Wie ich handeln werde, hängt von mir ab. Es ist meine Entscheidung, die das Handeln hervorbringt". Allerdings bringe der Handelnde sich aufgrund seiner Erwartung unausweichlich in die Situation, in der er ihr entsprechend handeln muss. Rückblickend würde ihm dann auch klar, dass die getroffene Wahl von bestimmten „affektlogischen Präferenzen“ bestimmt sei. Deren Struktur sei vorgegeben.⁷⁶¹ Kurz: Diese Erwartungen hat die Natur dem Menschen vorgegeben.

⁷⁵⁸ Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 43.

⁷⁵⁹ Siehe auch Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff., 36, Erl. 34: „Abstrakt“ meine, dass es nicht um die Auslösung eines direkten Reizes ginge oder dessen Antizipation wie bei einem Hund, der durch Belohnung und Strafe motiviert werden könne. „Bei Personen können demgegenüber auch moralische Prinzipien, nur sprachlich formulierte Strafandrohungen oder rein theoretisch erschlossene Gefahren als Handlungsmotive wirksam werden.“

⁷⁶⁰ Kargl, Handlung, 1991, vgl. vorerst 6 ff., zur Nähe zu Danner, 195. Allerdings gibt Kargl Dreher, Willensfreiheit, 1987, 338, Recht. Danner habe eine simplifizierende Psychologie verwendet, die jedoch letztlich zu einer zutreffenden Hypothese führe (vgl. auch Kargl, Handlung, 198, Erl. 156).

⁷⁶¹ Kargl, Handlung, 1991, 97 f.

Zu überlegen ist demzufolge aber, ob ein Strafrecht, das die Willensfreiheit zugrunde legt, nicht vorrangig die Situation des *Handelnden* eben dadurch nachvollzieht, indem es sich in seine damalige Situation versetzt. Damals durfte er sich „frei“ wähnen.

Insgesamt vertritt auch *Kargl* keinen reinen Determinismus. Bekanntermaßen leben wir stets in der Gegenwart und blicken in die Vergangenheit, um mit den dort gewonnenen Erfahrungen die Zukunft zu meistern. Jedenfalls, so meint auch *Kargl*, seien menschliche Verhaltensweisen nicht vorhersehbar. So eröffnet auch er selbst die Tür zur Freiheit.⁷⁶² Er vertritt insgesamt einen *weichen Determinismus* und damit zugleich einen *weichen Indeterminismus*.

6. Mit dem Staatsrechtslehrer *Zippelius*⁷⁶³, der sich an dieser Stelle selbst nicht entscheidet, ist der Determinismus zudem in
den „naturgesetzlichen Determinismus“ und
den Motivationsdeterminismus
zu trennen.

Der naturgesetzliche Determinismus beruht auf dem Bild der gesamten Welt als einer großen *Maschine*. Frei könnte der Mensch allerdings dann insofern sein, als er aus dem Strom der Daten für ihn Wichtiges herausgreift und sich eigene Modelle von künftigen Verhaltensabläufen macht, so dass er auf sie bereits vorbeugend reagiert und dadurch auch agiert⁷⁶⁴. Dass allerdings solche „Erwartungen“ nur dem Menschen und nicht auch erkennbar höheren Tieren eigen sind, ist zu bezweifeln. Wirkliche Freiheit entsteht andererseits somit erst mit dem ethisch-religiösen Element des Menschseins.

Der Motivationsdeterminismus stellt auf die inneren Triebfedern für das Agieren ab: Gefühle und Vorstellungen können den Menschen, wie auch das Tier, letztlich leiten. Dass er natürliche Bedürfnisse befriedigen muss, ist unbezweifelbar, aber auch der Umstand, die Gemeinschaft mit anderen nicht

⁷⁶² Vgl. etwa *Kargls Glossar zum Begriff der Freiheit*, *Kargl, Handlung*, 1991, 581.

⁷⁶³ *Zippelius, Recht*, 1996, 368 ff., insoweit u. Hinw. auf Kant, r. Vernunft, 1781, AA: Nach seinem „empirischen Charakter“ besitzt der Mensch keine Willensfreiheit (557 f.), aber „nach dem intelligiblen Charakter ... würde dasselbe Subjekt dennoch von allem Einflusse der Sinnlichkeit und Bestimmung durch Erscheinungen freigesprochen werden müssen“ (568 f.).

⁷⁶⁴ Zur Synthese im Gehirn des Menschen: *Zippelius, Recht*, 1996, 371 u. Hinw. auf *Seitelberger, Grundlagen*, 1981, 35 ff., sowie *Seitelberger, Aspekte*, 1980, 687: Freiheit liegt in der „Kreation der zur Wahl stehenden Alternativen“.

zum eigenen Nachteil zerstören zu dürfen, kann ihn zu sozialem Verhalten veranlassen.

7. *Kritik und Fazit.* Es wird also heftige Kritik an der Metaphysik geübt und es werden zugleich *deterministische Alternativen* angeboten. Nur ist festzustellen, dass ihre Vertreter zumeist Ersatzlösungen anbieten, die eine *ähnliche Funktion* erfüllen wie der herkömmliche Schuldbegriff. Dessen Aufgabe, zwischen Tat und Täter eine Beziehung herzustellen, muss also gewährleistet bleiben.

An die Stelle des Subjektbegriffs im Sinne des Art. 1 I GG treten die *Person* und ihre Persönlichkeit, es sind lebende *Systeme* oder auch die *Akteure*, die motivierbar sind. Sie lassen sich überwiegend als aktive Personen im Sinne des Art. 2 I GG verstehen, die von anderen Akteuren als solche anerkannt werden.

Ob wir aber den Menschen als *autonomes Subjekt* begreifen oder ob wir uns wechselseitig die rollenhafte *Personalität* zuerkennen, ist nicht von überragender Bedeutung. Die Subjektidee bildet einen idealistischen (deutschen) Ansatz; der personale Gedanke beruht auf einer (eher angloamerikanischen) liberalen Haltung. Sie kann auch sozial-liberal und partizipativ ausgeformt sein (Mitglieder als Teilhaber an der Gemeinschaft). Aber die Idee von Freiheit ist jeder *liberalen* Perspektive eigen.

Hackordnungen, die eine Anerkennung auf Zeit beinhalten, beobachten wir in vielen subhumanen Tiergesellschaften (und Vorstufen dazu sind Teil jeglicher körperlichen Existenz in einer einigermaßen stabilen Umwelt). Normativ ansprechbar sind bekanntlich auch Haustiere.

Grundsätzlich gilt, wer dem Determinismus folgt und wer die Metaphysik leugnet, landet gewollt oder ungewollt stattdessen im Bereich der Soziobiologie, die wiederum eng mit der Systemtheorie verbunden ist. Der Mensch ist danach *allein* ein *Naturwesen*. Diese Welt regiert der vor allem angloamerikanische Utilitarismus, der sich auch im Darwinismus zeigt. Die Moral erscheint als Form der Sozialethik, als wandelbare Sitte oder Brauchtum. Der Einzelne spiegelt in seinem eigenen Wesen vorrangig, und zwar im konkreten Austausch mit seinen Nächsten, nur die Anderen. Er ist nur ein soziales Subsystem, sein Gewissen

saugt nur die jeweilige Sozialethik auf, die seine konkreten Nächsten ihm vermitteln. Statt Schuld fühlt er nur Scham.⁷⁶⁵

Derart naturalistisch kann man die Welt mit guten Gründen sehen. Aber wer sie *ausschließlich* derart begreift, erhebt diese Sicht schon einmal seinerseits zu seinem deontologischen *Dogma*. Die bloße Möglichkeit, dass wir Menschen uns eine Kultur der Freiheit und Moral des *Einzelnen* mitsamt der Menschenwürdeidee im Sinne des *Bundesverfassungsgerichts* zumindest aus guten evolutionären Gründen „einbilden“, auch fingieren können müssen, erweist sich als ein ethologisches Faktum. Wir können darauf immerhin die Demokratie und die Menschenrechte aller Menschen stützen. Diese immer noch naturalistisch begründbare Vorstellung von einer humanen Grundfähigkeit zu *kulturellen Illusionen*, sollte in einer an sich *offenen* empirischen Wissenschaft so lange als noch vertretbar offen gehalten bleiben.

II. Neurophilosophie - die Ausgangslage: Schuld-Illusion (*Libet-Experiment*), Ich-Leugnung

1. Was fehlt ist ein rein *passivisches und fatalistisches Modell*, nach dem alles *rein physikalisch* zu betrachten ist:

Es „wird“ und „vergeht“ alles, weil seit dem Urknall etwa, alles miteinander zusammenhängt. Alles ist Teil eines blinden *kybernetischen Netzwerks* samt einem Zufallsgenerator. Alle Gemeinschaften bilden nur blinde Schwärme, sodass auch das Erleiden von Strafe, wie das Fühlen ansonsten, nur auf elektrische Feuerwerke zurückzuführen sind.

Strafe ist danach weder sinnhaft noch nützlich, sondern reine Physik und notwendige Folge von deren Gesetzen.

Aber auch dann „sind“ alle physikalischen Einheiten und sie sind vor allem deshalb *existent*, weil sie *träge* sind und damit *Widerstand* gegen ihren Zerfall (auf Zeit) üben. Aus diesem physikalischen Wesen der Körper oder Massen

⁷⁶⁵ Ausführlicher zu Schuld- und Schamgesellschaften: Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018, 4. Kap. IV. („Psychoanalyse und Tötungsdelikte: Scham, Schuld, Vergeltung“, 132 ff.), Letztlich dürfen sich soziale Scham und individuelle Schuld im „Ich“ des Menschen zusammenfügen. Nur deren Gewichtung ist von der jeweiligen Kultur abhängig.

ergibt sich das Modellbild des Akteurs und in der nächsten Stufe dann, dass des Subjekts, dem wir Selbstbewusstsein, ein Selbst und auch Willensfreiheit jedenfalls als zuschreiben (können). Das Zuschreiben erlaubt dann eine kooperative und kommunikative- subsystemisch-kybernetische oder auch kulturell-soziale *Binnenwelt der kollektiven Trägheit* aufzubauen und zu erhalten.

2. Einen Weg zu einem rein physikalischen Modell weist die *Neurophilosophie* auf. Nur auch sie muss klären, ob sie denn ohne die Idee von der Person auskommen:

Hirnforscher und mit ihnen Neurophilosophen fragen sich derzeit vor allem, ob etwa mit dem Experiment von *Libet* nicht der Determinismus empirisch *nachgewiesen* ist.⁷⁶⁶ Danach wäre dann auch nicht einmal mehr eine Fiktion der Willensfreiheit möglich. Diese Erkenntnisse haben zu Recht auch die Strafrechtswissenschaft in Aufruhr versetzt.⁷⁶⁷

Denn es scheint nach dem bekannten *Libet*-Experiment, das frühzeitige elektrischen Aktivitäten ergäben, dass das Gehirn schon die Entscheidungen treffen, deutlich *bevor* sie dem Menschen bewusst sind. Das Gehirn datiere sein nachfolgendes Bewusstsein von seiner Entscheidung sogar zurück.

Danach stelle das Bewusstsein des Menschen, selbst zu handeln, nur eine biologisch hilfreiche *Täuschung* dar. Allerdings dauere es für die schnellen elektrischen Reize auch noch erstaunlich lange, bis der Körper das Geforderte ausführe, sodass dem Bewusstsein des Menschen möglicherweise dann, wie nachdrücklich herauszustellen ist, wenigstens noch eine Art von *Vetorecht*

⁷⁶⁶ Überarbeiteter Text aus: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 12. Kap. III.

⁷⁶⁷ Siehe etwa mit drei verschiedenen Ausrichtungen in Goltdammers Archiv: Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff. („Kausalität und Determination – Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?“); Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff. („Humanistischer Kompatibilismus“ - Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht“); Weißer, Konzept, GA 2013, 26 ff. („Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?“).

eingräumt sei.⁷⁶⁸ Weitere Experimente etwa von *Haynes* verfeinern dabei *Libets* Ergebnisse.⁷⁶⁹

Der Determinist und Psychologe *Prinz* erklärt deshalb:

*„Wir tun nicht, was wir wollen ..., sondern wir wollen, was wir tun.“*⁷⁷⁰

Das Schuldstrafrecht beruhe, wie der Psychologe *Markowitsch* meint, folglich auf einem *Volksglauben* und unsere angeblichen Erfahrungen seien allenfalls mit der Alltagspsychologie zu begründen.⁷⁷¹

Der Hirnforscher *Roth*⁷⁷² fordert konsequenterweise ein reines *Präventionsstrafrecht*, etwa im Sinne der heutigen deutschen Maßregeln der Besserung und Sicherung.

Der britische Psychologe *Hood* erklärt ähnlich in seinem Buch *„The Self Illusion. How the social Brain Creates Identity.“*⁷⁷³:

„Most of us believe that we possess a self - an internal individual who resides inside our bodies, making decisions, authoring actions and possessing free will. The feeling that a single, unified, enduring self inhabits the body - the 'me' inside me - is compelling and inescapable. This is how we interact as a social animal and judge each other's actions and deeds. But that sovereignty of the self is increasingly under threat from science as our understanding of the brain advances. Rather than a single entity, the self is really a constellation of mechanisms and experiences that create the illusion of the internal you.

We only emerge as a product of those around us as part of the different storylines we inhabit from the cot to the grave. It is an ever changing character, created by the brain to provide a coherent interface between the multitude of internal processes and the external world demands that require different selves.“

⁷⁶⁸ Libet, *Mind*, 2004/2007, 172; Chun/Brass/Heinze/Haynes, *determinants*, 2008, 543 ff. , 543 ff

⁷⁶⁹ Roskies, *Neuroscience*, 2010, 109 ff. , 109 ff. Siehe zur deutschen Diskussion vor allem: Singer, *Problem*, 2009, 233 ff. , 223 ff.

⁷⁷⁰ Prinz, *Freiheit*, 1996, 86 ff. , 98; zudem: Prinz, *Mensch*, 2003, 18 ff. (unter dem Titel *„Der Mensch ist nicht frei“*),

⁷⁷¹ So aus der Sicht der physiologischen Psychologie: Markowitsch/Siefer, *Tatort*, 2007, 218.

⁷⁷² Roth, *Gewaltstraftäter*, 2012, 89 ff., 102.

⁷⁷³ Hood, *Self*, 2012 , Text aus in seinem Verlagsabstrakt, zudem: 154 (“Why our choices are not our own”), 184 ff. (“How the tribe made me”).

Hood leugnet also sogar die Existenz des eigenen Ichs. Aus *Hoods* Sicht ist es die Gesellschaft, zunächst also der überschaubare Stamm (tribe), der offenbar analog zum Model der „kin-selection“ ein vorrangig soziales Ich erschafft.

Die angloamerikanische Philosoph Daniel C. *Dennett* betonte zudem schon in seiner Philosophie des menschlichen Bewusstseins von 1991, heute viel zitiert:

*„Unsere Geschichten sind gesponnen, aber die meiste Zeit sind nicht wir es, die sie spinnen – die Geschichten spinnen uns. Unser menschliches Bewusstsein, und unser narratives Selbst, ist ihr Produkt, nicht ihre Quelle.“*⁷⁷⁴

Thomas Metzinger erklärt in seiner viel diskutierten Schrift vom „Ego-Tunnel“ radikal, aus der Sicht der Naturwissenschaften sei letztlich *alles Physik*, und zwar alles, was ich sehe und auch mein Selbst. Es existiere alles in Wirklichkeit nicht. Mein Bewusstsein sei eine *Illusion*. Denn: *„Dass etwas auf der Ebene des bewussten Erlebens und auf eine ganz bestimmte Weise erscheint, ist kein Argument für irgendetwas.“*⁷⁷⁵

Die philosophische *Phänomenologie* begnügt sich überdies schon länger mit *Erscheinungen*, so dass sich eigentlich sogleich die grundsätzliche Frage stellt, was ist denn überhaupt das Etwas oder eben auch das „Sein“?

6. *Fazit*. Mit diesem Blick auf die Hirnforschung ist die Ausgangslage dargestellt, die zu einer heftigen Diskussion geführt hat:

III. Veto-Element und ambivalente Neurophilosophie (Roth/Pauen, Krüger)

1. *Besonderheit des Veto-Elements, als bewussten Korrigierens*. Aus der empirischen Perspektive ist auf *Hoppe/Elger* hinzuweisen. Sie betonen zum einen aus der gemischten „*psychophysiologischen Sicht*“ das *Veto-Element* bei *Libets* Untersuchungen, das in den Studien zumindest bei einigen Probanden sichtbar geworden sei.⁷⁷⁶ Das alte „Nachdenken“ bleibt also danach schon einmal im Spiel.

⁷⁷⁴ Dennett (Wuketits), Philosophie, 1991/1994, 538.

⁷⁷⁵ Metzinger, Ego-Tunnel, 2009, 192.

⁷⁷⁶ Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff., 277 ff. „*Empirische Studien zur Willensfreiheit*“, 278: „...eine psychophysiologische Entität“, ... „mentale und physiologische Ebenen“ sollten nicht gegeneinander ausgespielt werden. Hinzu komme der „*Libet Befund eines*

Aus philosophischer Sicht handelt es sich beim Veto-Element um den Raum für den Einsatz der Vernunft. Gemeint ist etwa die Freiheit im Sinne von *Locke*: Wir vermögen vor dem Handeln innezuhalten und die geplante Handlung mit der Moral und den Eigeninteressen abzugleichen.⁷⁷⁷ Das praktische (deutsche) Strafrecht kennt seit mehr als hundert Jahren die Rechtsfigur der „Rücktritts vom Versuch“, § 24 StGB, die zur Straflosigkeit desselben führt. Mit dieser, so eine von mehreren Begründungen, solle dem Täter eine „goldene Brücke“ gebaut werden.

2. *Neurophilosophische Deutung der Willensfreiheit durch Pauen und Roth*. Das rein naturwissenschaftliche Experiment und seine interdisziplinäre Deutung, die starke geisteswissenschaftliche Züge trägt, sind, wie auch der Blick in die Literatur zeigen wird schon einmal, zu trennen:

Fachwissenschaftlich in beide Richtungen, der Neurologie und der Philosophie, bestens abgesichert, nehmen *Pauen* und *Roth*⁷⁷⁸ den interdisziplinären Blickwinkel der „Neurophilosophie“ ein. Sie suchen auf diese Weise auch das Phänomen der Willensfreiheit in naturalistischer Weise zu erläutern. Aus ihrem Ansatz sind einige Aspekte herauszugreifen. So erklären sie schlüssig, gehe man nicht von der Existenz eines immateriellen Geistes aus, „*müssen unsere Wünsche und Überzeugungen durch neuronale Prozesse in unserem Gehirn realisiert werden*“. „*Selbstbestimmung basiert also auf bestimmten neuronalen Aktivitäten*“.

Aber dann gibt es für den Menschen zumindest das Modell der Selbstbestimmung und damit auch eine Art von eingebildetem Selbst, und zwar sogar als eine evolutionäre Entwicklung der *Natur*.

„*Veto*“ nach dem Einsetzen des Bereitschaftspotenzials bei einigen seiner (*Libets*) Probanden...“.

⁷⁷⁷ Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006, Buch 2, Kap. XXI, 40 ff.

⁷⁷⁸ Pauen/Roth, Freiheit, 2008, 168. Die Autoren gehen von einem Vier-Ebenen-Modell aus, in dem sie aber ebenfalls den Gehirnaufbau und die Persönlichkeitsstruktur des Menschen aufeinander beziehen (99 ff.): (1) Urhirn, als Lebens- und Überlebensbedürfnis, inklusive einer entsprechenden Affektstruktur, (2) die mittlere limbische Ebene, die die emotionale Konditionierung vollzieht, (3) die bewusste limbische Ebene, die für Erziehung und Sozialisierung im Nahbereich von Familie, Freunden und Schule zuständig sei, (4) die rational kommunikative Ebene. Alles ist aber miteinander hochkomplex vernetzt. Pauen und Roth fügen demgemäß auch an (169), das alles ergebe ein „*multizentrisches Netzwerk, das der Entscheidungen und Handlungssteuerungen*“, und zwar „entlang der drei Achsen“ (1) „bewusst-unbewusst“, (2) „rational-emotional“ und (3) „individuell-sozial“.

Weiter ist zu prüfen, wie sich denn etwa bekannte Biophilosophen wie *Pauen* und *Roth*⁷⁷⁹, die der Philosophie offen gegenüberstehen, zur Willensfreiheit äußern.

Sie bieten in einer Schrift, wie sie in deren Untertitel erklären, eine „*naturalistische Theorie der Willensfreiheit*“ an. Sie meinen, „*personales Verhalten*“ funktioniere nur im Kontext der eigenen „*emotionalen Erfahrungen*“. Diese Erfahrungen könnten allein als reflektierte nachvollziehbar und insofern dann auch „*handlungsleitend*“ sein.

Doch die kulturelle Bedeutung der Willensfreiheit zeigt sich unter anderem bei der für die Begründung der Strafe in Deutschland so essentiellen Schuldidee. Dazu führen die beiden Autoren aus,⁷⁸⁰ dass sich die Schuld eines Straftäters daraus ergebe, dass und wenn die Person im Stande gewesen sei, anders zu handeln (!), womit beide Verfasser zugleich den Kerninhalt der deutschen strafrechtlichen Schuldidee wiedergeben.⁷⁸¹

3. Philosophisch argumentieren sie dann, wenn sie sich zudem an Thesen von *Stephen Darwall* anlehnen und meinen, die Schuld sei auf die Wechselseitigkeit zwischen dem Du und dem Ich angelegt, „*wenn wir bezüglich des Verhaltens und der Absichten des Anderen Ansprüche erheben und anerkennen*“⁷⁸².

Damit gelangen die Verfasser immerhin zu einer Art von zumeist intersubjektiver Zuschreibung. Wer Ansprüche erhebt ist zumindest eine Art von Subjekt und bei wechselseitigen Ansprüchen verfügen beide Seiten über die Subjektfähigkeit, auch wenn es immer der andere ist, der Ansprüche erhebt, man aber auch selbst den Anderen gegen als Anderer auftritt und sich als ein solcher Anspruchssteller begreift. Art. 2 I GG greift diese Gedanken auf, soweit die eigene *Freiheit* über die Rechte der *Anderen* definiert wird, ebenso wie es schon *Fichte* getan hat.

⁷⁷⁹ Pauen/Roth, *Freiheit*, 2008, vgl. etwa 16 ff.

⁷⁸⁰ Pauen/Roth, *Freiheit*, 2008, 141 ff.

⁷⁸¹ So etwa Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff.; Darwall, *Second-Person*, 2006, 3.

⁷⁸² Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff., 79 (In ihrem Schlusswort bietet sie „Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre“ und „rekonstruiert das plausibelste Modell menschlicher Entscheidungsfindung“ und dazu „spricht sie sich für einen Verzicht auf einen Schuldvorwurf aus und dafür, dass der Tätern gemachte Vorwurf konsequent auf das Tatunrecht zugeschnitten werden müsse.“ (aus dem Abstrakt).

Pauen und *Roth* greifen also zumindest insofern auf die Idee der Freiheit zurück, als sie wechselseitig zuerkennen wollen. Man müsste nur anfügen, dass neben der Ich-Du-Beziehung offenbar doch auch ein „Wir-Bild“, etwa als „We, the people“ existiert, das beinhaltet, das „wir“ uns zumindest auf der politischen Ebene zur Idee der „Freiheit“ bekennen. In einem solchen Wir-Konsens erwächst die Freiheit dann zu einer, unsere Wir-Identität begründenden höchsten Leitidee, die wir zu einem festen und fundamentalen Glaubenssatz erhoben haben (müssen).

4. *Hirn als Subjekt?* Wenn *Hans-Peter Krüger* aus der Sicht der Hirnforschung schließlich danach fragt, ob das *Hirn etwa ein Subjekt* sei und er die Idee der Subjektivität lediglich als eine immer noch „*dominante kulturelle habtualierte Erwartung*“⁷⁸³ begreift, dann ist doch immerhin offenbar das Hirn als Schöpfergeist aufgetreten und hat beides, die Idee der Subjektivität und diese kulturelle Erwartung auf kreative Art hervorgebracht. Steckt aber hinter diesem Hirn eine biologische Evolution, so ist es also die Natur, die derartige Idee und eine solche Erwartung zumindest *genetisch* vorprogrammiert hat. Insofern erweist sich dann die Idee der Subjektivität des Menschen als eine nützliche Kreation der Natur.

Das Hirn entwickelte also -danach- zumindest die (*Hilfs-*) *Idee* der Subjektivität, die immer auch die Unterwerfung von Objekten impliziert, also damit auch die Abstraktion des Naturforschers von den Dingen ermöglicht. Und das Hirn des Menschen befand es auch für nötig, die kollektive Fiktivität von Kulturen auszuprägen, welcher Art auch immer. Kulturen müssen aus biologischer Sicht dann aber möglichst der Erhaltung der Gene oder bestimmter Populationen dienen oder deren Untergang in Kauf nehmen. Es handelt sich um dasselbe bereits uralte Hirnteil, das über die Augen auch die *bunten Farben* erschafft, in dem es sie, statt Schwarz-Weiß-Grau, wie bei der Nachtsicht, am Tage für bestimmte Frequenzen des Lichts bereithält. Gibt es also die Farben, die die Natur für die Blüten und Früchte auszuprägen scheint, wirklich oder nur in unseren Kopf und im Hirn derjenigen Lebewesen, die mit uns die Farben unterscheiden können? Eines aber ist für die Biologen offenkundig, diese Eigenschaften hat „die Natur“ für sich selbst entwickelt.

⁷⁸³ Siehe dazu den Sammelband mit dem Obertitel „Hirn als Subjekt?“, dazu etwa Krüger, *Hirn*, 2007, 61 ff.

Das Hirn ist -demzufolge- zwar kein Selbst-Subjekt, aber es ist offenbar doch ein *Organ*, das sich in (sub-) systemischer Weise selbst organisiert und damit zwangsläufig eine Art von Selbst, etwa im Sinne einer Identität, entwickelt. Der Mensch, den es steuert, erscheint anderen Menschen (und anderen Lebewesen) gegenüber als ein nicht völlig berechenbarer „Akteur“. Die Komplexität des Hirns ist zudem derart umfangreich, dass sich schon daraus ein erhebliches Maß an Autonomie ergibt. Denn das Hirn arbeitet trotz aller Unterzentren immer auch als eine Einheit. Mehr noch, es ist auf eine Art von „Transzendenz“, etwa als Ausformung der (natürlichen) Emergenz, ausgerichtet, indem es bereit ist, sich ständig zu verändern. Diese Art von Freiheit ist ihm also, wie im Übrigen abgestuft jedem sich selbst organisierenden Lebewesen, eigen.

5. Auch *Hood* verdrängt dabei ebenso, dass jeder Mensch, wie übrigens auch jedes Lebewesen individuell ist und über ein eigenes Gehirn verfügt, wie den Umstand, dass der Menschen, nicht genetisch fest an den Stamm gebunden ist. Mit den Zahlen und der Mathematik kann er überdies „selbst“ die Welt ein wenig aktiv erfassen und es sind immer auch Einzelne, wie *Newton* oder *Einstein*, die die Erkenntnis vorantreiben. Es gibt keine Gesellschaft ohne die Einzelnen.

Deshalb oder zumindest „im Zweifel“ ist das Dogmatische und Negative des Ich-Leugnens beiseite zu lassen. Die Psychologie verwendet von Haus aus eine Art von mechanistischem Modell der meist un- und unterbewussten Beweggründe und die Psychoanalyse setzt mit dem Kind-Eltern-Verhältnis sozial und fremdbestimmt an. Stattdessen ist das Positive und Offenkundige heranzuziehen. Wir re-konstruieren die reale Welt nun einmal in unseren Kopf und können ihn auch nicht verlassen. Aber jeder Mensch hat auch die Grundbegabung, aktiv und recht persönlich zu denken, mit *Descartes* „cogito ergo sum“.

6. *Fazit*. Aus der Fähigkeit zur (selbst-bewussten) *Reflexion* kann man zwar die menschliche Willensfreiheit ableiten. Damit begibt man sich auf den alten philosophischen Hauptweg der Moderne. Das *Denken*, also die Reflexion, verschafft dem Menschen seinen Status als (Ich-) Subjekt.

Aber aus der Sicht des Determinismus könnte man dem leicht entgegenhalten, dass, wenn immer auch andere Antriebskräfte mitwirken, der empirische Nachweis der Freiheit, zumal derjenige für diese konkrete Tat, eben doch nicht möglich sein kann. Die Idee der Freiheit bildet eine Art der „Deutung“ unserer Wahrnehmungen. Die dafür wohl zuständige vordere Gehirnhälfte gehört aber eben auch zum festen Angebot unseres Gehirns.

IV. Strafrechtliche Diskussion: deterministische Anerkennung (*Hörnle*); Unberechenbarkeit von komplexen Systemen, Gefahr des Naturtotalitarismus (*Fischer*); Unschlüssigkeit (*Hilgendorf*).

1. Was ist also umgekehrt aus der Sicht der Strafrechtswissenschaften von der Neurophilosophie zu halten? Ist sie nicht wenigstens kulturell akzeptiert und bildet insofern eine sozialreale Erscheinung?

Schiemann und *Hörnle* etwa stützen ihre Deutungen auf die Determinismusthese in Anlehnung an das *Libet*-Experiment. Sie bieten dafür aber immerhin *personalen Anerkennungslehren*; dasselbe gilt für den Philosophen *Pauen*, der mit dem Hirnforscher *Roth* zusammengearbeitet hat.

Obgleich selbst Determinist, lehnt *Herzberg* die Neurophilosophie, etwa von *Singer*, streng ab. Es gebe immer viele, auch weit vor der Tat liegende (deterministische) Gründe, die das Verhalten eines Menschen beeinflussten. Nur auf den *einen Tatimpuls* abzustellen, sei jedenfalls für das Strafrecht und die Idee der Willensfreiheit falsch.⁷⁸⁴

2. Mit *Thomas Fischer* ist auf das Problem der *Unberechenbarkeit und Komplexität* menschlichen Verhaltens hinzuweisen⁷⁸⁵, mit dem jeder Determinismus *faktisch* an Grenzen stößt.

„Die Kausalität... darzulegen ist eine Aufgabe von ähnlicher Komplexität wie die Gesamtdarstellung des globalen Wetters, sie würde (mindestens!) die Quantifizierung einer prinzipiell unendlichen Anzahl von Bedingungen mit einer

⁷⁸⁴ Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, 3, anders dagegen Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff., 774, die zustimmend auf den Determinismus von Singer verweist.

⁷⁸⁵ Fischer, StGB-Kommentar, 2017, Vor § 13, Rn 10, zudem Rn 8 ff., und zur Schuld: § 20, Rn 3.

unendlichen Anzahl von Wechselwirkungen erfordern; überdies müsste sie über perfekte Modelle für das dynamische Funktionieren chaotischer Systemen verfügen“.

Er rügt auch folgerichtig, dass es sich am Ende um eine „*letztlich totalitäre „Natur“-Vorstellung*“ handle, also eine absolute Letztbegründung.

Als Alternative verwendet auch *Thomas Fischer* einen sozialen Ansatz, mit dem er die Schuldidee ummantelt:

„Die Zuschreibung von Verantwortung im Begriff der Schuld ist eine Methode der Herstellung von Erwartungssicherheit, nicht ihrerseits ein Prozess der Natur-Erkenntnis...“.

Und er fügt etwas später an: „Sie beruht auf der *kommunikativen* Struktur jeder menschlichen Gesellschaft.“⁷⁸⁶ Er verwendet also andererseits systemische Begriffe wie Erwartungssicherheit.

Immerhin, mit anderen Worten, Schuld und Verantwortung sind Teil der Kultur *jeder* menschlichen Gesellschaft. Ob wir als Menschen wirklich nicht anders als in dieser Weise (Methode) in Gemeinschaften leben können, sollte offenbleiben, aber wir verfügen zumindest im Westen über eine *Kultur der Freiheit*.

3. *Hilgendorf* hat die neurophilosophischen Argumente durchleuchtet. Er rügt - zu Recht- die fehlende *Schlüssigkeit* der vor allem neurophilosophischen Konzepte und beschäftigt sich eingehend mit den Grundlagen und den Folgerungen von *Libet, Singer, Prinz, Roth* und *Markowitsch*.⁷⁸⁷

Sein Fazit lautet ganz im Sinne der bisherigen herrschenden Ansicht⁷⁸⁸: „, Dass es Willens- und Handlungsfreiheit...nicht gibt, ist nach allem durch die von den auch dies behauptenden Hirnforschern herangezogenen Experimente und Beobachtungen (bisher) nicht erwiesen“. Die anders lautende These, so ergibt sich daraus, ist also *unschlüssig*.

⁷⁸⁶ Fischer, StGB-Kommentar, 2017, Vor § 13, Rn 10.

⁷⁸⁷ Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. („Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz“), insbesondere 14 ff., 26 ff.

⁷⁸⁸ Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff., 80, 82

Hilgendorf bleibt dabei, es zeige sich im Gegenteil eine „von uns Allen alltägliche erfahrene, gewissermaßen notorische Lebenswirklichkeit“, die sich auch „als Schlussfolgerung aus ... Experimenten von Forschern wie Libet oder Herrmann“ ergebe.

Daher entstünde das „letztlich unauflösbare non liquet in der Beweislage“; aus diesem heraus „hat sich das Rechtssystem Deutschlands für die Annahmen von (Willens-) Freiheit entschieden“.

4-. *Eisele* schließlich verweist zudem auf *Libet* selbst. Jener habe schon in seiner Deutung seines Experimentes betont, die Annahme der Existenz des freien Willens erscheine „als eine genauso gute, wenn nicht bessere wissenschaftliche Option, wie die Leugnung durch die deterministische Theorie“.⁷⁸⁹

Dabei bleibt jedoch zu bedenken, dass zwischen dem Experiment und seiner Deutung zu trennen ist.

Sie kommt mit der weiterhin ganz herrschenden Ansicht zu Gesamtergebnis, dass „eine Modifikation des Schuldstrafrechts nicht notwendig“ sei.⁷⁹⁰

Diese nach allen *einleuchtende* Erkenntnis ändert jedoch nichts daran, dass schon das *gegenwärtige Schuldstrafrecht* zwar vielleicht nicht die Beweislast im engen Sinne für die Willensfreiheit trägt, aber doch *gute Gründe* dafür benötigt, weshalb es -bei diesem Meinungsstand zur Existenz der Willensfreiheit- dem Täter vorwerfen will, er habe doch anders handeln können, und -auf diese herkömmliche Weise- für alle Vernünftigen und Demokraten die *Schuldstrafe* begründet.

5. *Fazit*. Beim *Libet*-Experiment handelt es sich um elektrische, also physikalischen *Messungen*, sodass die *Physik* schon gleich mit absolut gesetzt ist. (In der Quantenphysik ist es sogar die gewählte Methode des Beobachters, die die Ergebnisse mitbestimmt.) Die *Psychologen* wollen Menschen vor allem von außen motivieren und die *Mediziner* wiederum sehen in ihrem *Fach* den

⁷⁸⁹ Eisele - Schönke/Schröder, 2014, Vorbem. 13 ff., Rn 110 a (mit weiteren Nachweisen und Argumenten); vgl. auch: Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff., 8 f.

⁷⁹⁰ Im Original fett hervorgehoben: Eisele - Schönke/Schröder, 2014, Vorbem. 13 ff., Rn 110 a.

Menschen *passivisch* als Patienten und bestenfalls als ein lebendes System, aber nicht vorrangig als geistvolles Wesen. Die *Neurophilosophen*, die von den Geistes- oder wenigstens von den Sozialwissenschaften her kommen, führt der Weg aber schon wieder zur Idee von der *Person*.

Der Gegenbeweis der Existenz der Willensfreiheit ist bislang aber auch nicht erbracht und kann mit kausalen Ansätzen ohnehin nicht erfolgen.

Die Grundfrage lautet, gibt es also den *offenen Dualismus* der zwei Welten und also neben der Physik und dem physikalischen Determinismus auch die Metaphysik des freien und kreativen menschlichen Geistes? Oder kann man den Streit offenhalten und sich ansonsten vielleicht auf ein vermittelndes Drittes einigen?

V. Vermittelnde Sicht: Reduktion der Komplexität und Selbstorganisation, Rössners Sozio-Naturalismus, Keils Grundfähigkeiten, symbolische Kulturphilosophie (Cassirer, Lenk), Methodik: Statt Dogmatismus ideeller Föderalismus

1. Die *Straftheorie* kann sich nicht anmaßen, abschließend die neurophilosophischen Thesen auflösen. Sie kann sich aber aktiv an der Diskussion *beteiligen*:

So geht es nicht nur um die Hirnforschung und der Deutung ihrer Ergebnisse, sondern um das Verhältnis der *Rechts* und seiner Wissenschaften, zu den gesamten *Naturwissenschaften*.

(1) Die Naturwissenschaften gehen im Sinne von *Metzinger* durchweg davon aus, dass die Natur sich im Sinne der Physik mit *kausalen Gesetzen* gleichsam vom Urknall her entwickelt. Die Kausalbedingungen mögen im Sinne der Chaos-Rand-Theorie⁷⁹¹ hoch komplex sein. Die Spezies Mensch mag deshalb und gerade zur *Reduktion der Komplexität* im Alltag die Idee eines *freien*

⁷⁹¹ Siehe zu dieser Brücke zwischen den Geistes- und den (mathematisch-physikalischen) Naturwissenschaften unter dem Titel „Willensfreiheit und deterministisches Chaos“ Sauter, Willensfreiheit, 2013, 138 f. (Er selbst bleibt offen in der Willensfreiheitsfrage, weil ihm die „Lücke“ zwischen dem Begriff des Bewusstseins und den noch unbestimmten neuronalen Vorgängen noch zu groß erscheint).

Geistes als *Urheber* entwickelt haben. Es handelt sich dann eben nur, aber immerhin um eine *menschliche Erfindung*. Die Fähigkeit dazu, die dann allerdings unsere *Genetik* vorgeformt hat, stellt vermutlich den Ausgleich dazu dar, dass der Mensch weit weniger durch genetische Vorprogramme bestimmt ist, als selbst seine nächsten Verwandten aus der Gruppe der Primaten. Willensfreiheit gibt es also nicht, aber die Spezies Mensch hat die Idee vom *freien Geist* (als externe Geisterwelt oder als eigenen Geist) mit seiner natürlichen Kreativität und Vorstellungskraft ausgeformt. Man kann es plakativ eine „Illusion“⁷⁹² nennen, auch wenn dieses Wort negativ eingefärbt ist.

(2) Die physikalische Art der Gerechtigkeit finden wir dann im Prinzip von *Druck und Gegendruck*. Der Wort „Repression“ greift dieses Bild zu Recht auf, auch wenn es negativ eingefärbt ist, weil es häufig mit totalitären Herrschaftsformen verbunden wird. Gemeint ist hier aber auch nicht mehr als die einfache Gerechtigkeit, in dem die Höhe der Energie der Repression bestimmt wird durch einen (fiktiven, weil hoch reduzierten) Einzelakt. Welche Richtung die Reaktion nimmt, ist in einem Zwei-Akteure-Modell einfach, es gilt das Verursacherprinzip. Aber die Rückwirkung ist in der hochkomplexen Wirklichkeit von gesamten Netzwerken noch nicht einmal offenkundig. Wie bei der ersten der angestoßenen Kugeln, die alle an einem Pendel hängen, kann die Energie auch erst einmal nach hinten weitergereicht werden.

Wir kennen diese Vereinfachung der Wechselseitigkeit auch als Grundregel der physikalischen Gleichungen und zudem in der mathematischen *Spieltheorie* als die „Tit for Tat“ Strategie des alten „do ut des“, das mit dem kooperativen Geben beginnt und auch die Evolution der Gesellschaften und aller komplexen Systeme miterklärt.

So betont etwa *Rössner* mit seinem kriminologischen Hintergrund zurecht das „Gesetz der Reziprozität sozialen Verhaltens“, geht auf die Spieltheorie ein, und folgert einsichtig

*„Im sanktionierenden System etablierten und stabilisierten sich... kooperative Verhaltensweisen.“*⁷⁹³

⁷⁹² So stellt auch der katholische Theologe Schockenhoff in einem Vortrag die Frage: „Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion? Hirnforschung und Ethik im Dialog“, Schockenhoff, Willensfreiheit, 2004

⁷⁹³ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 9

Alle Systeme versuchen sich auf diese Weise selbst zu stabilisieren. Zerfallen sie aber, so geschieht dies immer noch im Dienste eines höheren Systems. Der Mensch, so scheint es, kann seinen größeren Systemen, den Lebensgemeinschaften und deren Kulturen, im Interesse einer höheren Idee, wie die der mit Vernunft begabten Menschheit der Nächsten, auf die einfache blinde nachträgliche Reaktion verzichten oder sie zumindest abschwächen und so human wie möglich verändern. Auch die Naturalisten und alle sozialen Funktionalisten stoßen also ständig auf das, was die Ethiker als strenge Gerechtigkeit, als Wechselseitigkeit bezeichnen. Sie entweder sozial oder humanethisch abzufedern, ist nützlich und sinnvoll. Nützlich ist sie für das höhere System, das sonst zerfallen würde, und sinnvoll für eine höhere Idee, wie die Freiheit und Würdigkeit eines jeden Menschen. Motivatorisch betrachtet sind es Empathie und Sympathie, die uns dabei helfen, sie ergeben sich aus der Spiegelung des Nächsten und auch des Netzwerks der Nächsten in uns selbst, die uns befähigen, den und die Anderen zu respektieren und damit (auch) unser Selbst auszuformen.

(3) Hinzuweisen ist auch darauf, dass das Reden von der „Willensfreiheit als staatstragender *Fiktion*“ schon den Aspekt der möglichen Unwahrheit miteinschließt. Insofern handelt es sich bei ihr auf den zweiten Blick auch nicht einmal um eine *Selbsttäuschung*.

Vielmehr bildet die Idee von der Freiheit aus Sicht der *Vernunft*, etwa mit *Kant*, auch nur ein *unbegründbares Axiom*. Praktisch gesehen entspringt sie nur einer „Freiheitserfahrung“, die zugespitzt auch als bloßes Freiheitsgefühl gedeutet werden kann. Auch geht die wohl vorherrschende Philosophie ohnehin, jedenfalls mit *Kant*, bescheiden davon aus, dass es gänzlich verborgen ist, wie groß die „reine Wirkung der Freiheit“ und wie viel „der bloßen Natur“ zuzuschreiben ist.⁷⁹⁴

⁷⁹⁴ Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 373: „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden. Wie viel aber davon reine Wirkung der Freiheit, wie viel der bloßen Natur und dem unverschuldeten Fehler des Temperaments oder dessen glücklicher Beschaffenheit (*merito fortunae*) zuzuschreiben sei, kann niemand ergründen und daher auch nicht nach völliger Gerechtigkeit richten.“

Der Abstand zur deterministischen Lesart, dass die Freiheit also eine offenbar kulturell nützliche „Selbsttäuschung“, besser eine „Selbstkonstruktion“ des Menschen ist, ist damit schon einmal nicht groß. Im Übrigen ist das Wort von der Täuschung schon wieder der Ethik entnommen. Die Natur „täuscht“ nicht, sondern sie eröffnet, ganz im Sinne des Utilitarismus, verdeckte Vorteile, die aus der Sicht des *Libet*-Experiments sogar der Mensch selbst zum Zwecke seiner noch besseren Selbstorganisation aufgedeckt hat. Auch ist er sich zumindest seit *Kant* seiner Selbstorganisation bewusst. Seine Schöpferkraft bestätigen viele Religionen. Aus diesem Grunde machen sie den Menschen auch für verbotenes Tun haftbar und verlangen zum Ausgleich Opfer und Respekt.

Mit neuronalen Zentren, also vor allem dem Gehirn, schaffen die höher entwickelten Lebewesen sich gesamte „Innenwelten“. Diese ermöglichen es ihnen, eine Art von „Selbst“ zu *organisieren*.⁷⁹⁵ Dieses vernetzte Selbst können wir als unsere *individuelle Kultur* begreifen. Ihr entspricht dann die *kollektive Vernetzung* als Kultur einer menschlichen Gemeinschaft. Beides überwölbt und durchdringt dann aus der Sicht der Naturalisten, der hier versuchsweise weiter zu folgen ist, am Ende das systemische Prinzip der Vernetzung.

(4) Innerhalb einer dreifaltig gemischten, sowohl *naturalistischen*, als auch *sozialen* und auch *ethischen* Gedankenwelt kann man mit *Rössner* formulieren (und sogleich mit Klammerzusätze einordnen und verfremden):

„Bei der strafrechtliche Schuld geht es also um die Frage, in welchem Ausmaß einem Individuum vorzuwerfen ist, dass er sein Verhalten an seiner (*natürlichen*) hirnrorganischen Ausstattung und den *sozialen* Anforderungen der normativen Konstruktion der Gesellschaft (*frei und aus Vernunftgründen*) nicht ausgerichtet hat“.⁷⁹⁶

Grundlage für die Freiheit und Vernunft bildet dabei, auch bei *Rössner*, „dass das gesamte sozial-kommunikative Leben auf wechselseitiger Zurechnung von Autonomie beruht“.

⁷⁹⁵ Dazu auch: Singer, *brain*, 2009, 321 ff.; Roth, *Mensch*, 1993, 55 ff., 65 (Diese Kombination sei einmalig). Zudem: Roth, *Gehirn*, 1992, 277 ff. (Die geistigen Fähigkeiten des Menschen seien in sehr vielen räumlich weit über das Gehirn verstreuten Zentren angesiedelt. Es gebe kein „oberstes“ Denk-, Bewusstseins-, Wahrnehmungs- oder Ich-Zentrum.).

⁷⁹⁶ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 9

(5) Aus der klassischen antiken philosophischen und der gängigen straf- und auch verfassungsrechtlichen Sicht handelt es sich um eine *Reformulierung* alten Gedankengutes. Dass der Mensch auch viele seiner Eigenschaften wie das Gefühl mit den Tieren teilt, wissen wir seit *Aristoteles*. Es treiben ihn Beweggründe, also Motive. Aber er vermag sie zumindest in einem gewissen Bereich zu beherrschen. Er erweist sich also insofern als von der Herrschaft von den Instinkten (Trieben) befreit. Dasselbe gilt für seine Erziehung. Sie formt ihn, aber er kann sich den sozialen Anforderungen auch in erheblichem Umfang individuell entgegenstellen. In den Verfassungen, den geschriebenen und den ungeschriebenen, gibt es stets anerkannte oder usurpierende *Herrscher*, die im Willen frei sind oder als solche gelten. In der Demokratie gelten alle (Erwachsenen) als Mitherrscher; hier passt das dialektische Ideenpaar der wechselseitigen Anerkennung - verbunden mit der Drohung der Aberkennung.

Aber jeder von uns, so unser Leitbild, herrscht wie ein Fremder mit seinem Geist über seinen Körper, den er dennoch spürt. Er weiß mit demselben Geist dennoch, dass er mit ihm *eine seelische Einheit* bildet. Diese Einheit ist für ihn *existent*. Auch als Sklave begreift er sich *nicht* als eine von anderen zugerechnete *Körper-Geist-Einheit*. Selbst wenn er sich vorrangig als Teil einer *Gemeinschaft* sieht oder als Teil einer beseelten *Naturwelt* begreift, sieht er sich immer auch als eine Einheit, weil er in einem *Körper* lebt und er mit ihm empfindet. Die Körperlichkeit ist *für den Einzelnen existent* und nicht sozial zugerechnet.

Sie entstammt seinem *Selbstempfinden*. Ob aber das Selbstempfinden eine Fiktion darstellt, kann solange offenbleiben, wie wir physikalische *Körper* zumindest auch als eine Einheit verstehen und nicht nur als Hilfs-Fiktionen des menschlichen Geistes, wofür auch einiges spricht. Die Natur jedenfalls hat uns derart ausgestattet. Dass wir die reale Welt nur als *Schattenwelt* begreifen können, wissen wir seit *Platon* und seinem Höhlenbeispiel.⁷⁹⁷

2. Der philosophische Anthropologe *Keil*, der die Diskussion aus der Sicht der Philosophie ausführlich dokumentiert und deren Argumente gut ordnet, wählt eine Art von drittem Weg. Er erklärt unter anderem:

⁷⁹⁷ Platon, *Politeia* (Eigler), 1990, 514a – 517a.

*„Ich übernehme ... aus Traditionsgründen die Bezeichnung »Willensfreiheit«, an der mir nicht viel liegt, behalte mir aber vor, das Attribut »frei« auf anderes als den Willen oder den Willensbildungsprozess anzuwenden, beispielsweise auf die wollende Person, insofern sie bestimmte Fähigkeiten hat. Dürfte man noch einmal von vorn anfangen, so würde man sowohl den »Willen« als auch seine »Freiheit« auf sich beruhen lassen und stattdessen die einschlägigen Fähigkeiten möglichst genau zu beschreiben“.*⁷⁹⁸

Er erläutert dann. Das *„Ausführen oder Tun hat selbst keine kausale Binnenstruktur mehr. Alles, was ein Akteur dazu tut, dass seine Handlung geschieht, geht mit dem physiologischen oder behavioralen Ereignissubstrat seines Tuns schon einher, kann es also nicht verursachen.“*⁷⁹⁹ Ihm geht es ausdrücklich nicht mehr um das Tun eines Akteurs, sondern setzt auf eine *„nichtdeterministisch verstandenen Ereigniskausalität“.*⁸⁰⁰

Dieser Ansatz bereitet Mühe, wenn man gewohnt ist, von Handlungen auszugehen.

Keil sieht derart pragmatisch auch die begrenzten Grundfähigkeiten des vernünftigen Menschen: *„Dem besten aktuellen Urteil zuwiderzuhandeln ist irrational, weiter zu überlegen selbst bei guten Gründen ist es in der Regel nicht.“*⁸⁰¹ Im Weiterdenken (-können) liegt also vor allem die Freiheit des Menschen, so erklärt er:

*„Warum sollte der Umstand, dass mentale Prozesse physisch realisiert sind, dass also in meinem Gehirn etwas vorgeht, während ich etwas denke oder will, meine Freiheit gefährden?“*⁸⁰²

⁷⁹⁸ Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 30.

⁷⁹⁹ Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 54.

⁸⁰⁰ Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 53.

⁸⁰¹ Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 43.

⁸⁰² Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 61. Ausführlich: Keil, Willensfreiheit, 2017, Aus dem Inhalt: "5. Skizze eines fähigkeitsbasierten Libertarismus, 5.3 Freiheit als Fähigkeit, 5.5 Strafrechtliche Zurechnung und Schuld, 5.7 Ersturheberschaft, 6. Willensfreiheit und Hirnforschung, u. a. 6.3 Kommt der Wille zu spät?. 6.4 Fehlschlüsse, Missverständnisse, Begriffsverwirrungen, zudem: 7. Alltagsintuitionen, begriffliche Zusammenhänge und Beweislast 7.4 Wovon hängt ab, ob man weiterüberlegt? 7.5 Wer muss die Erklärungslücke schließen? 7.6 Wo bleibt im ereigniskausalen Libertarismus der Akteur?"

Letztlich handelt es sich dabei (doch) um eine Art des Kompatibilismus. Der Dualismus von Ideen und Natur (Sollen und Sein, Geist und Körper, Subjekt und Objekt etc.) schließen einander nicht aus, sondern sind „irgendwie“ miteinander, und zwar hier über die Ereignisse einerseits und das Weiterdenken andererseits, vereinbar.

Gebildet wird also eine Art von Vereinigungstheorie, die Empirie und Freiheit zu verbinden sucht. Auch gibt es Akteure. Es sind (zumindest) der einzelne Mensch, der *homo sapiens (sapiens)* und seine Gesellschaften, die die beiden Welten der gedachten Ideen und der realen Natur *in sich selbst* und *in ihrem Selbst, beziehungsweise ihrer sozialrealen Kultur* zusammenfügen (müssen), und zwar *nolens*, also passivisch, und *volens*, durch das Weiterdenken. Mehr noch, aus eben dieser *Dialektik*, also durch beides nicht voll gezwungen zu sein, weder durch die innere Vernunft, noch durch die äußere Natur, beziehen die Menschen ihre Art von Freiheitsbewusstsein.

3. *Kompatibilismus und Kulturalismus*. Dieser Streit um die Willensfreiheit ist nach der hier vertretenen Sichtweise zumindest entschärft. Denn auszugehen ist dabei vom Grundansatz des *Dualismus*, der überdies in eine Triade der *Drei-Welten* einmündet, der Welt des Geistes, der Welt der Natur und der *Mittelwelt*⁸⁰³ der sozialen, der kulturellen und prozessualen Verbindung von beidem. Dieser einfache Dreifaltigkeitsansatz lässt jeder *fachlichen* Sicht weitestgehend ihre Selbstständigkeit.

Die Drei-Welten-Lehre führt auch nicht einmal zu einem klaren methodischen und damit wissenschaftlichen *Kompatibilismus*⁸⁰⁴, also zur Idee der

⁸⁰³ Ausführlicher zur Idee von der Mittelwelt des Humanums, als die dritte soziale Alltags-, Lebens- und Kulturwelt des Menschen, gemeint auch als Brückenwelt für den alten Dualismus zwischen der Welt der *Ideen* und der Welt der *Natur*, siehe Montenbruck, *Mittelwelt, Zivilreligion IV*, 2014/2018, 8. Kap, („Idee eine raumzeitlichen humanen „Mittelwelt““, 209 ff.), 12. Kap. („Mittelwelt: Mitte und Vermittlung“, 295 ff.).

⁸⁰⁴ Kant akzeptiert sowohl Determinismus, als auch Indeterminismus: Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 312 und 367, zudem zur *Parallelität* der beiden Welten, 365: „*Die Wirkung kann also in Ansehung ihrer intelligibelen Ursache als frei und doch zugleich in Ansehung der Erscheinungen als Erfolg aus denselben nach der Nothwendigkeit der Natur angesehen werden*“. Dazu auch Spohn, Kern, 2012, 71 ff., 75, sowie 72 („*Ich gehe von der Grundtatsache aus, dass es einen normativen und einen empirischen Standpunkt gibt. Das ist trivial und unstrittig.*“ *Allerdings fügt der Philosoph Spohn sofort an: Man kann „selbst als empirischer Wissenschaftler den normativen Standpunkt nicht eliminieren oder auch nur eingrenzen.*“ *Jener „durchdringt alle menschlichen Angelegenheiten...“*), 132; “: Bieri, *Handwerk*, 2003, 80; Dennett, *Freedom*, 2003 “, 60.

Vereinbarkeit etwa von Sollen und Sein oder von Ideal und Natur.⁸⁰⁵ Der postmodern fragmentarische Ansatz lautet vielmehr nur, aber immerhin, dass der „gebildete Demokrat“, also der zivilreligiöse säkulare Mensch „in der Praxis“ und auch nur „irgendwie“ in und mit beiden Welten leben muss.⁸⁰⁶

Er ist gezwungen, sowohl mit den Widersprüchen zu leben, als auch mit den Parallelitäten. Dabei hilft ihm eine entsprechende pluralistische „Kultur“. Er wird sich zum Beispiel sagen, sein Leben sei ein Element des Seins und sein Grundrecht darauf dagegen gewiss ein Element des Sollens. Aber irgendwie erscheint ihm sein Recht auf Leben sachgerecht und natürlich, obwohl er weiß, dass auch Sklaverei und Tyrannei dem Menschen nicht fremd sind.

Nur reine Deterministen (oder reine Indeterministen, die dann die Welt vor allem als vergeistigt oder auch beseelt ansehen müssten) können sich diesem *Dreifaltigkeits-Pragmatismus*, der sich zudem ohnehin auch nur als ein Grundmodell für die Komplexität der Gesamtwelt versteht, ganz entziehen. Aber die reinen Naturalisten, wie etwa *Singer* oder *Prinz*, sind dann wiederum solchen naturwissenschaftlichen rationalen Erwägungen gegenüber recht offen, die ihre eigenen Voraussetzungen anerkennen. Die Idee der Willensfreiheit gehört also zu unserer *westlichen Kultur* der Aufklärung.

Sie entspringt der menschlichen Grundfähigkeit, überhaupt *soziale Gebilde* der Kooperation und der Arbeitsteilung zu erschaffen, und zwar vor allem über die *symbolische Sprache* und mit *symbolischen Riten im Sinne des großen Kulturphilosophen Cassirer*⁸⁰⁷, die übrigens jeder einzelne Mensch noch einmal für sich selbst und sein Nächstennetzwerk *individuell* ausformt. Der philosophische Anthropologe *Lenk* begreift den Menschen deshalb zu Recht als „animal symbolicum“.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ Zusammenfassend: Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff („Drei Grundpositionen: 1. Inkompatibilismus, 2. Kompatibilismus I (freiheitsbejahend). 3. Kompatibilismus II (freiheitsverneinend, aber verantwortlichkeitsbejahend).

⁸⁰⁶ Insofern also im Sinne der *Kohärenztheorie* in etwa wie Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 11 f.

⁸⁰⁷ Cassirer, Versuch, 1944/2007, 49 f. (Der Mensch: „Er lebt in einem symbolischen und nicht mehr bloß in einem natürlichen Universum. Statt mit den Dingen selbst umzugehen, unterhält sich der Mensch in gewissem Sinne dauernd mit sich selbst. Er lebt so sehr in sprachlichen Formen, in Kunstwerken, in mythischen Symbolen oder religiösen Riten, dass er nichts erfahren oder erblicken kann, außer durch Zwischenschaltung dieser künstlichen Medien“).

⁸⁰⁸ Lenk, Vielfachwesen, 2010, 21.

Die Ideen von Willensfreiheit und Anders-Handeln-Können mögen also - zumindest in dieser Form- nicht mit der physikalischen Wirklichkeit übereinstimmen, falls sie sich denn überhaupt kausalistisch ermitteln lassen. Aber schon die Ideen der *Selbstorganisation* und die Notwendigkeit für den Menschen, die *Komplexität* der Welt zu *reduzieren*, stützen den Schuldgedanken der Eigenverantwortung.

Denn ein analoges Modell, wie für die Kultur „des Menschen“ als Gattung, gilt auch für das Ich des Menschen. Aus soziobiologischer Sicht erarbeitet das Gehirn eine *Selbstkonstruktion* eines „Ichs“, die allerdings auch durch die Angebote und Reize der natürlichen und der sozialen Umwelt mitbestimmt wird.

Der Mensch kann zwar zunächst einmal die Wirklichkeit nur mithilfe seiner bekanntlich begrenzten Sinne wahrnehmen, beim Sehen; Hören, Riechen etc. Er konstruiert also seine Wirklichkeit im Kopf, die man auch als *Illusion* bezeichnen kann. Aus dieser *selbsterschaffene* Welt kann er auch nicht ausbrechen. Aus evolutionärer Sicht reicht sie aber zum *Überleben* aus, und es scheint auch eine Realität zu geben. Außerdem vermag gerade der Mensch sich die Naturgesetze zu erarbeiten, etwa dasjenige der Evolution, und sich grobe *Modelle von der Wirklichkeit* zu schaffen, die über die *Sinne hinausgehen*, und zwar mithilfe von Sprachen, zu denen auch die Kunstsprachen der Mathematik, angewandt etwa auf die Physik und die Chemie gehören.

Nach diesem Erkenntnismodell besteht also -vereinfacht- eine *Korrespondenz* oder Entsprechung von Erkenntnis und Wirklichkeit (sogenannte *Korrespondenztheorie der Wahrheit*).⁸⁰⁹ Was unser Gehirn uns anbietet, kann *nicht alles Täuschung sein*. Denn offenbar gibt es für die Hirnforscher eine *reale Welt draußen*, was man eigentlich dann auch bezweifeln könnte, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil wir uns aus ihrer *biologischen* Sicht auch selbst als Naturwesen begreifen müssen und wir damit zur Wirklichkeit (draußen) zählen. Der homo sapiens, der in der Natur überleben will, muss seine Sinne und damit auch sein *Gehirn* der *Umwelt*, der natürlichen wie der sozialen, angepasst haben.

⁸⁰⁹ Dazu aus der Sicht der Rechtstheorie: Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 79 f.; vgl. auch: Becker, Wahrheit, 1988, 105 f. mit der Tendenz zu einem „pragmatischen Bedeutungskonzept“; Kuhlmann, Letztbegründung, 1985, u.a. 361 ff.

Ähnlich setzt die philosophisch *lebensweltliche* Annäherung von Sollen und Sein in der Form der *Kohärenztheorie* (im Sinne von aneinanderhaftend) an. Die juristische Sicht trennt zwar scheinbar streng zwischen dem Sollen, der *Norm* und dem Sein, als dem zu bewertenden *Sachverhalt*. Aber sie passt dann doch auch die Sachverhalte wiederum den Normen und diese den Sachverhalten an. Der Gesetzgeber verknüpft beides fest miteinander und betrachtet seine Normen, die Sachverhalte regeln sollen, gern auch als „sach-gerecht“(!). Die intersubjektive *Konsenstheorie der Wahrheit* wiederum beschränkt sich, ebenfalls vereinfachend, auf den jeweils vorherrschenden Meinungsstand in der jeweiligen wissenschaftlichen Community.⁸¹⁰

Aber es ist dennoch auch immer das *einzelne* Gehirn des jeweiligen Menschen, das zusätzlich zum allgemeinen Menschsein einen *individuellen Filter*, auch von Lust und Laune, bildet. Der Einzelne trifft aufgrund seiner aktuellen Bedürfnisse, seiner besonderen Genetik, seiner höchstgelegenen Erfahrungen und deren höchstpersönlicher Verarbeitung, kurz aufgrund seiner *Identität* eine besondere Auswahl. Dazu hat er immer auch die Aufgabe zu bedienen, eine einigermaßen *stabile Identität* aufrechtzuerhalten, also die *Vielheit* der Beweggründe zu einer intern abwägenden *Einheit* zusammen zu binden.

4. *Methodik der Vernunft*: Meines Erachtens sollten wir am besten „*dialektisch*“ vorgehen⁸¹¹ und mithilfe der Extreme eine pragmatische Art von breitem *Mittelweg* suchen.

„*Die Extreme scheinen einander gegenüber zu stehen, weil die Mitte keinen Namen hat*“,

so lautet ein bekannter Satz des *Aristoteles*.⁸¹²

⁸¹⁰ Zum Überblick und als Beispiele für die Rezeption der Wahrheitstheorien im Strafrecht: Stübinger, Strafrecht, 2008, 391 ff., insbesondere 459 ff.

⁸¹¹ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1125b.

⁸¹² Hegel überhöht dieses Denken, das sich zu „These, Antithese und Synthese“ vereinfachen lässt, indem er -fortschrittsgläubig in Sinne seiner Zeit- die Synthese als das Neue für wichtig hält. So erklärt er wirkungsmächtig: Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 31, „Die höhere Dialektik des Begriffes ist die Bestimmung nicht bloß als Schranke und Gegenteil, sondern aus ihr den positiven Inhalt und Resultat hervorzubringen und aufzufassen, als wodurch sie allein Entwicklung und immanentes Fortschreiten ist“- Das Fortschreiten aber ist in Fragen der Straftheorie, wenn überhaupt, nur von minimaler Art und besteht im Kern in *kreativen Reformulieren* der alten und immer noch kräftigen Ideen. Was für die Naturwissenschaften

Die Mitte zwischen „Sinn und Zweck des Strafens“ oder zwischen dem Schuldausgleich und der Prävention zu finden, bildet die vornehmste Aufgabe einer *Vereinigungstheorie*, auch im Strafrecht. Wer aber für das Recht glaubt, eine einzelne Leitidee könnte ohne *Gegen- und Nebenideen* ein Rechtssystem begründen, der sollte sich mit den Folgen auseinandersetzen. Ein solche Forderung führt zum starren *Dogmatismus* mit den Gefahren der politischen Ideologie und des Totalitarismus. Sie würde die *Freiheit*, auch die des Denkens und Meinens, zerstören und den -auch *evolutionären*- Sinn und die Realität der *Vielfalt von menschlichen Kulturen* samt deren eigenen bunten Subkulturen generell verneinen.

Dialektik von Prävention und Repression, von Gefahrenabwehr und Schuldausgleich, von autonomer Gesellschaft und autonomen Einzelnen und überhaupt von Zweck und Sinn, mit welchem theoretischen Vorrang auch immer, *ergänzen sich gegenseitig*.

Dies geschieht in einer Art von *ideellem* und *soziallrealem Föderalismus*, und zwar dadurch, dass einzelne Leitideen jeweils in strafrechtlichen Subsystemen (Gesetz, Urteil, Vollzug) *vorherrschend*, aber auch sie wieder bunt untergliedert sind. So vertreten etwa auch *einzelne Amtsträger* auf jeder Ebene unterschiedliche Grundüberzeugungen und sie müssen diese in ihren kleinen *Subkulturen* der *Nächsten* entweder vereinheitlichen oder die Differenz *aushalten*.

Der *Konsens* über den Vorrang in *letzten* Fragen selbst ist von zivilisatorischer Art. Es gilt, was die *Verfassungen* einschließlich ihrer Traditionen, dem geistigen Erbe, geschrieben oder auch nicht, für jede politische Einheit vorgeben. Für Deutschland stehen dabei Art. 1 I GG und 20 I GG als die beiden Hauptelemente der „Verfassungsidentität“ auf einer Ebene (vgl. Art. 79 III GG) und sie verlangen zuvor, soweit es geht, nach „praktischer Konkordanz“.

In *Frieden und Wohlstand* dominiert die Idee des humanen Menschenwürde-Individualismus, in *Krieg und kollektiver Not* regiert der uniforme Gemeinwohl-

zutrifft, hat sich für die Rechtsidee und die Philosophie nicht ergeben. So ist das Gewicht auf die alte Idee der Dialektik selbst, das aristotelische Denken in „Extremen“, zu legen.

Kollektivismus. Die Ausnahmenregelung der *Sicherungsverwahrung* enthält jedoch Elemente des *Feindstrafrechts* (§§ 66 ff. StGB).

Zudem bilden -meines Erachtens- die *Strafurteile jenseits von 10 Jahren*, die von vorherein nicht zur Bewährung aussetzbar sind (§§ 57a, 57 StGB), also vor allem im Rahmen der sogenannten lebenslänglichen Strafen für Mordtaten, semireligiöse *menschliche Lebenszeitopfer* auf dem Altar der *dritten Oberidee*, der *vergeltenden Gerechtigkeit*. Dies gilt erkennbar für solche Mordtaten, bei denen das Gericht zusätzlich auf die „Schwere der Schuld“ erkennt, § 57 a StGB. Es wird die „Tat“ und nicht der Mensch bestraft, der sie begangen hat. Dies ist -auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*- eine vorkonstitutionelle „*althergebrachte*“ Strafe und bereits milder als die Todesstrafe.

In der Regel aber erkennen das Gericht auf tadelnden Schuldspruch und Geldstrafen als Denkwort und bei Freiheitsstrafen auf Sanktionen weit unter zehn Jahren Freiheitsentzug für vorsätzliche Delikte. Über einen solchen Lebenszeitraum kann ein *autonom gedachter* Mensch gerade noch frei verfügen.

5. *Fazit*. Den *Individualismus*, den *Kollektivismus* und die *systemische Gerechtigkeit* als solche finden wir in der gesamten soziobiologischen Welt, auch in jedem Biotop.

Diese drei Elemente stellen zudem *Ideen des Menschen* dar, die seine politischen Zivilisationen, soweit wir sie erkennen, seit jeher prägen. Sie jeweils *besonders kreativ* aus- und umformen und ständig pflegen zu können, kennzeichnet den Menschen, individuell und kollektiv. Diese Grundfähigkeit erweist sich nach allem im Inneren des -von starren Instinkten *teilbefreiten*- einzelnen homo sapiens als *genetisch* mit anlegt. Die genetische (kindlich-spielerische) Freiheit zur Willkür hegt er selbst mit einer Art von (elterlicher) autonomer *Selbstbindung* ein.

Der Streit kann deshalb nur darum gehen, ob oder inwieweit der Mensch tatsächlich oder nur vermeintlich *bewusst handelt*. Aber teilbefreit spielerisch *nachzudenken*, über sich, seine Gesellschaften und die Welt, und zwar auch über deren Gesetze, vermag er. Auch gibt er sich selbst, individuell und kollektiv, seine Regeln und Gesetze. Er bricht sie auch immer wieder und gibt sich deshalb

auch Normen dazu, wie er mit Normbrüchen umgehen soll und wie er sie vermeiden kann. Seine besondere *soziale Freiheit* besteht unter anderem in der Grundfähigkeit zum Bruch von „natürlich-vernünftigen“ Regeln, unterstützt von *egoistischen Motiven*, der Freiheit „von“ einerseits und andererseits in der Freiheit „zum“ vernünftig-moralischen *Verzicht* darauf, befördert durch seine empathischen Fähigkeiten,

Drittens verfügt der Mensch über die Freiheit zum *Konkretisieren* durch das intersubjektive Aushandeln von menschentypischen Normensystemen, vom Tauschvertrag bis zur Verfassung und den allgemeinen Menschenrechten, unterstützt durch die langfristigen Vorteile der friedlichen Kooperation und über die Gegenfreiheit zu Gewalt, List und Verweigerung, unterlegt von Neid, Wut und Stolz.

16. Kapitel (§ 16)

Schluss

I. Willensfreiheit und Autonomie: kulturelle Fiktion, human-genetische Reduktion und psychische Ausstattung genügen!

1. Rückblickend ergibt sich folgendes: Der altbekannte Haupteinwand gegen die These, die Strafe sei in der *Schuld* des Täters gegründet, lautet, jeder Schuldvorwurf setze voraus, dass der Mensch überhaupt zu einem *freien Willen* fähig sei.

Dieser Einwand ist zunächst einmal einzuordnen. So sind die drei weltlichen Grundformen der *Fremdbestimmung* des Menschen in Betracht zu ziehen, und mit der Rechtsidee der *Gerechtigkeit* zu verbinden

- die *physikalische* Fremdbestimmung (Druck und Gegendruck).
- die *biologischen* Vorgaben und ihre Ausprägungen („Tit for Tat“ als erfolgreiches Kooperationsprinzip) und
- die *soziale* Determiniertheit des Menschen (Gegen-Blickwinkel der Anderen und Zwang zur (zuteilenden Solidarität im Umgang).

Ein vierte bildet, je nach Sichtweise, eine göttliche und auch sonst *religiöse* Fremdbestimmung, samt der frommen Unterwerfung unter heilige ethische Gebote.

Doch diese drei Grundarten kennen wir; sie treten -schon nach dem allgemeinen heutigen Verständnis und auch mit *Aristoteles*⁸¹³ - in *Erscheinung*. Wir wissen um situative motivatorische Anreize und begreifen sie als *psychische Antriebe*⁸¹⁴. Eingebettet ist der einzelne Mensch zudem in die Mikro- und die Makrowelt der *physikalisch-chemischen* Gegebenheiten einerseits und andererseits in die *sozial-kommunikativen Welten* der geschichtlichen Epochen

⁸¹³ Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1097 b 30 - 1098 17.

⁸¹⁴ Deshalb könnte man auch mit Rethmann von drei Grundformen der Determination sprechen: Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff., 116.

und Traditionen⁸¹⁵, und auch in die Nähe-Gesellschaften seiner privaten Netzwerke.⁸¹⁶

Der Frage lautet also: Ist der Menschen, wie wir seit und mit *Aristoteles* glauben, *zusätzlich* ein mit Vernunft begabtes Wesen?

Die Vereinigungstheorie jedenfalls greift die drei Arten der Fremdbestimmung des Menschen schon einmal selbst auf:

Dass Strafe eine *notwendige* soziale Reaktion darstellt, steckt in der *Generalpräventiven*. Dass das Strafen auch der Abwehr von latenten *Gefahren* dient, gehört zur Individualprävention. Rechtsgüter wie Leben, Leib und Eigentum sind mit dem *körperlichen* Sein verbunden. Mit der Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit wirkt der Vollzug auf den Körper der Gefangenen ein. Die Vernunft aber, die ihm seine Autonomie zumindest vorspielt, umreißt die besondere humane Seite der *Geist-Seele* des Menschen.

2. Die Blickwinkel:

Philosophie. Schon die *Philosophie* vertritt vorherrschend die Ansicht, dass die Willensfreiheit nicht nachweisbar ist, zumindest nicht auf dem empirischen Wege und erst recht nicht mit deterministischen Methoden. Sollen und Sein gehören zwei Welten zu. Aber die Willensfreiheit erscheint uns, wie einzugrenzen ist, im Westen als eine Erfahrung. Anzufügen ist, dass auch die Idee des Tausches eine Art von freiem Akteur beinhaltet. Vor allem die Wahlfreiheit beinhaltet eine einfache Art von Freiheit. Auch die Gesellschaften, wie Clans oder Staaten, begreifen sich nach außen als frei.

Insofern ist also von der *Möglichkeit* der Willensfreiheit auszugehen. Eine Vernunftkultur, wie die deutsche, kann danach also diesen Weg wählen, ohne gegen ihre eigenen Grundlagen zu verstoßen.

Hirnforschung. Das alte Problem stellt sich neu bei der Frage, ob die Hirnforschung inzwischen nicht nachgewiesen hat, dass die Willensfreiheit eine *Illusion* ist, weil wir uns schon entschieden haben, bevor wir uns bewusst zu

⁸¹⁵ Dazu Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff. , 119.

⁸¹⁶ Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 10.

entscheiden meinen. Immerhin verfügen wir wohl über eine Art von Veto-Instanz. Auch ist zu überlegen, ob wir uns nicht selbst auch *normiert motivieren* können.

Zudem war an anderer Stelle schon zu zeigen, dass umgekehrt auch die *Natur* selbst viele Elemente der Autonomie in sich birgt. Jede Bewegung schreiben wir einem individuellen Akteur zu, sei es einem Einzelnen oder einem Kollektiv.

Illusion als Kultur. Aber es reicht zur Rechtfertigung unserer Kultur der Willensfreiheit schon aus, dass oder wenn es offenbar zum *Menschsein* gehört, sich mit den Illusionen *selbst zu begreifen* und *seine Gesellschaften* auf derartige *Kulturen* aufzubauen. Schon unsere Sprache, in der wir auch denken, zeigt und belegt, in welcher *symbolischen Weise* wir unsere Umwelt und uns selbst begreifen. Auch kann, aber muss er auch, in Anlehnung an *Cassirer* freischöpferisch tätig werden, um „sich selbst“ maßgeschneidert eine eigene Kulturwelt und Normenwelt zu schaffen:

*„Im ganzen genommen könnte man die Kultur als den Prozeß der fortschreitenden Selbstbefreiung des Menschen beschreiben. Sprache, Kunst, Religion und Wissenschaft bilden unterschiedliche Phasen in diesem Prozeß. In ihnen allen entdeckt und erweist der Mensch eine neue Kraft, die Kraft, sich eine eigene ‚ideale‘ Welt zu errichten.“*⁸¹⁷

So geht vermutlich jeder einzelne Mensch, und im Westen kulturell verstärkt, davon aus, dass seine körperlichen „Bewegungen“, die seinen sind und er sie *steuern* kann. Das Gewissen, Schuld- und Schamgefühl gehören ebenfalls zum Selbst- und Fremdempfinden. Selbst Naturreligionen kennen in der Regel deliktsähnliche *Verstöße* gegen ihre Tabus und das Strafen mit Schicksalsschlägen.

Humane Genetik. Es sind jedenfalls nicht die Gesellschaften allein, die Kulturen hervorbringen, sondern diese *Fähigkeit* ist im *genetischen* Mensch und auch im allgemeinen Naturprinzip der *Evolution* angelegt, die sich in der Evolution, der mit zunehmender Bevölkerung immer komplexer werdenden Kulturen spiegelt.

⁸¹⁷ Cassirer, Versuch, 1944/ 2007, 345.

Der Mensch ist mit *Gehlen* instinktarm⁸¹⁸. Er ist also durch genetisch verankerte Vorprogramme, lies: Naturnormen, weit weniger stark gebunden als seine Verwandten. Deshalb muss er sich eigene schaffen, individuell und kulturell.⁸¹⁹

An die eigenen kollektiven Regeln ist der Einzelnen nicht blind wie an genetische Programme gebunden, er kann sich auch von Binnennormen lösen und muss es auch können. Er tritt also zumindest insofern als (teil-) *befreit* (!) auf. Das Bewusstsein davon, das Gefühl der Willensfreiheit, mag eine nachfolgende Illusion des humanen Gehirns sein, aber diese Grundfähigkeit ist dann dem Menschen wiederum von *Natur aus* zu eigen.

Psyche und Emotionen. Auch verfügt der instinktarme Mensch über eine Psyche und über eine Vielfalt von Emotionen. So sprechen wir zum einen vom Gewissen, dem Überich oder dem Gerechtigkeits- und Schuldgefühl. Zum anderen verfügen wir offenbar über die emotionale Veranlagung, uns gegenüber den Nächsten empathisch und solidarisch zu zeigen. Beides, Gerechtigkeit und Humanität sind also auch unterbewusst in uns angelegt und beschränken den kurzfristigen Egoismus. So passt die *biologische Vernunft* der psychischen Evolution des Menschen also zu den Tugendlehren der Vernunft. Aber der Egoismus gespeist aus Wut und Stolz oder Neid und Gier, vermag sich deshalb, weil der Mensch *teilbefreit* von solchen sozialen Instinkten ist, gegenüber diesen beiden Motivationen durchzusetzen.

Deshalb hilft auch die *Vernunft des Nachdenkens* über das Gerechte und das Mitmenschliche, und zwar individuell und auch kollektiv, moralische Normen bewusst zu machen. Diese Vernunftgebote können wir dann kollektiv für bestimmte Verhaltensweisen verrechtlichen und deren ethischen Kerne, wie Du sollst nicht töten oder Du sollst nicht stehlen, wiederum zu Veto-Antrieben verinnerlichen. Aber der Mensch kann auch anders handeln. So wird der Täter, der Unrechtsbewusstsein hat, schon bei der Planung oder bei der Selbstrechtfertigung im Nachhinein, zu den Gegenmodellen der

⁸¹⁸ Der Mensch ist, was seine Instinkte anbetrifft, ein Mängelwesen (Gehlen, Mensch, 1950, 36). Siehe auch: Kant, Anfang, 1786, AA, VIII, 111 ("Der Instinct, diese Stimme Gottes, der alle Thiere gehorchen, mußte den Neuling anfänglich allein leiten....Allein die Vernunft fing bald an sich zu ein anderer Sinn als der, woran der Instinct gebunden war,... seine Kenntniß der Nahrungsmittel über die Schranken des Instincts zu erweitern.").

⁸¹⁹ Ähnlich Rössner HK-GS, 2017, Vor §§ 1 ff Rn 8 (unter Hinweis auf Gehlen: im Gegensatz zu instinktgeleiteten Tieren).

Neutralisationstechniken greifen, etwa: Das Opfer habe es verdient oder es sei ein Untermensch.

Cogito ergo sum. Ich denke also bin ich. Dieser Satz prägt das Selbstverständnis der westlichen *Vernunft-Kultur* der Aufklärung. Dass der Mensch jenseits von *konkreten* Handlungen *nachdenken* kann, und zwar auch über die Naturgesetze selbst und über die Rechtfertigung sowie Sinn und Zweck seiner eigenen Binnennormen, erscheint mir, und auch diese *Deutung* mag eine -hilfreiche-Illusion sein, derzeit jedenfalls mit guten Vernunftgründen auch von Seiten der Hirnforschung nicht bestreitbar zu sein. Sie selbst bildet eine Wissenschaft, die den Anschein des bewussten Forschens und auch von Selbstbewusstsein trägt.

Nachteile des Determinismus. Schließlich drängen sich teleologisch gewendet noch *zwei* kulturelle Gegengründe auf:

Der Mensch kann sich aus deterministischer Sicht -zumindest vorrangig- nicht aktiv, sondern passiv begreifen. Der Ich-Satz der Aufklärung „Ich denke, also bin ich“ gilt nicht mehr. Es denkt ein „systemisches Über-Es“ durch die Menschen hindurch. Sie stellen nicht etwa auch, sondern vor allem einen kleinen Teil eines großen Ganzen dar. Dabei muss auch offenbleiben, wie sich die rational denkenden einzelnen Natur- und die Sozialwissenschaftler selbst verstehen.

Ohne zumindest die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit gäbe es keine Grund-, Freiheits- und Menschenrechte und es gäbe keine Demokratie. Es herrschten keine freien Menschen über sich selbst, sondern die Gesetze der Physik, der Biologie oder der Soziologie - und ihre Vertreter und Deuter.

3. *These*: Damit liegt es nahe,

- erstens das große Problem der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit schon einmal *kulturell* zu lösen. Es besteht zumindest im Westen der Aufklärung eine *Tradition* der Freiheitsidee und auch gegenwärtig ein vorherrschender *Konsens* darüber, dass der Mensch im Sinne der Menschenrechte als frei zu verstehen „ist“ (und nicht nur als frei gilt).
- Zweitens: Die natürliche Fähigkeit dazu entstammt der *genetischen*, der *psychischen* und der *intellektuellen* Ausstattung des *einzelnen* Menschen. Er grundsätzlich fähig, sich und anderen Menschen für *autonom* zu halten

und ein entsprechendes *Selbstbewusstsein* zu entwickeln, und zwar ebenso wie er auch die Natur mit selbstbewussten Geistern und Dämonen beseelt deuten oder er an einen allmächtigen Gott glauben und sich als gottebenbildlich verstehen kann.

- Drittens: Der *evolutionäre* Nutzen besteht darin, sich passend dazu eine immer komplexere prometheische technische und soziale Binnenwelt *selbst* aufzubauen. Der Mensch kann diese Welt nur auf diese Weise mit dem Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ demokratisch und unter Beachtung der Menschenrechte *selbst*, als Individuum und als Kollektiv, zu regieren.
- Viertens: Dafür aber hat der Mensch zugleich die *Verantwortung* für *seine Schöpfungen*, lies hier: seine Taten zu übernehmen, und zwar nicht nur aus der Sicht der demokratischen Gemeinschaft, sondern auch aus der Eigensicht des autonom gedachten Einzelnen.

Vielleicht aber gibt es nicht nur dank der humanen Illusionsfähigkeit, sondern auch *tatsächlich* in jedem Menschen, der sich als *Akteur* begreift, ein *Selbstbewusstsein* und damit auch ein „Selbst“, das eng mit dem alten *Seelenbegriff* zusammenhängt. Es dient uns Menschen unter anderem zur *Rekonstruktion* der Welt, wenn wir sie als von uns *gesonderte* Um-Welt betrachten, eine, die wir auch als ein *Prometheus* nach unseren Wünschen formen (können). *Rational* betrachten und neutral analysieren können wir nur etwas, wenn wir uns als *Beobachter* fiktiv daneben stellen, wenn wir Subjekt und Objekt also trennen und uns auf diese Weise unsere *Freiheit* (selbst) verschaffen. Diese gesamtwestliche Freiheits- und Wissenskultur, unsere gesamten technischen Städte, die Demokratien und Rechtssysteme beruhen jedenfalls darauf.

4. *Folgerung: Individualethik und Gemeinwohldenken.* Begreift sich aber der Mensch als im Willen frei, so muss und wird er sich selbst seine Regeln geben. Er weiß sich als souveräner Herr über seine Handlungen, ist also autonom (als selbstgesetzgebend). Seine Normen gibt er sich als *Einzelwesen* und als Mitglied der *Gemeinschaft* selbst. Die beiden Oberwerte bilden deshalb die *ethische*, die *soziale* und die *reale* Selbsterhaltung von *Mensch* und *Gesellschaft*, aus der deutschen Sicht gespiegelt in §§ 211 ff. StGB und § 81 StGB.

Die Kernethik ist vor allem national als geschriebene oder auch ungeschriebene Verfassung verrechtlicht, und zwar hier beispielhaft gemeint:

- die Achtung und Anerkennung der Menschenwürde, der Schutzanspruch des allgemeinen autonomen Menschseins, einschließlich des Rechtsgutes Lebens (aus der deutschen Sicht: Art. 1 I GG) und als
- Bestand des demokratischen und sozialen Bundesstaates (Art. 20 I GG).
- Auch stellt das Sich-selbst-Regeln-geben selbst einen Wert dar, sei es als freie Entfaltung der Persönlichkeit, intersubjektiv mit anderen per Vertrag (Art. 2 I GG) oder als demokratischer Gesetzgeber per Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG).
- Die sonstigen strafrechtlichen Rechtsgüter lassen sich demgemäß auch grob aufteilen in Individualrechtsgüter und Gemeinschaftswerte. Diese Oberwerte wären aber für sich allein zu abstrakt und vage. Sie benötigen im Strafrecht der Paarung mit bestimmten Falltypen, die zu ihnen passen und die sie wiederum erklären. So formen auch erst die einzelnen Grundrechte das verrechtlichte Menschsein aus und erst das Staatsorganisationsrecht konkretisiert die Struktur des Bundesstaates.

5. *Fazit.* Nach allem spricht viel für ein Freiheits-Strafrecht.

Es entzieht dem Täter strafweise seine Freiheit, aber belässt ihm seine Existenz. Mit dem Freiheitsgedanken liegt diesem Strafrecht die Idee der Willensfreiheit zugrunde und es beruht zudem auf dem ethischen Prinzip der Eigenverantwortung. Die strafbaren Taten wiederum stellen Angriffe auf die beiden (personalen) Oberwerte Mensch und Gemeinschaft dar und schränken deren *freie Entfaltung* ein.

II. Schuldstrafe als nationale Ausprägung, eine relativ beste Vereinigungstheorie

1. *Nationale Ausprägung.* Diese allgemeinen und damit vage westliche Grundeinstellung formen wir auch national noch einmal aus. Das *Bundesverfassungsgericht* geht bereits ausdrücklich diesen Weg und erkennt auf diese Weise die Idee der Kultur als solche zugleich mit an.

In seiner Lissabon-Entscheidung, mit der es die Geltung des Schuldprinzips begründet, verweist es auf das Prinzip der *kulturellen Subsidiarität* des Lissabon Vertrages und nimmt dazu Art. 5 EU-Lissabon-Vertrag in Anspruch. Zudem erklärt es für seinen Aufgabenbereich autonom:

„Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 <296>).“

Es erläutert dann:

„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>).“⁸²⁰

Es genügt also für das deutsche Strafrecht, wenn wir unsere *deutsche Kultur* weiterhin und mit guten Gründen auf die Idee der Willensfreiheit stützen können.

Es reicht deshalb aus

- wenn entweder die *Möglichkeit* der Willensfreiheit *offen* gehalten bleibt, also, umgekehrt kein *eindeutiger Nachweis des Determinismus* gelingt,
- oder aber, wenn selbst dann noch zum biologischen Menschsein die Fähigkeit gehört, sich mit einer solchen Art von (Selbst-) *Illusion* unter anderem auch ein solche Art von *Binnenkultur* zu erschaffen.

2. *Vereinigungstheorie und Emotionen*. Allerdings bleibt auch die Einsicht, dass das Strafen *rational* bislang nicht hinreichend, und jedenfalls *nicht* mit einem *einzelnen* überzeugenden Begründungsstrang zu rechtfertigen ist.

Deshalb ist davon auszugehen, dass der Konsens, Strafen zu müssen, seine eigentliche Kraft aus seiner *emotionalen* Wurzel zieht. Emotionen aber haben sich im Laufe der *Evolution* insgesamt als *sinnvoll* und *nützlich* erwiesen. Hier zumindest setzt das Denken im Naturraum des Determinismus ein.

⁸²⁰ Siehe: Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 364; vgl. auch: BVerfG 45, 187 ff., 227.

Der Mensch weiß und erwartet bestimmte Formen von Aggression, die innerhalb einer Gemeinschaft geübt, die Gemeinschaft zu sprengen drohen. Als Reaktion entwickelt er also beim Anblick und auch bei der bildhaften Vorstellung von Straftaten ein *Vergeltungsbedürfnis*, das seinerseits ein präventives Drohpotenzial beinhaltet. Deshalb akzeptieren wir das Credo der kanalisierten Vergeltung und drohen den Tatgeneigten anderenfalls entweder mit Selbstjustiz oder damit, die Rechtsgemeinschaft verlassen zu müssen. Der deutsche Gesetzgeber benennt zum Beispiel den berechtigten Zorn über eine Provokation als den Kernfall des minderschweren Falles des Totschlags (§ 213 StGB).⁸²¹

Die Idee von der *positiven Generalprävention* greift die Emotionen immerhin auf, auch wenn sie sie durch den sozialen Filter der Rechtstreue der Allgemeinheit verfremdet.

Emotionen ist es eigen, dass der Mensch ihr Entstehen nur begrenzt steuern kann. Sie stehen somit dem Modell einer absoluten Willensfreiheit entgegen. Nach dem Modell der *relativen Willensfreiheit* wird dagegen nur die *Beherrschung von emotionalen Motiven* verlangt; aber für das Vergeltungsbedürfnis der Allgemeinheit ist offenbar nur eine *Kanalisation*, nicht aber der grundsätzliche Verzicht auf das Vergelten möglich.

3. *Beweislast*. Eine Fiktion, die *zu Gunsten des Menschen* ausschlägt, weil sie ihm Grund- und Menschenrechte verschafft, ist leicht hinzunehmen. Wirkt sie aber zu Lasten eines Menschen, was aber immer genau zu prüfen ist, so trägt derjenige, der sich darauf stützt, hier also die strafende Gemeinschaft, die Last des Beweises.

Insofern bietet es sich an, zwischen Schuld und gerechtem Ausgleich zu trennen.

- Die strenge Gerechtigkeitsidee *begründet* das Strafen.
- Die Schuldidee dient aber, sobald man auch das Verbot der an sich gerechten Todesstrafe mit einbezieht, allein der *Milderung*. Sie humanisiert auch den Vollzug der Freiheitstrafe.

⁸²¹ Ebenso: BGH GrSen 30, 105 ff. (Rechtsfolgenlösung zur Reduktion der lebenslangen Freiheitsstrafe beim Mord).

- Für Ausnahmefallgruppen existieren die *Maßregeln der Besserung und Sicherung*.
- Dem Gesellschaftsschutz dienen die *Gemeindelikte* bis hin zum Staatsschutz, der Strafrechtspflege insbesondere die Untersuchungshaft.
- Die Opferrechte werden ebenfalls mitberücksichtigt.

4. Außerdem ist auf die Alternativen zum humanen Schuldstrafrecht zu blicken:

Ohne die mildernde Schuld würde aus *ethischer Sicht* die *strenge Gerechtigkeit* in den Vordergrund rücken. Die Todesstrafe belegt, dass die Idee der *Gerechtigkeit* wichtiger ist als das Leben eines Menschen. Das Leben und ansonsten die Freiheit der Strafgefangenen werden der Idee der Gerechtigkeit geopfert. Gerechtigkeit ist auf dieser Ebene somit ein Gut der *Allgemeinheit*.

Das Allgemeine, die hohe Idee, würde ohne den humanen und individualisierenden Schuldaspekt das Menschsein überwölben und beherrschen. Es regiert der strenge *Gerechtigkeits-Idealismus*, den auch einige Religionen einfordern. Er verdrängt die anderen Gesichtspunkte der Vereinigungstheorie ins zweite Glied.

Der Determinismus und der Gedanke der Motivierbarkeit meiden die idealistische Ethik. Sie führen zum Vorrang des *naturwissenschaftlichen* Empirismus. Sie erzeugen vorrangig Varianten der *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, auch unter dem Denkmantel der Strafe. Hier haftet der Täter vor allem für diejenige Gefährlichkeit, die aus seiner Person und aus Anlass seiner Tat abzuleiten ist. Der Täter degeneriert, wie alles, was der Empirismus betrachtet, zum Objekt. Der Nutzen steht Vordergrund, und zwar auf den ersten Blick sowohl für den zu bessernden Einzelnen als auch für die auf diese Weise gesicherte Gesellschaft. Aber auf den zweiten Blick geht es um die künftige Sozialfähigkeit des Einzelnen in der Gesellschaft und auch den Nutzen für sie. Auch schon dieser utilitaristische Grundansatz dient also der *Allgemeinheit*.

Ist die Bedeutung des Einzelnen zweitrangig, weil sein freier Wille nicht nachzuweisen ist, gewinnt auch ansonsten die Sicht der Allgemeinheit an Bedeutung. Der Gesellschaftsschutz geht dem Schutz der einzelnen Menschen vor. Jeder Angriff auf ein einzelnes Mitglied bildet vorrangig einen Angriff auf das kollektive Staatswesen. Auch dieser Ansatz beruht im Übrigen auf einer

Unterstellung, und zwar nicht auf der eines *Menschenbilds*, sondern auf der eines *Gesellschaftsbilds*. Hier agieren dann der Staat und seine Vertreter als seien sie im Willen frei.

Die letzte Alternative besteht im Verzicht auf den strafenden Staat. Dann aber droht *Selbstjustiz*. Ohne das Gewaltmonopol *zerfällt der Staat* in kleine regionale oder lokale Schutz- und Wehrgruppen, gern auch mit lokal-religiösen *Gemeinden* als ethischem Hintergrund. Zwischen den clanähnlichen Gruppen und auch zwischen ihren Untergruppen würde dann entweder das mittelalterliche Fehdeunwesen mit Blutrache herrschen oder es würden bei externen Tötungen Sühne- und Bußverträge abgeschlossen werden. Intern regierte dann innerhalb der Sippen eine Art von Hausrecht, das früher jedenfalls vor allem die Krieger, die Priester und besitzenden Familienväter absicherte. Es gälte das Naturrecht der Freien und Starken.

Die Antwort auf die beiden Fragen, ob wir

- die Willensfreiheit des Menschen, die wir alltäglich zu erfahren glauben, nicht zumindest *unterstellen* sollten
- und ob wir uns alle dann auch aus deutscher Sicht mit der Idee von der unantastbaren Menschenwürde *beleihen* wollen,

wird mit Blick auf diese altbekannten Alternativen leichtfallen. Der gegenwärtige kulturelle Grundkonsens des heutigen deutschen Strafrechts ist also zu begrüßen.

- Der *Gerechtigkeits-Idealismus* ist mit dem *Menschenwürde-Humanismus* zu verbinden.
- Die Schuldstrafe als *Regelsanktion* und die Maßregeln als *Ausnahmen* bilden eine gute Paarung.
- Das deutsche Strafrecht beruht nach allem auf einer *zumindest relativ guten Begründung*. Die *Vereinigungstheorie* wiederum vermag in pragmatischer Weise die bekannten Schwächen jedes einzelnen Ansatzes einigermaßen, wenn auch nicht widerspruchsfrei, auszugleichen. Ihre Leitidee bildet das Schuldstrafrecht.

5. *Drei Strafbegründungen.* Das pragmatische Recht und damit auch das Strafrecht folgen aber nicht einer reinen Lehre. Die *ideale* Strafbegründung ist vielmehr gegeben, wenn die Strafe *dreifach* gerechtfertigt ist,

- aus den sozialen Gründen der Generalprävention,
- aus den empirisch-biologischen Gründen der individual-präventiven Gefahrenabwehr und auch
- aus den idealistisch-moralischen des gerechten, aber auch humanen Schuldausgleichs.

Legt man kulturell das *Schwergericht auf die Schuldstrafe*, weil man den Menschen als würdig erachtet und als ein geistig-sittliche Wesen, so balancieren die beiden präventiven Ausrichtungen gemeinsam in etwa deren Gewicht aus.

Alle 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. Zumindest ein symbolisches Ausgleichen und die Bekräftigung der Geltung des Rechts ist jedoch ebenso möglich wie die Ermittlung der Wahrheit. Daran kann der Täter mit der Erklärung seiner Unrechtseinsicht teilhaben, zur Wahrheitsfindung mit seinem Geständnis beitragen und dann auch die (verminderte) Strafe auf sich nehmen.

6. *Fazit.* Die Vereinigungstheorie bildet eine weit umfassende *dreifaltige Sicht* auf das Strafen. Die Summe der *guten Gründe* aller drei Sichtweisen überwiegt die Nachteile der Widersprüche zwischen ihnen und vermindert die Mängel der einzelnen Einzellehren, die in reiner Form kaum jemand vertritt.

Insofern erweist sich die Vereinigungstheorie zwar nicht als eine perfekte Theorie, weil sie nicht völlig widerspruchsfrei ausfällt. Aber sie bietet, in welcher Ausprägung auch immer, die *relativ beste* Art der *Strafbegründung*.

III. Persönliche Hauptthese: Ausgleich von unberechtigter Herrschaftserfahrung durch human abgemilderte Ohnmachtserfahrung, und etliche Sonderlehren

Meine eigenen Antworten auf die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens beinhalten, wie es dem Thema angemessen ist, ein gesamtes System von Erklärungen.

Eine recht vereinfachende Hauptthese, die die Grundlage bildet, sucht zunächst dessen Komplexität zu reduzieren. Der Aufgabe, dieser Vielfalt dennoch gerecht zu werden, dient dann das nachfolgende bunte Bündel von vielfältigen Unterthesen.

1. Grundlage:

Die Strafe entstammt der ganz allgemeinen Idee des systemischen Ausgleichens. Das Ausgleichen bildet die dynamische Seite der statischen Idee der Gleichheit. Es findet sich schon in der Physik als „Druck und Gegendruck“ oder auch in jeder physikalischen Gleichung, nach der die Veränderung auf der einen Seite eine Veränderung auf der anderen nach sich zieht.

Was hat denn der Täter mit der Tat gewonnen, lautet die maßgebliche Frage. Was hat ihn zur Tat motiviert, und zwar etwas, das allen Delikten ebenso (all-) gemein ist wie die Rechtsfolge der Freiheitsstrafe? Es ist sein *rücksichtloser Egoismus*. Ich darf und kann das. Der Täter bleibt von und mit der Tat solange eine *Ich-Übermacht-Erfahrung*, als die eigene willkürliche Herrschaft über Recht und Gesetz andauert, bis sie durch die Gegenerfahrung der *Ohnmacht* ausgeglichen wird.

Dem unberechtigten „Lustgewinn“ setzt die Ausgleichsstrafe aber nicht diametral den Schmerz entgegen, vielmehr *neutralisiert* die -insofern *zivile-* Strafe die Lust mit der Verordnung von „Unlust“. Den unberechtigten Aktivitätsgewinn kompensiert sie mit dem Freiheitsentzug als „Inaktivität“.

Das Strafen erweist sich danach auch nicht mehr als ein nachträglicher Straftat (post factum), sondern eine *über die Tat hinausgehende* Neutralisierung einer noch *andauernden* unberechtigten Herrschaftserfahrung des Täters. Diese Ausdehnung ist auch sachgerecht; denn unmittelbar bestraft werden Menschen *als Täter von Taten* und nicht deren Taten. Das Erlebnis, erfolgreich ein Täter gewesen zu sein, wirkt im Menschen unberechtigter Weise fort.

Die Lehre von der *Strafe als Ausgleich* ist zwar eng verwandt mit den herkömmlichen Vergeltungs- und Gerechtigkeitslehren im Sinne der *Wechselseitigkeit*. Aber sie unterscheidet sich dadurch von ihnen, dass sie nicht auf die Vergeltung eines Übels mit einem Gegenübel setzt, sondern dass sie dem Täter gerade den -emotionalen, und damit auch personalen- *Vorteil, Status* und die *Erfahrung* nimmt, den jener mit der Tat erlangt hat. In Anlehnung an *Hegel* geht um die *Restitution* durch die Aufhebung des Verbrechens. Allerdings ist nicht mehr vorrangig die soziale Sicht des Freiheitsstaates einzunehmen, sondern angemessen ist der Blickwinkel des einzelnen würdigen Täters und Mitmenschen, der aus der Tat seinen unberechtigten Freiheitsgewinn gezogen hat.

Vereinfacht nimmt und erfährt der Täter *Freiheit* auf unvernünftige, unberechtigte und rücksichtslose Weise. Die Strafe nimmt ihm möglichst exakt dieses Maß und diese Erfahrung an Freiheit, allerdings auf rücksichtsvolle humane Art.

Für die humane Art des Strafens sorgt das Schuldprinzip. Jedoch dient es *nicht* der Begründung der Strafe, sondern deren *Milderung*. Wir verzichten bei der Schuldstrafe auf den harten Ausgleich. Denn der Täter ist zwar einerseits als Mensch mit *Vernunft* ausgestattet, er zeigt sich aber andererseits auch als ein Wesen, das kurz gefasst „menschliche“ Schwächen aufweist. Insofern schadet es auch nicht, dass wir die Willensfreiheit des Menschen nur fingieren können. Sie wirkt sich vor diesem Hintergrund nur *zugunsten* des Täters aus.

Deshalb lautet die Kurzformel: *Die Schuldstrafe bewirkt den humanen Ausgleich von unvernünftig angemessener Herrschaftserfahrung durch eine entsprechende Ohnmachtserfahrung.*

Der Verurteilte empfindet die Strafe zwar in der Regel als ein Übel (etwa als Leid, Pein oder Rechtsnachteil). Aber dasselbe gilt auch für eine zivilrechtliche Zwangsvollstreckung, etwa wegen eines gewährten, aber nicht bedienten Kredites. Denn es handelt sich um einen *Gewaltakt*. Dennoch nimmt auch die zivilrechtliche Zwangsvollstreckung dem Betroffenen nur einen „materiellen Vermögensteil“ an seinem insofern illegalen Gesamtvermögen, der ihm nicht zusteht. *Gefühle können nicht abstrahieren*. Mit der Strafe wird dem Täter analog dazu ein illegal erlangter *immaterieller Vermögensteil*, vereinfacht ein illegaler Herrscherstatus genommen, indem ihm eine gleichwertige Ohnmacht verordnet wird.

2. Diese Grundthesen sind weiter auszuführen.

Aus der *allgemeinen Gerechtigkeitsidee*, die wiederum im deutschen Rechtsstaatprinzip mit verankert ist, Art. 20 III GG, ergibt sich die an sich *blinde Ausgleichspflicht* (Idee der *Gleichheit*). Das Krumme muss gerade gerichtet werden, so heißt es schon in der Antike.

Die Art und das Maß des Ausgleichs bestimmen die beiden Gedankenpole der *Freiheit* des Einzelnen und der *Solidarität* der Gesellschaft gemeinsam. Dazu gehört die Wertepaarung von Individualrechtsgütern und Gemeinschaftswerten ebenso wie auch die Polarität von Freiheit und Sicherheit. Das staatliche Strafrecht bietet dabei neben dem Zivil-, dem Sozial- und dem Polizeirecht, nur *einen* weiteren Weg des Ausgleichens und gilt zu Recht auch als *ultima ratio*. Dem staatlichen Strafrecht geht es vor allem um den Ausgleich der *personalen* Erfahrung von unberechtigter Eigen- und Übermacht mit personaler Ohnmachtserfahrung.

Rechtskulturellen Vorrang besitzt in Deutschland das *Menschenwürdekonzept* des Art. 1 I GG, das sich vorrangig auf die *Freiheit* im Sinne der *Autonomie* des einzelnen Menschen gründet, weil es den Menschen mit dem *Bundesverfassungsgericht* als ein „geistig-sittliches Wesen“ versteht. Strafweise auszugleichen sind deshalb vorrangig der -noch andauernde- unberechtigte *Autonomiegewinn* und auch die *Autonomieerfahrung*, die der Täter durch die Tat erlangt und

erlebt hat, und zwar durch *Autonomieverlust* und durch die *Gegenerfahrung* der Untätigkeit.

Der Täter führt sich als *Herr* über das (an sich zumeist auch eigene) Rechtsverständnis und über *fremde Rechtsgüter* auf. Dieser Sonderstatus und auch die Allmachterfahrung der Selbstermächtigung ist ihm -nur- mit der Strafe zu nehmen.

Deshalb erscheint es zum Beispiel auch folgerichtig, bei einem reuigen Geständnis des Täters, mit dem jener sich wieder (halb-) *autonom und vernünftig* dem Recht *unterwirft*, die Strafe zu mildern und dazu auch mit ihm faktisch eine Art von (halb-) freiwilligem *Bewährungs-* als *Sühnevertrag* abzuschließen. Mit seiner Unterwerfung unter das Recht verändert der Täter selbst die Fortdauer des inneren Übermachtstatus, den er sich mit der Tat angemäßt hat.

Als nur *zweitrangig* erweist sich danach die *Schadensseite*, also die Lehren von der Sozialschädlichkeit, von der Rechtsgutsverletzung, vom Rechtsbruch oder vom Rechtsgeltungsschaden.

Die Strafidée des Autonomieentzugs steckt auch in der Logik des Strafgesetzbuches. Vereinfacht soll die Freiheitsstrafe, die alle Delikte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (immer auch) androhen, erkennbar das jeweilige verschuldete Tatumrecht kompensieren. Im Urteil heißt es deshalb auch „wegen“ der Tat.

Dazu aber benötigen wir auch ein *tertium comparationis für alle Delikte*, das zudem auch die Freiheitsstrafe umfasst. Dies bietet der Freiheitsbegriff selbst. Den persönlichen Freiheitsgewinn durch die Tat soll die persönliche Freiheitsstrafe *neutralisieren*.

3. Das *Gesamtkonzept* reicht weiter und lässt sich mit folgenden bunten *einzelnen Thesen* strukturieren:

Formal existiert somit ein *einfacher Grundtatbestand* für das gesamte Strafrecht. Er lautet aus der Sicht der Rechtsfolge- lediglich: „*Berechtigter Freiheitsentzug wegen unberechtigten Freiheitsgewinns*“. Die einzelnen

Delikte und das Bestimmtheitsgebot dienen deshalb vor allem dem Schutz des Menschen vor dem Missbrauch einer solchen Grundnorm (Art. 103 II GG). Auch dem zivilen Deliktsrecht reicht eine einzelne Grundnorm (§ 823 BGB).

Die Art „Freiheit“, die das Strafrecht meint und die es entzieht, bildet zumal aus der Sicht des *Tatstrafrechts* der Entzug der *Handlungsfreiheit* (Art. 1 I GG), und zwar über die Mittel des Entzugs der Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 II GG), des Geldentzugs (Art. 14 I GG) und des öffentlichen Tadels (Art. 2 I GG).

Unsere Kultur des humanen Schuldstrafrecht geht von der Willensfreiheit im Sinne der Handlungsfreiheit aus. Danach aber liegt zumindest bei mittelfristigen Strafen mit dem *Unrechtsbewusstsein* zugleich auch eine *autonome Einwilligung in das Strafrisiko* vor. Insofern jedenfalls ist auch von einer Art der *Selbstbestrafung* zu sprechen, die zum Bild vom autonomen und sich selbst beherrschenden Menschen passt. Zwar ist zu bezweifeln, dass ein Mensch über einen *mittelfristigen* Zeitraum hinaus ernsthaft über sein Leben verfügen kann. Insoweit aber greift diese *vertragsähnliche* Art der Strafbegründung über das Autonomieprinzip. Sie reicht allein zwar nicht aus; denn es handelt sich nicht um eine echte Einwilligung. Aber sie ist bedient die *liberale* Seite der Demokratie und unterstützt die individuelle ethische Begründung von Strafe (vgl. auch § 1 StGB, Art 103 II GG).

Die Reichweite der Idee der Willensfreiheit ist für den Menschen ohnehin begrenzt. Deshalb ist auch beim Strafen die *Mitverantwortung von zwei äußeren Faktoren*, der *Natur* und der *Gesellschaft* mitberücksichtigen. Denn der Mensch ist eben nicht in vollem Umfange autonom, er erweist sich *auch* als ein Natur- und *auch* ein Gesellschaftswesen.

So zeigt sich auf den zweiten Blick das scheinbar so milde und humane deutsche Strafrecht deshalb als „mitmenschlich“, weil es die gesamte „Natur des Menschen“ mitbetrachtet und somit auch die *Mitverantwortung* der Außenwelt mitberücksichtigt. Die relativ milden deutschen Strafen erweisen sich demzufolge nicht einmal als „bloß

barmherzig“, sondern bei *umfassender* Abwägung sogar als *streng gerecht*.

Außerdem kann der Mensch nicht nur seine Unrechtstaten, sondern auch *zusätzlich* besondere *Gefahrenlagen verschulden* (Rückfallgefahr oder Erschütterung der Rechtstreue der Allgemeinheit). Er kann sie auch *selbst*, etwa durch eine reuige Schuldübernahme und „gute Führung“, wieder aufheben.

Agiert der Mensch einmal ganz oder teilweise als *reines* Natur- und Gesellschaftswesen, so hat er ausnahmsweise auch für *unverschuldete* Taten im Rahmen der *Maßregeln* der Besserung und Sicherung zu haften. Es handelt sich um eine Art von *Gefährdungshaftung*, die aber an eine Tat gebunden ist. Aber ohne gesondertes Maßregelrecht ist das Schuldstrafrecht als Regelfallrecht nicht aufrecht zu erhalten. Auch deshalb es ist besser, es im Strafrechtsverbund zu halten, als es dem sonstigen *Unterbringungsrecht* als Teil des Polizei- und Ordnungsrechts zuzuschreiben.

Die *Mehrheit von Taten* bildet keine Ausnahmen, sondern sie stellen den Regelfall dar. Eine Mehrheit von Taten führt zu Recht zu einer Gesamtstrafenbildung und bei Vorstrafen zu einer erhöhten Neustrafe. Dieser Regelfall belegt die Bedeutung der *Person* des Täters im angeblich so reinen Tatstrafrecht. Dessen *Personalität* ist allerdings für das Strafen vor allem anhand seiner *Taten* zu ermitteln.

Mit dem Rechtsbegriff der Person ist eine Mittelfigur zwischen dem alten Täterstrafrecht und einem vom Menschen gelösten Tatstrafrecht gefunden. Der Täter gilt uns darüber hinaus weiterhin, und auch wenn er sich im Strafvollzug wegen Mordes befindet, als ein per se *würdiger Mit-Mensch*.

Den Kernfall des Strafens bildet auch nach dem Strafgesetz die *Freiheitsstrafe*. Der hohe Umfang der Geldstrafen und der Strafaussetzung zur Bewährung belegen im Verein mit der bedingten Entlassung und der Vollzugslockerung die *Humanität* des deutschen Strafrechts.

Die hohe Selektivität der staatlichen Strafverfolgung im Bereich der mittelschweren (Eigentums- und Vermögens-) Kriminalität, ist deshalb auch erträglich. Denn das Strafrecht ist insoweit und zumindest aus der Sicht des Strafvollzuges nur auf *hartnäckige Wiederholungstäter* ausgerichtet. Sie werden in der Regel vom Strafverfolgungssystem dennoch erfasst. Ihre Karrieren der ständigen Selbstermächtigung begleitet dann das Strafrecht und sucht sie bei völlig uneinsichtigen Personen mit der Ohnmachtserfahrung im Strafvollzug zu beenden.

4. Vereinigungstheorie:

Den *Idealfall* des Strafens bildet eine *Gesamtlage*, in der erst einerseits alle *drei* Strafbegründungsstränge der Vereinigungstheorie, die Generalprävention, die Individualprävention und der Tatschuldausgleich, im Groben *dieselbe Strafrechtsfolge* begründen. Die Strafe verbindet sich auf diese Weise mit der dreifaltigen Vereinigungstheorie zu Sinn und Zweck des Strafens.

Aber „leiten“ kann man nur in eine Richtung. So können die drei Gründe und Beweggründe, die die Vereinigungstheorie zusammenbindet, uns *nicht gleichrangig* leiten. Insofern ist methodisch der *pragmatische Mittelweg* zu verfolgen, der auch die beiden großen Arten der Vereinigungstheorie kennzeichnet, die vorrangig *präventive* Lehre und die vorrangig *tatschuldvergeltende* Vereinigungstheorie. Einer der Aspekte muss zwar vorherrschen, also entweder die Schuldvergeltung oder die Prävention. Aber die anderen beiden (oder auch mehr) Straffideen gleichen die *dogmatische* Einseitigkeit und Schwäche der jeweils vorrangigen Straffidee -gemeinsam- aus.

Die Generalprävention agiert immerhin mit dem Strafen und auch mit dem Verzicht darauf souverän und *demokratisch*, selbstbewusst und zweckgerichtet. Die Individualprävention kümmert sich unter anderem um die *Effektivität* des Strafens und bezeugt, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe von zweischneidiger Art und im Bereich der kurzfristigen Freiheitsstrafe ineffektiv ist und die Sozialisierung des Täters in eine subkulturelle falsche Richtung lenkt.

Die Prävention, die General- wie die Individualprävention, und damit auch die präventive Vereinigungstheorie, will zwar eigentlich nur Gutes, allerdings am Ende nur für die *Gesellschaft*. Sie läuft somit Gefahr, den einzelnen würdigen Menschen „bloß“ zu einem Mittel zu degradieren, um das Gemeinwohl zu befördern.

Der Ausgleichsansatz entgeht diesem Problem, er vergilt nur das, was der Täter unrechtmäßig gewonnen hat und dient nachrangig zugleich der Schaffung und Erhaltung der allgemeinen Idee des Rechts. Auch kann ihm der mit der Geldstrafe verstärkte Tadel ausreichen, weil auch er mit einer angemessenen Ohnmachtserfahrung verbunden ist.

Vorrangig in diesem Sinne regiert -nach und mit der *Ausgleichslehre*- zwar die Idee der *Autonomie*, die zumindest eng mit der alten Vergeltungs- oder auch Gerechtigkeitslehre verbunden ist. Aber wir ordnen das Strafen zudem klug in drei *Subsysteme*. Es sind die bekannten *drei Stufen* der humanen Individualisierung, die auch der Idee der Gewaltenteilung in die drei Sub-Rechtukturen der Legislative, Judikative und Exekutive entsprechen: (a) abstraktes, deshalb eher generalpräventives *Strafgesetz*, (b) tatorientiertes, eher tatschuldvergeltendes *Strafurteil* und (c) konkreter empirischer und zugleich eher individualpräventiver *Strafvollzug* am Menschen.

Überwölbt und durchdrungen werden diese drei Stufen -viertens- von der insgesamt jeweils vorrangigen *Strafidee*. Sie ergibt sich meines Erachtens nach aus der Rechtsidee *des Ausgleichens*. Diese bildet unser *Kern-Motiv* für das Strafen.

5. Strafen und Verfassungsrecht

Das deutsche Strafrecht stammt aus einer gegenüber dem Grundgesetz *halbeigenständigen Tradition* der Strafideen, die vor allem die Strafrechtswissenschaft weiterhin selbst pflegt. Diese rechtskulturelle teilweise Selbständigkeit akzeptiert auch das *Bundesverfassungsgericht*.

Dennoch stellen Art. 1 I GG (Menschenwürde) und Art. 20 I, III (demokratischer und sozialer Bundes- und Rechtsstaat) nicht nur den Kern der „*Verfassungsidentität*“, Art. 79 III GG, dar. Beide Grundnormen hegen auch das ansonsten recht selbständige deutsche Strafrecht ein. Beide *begrenzen*, beziehungsweise *formen* das Strafen mit.

Die *Hauptbegründung* des Strafens erfolgt über die Vergeltungsidee (allerdings in der Form des Ausgleichens). Strafe wäre sonst keine Strafe. Gerechtigkeit bildet einen Gemeinschaftswert im Sinne des Art. 20 GG und eine moralische Handlungsmaxime für jeden einzelnen Menschen, Art. 1 GG. Die Gerechtigkeit gehört zur *Rechtsidee*, durch die die Demokratie ihre eigene souveräne rechtliche Gestaltungsfähigkeit begrenzt weiß - will sie denn aufgeklärt vernünftig sein. Ebenso bildet die Gerechtigkeit ein ethisches Grundelement für den deshalb auch autonom gedachten Menschen als „geistig-sittliches Wesen“.

Aber innerhalb seiner *großen*, nur, aber immerhin minimaletisch begrenzten *Gestaltungsfreiheit* kann und wird der vernünftige demokratische Gesetzgeber auch (a) seine *unmittelbaren Eigeninteressen* als Inhaber des Gewaltmonopols und bezüglich seiner Identität als Rechts- und Verfassungsstaat einbringen. Er wird (b) mittelbar auch die Interessen seiner demokratischen Bürger, und zwar ebenfalls als die eigenen, verfolgen (*generalpräventiv insbesondere als allgemeiner Rechtsgüterschutz und als konkreter Lebensschutz*). Außerdem wird er sich (c) der empirischen Forschung bedienen, um darin *effizient* zu sein (*individualpräventiv* und prozessual als *Effektivität der Strafrechtspflege*).

So stellt jede Anmaßung von Macht und Recht einen Angriff auf das Selbstverständnis des *Staates* dar. Aber es erweist sich nicht nur als human, sondern auch als *effizient*, vollstreckbare Freiheitstrafe nur für Schwerekriminalität und ansonsten nur für hartnäckige Wiederholungstäter vorzusehen. Ansonsten genügt ein durch Geldbußen verstärkter Tadel „im Namen des Volkes“.

Zudem ist mit dem *Bundesverfassungsgericht* von einer humanen Deckelung der Strafe durch die *Idee der Menschenwürde* auszugehen, die vor allem den *Vollzug* betrifft. Der deutsche Vollzug versucht immerhin

äußeren Zwang und innere Freiheit zu verbinden. Als menschenwürdig erweist sich der *Vollzug* deshalb und auch nur, wenn er mit Angeboten zu Lockerung und bedingter Entlassung arbeitet, die in der Regel die *Schuldeinsicht* voraussetzen und wenn über deren Annahme der Gefangene selbst und autonom entscheiden kann. Andernfalls muss er in vollem Umfang die Erfahrung erleiden, die seinem Autonomiegewinn entspricht. Aber auch im Vollzug gilt, dass die *Gesellschaft* und die *Natur* des Menschen bei den Taten eine Mitverantwortung tragen, die strafmildernd mit zu bedenken bleibt.

6. Ausgleich als Sinn und als Zweck des Strafens

Das Ausgleichen (von unberechtigter Machterfahrung mit entsprechender Ohnmachtserfahrung) umfasst den *Sinn*, also Selbstzweck der Idee der Wechselseitigkeit einer Strafe „wegen der Tat“. Das Ausgleichen „als solches“ erscheint als evident vernünftig. Es bildet zudem den Kern der Gerechtigkeit, die auch gern als Selbstzweck ins Feld geführt wird. Die Gerechtigkeit gilt uns schon lange als eine von zumindest drei Höchstideen, die wir als Block nicht mehr hinterfragen müssen (aber können). Denn sie steckt im Mittelteil der politischen Credos von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“.

Die Ausgleichlehre wandelt den alten negativen Ansatz des Strafens, der Vergeltung eines Übel mit einem anderen Übel, sachgerecht ins Positive. Denn auch der Täter will *nicht* in erster Linie Schaden bewirken, sondern er will *für sich* die Freiheit und die Macht des eigenen Tuns erfahren (weil ich es kann). Diese Übermacht-Erfahrung ist ihm mit der Ohnmacht-Erfahrung einer solchen Strafe zu nehmen, die möglichst fest mit der Tat verbunden ist.

Jeder Ausgleich „dient“ der (mittleren) Entspannung, etwa auch der Spannung zwischen *Freiheit* (von Bindung) und *Solidarität* (als Mitglied einer Gemeinschaft). Das Ausgleichen wirkt also auch als *Mittel* zu einem anderen Ziel. Der Zweck dieses wie jeden Ausgleichens zwischen aktiven Akteuren entspricht dabei dem Zweck des *Rechts* im Allgemeinen. Der Zweck ist also unter anderem darin zu sehen, dem friedlichen Selbsterhalt der am Ausgleich Beteiligten zu Diensten zu sein

und wilde Gewalt zu zivilisieren. Neben der normativen Idee der Wiederherstellung spielt dazu auch der Prozess *des Ausgleichens* eine maßgebliche Rolle.

Das Prozessdenken gehört zur Rechtssoziologie, der auch jeder *präventive* Ansatz zuneigt. Der Ausgleichsprozess erschafft und unterhält ein lebendiges System, das im Inneren *einerseits* auf die Marktdynamik der friedlichen Kooperation von einzelnen Subsystemen setzen und deshalb unfaire einseitig gewonnene Vorteile ausgleichen muss. Andererseits ist jedes soziobiologische System immer auch dem *Zwang* von Lebensnotwendigkeiten unterworfen. Die Natur und Gesellschaft begrenzen also die Freiheit von Akteuren.

Aber auch der soziobiologische Ansatz geht davon aus, dass jeder Akteur (ein einzelner Mensch oder ein Kollektiv) alle äußeren Einflüsse zunächst einmal als Beweggründe *in sich* aufnimmt und er „sich“ auch deshalb ständig „selbst“ organisieren muss. Mit der naturalistischen Idee der *Selbstorganisation* ist deshalb je nach Sichtweise auch entweder der Brückenschlag zur ethischen Autonomieidee erkennbar oder zumindest die Parallelität zur Idee von der *Autonomie* dargetan.

7. Ergänzung durch Humanität

Für sich allein erweist sich die als solche blinde *Ausgleichslehre*, wie auch schon die alte Gerechtigkeitstheorie der blinden Wechselseitigkeit, als kalt und *grausam*. Denn sie achten nicht auf das Menschsein. Deshalb gehört seit alters zum „Recht“ auch die zivile Billigkeit, die hoheitliche Gnade oder die göttliche Barmherzigkeit, heute die Mitmenschlichkeit oder Humanität oder auch Solidarität mit dem Täter, hinzu.

Derzeit sind nun „Recht und Gnade“ *verschmolzen* zu den allgemeinen Menschenrechten und sie finden sich auch in der deutschen Idee des Vorranges der *Menschenwürde* eines jeden Menschen.

Auch deshalb muss das gesamte Sanktionsrecht auf allen nunmehr vier Stufen wiederum derart *anpassungsfähig* ausgestaltet sein, dass es auf die *Persönlichkeit* des Täters und auf die Bedürfnisse der *Allgemeinheit*, auch

noch nach der Tat, im Gerichtsverfahren und bei der Vollstreckung, reagieren kann. Denn *unmittelbar* bestraft werden zumindest dann, wenn Strafvollzug verhängt ist, einzelne *Menschen*, also weder Taten, noch Gefahrenquellen oder Rechtsbrüche, noch normative Rechtspersonen als solche.

Im deutschen Strafrecht bildet vor allem das *Schuldprinzip* die Ausformung des strafmildernden Gedankens der Humanität. Historisch betrachtet ist das humane Strafen allerdings eng mit der empirischen Sicht der Individualprävention verbunden. Sie stellt dem schnell aufwallenden Gerechtigkeitsgefühl der Allgemeinheit die Frage nach der Effektivität von Strafe gegenüber.

8. Die *hauptsächlichen Vorzüge der ausgleichenden Vereinigungstheorie* stellen die folgenden dar:

- Die Ausgleichslehre vermeidet den Vorwurf, mit einer Rechtsgutsverletzung, also einem Übel, eine Rechtsgutsverletzung strafweise beantworten zu wollen, und somit die *Übel zu verdoppeln*.
- Das Strafen erweist sich als eine *über die Tat hinausgehende* Neutralisierung einer noch *andauernden* unberechtigten Herrschaftserfahrung des Täters.
- Die Sicht auf das Ausgleichen besitzt ebenso wie die üblichen Gerechtigkeitslehren den Vorzug, dass mit dem Abstellen auf den Autonomiegewinn des einzelnen Täters auch dessen *konkreter* Gewinn, und zwar über eine bestimmte Straftat, nachgewiesen sein muss.
- Der Autonomiegewinn durch den Täter ist von *höchstpersönlicher* Art.
- Er ist zudem *allen Arten* von Delikten gemein.
- Die Ausgleichslehre stellt ferner mit ihrem Grundansatz der ausgleichenden Gerechtigkeit zum einen, wie alle Gerechtigkeitstheorien den materiellen Kern der *Rechtsidee* und damit des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) in den Mittelpunkt.

- Mit der Tätersicht von dessen Autonomiegewinn bindet sich dieser Ansatz zum anderen auch an die Autonomieidee der Menschenwürde zurück (Art.1 I GG).
- Auf Weise bedient er also die beiden Hauptelemente der deutschen *Verfassungsidee* gleichzeitig (Art. 79 III GG).

9. Weitere Vorzüge:

- Als Gerechtigkeitslehre vom gerechten Recht deckt sie auch den Grundgedanken der *positiven Generalprävention* mit ab, mit der Strafe die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit zu gewährleisten.
- Sie bedient mit dem Aspekt der Tätersicht zugleich die Grundlage für den Gedanken der Strafe zur Resozialisierung des einzelnen Täters, einen Ansatz, der ebenfalls aus der Idee von Menschenwürde erwächst.
- Die *Humanisierung* der Strafen nimmt der an sich blinden Ausgleichslehre ihre Grausamkeit. Sie findet ihre Einschränkung im Rückgriff auf die unberechtigte Herrschaftserfahrung des einzelnen Täters und dem Gebot, auch bei „althergebrachten“ Strafen seinen Anspruch auf Achtung der Menschenwürde zu achten.
- Diese *rechtethische* Straftheorie benötigt aber, wie das gesamte Recht in seiner Komplexität, zusätzlich der *eigenständigen* Ideen aus dem Bereich der *sozial* ausgerichteten Generalprävention und der insbesondere *empirisch* ansetzenden Individualprävention. Nötig ist also die geballte Argumentationskraft aller drei Standsichtweisen.
- Denn methodisch bedarf es zwar immer *irgendeiner* Leitidee, wie des rechtethischen Ausgleichens, um zu „leiten“. Aber die Einseitigkeit eines jeden solchen dogmatischen Ansatzes erwächst nur dadurch zu einem *praktischen (lebensweltlichen oder alltagsgerechten und auch postmodern flexiblen)* Denkgebäude, wenn wenigstens zwei autonome Subsysteme (oder auch mehr) sie gemeinsam *ausbalancieren*. Denn die Dreifaltigkeit bildet die einfachste Form von Komplexität.

- Auch hier erweist sich also der systemische Ansatz des Ausgleichens als Teil der Selbstorganisation und damit auch der inneren Autonomie von Mensch und Gesellschaft als maßgebend.

10. *Schlussbemerkungen:*

Als nötig erweist es sich dennoch weiterhin, sich auf den ständigen Antrieb zur Rechtfertigung des Strafens einzulassen, den nagenden *Zweifel an Sinn und Zweck* des Strafens *nach* der Tat. Dies gilt auch für eine Begründung über die human ausgleichende Vereinigungstheorie, und auch dann noch, wenn sie immerhin darauf abstellt, eine bis zur Strafe noch *andauernde* Herrschaftserfahrung zu kompensieren. Denn wir, also die souveräne staatliche Gesellschaft, können auch jetzt schon in jedem Einzelfall „Gnade vor Recht“ ergehen lassen. Zivilisieren und rationalisieren wir also doch vielleicht nur den dunklen Trieb zur Selbstjustiz?

Ohnehin muss eine Kultur der Aufklärung, die zudem dem einzelnen Menschen *Bürgerrechte* und *Autonomie* zubilligt, den Tätern, den Bürgern und allen Mitmenschen auch mit *vernünftigen Gründen* erläutern können, weshalb und dann auch in welchem Maße für den Täter beides strafweise einzuschränken ist. Insofern besteht eine *Rechtfertigungspflicht*, die unmittelbar den demokratischen Rechtsstaat und seine Rechtswissenschaften trifft. Deren Antwort sollte lauten:

Die *Urbegründung* des Strafens, also unser Grundmotiv als für das Strafen mitverantwortliche Demokraten, entstammt der uralten und immer noch kraftvollen Rechtsidee des Ausgleichens.

Namensverzeichnis

- Achenbach, Grundlagen, 1974 116, 334
Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff.
150
Albrecht, Freiheit, 2011 437
Albrecht, Weg, 2010 298
Alexander/Staub, Verbrecher, 1929/1971,
203 ff. 285
Alexy, Grundrechte, 1985 74
Alexy, Theorie, 2012 414
Alexy, Verteidigung, 1993, 85 ff. 53
Allwart, Recht, 1987 130
Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969 254
Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972 249
Amelung, Rechtsgutverletzung, 1991, 269
ff. 174
Ancel, Sozialverteidigung 105
Anscombe, Causality, 1971 130, 449
Appel, Rechtsgüterschutz, ZStW 2016, 48
ff. 184
Appel, Verfassung, 1998 21, 101, 189
Aquino (Pieper), Matthäus, 1270/2011 346
Aquino, Summa theologica, 1273/1953 35,
379
Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik,
1911 222, 379, 382
Aristoteles, Nikomachische Ethik
(Dirlmeier), 1999 67, 346, 368, 380,
430, 443, 497, 501
Arzt, Ruf, 1976 243, 250, 288
Augustinus (Schmaus), De trinitate,
418/1935 444
Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337
ff. 306
Ball/Lilly, delinquency, 1971, 69 ff. 327
Bar, Probleme, 1864 307
Baratta, Integration, KrimJ 16 (1984), 132
ff. 262
Baratta, Resozialisierung, 1 ff. 255, 293
Baumann/Maetze/Mey, Rückfälligkeit,
Mschr Krim 66, 1984, 193 ff. 292
Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht
AT, 2016 39, 86, 97, 98, 136, 183, 189,
238, 242
Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff. 464
Beccaria, Verbrechen, 1766/ 1966 288
Becker, Wahrheit, 1988 496
Beling, Lehre, 1906 123, 124, 135
Beling, Vergeltungsidee, 1908 43, 46
Benda, Rechtsstaat, 1983, 477 ff. 54
Bentham, Grundsätze, 1786/1830 407
Bentham, Introduction, 1780/1948 223,
231
Berndt, Bewährungsaufgabe, 1994 83
Beulke, Strafprozessrecht, 2016 134
Bielefeldt, Gerechtigkeit, GA 1990, 108 ff.
320
Bieri, Handwerk, 2003 430, 494
Binding, Normen II, 1914 43, 216
Binding, Problem, 1915 46
Bindokat, Rückfallstrafe, ZStW 1959, 218
ff. 293
Blei, Strafrecht AT, 1983 127, 128, 347
Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609
ff. 125, 131
Bock, Ideen, ZStW 103 1991, 636 ff. 92
Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff. 447
Bockelmann, Studien, 1940 470
Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 75
(1963), 372 ff. 447
Bohnert, C., Strafrecht, 1992 43, 46
Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992
121
Bohnert, J., Feuerbach, 1982 61
Bollnow, Sittlichkeit, 1945 245
Börner, Legitimation, 2014 108
Bröckers, Verantwortung, 2015 211, 431,
466, 467
Bruns, Grundfragen, 1974 76
Bruns, Recht, 1985 76
Bruns, Reflexionen, 1988 149
Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974 118,
160, 268
Buri, Causalität, 1873 123
Buri, Kausalität, ZStW 1882, 232 ff. 43
Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff. 407,
448
Burkhardt, Überlegungen, ZfS 3 (1981),
155 ff. 448
Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976, 321
121

- Bydlinski, System, 1986, 21 ff. 340
- Calliess/ Müller-Dietz,
Strafvollzugsgesetz, 2008 81
- Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz,
2008 81
- Cassirer, Versuch, 1944/ 2007 503
- Cassirer, Versuch, 1944/2007 495
- Chaiken, Varieties, 1982 291
- Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff. 430
- Chun/Brass/Heinze/Haynes, determinants,
2008, 543 ff. 478
- Coing, Grundzüge, 1993 222, 328, 382
- Coser, Funktionen, 1979, 21 ff. 418
- Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff.
477
- Czeguhn, Strafgesetzbuch 2014, 227 ff. 60
- Danner, Willen, 1974 445
- Darwall, Second-Person, 2006 466, 481
- Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51
ff.. 374
- Demmerling, Scham, 2014, 115 ff. 464
- Dennett (Wuketits), Philosophie,
1991/1994/2009 479
- Dennett, Freedom, 2003 494
- Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff. 472
- Descartes (Buchenau), Prinzipien,
1641/1992 444
- Di Fabio, Recht, 1998 42, 373
- Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421 ff.
217
- Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987, 1041
ff. 151
- Dreher, Vereinheitlichung, ZStW 1953,
448 ff. 265
- Dreher, Willensfreiheit, 1987 428, 445,
446, 473
- Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986 53
- Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff. 90
- Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff. 294
- Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 64, 1981,
279 ff. 292
- Dünkel, Strafaussetzung, ZStW 1983,
1039 ff. 152
- Durkheim (König), Kriminalität,
1895/1968, 3 ff. 418
- Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung,
1893/1988 399, 418, 419
- Durkheim, Regeln, 1961 419
- Dux, Täter, 1988 469
- Ebbinghaus, Strafen, 1968 320, 394
- Ebert, Talion, 1991, 249 ff. 54
- Edmaier, Schuldverfälschung, 1975, 162 ff.
428
- Eisele - Schönke/Schröder, 2014 75, 78,
440, 486, 487
- Eisenberg, JGG, 2017 254
- Eisenberg, Kriminologie, 2005 152, 248,
286, 290, 294
- Ellscheid/Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff.
433
- Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff. 47
- Engert/Moos (Hrsg), Umgang, 2016 111
- Engisch, Idee, 1968 340
- Engisch, Willensfreiheit, 1965 433, 448
- Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015,
616 ff. 188
- Erber-Schropp, Schuld, 2016 61
- Erhard, Strafzumessung, 1992 292
- Eser/Eisele - Schönke/Schröder, 2014 231
- Exner, Sicherungsmittel, 1914 264
- Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011
461
- Feinberg, Function, 1965, 397 ff 210
- Feltes, Strafanspruch, 2007 31, 170, 218
- Feuerbach, Grundsätze, 1842 312
- Feuerbach, Lehrbuch, 1801 14, 62
- Feuerbach, Revision, 1799 61, 63, 253
- Feuerbach, Revisionen, JALZ-
Ergänzungsblätter, 1801, Sp. 255 f. 61,
253
- Feuerbach, Strafe, 1800 61
- Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff. 40,
410
- Figal, Unscheinbarkeit, 2015 174
- Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 1983, 220
ff. 470
- Fischer, StGB-Kommentar, 2017 15, 76,
117, 291, 485
- Flechtheim, Hegel, 1936/1975 394
- Frehsee, Schadenswiedergutmachung,
1987 107
- Freund, Strafrecht AT, 2008 104, 285
- Freund., Legitimationsfunktion, 1996, 43
ff. 285, 405
- Frisch, Marburger Programm, ZStW 1982,
565 ff. 65
- Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff. 65,
67, 230, 264, 265, 266, 267, 268
- Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff. 353, 354

- Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff. 67, 153
- Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff 334
- Frister, Schuldprinzip, 1988 121
- Frister, Strafrecht AT 2013 13, 20, 87, 104, 456
- Frister, Struktur, 1993 447
- Fritsche, Entschuldigen, 2003 327
- Frommel, Mauerschützenprozesse, 1993, 81 ff. 53
- Frommel, Präventionsmodelle, 1987 61
- Gallas, Stand, ZStW 1955, 1 ff. 115, 157
- Gärditz, Staat, 2015 20
- Garland, Culture, 2001 105
- Garland, Punishment, 1990 418
- Geerds, Einzelner, 1969 157
- Gehlen, Mensch, 1950 504
- Gehlen, Mensch, 1966 444
- Gehlen, Theorie, 1965 449
- Giehring, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff. 290
- Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff. 262
- Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff. 105
- Gosepath, Eigeninteresse, 1992 16
- Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff. 448
- Gössel, Wesen, 1988, 3 ff. 160, 161, 165, 338
- Gössel, Zurechnung, GA 2015, 18 ff 129
- Gramatica, Principi, 1961. 105
- Grasnick, Schuld, 1987 341, 427
- Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff. 158
- Greenwood/Abrahamse, Selective Incapacitation, 1982 291
- Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff. 444
- Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956 122, 428
- Grommes, Sühnebegriff, 2006 38, 322
- Gropp, Strafrecht AT, 2015 87
- Grotius, De Jure, 1631/1950 37, 158, 405, 406
- Gründel, Umgang, 423 ff. 338
- Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff. 375
- Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff. 458, 459
- Günther, L., Wiedervergeltung, 1966 36
- Günther/Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff. 128
- Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993 254
- Habermas, Diskursethik, 1983, 414
- Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984 206
- Habermas, Wahrheitstheorien, 1973, 127 ff. 414
- Haeffner, Anthropologie, 2000 429, 431
- Hamel, Strafen, 2009 210
- Hammacher, Verhalten, 2011 400
- Hart, Concept, 1961 53
- Hartmann, Ethik, 1925 230, 448
- Hartmann, Möglichkeit, 1966 160
- Hassemer AK-StGB, 1989 196, 252, 418, 419
- Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff.. 340
- Hassemer, Einführung, 1990 105
- Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff. 290
- Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff. 254
- Hassemer, Strafe, 2009 228
- Hassemer, Theorie, 1973 243
- Hassemer/Neumann NK StGB, 2017 16, 22, 33, 86, 107, 156, 217, 319
- Hattenhauer, Buße, 1983 34
- Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004 34
- Hauptmann, Strafrecht, Rth 1984, 153 ff. 433
- Hegel, Enzyklopädie, 1817 412, 413
- Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 54, 55, 56, 58, 62, 253, 305, 312, 320, 321, 347, 350, 367, 413, 497
- Hegel, Phänomenologie (Glockner), 1807/1964 410
- Heinrich, Strafrecht AT, 2016 86
- Henke, Recht, 1988 428
- Henkel, Rechtsphilosophie, 1977 119
- Henkel, Strafe, 1969 82, 158
- Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff. 292
- Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff. 63, 399
- Hermann/Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff. 292
- Herzberg, Schuld begriff, GA 2015, 250 ff. 112
- Herzberg, Willensunfreiheit, 2010 465, 485

- Herzog, F., Prävention, 1987 92
- Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015 86
- Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. 486
- Hippel, Strafrecht, 1925-1930 61
- Hirsch, A. v., Past, 1986 291
- Hirsch, A. v., Strafrechtstheorie, 2005, 257 ff. 106
- Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff. 151
- His, Strafrecht, 1920/1964 34
- Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959 406
- Hobbes (Mayer), Leviathan, 1681/1986 405, 406
- Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992 406
- Hobbes, lat. Leviathan, 1688 64
- Hobbes, Leviathan, 1651/1955 406
- Höffe, Gerechtigkeit, 1987 222, 382
- Höffe, Grundlegung, 1989 52
- Höffe, Kant, 1982, 335 ff. 320
- Höffe, Lexikon, 2008 431
- Höffe, Rechtsprinzipien, 1990 49, 52, 223, 338, 345
- Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff. 29
- Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992 76, 405, 406
- Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015 86
- Holzhauer, Willensfreiheit, 1970 43
- Hommel, Beccaria, 1966 288
- Honneth, Aristoteles, 2000/2005, 171 ff. 410
- Hood, Self, 2012 478
- Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff. 480
- Hörnle, Kriminalstrafe, 2013 466, 467, 481, 482
- Hörnle, Straftheorien, 2011 74, 201, 210, 211, 212, 313, 316, 374, 375
- Hörnle, Straftheorien, 2017 13, 97
- Hörnle, Verhalten, 2005 208
- Hörnle/Hirsch, Generalprävention, GA 1995, 261 ff. 97
- Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff. 88, 263
- Hruschka, Kant, 1993, 129 ff. 51
- Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff. 51
- Hruschka, Strukturen, 1976 127
- Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff. 405, 407
- Hupperschwiller, Gewissen, 1970 119
- Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff. 430
- Jäger SK-StGB, 2017 75, 180, 300
- Jäger, Kriminalpolitik, 229 ff. 279
- Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff. 477, 486
- Jakl, Recht, 2009 376
- Jakobs, Bemerkungen, 2014, 280 ff. 285
- Jakobs, Bürgerstrafrecht, HRRS 2004, 88 ff 104
- Jakobs, Handlungsbegriff, 1992 130, 205
- Jakobs, Norm, 1997 103, 104, 179, 271, 273, 403, 455, 457
- Jakobs, Schuld, 1976 178, 272, 337, 457
- Jakobs, Schuldprinzip, 1993 92, 271
- Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff. 179, 271, 272, 295
- Jakobs, Strafe, 2004 37, 47
- Jakobs, Strafrecht AT, 1991 97, 98, 99, 100, 129, 138, 148, 266, 272, 328, 331, 470
- Jakobs, Strafrecht, ZStW 107 (1995), 843 ff. 455
- Jakobs, System, 2012 206
- Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff. 104, 271
- Jakobs, Theorie, 2014 129, 458, 460
- Jelinek, Bedeutung, 1908 216
- Jescheck LK, 1994 78
- Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff. 65
- Jescheck, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff. 131
- Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 1996 36, 37, 61, 68, 78, 105, 115, 118, 125, 126, 134, 157, 158, 159, 182, 245, 334, 340, 444, 448, 470
- Joecks Mü-Ko, 2017 87
- Joisten (Hrsg.), Ethik, 2007 404
- Jung, Garland, Neue Kriminalpolitik, 2001, 16 ff. 105
- Jung, Sanktionssysteme, 1992 418
- Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. 300
- Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. 90
- Kaiser, G., Kriminologie, 1996 266
- Kaiser, G., Einführung, 1997 248, 286
- Kaiser, G., Kriminologie, 1996 248, 251, 287

- Kaiser, H., Widerspruch, 1999 47, 403
- Kant (Weischedel), Metaphysik, 1797/1982 49
- Kant, 1781, AA 433
- Kant, Anfang 1786, AA 504
- Kant, Anthropologie, 1798, AA 212, 425
- Kant, Denken, 1786, AA 449
- Kant, Grundlegung, 1785, AA 50, 128, 221, 245, 246, 320, 350, 363, 367, 376, 394, 397, 434
- Kant, Metaphysik, 1797, AA 46, 47, 48, 49, 220, 327, 338, 374, 376, 409, 430
- Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA 48, 49
- Kant, p. Vernunft, 1788, AA 376
- Kant, r. Vernunft, 1781, AA 338, 429, 474
- Kant, r. Vernunft, 1787, AA 490, 494
- Kant, Religion, 1793, AA 38
- Kargl, Friedenssicherung, ARSP 1996, 485 ff. 405
- Kargl, Handlung, 1991 122, 135, 436, 473, 474
- Kargl, Kritik, 1982 464
- Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014 90, 300, 302
- Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983 51, 158
- Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982 340
- Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff. 149, 433, 443
- Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982 120
- Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889 ff. 433
- Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976 77, 119, 326, 386, 446
- Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425 ff. 149
- Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff. 105
- Keil, Skizze, (EWE), 2007 492, 493
- Keil, Willensfreiheit, 2017 493
- Keller, W., Philosophie, 1954 449
- Kelsen, Rechtslehre, 1960 64, 407
- Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980 243
- Kett-Straub, Opferschutz, ZIS 2017, 341 ff. 22
- Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017 150, 286, 287, 288
- Kindhäuser, Grundfragen, 2001 130, 206
- Kindhäuser, Handlung, 1980 127, 128, 129
- Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff. 127
- Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff. 189, 206
- Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015 33, 56, 87, 182
- Kindhäuser, Strafrechtsgut, 1990, 29 ff. 237
- Klar, Moral, 2007 220
- Klemme, Erkennen, 2014, 79 ff. 212
- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011 428
- Knöpfel, Kausalität, Rth 1989, 342 ff. 449
- Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff. 14
- Koch, H.-J., Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff. 16
- Kodalle, Thomas Hobbes, 1972 406
- Köhler, Fahrlässigkeit, 1982 92, 428
- Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 1989, 265 ff. 54
- Köhler, Strafe 266
- Köhler, Strafe, 1986 92, 327
- Köhler, Strafrecht AT, 1997 182, 312
- Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983 154, 306
- Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff. 437
- Kojeve, Hegel 412
- Koller, Rechtfertigung, 1987, 4 ff. 54
- Koriath, Grundlagen, 1994 128, 129
- Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 2016 154
- Kornwachs/Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff. 449
- Kremkus, Strafe, 1999 406
- Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016 87, 88
- Krüger, Hirn, 2007, 61 ff. 482
- Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff. 341
- Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff. 445
- Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 88 (1976), 6 ff. 447
- Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff. 327
- Kube, Kriminalprävention, 1987 251
- Kublink, Strafen, 2002 65, 71, 72
- Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013 55
- Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977 340
- Kuhlmann, Letztbegründung, 1985 496

- Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff. 286
- Kunz, Kulturgebundenheit, 2012, 145 ff. 17
- Kunz, Strafe, 2004, 71 ff. 105, 418
- Kunz, Vorbeugen, 1987 269
- Küpper, Grenzen, 1990 147, 152, 155, 289
- Küpper, Strafen, 2003, 53 ff. 36, 42, 434, 455
- Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990 122, 128, 130, 252
- Lackner, Prävention, 1985, 245 ff. 121
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 2014 82, 151, 334
- Ladeur, Rechtstheorie, 1992 420
- Ladeur, Staat, 2006 417
- Lampe, Gleichstellung, ZStW 1967, 476 ff. 126
- Lampe, Strafphilosophie, 1999 12, 107, 119, 222, 223, 226
- Larenz, Methodenlehre, 1972 340
- Larenz, Recht, 1979 407, 448
- Laubenthal, Strafvollzug, 2015 297
- Laun, Satz, 1956 160
- Lecheler, Unrecht, 1994 53
- Leder, Person, 1999 465
- Leenen, Typus, 1971 340
- Leisner, Volk, 2005 417
- Lenckner - Schönke/Schröder, 1997 78, 440
- Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff. 157
- Lenckner/Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff. 249
- Lenk, Vielfachwesen, 2010 495
- Lersch, Aufbau, 1970 445
- Lesch, Verbrechensbegriff, 1999 455
- Libet, Mind, 2004/2007 478
- Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927. 66
- Liszt, Aufgaben, 1905 353
- Liszt, Einfluss, 1905, 75 ff. 65
- Liszt, Lehrbuch, 1919 43, 136
- Liszt, Zurechnungsfähigkeit, 214 ff. 265
- Liszt, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff. 65
- Locke (Euchner/Hoffmann, H.), Abhandlungen, 1690/1967 407
- Locke (Laslet), Second Treatise, 1690/1993 407
- Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006 480
- Löffler, Schuldformen, 1895 116
- Loos, Grenzen, 1980, 261 ff. 340
- Lotter, Scham, 2012 464
- Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13, 1963, 79 ff. 340
- Lüderssen, Abschaffen, 1995 107
- Lüderssen, Irrationale, 325 ff. 279
- Lüderssen, Kriminologie, 1984 243
- Lüderssen, Notwehrelemente, 468 ff. 266
- Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff. 56, 147
- Lüderssen, Zustand, 159 ff. 266
- Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff. 48, 49, 433, 434
- Luhmann, Gesellschaft, 1997 420
- Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff. 108
- Luhmann, Recht, 1995 419
- Luhmann, Rechtssoziologie, 1972/2008 456
- Luhmann, Systeme, 1994 108
- Luhmann, Vertrauen, 2000 97, 240, 419
- Mährlein, Volksgeist, 2000 416
- Maihofer, Handlungsbegriff, 1953 125
- Maihofer, Naturrecht, 1963 51
- Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff. 51
- Maihofer, Sinn, 1956 51
- Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 1961, 156 ff. 125, 131
- Maihold, Sündenstrafe, 2008 35
- Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff. 196
- Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff. 112, 120
- Markowitsch/Siefer, Tatort, 2007 478
- Martins, Strafrecht, ZIS 2014, 514 ff. 95
- Maruna/Copes, Decades, 2005, 221 ff. 326
- Marx, M., Definition, 1972 197
- Marxen, Kampf, 1975 274
- Marxen, Verhältnis, 2002, 77 ff. 274
- Mathiesen, Gefängnislogik, 1989 291
- Maurach, Wesen, 1960, 26 ff. 157
- Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 2014 152
- Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992 125, 182, 185
- Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff. 150, 231, 232, 252, 305, 327, 394
- Mayer, H., Strafrecht AT, 1967 293
- Mayer, H., Strafrechtsreform, 153 ff. 265
- Mayer, M. E., Strafrecht, 1915 165
- Mayer-Maly, Gedanken, 1985 433
- Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975 37

- Meier, B.-D., Sanktionen, 2014 87, 104, 287, 288, 290
- Meier, Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff. 334
- Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff. 285, 429, 448, 456, 494
- Merle, Strafen, 2007 53, 94
- Mertens, Wollen, 2014, 227 ff. 417
- Metzinger, Ego-Tunnel, 2009 479
- Mezger, Straftat, ZStW 1945, 675 ff. 470
- Mill, Liberty, 1859 361
- Mir, Schuldbegriff, ZStW 108 (1996), 9 ff. 444
- Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899 (1961) 115
- Momsen, Überlegungen, 2007, 569 ff. 285
- Momsen/Rackow, Strafreorien, JA 2004, 336 ff. 74, 87
- Montenbruck, Abwägung, 1989 160, 397
- Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. 390
- Montenbruck, In dubio, 1985 14, 120, 121, 296
- Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016 27, 89, 404
- Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018 146, 207, 327, 399, 470, 476, 494
- Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015 148, 222, 356, 373, 414, 477
- Montenbruck, Strafrechtsphilosophie, 2010 142
- Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976 120, 245, 407
- Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016 102
- Montenbruck, Wie du mir..., 13 ff. 320
- Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff. 151
- Montenbruck, Zivile Versöhnung, Zivilreligion II, 2016 90, 91, 105, 106, 108, 129, 164, 323, 328, 453
- Montenbruck, Zivilisation, 2010 417, 418
- Montesquieu (Forsthoff), Geist 1748/1951 288, 416
- Morgenstern, Recht, Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff. 90
- Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. 90, 286
- Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff. 51, 313, 316
- Müller, A., Verhältnis, 1996 430
- Müller, H., Generalprävention, 1984 61
- Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff. 82
- Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff. 149, 262
- Müller-Dietz, Marburger Programm, ZStW 1982, 599 65
- Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986 76, 157
- Müller-Dietz, Verbrechensschaden, GA 1983, 481 ff. 243
- Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985 58, 262
- Müller-Tuckfeld, Straftheorie, 2000, 263 ff. 97
- Murmann, Grundkurs, 2015 27, 62, 66, 76, 86, 170, 217, 294, 306, 307, 313, 338, 354, 433
- Murray, Euripides, 1913 33
- Müßig, Summum ius, 2013, 23 ff 54, 361
- Nagel, View, 1986 471
- Naucke, Kant, 1962 61
- Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff. 65
- Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff. 279
- Naucke, Notizen, 1998, 361 ff. 64, 407
- Naucke, Rezension, GA 1989, 524 ff. 269
- Naucke, Strafrecht, 1995 105
- Nettesheim, Verfassungsrecht, 2018 21, 101, 102
- Neubacher, Kriminologie, 2017 327
- Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff. 78
- Neumann / Schroth, Theorien, 1980 61
- Neumann, Entwicklungen, ZStW 1987, 567 ff. 112
- Neumann, Kritik, 1998, 147 ff. 313, 316
- Neuß, Strafzweck, 2001 248
- Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff. 16, 436, 461, 494
- Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971 70
- Nietzsche (Schlechta), Genealogie, 1887/1977, 761 ff. 345
- Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999 248
- Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff. 298, 299
- Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14 298

- Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff. 76
- Noll, Begründung, 1962 158
- Noll, Schuld, 1966, 219 ff. 262
- Nowakowski, Maßnahmenkomponente, 193 ff. 265
- Nowakowski, Rechtsstaatlichkeit, 98 ff. 231, 266
- Oberer, Begründungsaspekte, 1982, 399 ff. 320
- Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff. 428
- Oeser/Seitelberger, Gehirn, 1988 444
- Otto, Generalprävention, 1982 288
- Otto, Grundkurs, 2004 157, 175
- Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff. 127
- Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff. 196
- Otto, Unrecht, ZStW 1975, 540 ff. 97, 115
- Paeffgen, Rechtsgut, 2013, 125 ff. 184
- Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff. 131
- Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff. 471, 472, 473
- Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff. 429, 430
- Pauen/Roth, Freiheit, 2008 466, 480, 481
- Pawlik, Hassemer, 2009, 1 f. 228
- Pawlik, Person, 2004 95
- Pawlik, Unrecht, 2012 95
- Pfordten, Rechtsethik, 2011 54, 361
- Piaget, Urteil, 1983 470
- Pitz, Verfassungslehre, 2006 417
- Plack, Plädoyer, 1974 107
- Platon, Politeia (Eigler), 1990 492
- Platon, Protagoras (Eigler), 1990 37, 229
- Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff. 432
- Pothast, Unzulänglichkeit, 1987 112, 432, 433
- Prigogine, Sein, 1988 449
- Primoratz, Banquo, 1986 54
- Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff. 478
- Prinz, Mensch, 2003, 18 ff. 478
- Prittwitz, Schutz, 19 ff. 266
- Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff. 294
- Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390 ff. 218
- Pufendorf, jure naturae, 1672 223
- Puppe, Erfolg, ZStW 1980, 863 ff. 127
- Puppe, System, GA 2015, 203 ff. 129
- Radbruch, Handlungsbegriff, 1904 123
- Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932/2003 148, 346
- Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff. 53
- Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991 35, 322
- Raiser, Recht, 1999 419
- Rath, Rechtfertigungselement, 2002 429, 431, 432
- Rauch, 341
- Regge, Kriminalstrafe, 1989 36, 61, 223
- Rengier, Strafrecht AT, 2017 15, 86
- Renzikowski, Dimensionen, 2015, 210 ff. 91
- Renzikowski, Notstandslehre, 2012, 339 ff. 40
- Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff. 293, 429, 430, 445, 450, 501, 502
- Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff. 89
- Rogall, Strafe, 1997, 236 ff. 241
- Röhl, Rechtslehre, 1995 185, 433
- Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008 461, 496
- Rönnau, Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 ff 184
- Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338 ff. 89
- Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff. 478
- Rössner HK-GS, 2017 97, 225, 355, 421, 456, 489, 502, 504
- Rössner HK-GS, 2017 491
- Roth, Gehirn, 1992, 277 ff. 491
- Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff. 478
- Roth, Mensch, 1993, 55 ff. 490
- Rothacker, Schichten, 1952 444
- Rousseau, Gesellschaftsvertrag (Brockard), 1762/1996 417
- Rousseau, Ursprung, 1762 103, 457
- Roxin, Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff. 88, 263
- Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff. 262
- Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff. 152
- Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff. 126, 127
- Roxin, Offene Tatbestände, 1959 120
- Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff. 78
- Roxin, Schuld, 1974, 171 ff. 262
- Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff. 77, 437, 443
- Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 1984, 641 ff. 76, 470
- Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff. 166, 167, 177, 327

- Roxin, Strafrecht AT I, 2006 39, 46, 125, 138, 174, 177, 181, 183, 192, 262, 263, 332, 338
- Roxin, Strafrecht AT II, 2003 454, 456, 457
- Roxin, Überlegungen, MoKrim, 1973, 316 ff 177
- Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff. 196
- Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969 121, 433
- Rudolphi/Stein - SK-StGB, 2017 138
- Sachs, C., Moral, 2015 89, 97, 213
- Samson, Kausalverläufe, 1972 127
- Sander, Grenzen, 2007 51
- Satzger SSW-StGB, 2017 182, 213
- Sauer, Gerechtigkeit, 1959 346
- Sauter, Willensfreiheit, 2013 488
- Schaber, Recht 412
- Schäfer, Grundlagen, 1989 346
- Schall, Suche, 1990, 339 ff. 152
- Scheffler, Dauer, 1991 91
- Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff 309
- Scheler, Formalismus, 1913/16 230, 448
- Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. 456, 465, 485
- Schild AK-StGB, 1989 92
- Schild, G., Bürgerrechte, Der Staat 2003, 329 ff. 105
- Schild, W. NK StGB, 2017 52
- Schild, W., Aktualität, 1979, 199 ff. 51
- Schild, W., Ende, ARSP 1984, 71 ff. 51, 52, 160
- Schild, W., Gerichtsbarkeit, 1985 403
- Schild, W., Hegel, 1997, 179 ff. 58
- Schild, W., Strafbegriff, 1997, 101 ff. 70
- Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff. 48, 49, 430
- Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986 340
- Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff. 446, 447
- Schmidhäuser, Sinn, 1971 36, 157, 327
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975 197
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984 175, 347
- Schmidt, E., Probleme, _ZStW 1957, 359 ff. 266
- Schmidt, E., Strafrechtskommission 265
- Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978 43
- Schmidtchen, Prävention 2003, 245 ff. 375
- Schmitz, Legitimität, 2001 37, 51, 55, 432, 451
- Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff. 246
- Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff. 340, 454
- Schmoller, Bedeutung, 1988 340
- Schneider, F., Philosophie, 1964 130
- Schneider, H., Bellum, ZStW 2001, 499 ff. 271
- Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013 248
- Schöch, Änderungen 278
- Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff. 293
- Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 293 ff. 293
- Schockenhoff, Willensfreiheit, 2004 488
- Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988 429
- Schopenhauer, Wurzel, 1891 160
- Schramme, Empathie, 2013, 621 ff. 212
- Schreiber, Gesetz, 1976 61
- Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff. 112, 121
- Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff. 448
- Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff. 36
- Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff. 150
- Schroeder, Carolina, 1986 36
- Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff. 338
- Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff. 105
- Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff. 290
- Schumann, Generalprävention, 1989 262, 290
- Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. 456
- Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff. 82
- Schünemann, Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293 ff. 433
- Schünemann, Tendenzen, JA 1975, 575 ff. 340
- Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff. 294
- Schwindt, Kriminologie, 2016 251
- Seelmann, Anerkennungsverlust, 1995 93
- Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff. 51

- Seelmann, Räume, 2014, 389 ff. 58, 227
 Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 201, 374
 Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 2014 93
 Seher, Liberalismus, 2000 89
 Seitelberger, Aspekte, 1980 475
 Seitelberger, Grundlagen, 1981, 35 ff. 474
 Seneca, De ira, 1999 34, 37
 Siep, Naturgesetz, 1993 220
 Simson, Grotius, 1985, 651 ff. 37, 159
 Singer, brain, 2009, 321 ff. 490
 Singer, Problem, 2009, 233 ff. 478
 Sinn, Freistellung, 2007 48, 49, 132, 134, 150
 Spindel, Grundfragen, 1957, 39 ff. 160
 Spohn, Kern, 2012, 71 ff. 494
 Sternberg-Lieben, Rechtsgut, 2003, 65 ff. 405
 Stoß, Vorentwurf, 1983 65
 Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff. 430
 Stratenwerth, Tatschuld, 1972 268
 Stratenwerth, Zukunft, 1971 433
 Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011 33, 175, 197, 229, 326, 327
 Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3ff. 430, 471
 Strawson, P., Einzelding, 1972 472
 Strawson, P., Freedom, 1974 466
 Stree/Kinzig - Schönke/Schröder, 2014 170
 Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff. 395
 Streng, Sanktionenrecht, 2012 286, 358
 Streng, Schuld, ZStW 1980, 637 ff. 285
 Streng, Theorie, 2012, 677 ff. 68
 Stübinger, Schuld, 2000 111
 Stübinger, Stellenwert, 2002, 187 ff 38
 Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff. 111, 112
 Stübinger, Strafrecht, 2008 221, 437, 496
 Stuckenberg, GA 2016, 689 ff. 329
 Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff 188
 Suppa, Mensch, 2003 125
 Swoboda, Lehre, ZStW 2010, 24 ff 184
 Sykes/Matza, Techniken, 1979, 360 ff. 326
 Telp, Ausmerzungen, 1999 274
 Teubner, Standards, 1971 340
 Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff. 326
 Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991 181
 Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996 197
 Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 1988, 527 ff. 114, 121
 Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff. 340
 Triffterer, Strafrecht, 1985 167
 Trotha, Distanz, 1987 243
 Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955 428
 Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff. 414
 Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff. 431, 450, 472
 Volk, Strafe, ZStW 1971, 405 ff. 76
 Vormbaum, Einführung, 2015 14, 42, 71, 256
 Voßkuhle, Verfassung, 2016. 29
 Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff. 34
 Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff. 82
 Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff. 444
 Walter, H., Neurophilosophie, 1998 430
 Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff. 151
 Walther, Rechtsbruch, 2000 47, 51
 Weber, H.-M., Abschaffung, 1999 338
 Weigend, Deliktsoffer, 28 ff. 269
 Weigend, LK, Einleitung, 2007 313, 316
 Weigend, Strafe, RW 2010, 39 ff. 80, 91
 Weinberger, O., Norm, 1988 128
 Weißer, Konzept, GA 2013, 26 ff. 477
 Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff. 34
 Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff. 444
 Welzel, Naturalismus, 1935 123
 Welzel, Naturrecht, 1960, 1980 119
 Welzel, Persönlichkeit, ZStW 1948, 428 ff. 470
 Welzel, Strafrecht, 1969 125, 444
 Wesche, Gegenseitigkeit, 2001 53
 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017 87, 125, 127, 182
 Wiener, Persönlichkeit, ZfL 27 (1987), 92 ff. 428
 Wilfert, Strafe, 2017 90
 Willoweit, Rache, 2007, 37 ff. 35, 322
 Wilson, J. Q., Thinking, 1983 291
 Winkel, Behavior, 1997, 65 ff. 327
 Wischmeyer, Identität, AöR 2015, 415 ff. 29

- Wohlers, Deliktstypen, 2000 46
- Wohlers/Went, Bedeutung, 2011, 173 ff
93
- Wolf, J.-C., Strafe, 2003, 199 ff 95, 221
- Wolf/Haaz, Strafe, 2011, 69 ff. 97
- Wolff, Kausalität, 1965 429
- Wolff, Verständnis, ZStW 1985, 786 ff.
92
- Wolter, Zurechnung, 1981 127
- Wright, Erklären, 1984 130
- Zabel, Recht, 2014, 153 ff. 58
- Zabel, Schuldtypisierung, 2007 96, 111,
213
- Zabel, Schuldtypisierung, 2007, 261 f. 96
- Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff. 345
- Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 2011, 701
ff. 188
- Zaczyk, Unrecht, 1989 92
- Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448
ff. 152
- Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein,
NJW 1954, 908 ff. 120
- Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff. 292
- Zippelius, Recht, 1996 448, 474
- Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff. 340
- Zürcher, Legitimation, 2014 210

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Grundlagen, 1974** Achenbach, Hans,
Historische und dogmatische Grundlagen der
strafrechtssystematischen Schuldlehre; Abhandlungen zur
rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 1974
- Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff.** Achenbach, Hans,
Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in:
Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen
Strafrechtssystems, 1984, 135 ff.
- Albrecht, Freiheit, 2011** Albrecht, Peter-Alexis,
Die vergessene Freiheit, Strafrechtsprinzipien in der europäischen
Sicherheitsdebatte, 3. Aufl., 2011
- Albrecht, Weg, 2010** Albrecht, Peter-Alexis,
Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach
staatskritischen Absolutheitsregeln, 2010
- AK-StGB, Bearbeiter, 1989** Wassermann, Rudolf (Hrsg.),
Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden. Reihe
Alternativkommentare, 1996
- Alexander / Staub, Verbrecher, 1929/1971, 203 ff.** Alexander, Franz/ Staub, Hugo,
Der Verbrecher und seine Richter. Ein psychoanalytischer Einblick
in die Welt der Paragraphen, 1929, in: Moser, Tilmann (Hrsg.)
Psychoanalyse und Justiz, 1971, 203 ff.
- Alexy, Grundrechte, 1985** Alexy, Robert,
Theorie der Grundrechte, 1985
- Alexy, Theorie, 2012** Alexy, Robert,
Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl., 2012.
- Allwart, Recht, 1987** Allwart, Heiner,
Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung
vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analogischen
Hermeneutik des Rechts, 1987
- 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.
- Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969** Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil,
vorgelegt von Baumann, Jürgen / Brauneck, Anne-Eva / Hanack,
Ernst-Walter / Kaufmann, Arthur / Klug, Ulrich / Lampe, Ernst-
Joachim / Lenckner, Theodor / Maihofer, Werner / Noll, Peter/
Roxin, Claus / Schmitt, Rudolf / Schultz, Hans / Stratenwerth, Günter
/ Stree, Walter, 2. Aufl. 1969
- Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972** Amelung, Knut,
Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum
Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf
dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre
von der "Sozialschädlichkeit des Verbrechens", 1972
- Amelung, Rechtsgutverletzung, 1991, 269 ff.** Amelung, Knut,
Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, in: Jung, Heike/
Müller-Dietz, Heinz/ Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral,
1991, 269 ff.

- Ancel, Sozialverteidigung, 1966/1970** Ancel, Marc,
Die neue Sozialverteidigung (La Défense sociale nouvelle, deutsch),
übersetzt von Melzer, Michael nach der 2. Aufl. 1966; 1970
- Anscombe, Causality, 1971** Anscombe, Gertrude E.M.,
Causality and Determination, 1971
- Appel, Rechtsgüterschutz, ZStW 2016, 48 ff.** Appel, Ivo,
Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?, ZStW 2016, 48 ff.
- Appel, Verfassung, 1998** Appel, Ivo,
Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen
staatlichen Strafens, 1998
- Aquin (Pieper), Matthäus, 1270/2011** Thomas von Aquin,
Kommentar zum Matthäusevangelium, (um) 1270, Pieper, Josef
(Übers.); Weingartner, Paul / Ernst, Michael / Wolfgang Schöner,
Wolfgang (Hrsg.), 2011
- Aquin, Summa theologica, 1273/1953** Thomas von Aquin,
Summa theologica, 1265/1266 bis 1273, in: Katholischer
Akademikerverband (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit, 1953
- Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911** Aristoteles,
Nikomachische Ethik. Auf der Grundlage der Übersetzung von
Eugen Rolfes; Bien, Günther (Hrsg.), 1. Aufl. 1911, 3. Aufl. 1972, 5.
Aufl. 1985
- Aristoteles (Dirlmeier), Nikomachische Ethik, 1999** Aristoteles,
Nikomachische Ethik, Dirlmeier, Franz (Übers.), 1999
- Arzt, Ruf, 1976** Arzt, Gunther,
Der Ruf nach Recht und Ordnung, Ursachen und Folgen der
Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland, 1976
- Augustinus (Schmaus), De trinitate, 418/1935** Augustinus, Aurelius,
De trinitate (417-418), in: Des heiligen Kirchenvaters Aurelius
Augustinus fünfzehn Bücher über die Dreieinigkeit / aus dem
Lateinischen, übers. und mit Einl. versehen von Michael Schmaus,
Des heiligen Kirchenvaters Aurelius Augustinus ausgewählte
Schriften Bd. 11-12; Bibliothek der Kirchenväter, 2. Reihe, Band 13-
14, 1935
- Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff.** Badura, Peter,
Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337 ff.
- Ball/Lilly, delinquency, 1971, 69 ff.** Ball, Richard A. / Lilly, J. Robert
Juvenile Delinquency in an urban County, Criminology 1971, 69 ff.
- Bar, Probleme, 1864** Bar, Carl Ludwig von
Probleme des Strafrechts, 1864
- Baratta, Resozialisierung, 2001, 1 ff.** Baratta, Alessandro,
Resozialisierung oder soziale Kontrolle? Für ein kritisches
Verständnis der sozialen "Reintegration", in: Britz, Guido/Jung,
Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon, Grundfragen des Strafens,
Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 1 ff.
- Barrata, Integration, KrimJ 16 (1984), 132 ff.** Baratta, Alessandro,
Integration - Prävention: eine systemtheoretische Neubegründung der
Strafe , KrimJ 16 (1984), 132 ff.
- Baumann / Maetze / Mey, Rückfälligkeit, Mschr Krim 66, 1984, 193 ff.** Baumann, Karl-Heinz / Maetze, W. / Mey, H.-G.,
Zur Rückfälligkeit nach Durchlaufen des Einweisungsverfahrens
gem. § 152 Abs. 2 StVollzG in Nordrhein- Westfalen, Mschr Krim
66, 1984, 193 ff.
- Baumann / Weber / Mitsch/ Eisele,** Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg,

- Strafrecht AT, 2016**
Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff.
 Strafrecht. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016
 Baurmann, Michael,
 Schuldlose Dogmatik?, in: Lüderssen, Klaus/ Sack, Fritz (Hrsg.):
 Abweichendes Verhalten, Band IV: Kriminalpolitik und Strafrecht,
 1980, 196 ff.
- Beccaria, Verbrechen, 1766/ 1966**
 Beccaria, Cesare,
 Über Verbrechen und Strafe (1766), Alf, Wilhelm Josef (Übrs.),
 1966
- Becker, Wahrheit, 1988**
 Becker, Wolfgang,
 Wahrheit und sprachliche Handlung. Untersuchungen zu
 sprachphilosophischen Wahrheitstheorien, 1988
- Beling, Lehre, 1906**
 Beling, Ernst,
 Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Beling, Vergeltungsidee, 1908**
 Beling, Ernst,
 Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. Kritische
 Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 1, 1908
- Beling, Vergeltungstheorie, 1908**
 Beling, Ernst,
 Die Vergeltungstheorie und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908
- 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.
- Bentham, Grundsätze, 1786/1830**
 Bentham, Jeremy,
 Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung, Band 2, 2. Aufl.
 (engl. 1786), mit Anmerkungen von Dr. Friedrich Eduard Beneke,
 Erster Band, Berlin 1830 ...
- Bentham, Introduction, 1780/1948**
 Bentham, Jeremy,
 An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780,
 Neuausgabe 1948
- Berndt, Bewährungsaufgabe, 1994**
 Berndt, Sabine Veronika,
 Bewährungsaufgabe und Freiheitsstrafe, 1994
- Boulke, Strafprozessrecht, 2016**
 Boulke, Werner,
 Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016
- Bielefeldt, Gerechtigkeit, GA 1990,
 108 ff.**
 Bielefeldt, Heiner,
 Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit,
 Perspektiven der Gesellschaftsvertragstheorien, GA 1990, 108 ff.
- Bieri, Handwerk, 2001**
 Bieri, Peter,
 Das Handwerk der Freiheit: Über die Entdeckung des eigenen
 Willens, 2003
- Binding, Normen II, 1914**
 Binding, Karl,
 Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die
 rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, 2. Band, Schuld.
 Vorsatz. Irrtum. 1. Hälfte, Zurechnungsfähigkeit. Schuld, 2. Aufl.
 1914
- Binding, Problem, 1915**
 Binding, Karl,
 Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft; Strafrechtliche
 und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. I, 1915
- Bindokat, Rückfallstrafe, ZStW 1959,
 218 ff.**
 Bindokat, Heinz,
 Zur Rückfallstrafe de lege ferenda, ZStW 71 (1959), 218 ff.
- Blei, Strafrecht AT, 1983**
 Blei, Hermann,
 Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983
- Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 1978,**
 Bloy, René,

- 609 ff.**
Bock, Ideen, ZStW 1991, 636 ff.
 Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609 ff.
 Bock, Michael,
 Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636 ff.
- Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff.**
 Bockelmann, Paul,
 Zur Kritik der Strafrechtskritik, in: Warda, Günter/ Waider, Heribert/ Hippel v., Reinhard/ Meurer, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, 1 ff.
- Bockelmann, Studien, 1940**
 Bockelmann, Paul,
 Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, 1940
- Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 1963, 372 ff.**
 Bockelmann, Paul,
 Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), 372 ff.
- Bohnert, C., Strafrecht, 1992**
 Bohnert, Cornelia,
 Zu Strafrecht und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992 (zugl. Diss. Freiburg (Breisgau))
- Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992**
 Bohnert, Joachim,
 Die Abschlussentscheidung des Staatsanwaltes, 1992
- Bohnert, J., Feuerbach, 1982**
 Bohnert, Joachim,
 Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982
- Bollnow, Sittlichkeit, 1945**
 Bollnow, Otto Friedrich,
 Einfache Sittlichkeit, 1945
- Börner, Legitimation, 2014**
 Börner, René,
 Legitimation durch Strafverfahren: Die normative Kraft des Misstrauens, 2014
- Bröckers, Verantwortung, 2015**
 Bröckers, Boris,
 Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015
- Bruns, Grundfragen, 1974**
 Bruns, Hans-Jürgen,
 Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, 739 ff.
- Bruns, Recht, 1985**
 Bruns, Hans-Jürgen,
 Das Recht der Strafzumessung. Systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl. 1985
- Bruns, Reflexionen, 1988**
 Bruns, Hans-Jürgen,
 Neues Strafzumessungsrecht? "Reflexionen" über eine geforderte Umgestaltung, 1988
- Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974**
 Bruns, Hans-Jürgen,
 Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1974
- Buri, Causalität, 1873**
 Buri, Maximilian von,
 Über Causalität und deren Verantwortung, 1873
- Buri, Kausalität, ZStW 1882, 232 ff**
 Buri, Maximilian von,
 Über Kausalität und Teilnahme, ZStW 2 (1882), 232 ff.
- Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff.**
 Burkhardt, Björn,
 Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in: Baumgartner, Hans Michael/ Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, 1983, 51 ff.
- Burkhardt, Überlegungen, ZfS 1981, 155 ff.**
 Burkhardt, Björn,
 Überlegungen zu einer dispositionalen Deutung des Anders-Handeln-Könnens, in: Analyse und Kritik, Zeitschrift für Sozialwissenschaften, 1981, 155 ff.
- Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976,**
 Burkhardt, Björn,

- 321**
Bydlinski, System, 1986, 21 ff.
 Das Zweckmoment im Strafrecht, GA 1976, 321 ff.
 Bydlinski, Franz
 Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: Bydlinski, Franz/ Krejci, Heinz/ Schilcher, Bernd/ Steininger, Viktor (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, 21 ff.
- Calliess/ Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008**
 Calliess, Rolf-Peter/ Müller-Dietz, Heinz,
 Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl., 2008
- Cassirer, Versuch, 1944/2007**
 Cassirer, Ernst,
 Versuch über den Menschen: Einführung in eine Philosophie der Kultur, 1944/ 2007
- Chaiken, Varieties, 1982**
 Chaiken, Jan M.,
 Varieties of Criminal Behavior - Summary and Policy Implications, 1982
- Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff.**
 Chisholm, Roderick M.,
 Human Freedom and the Self, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 24 ff.
- Chun/Brass/Heinze/Haynes, determinants, 2008, 543 ff.**
 Chun Siong Soon, Marcel Brass, Hans-Jochen Heinze & John-Dylan Haynes,
 Unconscious determinants of free decisions in the human brain, Nature Neuroscience 11, 2008, 543--545
- Coing, Grundzüge, 1993**
 Coing, Helmut,
 Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993
- Coser, Funktionen, 1979, 21 ff.**
 Coser, Lewis,
 Einige Funktionen abweichenden Verhaltens und normativer Flexibilität, in: Sack, Fritz/König, René (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979. 21 ff.
- Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff.**
 Crespo, Eduardo Demetrio,
 "Humanistischer Kompatibilismus" – Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht, GA 2013, 15 ff.
- Czeguhn, Strafgesetzbuch, 2014, 227 ff.**
 Czeguhn, Ignacio,
 Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813: Arten der Strafe, in: Koch, Arnd /Kubiciel, Michael /Löhnig, Martin/ Pawlik, Michael, (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2014, 227 ff.
- Danner, Willen, 1974**
 Danner, Manfred,
 Gibt es einen freien Willen?, 3. Aufl. 1974
- Darwall, Second-Person, 2006 268,**
 Darwall, Stephen,
 The Second Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability, Harvard University Press, 2006
- Deimling, Kriminalprävention, 1986, 51 ff.**
 Deimling, Gerhard,
 Kriminalprävention und Sozialkritik im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafen“, in: Hirsch, Hans Joachim/Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 51 ff..
- Demmerling, Scham, 2014, 115 ff.**
 Demmerling, Christoph,
 Scham, Schuld und Empörung. Moralische Gefühle und das gute Leben, in: Cornelia Richter (Hrsg.), Fragile Vielfalt. Gutes Lebens zwischen Glück, Vertrauen, Leid und Angst, 2014, 115 ff.
- Dennett, Freedom, 2003**
 Dennett, Daniel C.,
 Freedom Evolves, 2003
- Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff.**
 Dennett, Daniel C.,

- Dennett (Wuketits), Philosophie, 1991/1994**
 Mechanism and Responsibility, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 150 ff.
 Dennett, Daniel C,
 Philosophie des menschlichen Bewußtseins (Consciousness Explained, 1991), Wuketits, Franz M.(Übersetzer), 1994
- Descartes (Buchenau), Prinzipien, 1641/1992**
 Descartes, René,
 Die Prinzipien der Philosophie (1641), Buchenau, Artur (Übers.), 1992
- Detlefsen, Grenzen, 2007**
 Detlefsen, Grisca,
 Grenzen der Freiheit - Bedingungen des Handelns - Perspektive des Schuldprinzips Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, 2007
- Di Fabio, Recht, 1998**
 Di Fabio, Udo,
 Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998
- Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421ff.**
 Di Fabio, Udo,
 Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421 ff.
- Diesselhorst, Naturzustand, 1988**
 Diesselhorst, Malte,
 Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens, 1988
- Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987, 1041 ff.**
 Dölling, Dieter,
 Das 23. Strafrechtsänderungsgesetz - Strafaussetzung zur Bewährung, NJW 1987, 1041 ff.
- Dreher, Willensfreiheit, 1987**
 Dreher, Eduard,
 Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten. 1987
- Dreier, R., Rechtsbegriff, 1986**
 Dreier, Ralf,
 Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion, 1986
- Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff.**
 Drenkhahn, Kirstin,
 Research of long-time imprisonment, in: Drenkhahn, Kirstin/Dudeck, Manuela / Dünkel, Frieder (Ed.), Long-Term Imprisonment and Human Rights, 2014, 9 ff.
- Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff.**
 Dünkel, Frieder,
 Empirische Forschung im Strafvollzug in Deutschland seit 1945, in: Manssen, Gerrit (Hrsg.) Rechtswissenschaft im Aufbruch, Greifswalder Antrittsvorlesungen, 1996, 61 ff.
- Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff.**
 Dünkel, Frieder,
 Prognostische Kriterien zur Abschätzung des Erfolges von Behandlungsmaßnahmen im Strafvollzug sowie für die Entscheidung über die bedingte Entlassung, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff.
- Dünkel, Strafaussetzung, ZStW 1983, 1039 ff.**
 Dünkel, Frieder,
 Rechtliche, rechtsvergleichende und kriminologische Probleme der Strafaussetzung zur Bewährung, ZStW 95 (1983), 1039 ff.
- Durkheim (Schmidts), Arbeitsteilung, 1893/1988**
 Durkheim, Émile,
 Über soziale Arbeitsteilung (De la Division du travail social, 1893). Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, Schmidts, Ludwig (Übers.). Mit einer Einleitung von Niklas Luhmann: Arbeitsteilung und Moral Durkheims. Mit einem Nachwort von Hans-Peter Müller und Michael Schmid: Arbeitsteilung, Solidarität und Moral, 2. Aufl. 1988
- Durkheim (König), Kriminalität, 1895/1968, 3 ff.**
 Durkheim, Émile,
 Kriminalität als normales Phänomen, in: Sack, Fritz / König, René,

- (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 1968 3 ff. Auszug aus: Durkheim, Émile, *Regeln der soziologischen Methode* (1895), König, René (Hrsg, Übers., Einleitung), *Soziologische Texte* 3, 1961
- Durkheim (König), Regeln, 1895/1961** Durkheim, Émile,
Die Regeln der soziologischen Methode (1895), König, René (Hrsg, Übers., Einleitung), 1961
- Dux, Täter, 1988** Dux, Günter,
Der Täter hinter dem Tun. Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988
- Ebbinghaus, Strafen, 1968** Ebbinghaus, Julius,
Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit, *Kant-Studien, Ergänzungsheft* 94, 1968
- 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.
- Edmaier, Schuldverfälschung, 1975, 162 ff.** Edmaier, Alois,
Schuldverfälschung und Sollenbegriff, *Philosophisches Jahrbuch* 82 (1975), 162 ff.
- Eisenberg, JGG, 2017** Eisenberg, Ulrich,
Jugendgerichtsgesetz, 19. Aufl., 2017
- Eisenberg, Kriminologie, 2005** Eisenberg, Ulrich,
Kriminologie, 6. Aufl. 2005
- Ellscheid/ Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff.** Ellscheid, Günter/ Hassemer, Winfried,
Strafe ohne Vorwurf, in: *Civitas II* (1970), 27 ff. = Lüderssen, Klaus/ Sack, Fritz (Hrsg.): *Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1: Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*, 1975, 266 ff.
- Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff.** Enderlein, Wolfgang,
Die Begründung der Strafe bei Kant, *Kantstudien* (76) 1985, 303 ff.
- Engert/Moos (Hrsg.), Umgang, 2016** Engert, Stefan / Moos, Thorsten (Hrsg.),
Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung, 2016
- Engisch, Charakterschuld, MSchKrim 50 (1967), 108 ff.** Engisch, Karl,
Um die Charakterschuld, *MSchKrim* 50 (1967) 108 ff.
- Engisch, Idee, 1968** Engisch, Karl,
Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. 1968
- Engisch, Willensfreiheit, 1965** Engisch, Karl,
Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl. 1965
- Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff.** Engländer, Armin
Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, *ZStW* 2015, 616 ff.
- Erber-Schropp, Schuld, 2016 37** Erber-Schropp, Julia Maria,
Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips, 2016
- Erhard, Strafzumessung, 1992** Erhard, Christopher,
Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie „Schuld“, 1992

- Exner, Sicherungsmittel, 1914** Exner, Franz,
Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914
- Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011** Fabricius, Dirk,
Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen I, 2011
- Feltes, Strafanspruch, 2007** Feltes, Thomas,
Der staatliche Strafanspruch. Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafens, 2007
- Feuerbach, Revisionen, JALZ, 1801, Sp. 255 f.** Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von,
Revisionen der Fortschritte des Criminalrechts, Ergänzungsblätter zur Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung, 1. Jahrgang, Band 1, 1801, Sp. 255 f.
- Feuerbach, Grundsätze, 1842** Feuerbach, Paul Johann Anselm von,
Grundsätze der Philosophie der Zukunft, Kleine philosophische Schriften (1842-1845). Leipzig 1950, S. 87 ff.
- Feuerbach, Lehrbuch, 1801** Feuerbach, Paul Johann Anselm von,
Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801
- Feuerbach, Revision, 1799** Feuerbach, Paul Johann Anselm von,
Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Band 1, 1799
- Feuerbach, Strafe, 1800** Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von,
Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers. Anhang zu: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 2. Theil, 1800
- Feinberg, Function, 1965, 397 ff.** Feinberg, Joel,
The Expressive Function of Punishment, The Monist, Volume 49, 1965, pp. 397
- Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff.** Fichte, Johann G.,
Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Imanuel H. (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre I, 1971, 1 ff.
- Fichte, Grundlage, 1797** Fichte, Johann Gottlieb.
Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 2. Teil, 1797
- Figal, Unscheinbarkeit, 2015** Figal, Günter,
Unscheinbarkeit: Der Raum der Phänomenologie, 2015
- Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 95 1983, 220 ff.** Figueiredo Dias, Jorge de,
Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht, ZStW 95 (1983), 220 ff.
- Fischer, StGB-Kommentar, 2017** Fischer, Thomas,
Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen. Kommentar, 64. Aufl. 2017
- Flechtheim, Hegel, 1936/1975** Flechtheim, Ossip Kurt,
Hegels Strafrechtstheorie, 1936 (Nachdruck 1975)
- Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987** Frehsee, Detlev,
Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987
- Freund, Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff.** Freund, Georg,
Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem; in Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtzweck -

- Freund, Strafrecht AT, 2008** Strafausschluß - Strafverzicht - Strafklageverzicht, 1996, 43 ff.
Freund, Georg,
Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2008
- Frisch, Marburger Programm, ZStW 1982, 565 ff.** Frisch, Wolfgang,
Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 565 ff.
- Frisch, Maßregeln, ZStW 1990, 343 ff.** Frisch, Wolfgang,
Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem. Strafreoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderungen, ZStW 102 (1990), 343 ff.
- Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff.** Frisch, Wolfgang,
Strafe, Straftat und Strafsystem im Wandel, GA (162), 2015, 64 ff.
- Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 1987, 349 ff.** Frisch, Wolfgang,
Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin, Teil I und II, ZStW 99 (1987), 349 ff.; 751 ff.
- Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff.** Frisch, Wolfgang,
Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung – Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung, GA 2014, 489 ff.
- Frister, Schuldprinzip, 1988** Frister, Helmut
Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts
- Frister, Strafrecht AT 2013** Frister, Helmut,
Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 6. Aufl., 2013
- Frister, Struktur, 1993** Frister, Helmut
Die Struktur des voluntativen Schulselements. Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993
- Fritsche, Entschuldigen, 2003** Fritsche, Immo,
Entschuldigen, Rechtfertigen und die Verletzung sozialer Normen, 2003
- 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.
- Frommel, Präventionsmodelle, 1987** Frommel, Monika,
Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion, 1987
- Gärditz, Staat, 2015** Gärditz, Klaus Ferdinand,
Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?, 2015
- Gallas, Stand, ZStW 1955, 1 ff.** Gallas, Wilhelm,
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 ff.
- Garland, Culture, 2001** Garland, David,
The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society, 2001
- Geerds, Einzelner, 1969** Geerds, Friedrich,
Einzelner und Strafgewalt im geltenden Strafrecht, 1969

- Gehlen, Mensch, 1966** Gehlen, Arnold,
Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 8. Aufl. 1966
- Gehlen, Theorie, 1965** Gehlen, Arnold,
Theorie der Willensfreiheit und frühe philosophische Schriften, 1965
- Giehring, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff.** Giehring, Heinz,
Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, Kriminologisches Journal, 1987, 2 ff.
- Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff.** Gimbernat Ordeig, Enrique,
Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, in: Roxin, Claus/ Bruns, Hans-Jürgen/ Jäger, Herbert (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, 151 ff.
- Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff.** Gogorza, Amane,
Zum Grundsatz der Wiedereingliederung im französischen Strafrecht GA 2015, 694 ff.
- Gosepath, Eigeninteresse, 1992** Gosepath, Stefan,
Aufgeklärtes Eigeninteresse. Eine Theorie theoretischer und praktischer Rationalität, 1992
- Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff.** Gössel, Karl-Heinz,
Rezension von Roxin, Claus/ i.V.m. Bruns, Hans-Jürgen und Jäger, Herbert (Hrsg.): Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft - Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, JA 1975, 321 ff.
- Gössel, Wesen, 1988, 3 ff.** Gössel, Karl-Heinz,
Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, in: Freiherr von Gamm, Otto Friedrich/ Raisch, Peter/ Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht; Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, 1988, 3 ff.
- Gramatica, Principi, 1961** Gramatica, Filippo,
Principi di difesa sociale, 1961
- Grasnack, Schuld, 1987** Grasnack, Walter,
Über Schuld, Strafe und Sprache. Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie; Mitglieder der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.), Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 64, 1987
- Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff. 105** Graßberger, Roland,
Versuch einer dynamischen Strafrechtstheorie, Österreichische Zeitschrift für öffentlichen Recht, 1956, 281 ff.
- Greenwood/ Abrahamse, Selective Incapacitation, 1982** Greenwood, Peter W./ Abrahamse, Allan F.,
Selective incapacitation, 1982
- Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff. 252** Griffel, Anton,
Determination und Strafe, ARSP 1994, 96 ff.
- Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956** Grimm, Jakob und Wilhelm,
Deutsches Wörterbuch bearbeitet von H. Wunderlich), Band 4, 1949, Bd. 9 (bearb. von M. Heyne), 1899, Bd. 12, 1. Abt. (bearb. von E. Wülcker u.a.), 1956
- Grommes, Sühnebegriff, 2006** Grommes, Sabine,
Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische

- Gropp, Strafrecht AT, 2015** Betrachtung, 2006
Gropp, Walter,
Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015
- Grotius, De Jure, 1631/1950** Grotius, Hugo,
De Jure belli ac pacis Libri tres, 2. Ed, 1631, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg., Übrs.), 1950
- Gründel, Umgang, 1993, 423 ff.** Gründel, Johannes,
Umgang mit Schuld. Theologisch-ethische Perspektiven, in; Haft, Fritjof/ Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Schild, Wolfgang/ Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 423 ff.
- Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff.** Günther, Klaus,
Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention. Ein Beitrag zur normativen Kritik, in: Bernd Schünemann / Andreas von Hirsch / Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, 153 ff.
- Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff.** Günther, Klaus,
Zurechnung, Strafe und das Selbstverständnis von Personen, in: Klaus Günther/Matthias Jahn/Lothar Kuhlen/Reinhard Merkel/Cornelius Nestler/Lorenz Schulz (Hrsg.), Rationalität und Empathie. Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag, 2014, 9 ff.
- Günther, L., Wiedervergeltung, 1966** Günther, Louis,
Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung desselben, Bd. 1, 1889, Neudruck 1966
- Günther/ Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff.** Günther, Klaus/ Prittwitz, Cornelius,
Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, in: Herzog / Neumann, Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010, 331 ff.
- Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993** Gutmann, Christine,
Freiwilligkeit und (Sozio-) Therapie – notwendige Verknüpfung oder Widerspruch?, 1993
- Habermas, Diskursethik, 1983** Habermas, Jürgen,
Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: Habermas, Jürgen (Hrsg.), Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983
- Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984** Habermas, Jürgen,
Was heißt Universalpragmatik? (1976) in: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, 353 ff.
- Habermas, Wahrheitstheorien, 1973** Habermas, Jürgen,
Wahrheitstheorien (1973), in: Habermas; Jürgen, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, 353 ff.
- Haeffner, Anthropologie, 2000** Haeffner, Gerd
Philosophische Anthropologie, 3. Aufl. 2000
- Hall, Fahrlässigkeit, 1959** Hall, Karl Alfred,
Fahrlässigkeit im Vorsatz. Eine anthropologisch-strafrechtsdogmatische Studie, 1959
- Hamel, Strafen, 2009** Hamel, Roman,
Strafen als Sprechakt: Die Bedeutung der Strafe für das Opfer, 2009

- Hammacher, Verhalten, 2011** Hammacher, Klaus,
Rechtliches Verhalten und die Idee der Gerechtigkeit. Ein anthropologischer Entwurf, 2011
- Hart, Concept, 1961** Hart, Herbert L. A.,
The Concept of Law, 1961
- Hartmann, Ethik, 1925** Hartmann, Nicolai,
Ethik, 1925; 4. Aufl. 1962
- Hartmann, Möglichkeit, 1966** Hartmann, Nicolai,
Möglichkeit und Wirklichkeit, 3. Aufl., 1966
- Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff.** Hassemer, Winfried,
Alternativen zum Schuldprinzip?, in: Baumgartner, Hans Michael/ Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, 1983, 89 ff.
- Hassemer, Einführung, 1990** Hassemer, Winfried,
Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990
- Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff.** Hassemer, Winfried,
Generalprävention und Strafzumessung, in: Hauptprobleme der Generalprävention, Hassemer, Winfried/ Lüderssen, Klaus/ Naucke, Wolfgang (Hrsg.), 1979, 29 ff.
- Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff.** Hassemer, Winfried,
Resozialisierung und Rechtsstaat, Kriminologisches Journal 14 (1982), 161 ff.
- Hassemer, Strafe, 2009** Hassemer, Winfried,
Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer, 2009
- Hassemer, Theorie, 1973** Hassemer, Winfried,
Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973 (2. Aufl. 1980)
- Hattenhauer, Buße, 1983 16** Hattenhauer, Hans,
Über Buße und Strafe im Mittelalter, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG), Germanische Abteilung 100, 1983
- Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004 16** Hattenhauer, Hans,
Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004
- Hauptmann, Strafrecht, Rth 1984, 153 ff. 245** Hauptmann, Walter,
Strafrecht und Willensfreiheit, Rechtstheorie 15 (1984), 153 ff.
- Hegel, Enzyklopädie, 1817** Hegel, Georg Wilhelm Friedrich,
Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 1817, in: Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Werke in 20 Bänden mit Registerband, Band 8, 1830
- Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995** Hegel, Georg Wilhelm Friedrich,
Grundlinien der Philosophie des Rechts. Mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie, 1820 (Textedition von Johannes Hoffmeister), 1995, Philosophische Bibliothek, Band 483
- Hegel, Phänomenologie (Glockner), 1807/1964** Hegel, Georg Wilhelm Friedrich,
Phänomenologie des Geistes, 1807, in: Glockner, Hermann (Hrsg.), Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Sämtliche Werke, (, 1807/1770-1831), Jubiläumsausgabe in Zwanzig Bänden, Band 2, 1964
- Heinrich, Strafrecht AT, 2016** Heinrich, Bernd,
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2016
- Henke, Recht, 1988** Henke, Wilhelm,
Recht und Staat. Grundlagen der Jurisprudenz, 1988
- Henkel, Rechtsphilosophie, 1977** Henkel, Heinrich,
Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 1964;

- Henkel, Strafe, 1969**
2. Aufl. 1977
Henkel, Heinrich,
Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, 1969
- Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.**
Hermann, Dieter,
Inhaftierung und Rückfall, in: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe Jg. 39, 1990, Nr. 2, 76 ff.
- Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff.**
Hermann, Dieter,
Die Kompatibilität zwischen normativen Straftheorien und Kriminalitätstheorien, GA 1992, 516 ff.
- Hermann/ Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff.**
Hermann, Dieter/ Kerner, Hans-Jürgen,
Die Eigendynamik der Rückfallkriminalität; in: KZfSS, Nr. 40, 1988, 485 ff.
- Herzberg, Schuldbegriff, GA 2015, 250 ff.**
Herzberg, Rolf Dietrich,
Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert, GA 2015, 250 ff.
- Herzberg, Willensunfreiheit, 2010**
Herzberg, Rolf Dietrich,
Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010
- Herzog, F., Prävention, 1987**
Herzog, Felix,
Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens der Straftheorie der Moderne, 1987
- Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015**
Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian,
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2015
- Hill, Kant, 1997, 291 ff.**
Hill, Thomas E. Jr.,
Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution, in: Byrd., B. Sharon/ Hruschka, Joachim/ Joerden, Jan C. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 5, 1997, 291 ff.
- Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff.**
Hillenkamp, Thomas,
Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz, ZStW 2015, (127), 12 ff.
- Hippel, Strafrecht, 1925-1930**
Hippel, Robert von,
Deutsches Strafrecht, Band I, Allgemeine Grundlagen, 1925-1930
- Hirsch, A. v., Past, 1986**
Hirsch, Andrew von,
Past for future Crimes: Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals, 1986
- Hirsch, A. v., Strafrechtstheorie, 2005, 257 ff.**
Hirsch, Andrew von,
Die englischsprachige Strafrechtstheorie – von Interesse für die deutsche Strafrechtsdiskussion? in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, 257 ff.
- Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff.**
Hirsch, Hans Joachim,
Bilanz der Strafrechtsreform, in: Hirsch, Hans Joachim/ Kaiser, Günther/ Marquart, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 133 ff.
- His, Strafrecht, 1920/1964**
His, Rudolf,
Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil I: Die Verbrechen und ihre Folgen im Allgemeinen, 1920, Neudruck 1964
- HK-GS- Beabeiter, 2017**
Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / König, Stefan / Rössner, Dieter (Hrsg.), (HK-GS- Bearbeiter), Gesamtes Strafrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2017

- Hobbes (Gawlick), Bürger, 1642/1959** Hobbes, Thomas,
Vom Menschen. Vom Bürger – De homine (1658), De Cive (1642),
Gawlick, Günter (Hrsg.), 1959
- Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992** Hobbes, Thomas,
Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das
englische Recht, engl. posthum veröffentlicht, 1681, Willms, B.
(Hrsg.), 1992
- Hobbes, lat. Leviathan, 1688** Hobbes, Thomas,
Leviathan, lateinische Fassung, 1688
- Hobbes, Leviathan, 1681/1955** Hobbes, Thomas,
Leviathan; 1681, engl. Oakeschott, Michael (ed.), 1955
- Hobbes (Mayer), Leviathan, 1681/1986** Hobbes, Thomas:
Leviathan, 1681, Erster und zweiter Teil. Mayer, Jacob Peter.
(Übers.), Nachw.: Dießelhorst, Malte, 1986.
- Höffe, Gerechtigkeit, 1987** Höffe, Otfried,
Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie
von Recht und Staat, 1987
- Höffe, Grundlegung, 1989** Höffe, Otfried,
Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer
Kommentar, 1989
- Höffe, Kant, 1982, 335 ff.** Höffe, Otfried,
Kants Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe, in:
Brandt, Reinhard (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982,
335 ff.
- Höffe, Lexikon, 2008** Höffe, Otfried,
Lexikon der Ethik, 7. Aufl. 2008
- Höffe, Rechtsprinzipien, 1990** Höffe, Otfried,
Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990
- Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992** Hoffmann, Peter,
Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention
in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992
- Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015** Hoffmann-Holland, Klaus,
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015
- Holzhauser, Willensfreiheit, 1970** Holzhauser, Heinz,
Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der
Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den
Schulenstreit, 1970
- Hommel, Beccaria, 1966** Hommel, Karl-Ferdinand,
Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk vom
Verbrechen und Strafen, 1778; Neudruck; Leckschas, John/ Griebel,
Walter (Hrsg.), 1966
- Honneth, Aristoteles, 2000/2005, 171 ff.** Honneth, Axel,
Zwischen Aristoteles und Kant. Skizze einer Moral der
Anerkennung, 2000, in: Honneth, Axel (Hrsg.), Das Andere der
Gerechtigkeit, 2005, 171 ff.
- Hood, Self, 2012** Hood, Bruce,
The Self Illusion: How the Social Brain Creates Identity, 2012
- Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff.** Hoppe, Christian / Elger, Christian E.,
Neuro-Philosophie? - Kritische Anmerkungen aus
neurowissenschaftlicher Perspektive, in: Sturma (Hrsg.), Vernunft
und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin,
259 ff.

- Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff.** Höffler, Katrin / Kaspar, Johannes, Plädoyer für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, GA 2015, 453 ff.
- Hörnle/Hirsch, Generalprävention, GA 1995, 261 ff.** Hörnle, Tatjana/ Hirsch, Andreas von Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, 261 ff.
- Hörnle, Kriminalstrafe, 2013** Hörnle, Tatjana, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, 2013
- Hörnle, Straftheorien, 2011** Hörnle, Tatjana, Straftheorien, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, Erstpublikation: 08.04.2011
- Hörnle, Straftheorien, 2017** Hörnle, Tatjana, Straftheorien, 2., überarbeitete Aufl., 2017 (der vorstehenden Schrift).
- Hörnle, Verhalten, 2005** Hörnle, Tatjana, Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005
- Hoerster, Wirklichkeit, ARSP 1989, 145 ff-** Hoerster, Detlef, Die Wirklichkeit der Freiheit, ARSP 1989, 145 ff
- Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff. 62** Hoyer, Andreas, Normative Ansprechbarkeit als Schulselement, in: Heinrich, Manfred/ Jäger, Christian / Schünemann, Bernd (Hrsg), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, 723 ff.
- Hruschka, Kant, 1993, 129 ff.** Hruschka, Joachim, Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, in: Haft, Fritjof/ Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Schild, Wolfgang/ Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 129 ff.
- Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff.** Hruschka, Joachim, Die Konkurrenz von goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 1987, 941 ff.
- Hruschka, Strukturen, 1976** Hruschka, Joachim, Strukturen der Zurechnung, 1976
- Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff.** Hüning, Dieter, Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. Bis zum 20. Jahrhundert, Peters, Martin/ Schröder, Peter (Hrsg.), 2001, 85 ff.
- Hupperschwiller, Gewissen, 1970** Hupperschwiller, Lutz, Gewissen und Wissensbildung in jugendkriminologischer Sicht; Familie und Jugendkriminalität Band 2, 1970
- Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff.** Inwagen, Peter van, The Incompatibility of Free Will and Determinism, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 46ff.
- Jakl, Recht, 2009** Jakl, Bernhard, Recht aus Freiheit.: Die Gegenüberstellung der rechtstheoretischen Ansätze der Wertungsjurisprudenz und des Liberalismus mit der kritischen Rechtsphilosophie Kants. (Schriften zur Rechtstheorie),

- Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff.** 2009
Jäger, Christian,
Willensfreiheit, Kausalität und Determination – Stirbt das moderne
Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?, GA 2013, 3
ff.
- Jakobs, Aspekte, 1982, 69 ff.** Jakobs, Günther,
Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, in: Henrich, Dieter,
(Hrsg.), Aspekte der Freiheit 1982, 69 ff.
- Jakobs, Bemerkungen, 2014, 280 ff.** Jakobs, Günther,
Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff, in:
Martin Heger / Brigitte Kelker / Edward Schramm (Hrsg.), Festschrift
für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, 280 ff.
- Jakobs, Bürgerstrafrecht, HRRS 2004, 88 ff.** Jakobs, Günther,
Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, 88 ff.
- Jakobs, Handlungsbegriff, 1992** Jakobs, Günther,
Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992
- Jakobs, Norm, 1997** Jakobs, Günther,
Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer
Rechtsphilosophie, 1997
- Jakobs, Schuld, 1976** Jakobs, Günther,
Schuld und Prävention, Recht und Staat, Heft 452/453, 1976
- Jakobs, Schuldprinzip, 1993** Jakobs, Günther,
Das Schuldprinzip, 1993
- Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff.** Jakobs, Günther,
Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den
Herausforderungen ihrer Zeit, in: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/
Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor
der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 47 ff.
- Jakobs, Strafe, 2004** Jakobs, Günther,
Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004
- Jakobs, Strafrecht AT, 1991** Jakobs, Günther,
Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die
Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991
- Jakobs, Strafrecht, ZStW 1995, 843 ff.** Jakobs, Günther,
Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem"
Prinzipiendenken - Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen"
Strafrechts?, ZStW 107 (1995), 843 ff.
- Jakobs, System, 2012** Jakobs, Günther,
System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012
- Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff.** Günther Jakobs,
Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: Rosenau, Henning Rosenau /
Kim Sangyun (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, 167
ff.
- Jakobs, Theorie, 2014** Jakobs, Günther,
Theorie der Beteiligung, 2014
- Jellinek, Bedeutung, 1908** Jellinek, Georg,
Die Sozialethische Bedeutung Von Recht, Unrecht und Strafe, 1908
- Jescheck, Bemerkungen, 1985, 425 ff.** Jescheck, Hans-Heinrich,
Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des
Mindestprogramms der Défense Sociale, in: Schwind, Hans-Dieter
i.V.m. Berz, Ulrich/ Herzberg, Rolf Dietrich/ Geilen, Gerd und
Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70.

- Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff.** Geburtstag, 1985, 425 ff.
Jescheck, Hans-Heinrich,
Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, in: Jescheck, Hans-Heinrich (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Band 16.3; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht durch Jescheck, Hans-Heinrich (Hrsg.), Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 3. Folge, 1984, 193 ff.
- Jescheck, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff.** Jescheck, Hans-Heinrich,
Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, in: Bockelmann, Paul/ Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, 139 ff.
- Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996** Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas,
Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996
- Joisten (Hrsg), Ethik, 2007** Joisten, Karen (Hrsg),
Narrative Ethik. Das Gute und das Böse erzählen, 2007
- Jung, Garland, Neue Kriminalpolitik, 2001, 16 ff.** Jung, Heike,
Geht es noch härter? David Garlands Sicht der US-amerikanischen Kriminalpolitik, Neue Kriminalpolitik 2001, 16 ff.
- Jung, Sanktionssysteme, 1992** Jung, Heike,
Sanktionssysteme und Menschenrechte, 1992
- Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff.** Jung, Heike,
Zu Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, GA 2015, 463 ff.
- Kaiser, G., Einführung, 1997** Kaiser, Günther,
Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl. 1997
- Kaiser, H., Widerspruch, 1999** Kaiser, Hanno,
Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999
- Kaiser, G., Kriminologie, 1996** Kaiser, Günther,
Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996
- Kant, Anfang, 1786, AA** Kant, Immanuel,
Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte, 1786, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kant. Gesammelte Schriften, Band VIII, 1902 ff., <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html> online
- Kant, Anthropologie, 1798, AA** Kant, Immanuel,
Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, 1798, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Denken, 1786, AA** Kant, Immanuel,
Was heißt: sich im Denken orientieren, 1786, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Grundlegung, 1785, AA** Kant, Immanuel,
Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>

- Kant, Kritik p. V., 1788, AA** Kant, Immanuel,
Kritik der praktischen Vernunft (1788). in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Kritik r. V., 1787, AA** Kant, Immanuel,
Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl. 1781), 2. Aufl. 1787, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html> 7;
- Kant, Metaphysik, 1797, AA** Kant, Immanuel,
Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VI, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant (Weischedel), Metaphysik, Anhang, 1797/1982** Kant, Immanuel,
Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Anhang erläuternde Bemerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. 4. Aufl. 1982, Band VIII
- Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA** Kant, Immanuel,
Handschriftlicher Nachlaß, Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. Band XIX, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Religion, 1793, AA** Kant, Immanuel,
Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 1793, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kargl, Friedenssicherung, ARSP 1996, 485 ff.** Kargl, Walter,
Friedenssicherung durch Strafrecht, in: ARSP 1996,485 ff.
- Kargl, Handlung, 1991** Kargl, Walter,
Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie, Schriften zum Strafrecht, Heft 86, 1991
- Kargl, Kritik, 1982** Kargl, Walter,
Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982
- Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014** Kaspar, Johannes,
Verhältnismäßigkeit und Präventionsstrafrecht, 2014
- Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983** Kaufmann, Armin,
Die Aufgabe des Strafrechts, 1983
- Kaufmann, Armin, Unrecht, 1974, 393 ff.** Kaufmann, Armin,
Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth, Günter / Kaufmann, Armin / Geilen, Gerd / Hirsch, Hans Joachim / Schreiber, Hans-Ludwig / Jakobs, Günther / Loos, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, 393 ff.
- Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982** Kaufmann, Arthur,
Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom

- Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff.**
Typus, 2. Aufl. 1982
Kaufmann, Arthur,
Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht,
Jura 1986, 225 ff.
- Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982**
Kaufmann, Arthur,
Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982
- Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889 ff.**
Kaufmann, Arthur,
Schuld und Prävention, in: Broda, Christian/ Deutsch, Erwin/
Schreiber, Hans-Ludwig/ Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Festschrift für
Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, 889 ff.
- Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976**
Kaufmann, Arthur,
Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische
Untersuchung, 1961; 2. Aufl. 1976
- Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425 ff.**
Kaufmann, Arthur,
Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay, in: Hirsch,
Hans Joachim/ Kaiser, Günther/ Marquardt, Helmut (Hrsg.),
Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 425 ff.
- Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff.**
Kaufmann, Hilde,
Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche
Schuldstrafrecht, in: Welzel, Hans/ Conrad, Hermann/ Kaufmann,
Armin/ Kaufmann, Hilde (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von
Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 418 ff.
- Keil, Willensfreiheit, 2017**
Keil, Geert,
Willensfreiheit, Grundthemen Philosophie, 3. Aufl., 2017
- Keil, Skizze, (EWE), 2007**
Keil, Geert,
Wir können auch anders. Skizze einer libertarischen Konzeption der
Willensfreiheit., Erwägen, Wissen, Ethik (EWE), Hauptartikel / Main
Article, (Précis des Buches „Willensfreiheit“, 2007, online
- Keller, W., Philosophie, 1954**
Keller, Wilhelm,
Psychologie und Philosophie des Willens, 1954
- Kelsen, Rechtslehre, 1960**
Kelsen, Hans,
Reine Rechtslehre mit einem Anhang: Das Problem der
Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960
- Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980**
Kerner, Hans-Jürgen,
Kriminalitätseinschätzung und innere Sicherheit, 1980
- Kett-Straub, Freiheitsstrafe, 2011**
Kett-Straub, Gabriele,
Die lebenslange Freiheitsstrafe – Legitimation, Praxis,
Strafrechtsaussetzung und besondere Schwere der Schuld, 2011,
- Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht, 2017**
Kett-Straub, Gabriele / Kudlich, Hans,
Sanktionenrecht, 2017
- Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 627 ff.**
Kindhäuser, Urs,
Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in:
Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander
Hollerbach zum 70. Geburtstag, Bohnert, Joachim/ Gramm, Christof/
Kindhäuser, Urs/ Rinken, Alfred/ Robbers, Gerhard (Hrsg.), 2001,
627 ff.
- Kindhäuser, Handlung, 1980**
Kindhäuser, Urs,
Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum
Verständnis von Handlung im Strafrecht, 1980
- Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff.**
Kindhäuser, Urs,
Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477 ff.
- Kindhäuser, Personalität, GA 1989,**
Kindhäuser, Urs,

- 493 ff. 132**
Kindhäuser, Strafrecht AT, 2015
Kindhäuser, Urs,
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 7. Aufl., 2015
- Kindhäuser, Strafrechtsgut, 1990, 29 ff.**
Kindhäuser, Urs,
Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Lüderssen, Klaus/ Nestler-Tremel, Cornelius/ Weigend, Ewa (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 29 ff.
- Klar, Moral, 2007**
Klar, Samuel,
Moral und Politik bei Kant, 2007
- Klemme, Erkennen, 2014, 79 ff.**
Klemme, Heiner F.,
Erkennen, Fühlen, Begehren – Selbstbesitz. Reflexionen über die Verbindung der Vermögen in Kants Lehre vom Kategorischen Imperativ, in: Römer, Inga, (Hrsg.), Affektivität und Ethik bei Kant und in der Phänomenologie, 2014, 79 ff.
- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011**
Kluge, Friedrich / Seebold, Elmar
Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Kluge, Friedrich, bearbeitet von Seebold, Elmar, 25. Aufl., 2011
- Knöpfel, Kausalität, Rth 1989, 342 ff.**
Knöpfel, Gottfried,
Nichtdeterminierte Kausalität als Schlüssel zur Freiheitsfrage, Rechtstheorie 20 (1989), 342 ff.
- Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff.**
Koch, Arnd,
Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813, in: Koch, Arnd /Kubiciel, Michael /Löhnig, Martin/ Pawlik, Michael, (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2014, 39 ff.
- Koch, H.-J.,
Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff.**
Koch, Hans-Joachim,
Deduktive Entscheidungsbegründung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, 39 ff.
- Kodalle, Thomas Hobbes, 1972**
Kodalle, Klaus Michael,
Thomas Hobbes – Logik der Herrschaft und Vernunft des Friedens, 1972
- Köhler, Fahrlässigkeit, 1982**
Köhler, Michael,
Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982
- Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 1989, 265 ff.**
Köhler, Michael,
Rezension zu Igor Primoratz, Banques Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986, ARSP 75 (1989), 265 ff.
- Köhler, Strafe, 1986**
Köhler, Michael,
Der Begriff der Strafe, 1986
- Köhler,
Strafrecht AT, 1997**
Köhler, Michael,
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997
- Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983**
Köhler, Michael,
Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung - erörtert am Problem der Generalprävention, 1983
- 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.

- Koriath, Grundlagen, 1994** Koriath, Heinz,
Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994
- Koriath, Streit, 2004, 49 ff.** Koriath, Heinz,
Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze, in:
Radtko, Henning / Müller, Egon / Britz, Guido / Koriath, Heinz /
Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein?: Kolloquium zum 60.
Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung, 2004, 49 ff.
- Körner / Patzak / Volkmer, BtMG, 2016** Körner, Harald Hans / Patzak, Jörn / Volkmer, Mathias,
Betäubungsmittelgesetz: BtMG, 8. Aufl., 2016
- Kornwachs/ Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff.** Kornwachs, Klaus / Wehrt, Hartmut,
Einleitung, in: Kornwachs, Klaus (Hrsg.), Offenheit - Zeitlichkeit -
Komplexität, 1984, 8 ff.
- Kremkus, Strafe, 1999** Kremkus, Andreas,
Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes, 1999)
- Krey/Esser, Strafrecht AT, 2016** Krey, Volker / Esser, Robert,
Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016
- Krüger, Hirn, 2007, 61 ff.** Krüger, Hans-Peter,
Das Hirn im Kontext exzentrischer Positionierungen. Zur
philosophischen Herausforderung der neurobiologischen
Hirnforschung, in Krüger, Hans-Peter (Hrsg.), Hirn als Subjekt?
Philosophische Grenzfragen der Neurobiologie, 2007, 61 ff.
- Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff.** Krümpelmann, Justus,
Die strafrechtliche Beurteilung der sog. Affekttaten, in: Saß, Henning
(Hrsg.): Affektdelikte, 1993, 18 ff.
- Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff.** Krümpelmann, Justus,
Motivation und Handlung im Affekt, in: Strathenwert, Günther/
Kaufmann, Armin (Hrsg.): Festschrift für Hans Welzel, 1974, 327 ff.
- Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 1976, 6 ff. 255** Krümpelmann, Justus,
Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldunfähigkeit durch
das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88
(1976), 6 ff.
- Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff.** Krümpelmann, Justus,
Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs,
GA 1983, 337 ff.
- Kube, Kriminalprävention, 1987** Kube, Edwin,
Systematische Kriminalprävention. Ein strategisches Konzept mit
praktischen Beispielen, 1987
- Kublink, Strafen, 2002** Kublink, Michael,
Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002
- Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013** Kristian Kühl,
Große Strafrechtsphilosophen, 2013
- Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff.** Kühne, Hans Heiner,
Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche
Herausforderungen. Eine Einführung, in: Kühne, Hans Heiner/
Miyazawa, Koichi (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue
gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland,
2000, 9 ff.
- Küpper, Grenzen, 1990** Küpper, Georg,
Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990
- Küpper, Strafen, 2003, 53 ff.** Küpper, Georg,
Richtiges Strafen: Fragestellungen zwischen Strafrechtsdogmatik und
Rechtsphilosophie, Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of

- Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990** Law and Ethics, Vol. 11, Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie / Criminal Law and Legal Philosophy, 2003, 53 ff.
Küpper, Georg,
Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990
- Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977** Kuhlen, Lothar,
Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977
- Kuhlmann, Letztbegründung, 1985** Kuhlmann, Wolfgang,
Reflexive Letztbegründung. Untersuchung zur Transzendentalpragmatik, 1985
- Kunz, Kulturgebundenheit, 2012, 145 ff.** Kunz, Karl-Ludwig,
Die Kulturgebundenheit des Strafrechts und seine Übertragbarkeit in fremde Rechtskreise, in: Streng, Franz/Kett-Straub, Gabriele (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich. Beiträge zur Evaluation deutschen »Strafrechtsexports« als »Strafrechtsimport«, 2012, 145 ff.
- Kunz, Strafe, 2004, 71 ff.** Kunz, Karl-Ludwig,
Muss Strafe sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus, in: Radtke, Henning/Müller, Egon/ Britz, Guido/ Koriath, Heinz/ Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung, 2004, 71 ff.
- Kunz, Vorbeugen, 1987** Kunz, Karl-Ludwig.
Vorbeugen statt verfolgen: Polizeiliche Prävention von Kriminalität: ein Konzept mit Zukunft?, 1987
- Lackner, Prävention, 1985, 245 ff.** Lackner, Karl,
Prävention und Schuldunfähigkeit, in: Gössel, Karl Heinz/ Kaufmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, 1985, 245 ff.
- Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 2014** Lackner, Karl/ Kühl, Christian,
StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 28., neu bearbeitete Aufl. 2014
- 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
- Lampe, Gleichstellung, ZStW, 1967, 476 ff.** Lampe, Ernst Joachim,
Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 (1967), 476 ff.
- Lampe, Strafrechtsphilosophie, 1999** Lampe, Ernst Joachim,
Strafrechtsphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit, 1999
- Lampe, Unrecht, 1992, 21 ff.** Lampe, Ernst Joachim,
Unrecht und Schuld, Sühne und Reue, in: Arzt, Gunther/Fezer, Gerhard/ Weber, Ulrich/ Schlüchter, Ellen/ Röstner, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 1992, 21 ff.
- Larenz, Methodenlehre, 1991** Larenz, Karl,
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
- Larenz, Recht, 1979** Larenz, Karl,
Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979
- Laubenthal, Strafvollzug, 2015** Laubenthal, Klaus,
Strafvollzug, 7. Aufl., 2015
- Laun, Satz, 1956** Laun, Rudolf,

- Lecheler, Unrecht, 1994** Der Satz vom Grunde, 2. Aufl. 1956
Lecheler, Helmut,
Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur „Radbruchschen Formel“, 1994
- Leder, Person, 1999** Leder, Matthias,
Was heißt es, eine Person zu sein?, 1999
- Leenen, Typus, 1971** Leenen, Detlef,
Typus und Rechtsfindung, 1971
- Leisner, Volk, 2005** Leisner, Walter,
Das Volk. Realer oder fiktiver Souverän?, 2005
- Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff.** Lenckner, Theodor,
Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Göppinger, Hans/ Witter, Hermann (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, 1972, 3 ff.
- Lenckner/Schnittenehm, Gründe, 1989, 17 ff.** Lenckner, Theodor/Schnittenehm, Ulrike,
Gründe und Grundlagen des strafrechtlichen Verbots. Prinzipien der Kriminalisierung, Strafwürdigkeit und Straftauglichkeit, in: Eser, Albin/ Kaiser, Günther (Hrsg.), Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Kriminalisierung, Strafrechtliches Verbot, Rechtsbewußtsein, Öffentlichkeit des Strafverfahrens, 1989, 17 ff.
- Lenk, Vielfachwesen. 2010** Lenk, Hans,
Das flexible Vielfachwesen. Einführung in die moderne philosophische Anthropologie zwischen Bio-, Techno- und Kulturwissenschaften, 2010
- Lersch, Aufbau, 1970** Lersch, Philipp,
Aufbau der Person, 11. Aufl. ,1970
- Lesch, Verbrechensbegriff, 1999** Lesch, Heiko Hartmut,
Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision, 1999
- Libet, Mind, 2004/ 2007** Libet, Benjamin,
Mind Time, Wie das Gehirn Bewusstsein produziert, 2004/ 2007
- Liszt, Aufgaben, 1905** Liszt, Franz von,
Aufgaben und Methoden der Strafrechtswissenschaft. in: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Nr. 25, Zweiter Band, 1892-1904, 1905
- Liszt, Einfluss, 1905** Liszt, Franz von,
Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: Aufsätze und Vorträge, Band 2, 1905, 75 ff. (Nachdruck 1970)
- Liszt, Lehrbuch, 1919** Liszt, Franz von,
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1896; 9. Aufl. 1899; 10. Aufl. 1900; 12./13. Aufl. 1903; 21./22. Aufl., 1919
- Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927** Liszt, Franz von,
Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band 1. Einleitung und Allgemeiner Teil, Schmidt, Eberhard (Hrsg), 25. Aufl. 1927
- Liszt, Zweckgedanke, ZStW 1883, 1 ff.** Liszt, Franz von,
Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3, (1883), 1 ff.
- LK Jescheck, Strafgesetzbuch, 1994** Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch,
Jescheck in: Großkommentar, Jescheck, Hans-Heinrich/ Ruß, Wolfgang/ Willms, Günther (Hrsg); Band 1 (§§ 1-31), 11. Aufl. 1994
- Locke (Euchner/Hoffmann, H.),** Locke, John,

- Abhandlungen, 1690/1967** Zwei Abhandlungen über die Regierung, Euchner, Walter (Hrsg.), Hoffmann, Hans J. (Übrs.), 1967
- Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006** Locke, John,
Ein Versuch über den menschlichen Verstand
(An essay concerning human understanding), 1690, Meiner Verlag, 2006
- Locke (Laslet), Second Treatise, 1690/1993** Locke, John,
The Second Treatise of Government, in: Two Treatises of Government, Ed. with an introduction and notes by Laslett, Peter, 1993
- Löffler, Schuldformen, 1895** Löffler, Alexander,
Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer und dogmatischer Darstellung, 1895
- Loos, Grenzen, 1980, 261 ff.** Loos, Fritz,
Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, 261 ff.
- Lotter, Scham, 2012** Lotter, Maria-Sibylla, "
Scham, Schuld, Verantwortung - Über die kulturellen Grundlagen der Moral", 2012
- Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13, 1963, 79 ff.** Lucas, J.R.,
The Philosophy of the Reasonable Man, The Philosophical quarterly Vol 13, 1963, 97 ff.
- Lüderssen, Abschaffen, 1995** Lüderssen, Klaus,
Abschaffen des Strafens?, 1995
- Lüderssen, Kriminologie, 1984** Lüderssen, Klaus,
Kriminologie. Einführung in die Probleme, 1984
- Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff.** Lüderssen, Klaus,
Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk, in: ders. (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?, Band I: Legitimationen, 1998, 25 ff.
- Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff.** Luf, Gerhard,
Menschenwürde als Rechtsbegriff. Überlegungen zum Kant-Verständnis in der neuen deutschen Grundrechtstheorie, in: Zaczyk, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 307 ff.
- Luhmann, Gesellschaft, 1997** Luhmann, Niklas,
Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.
- Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff.** Luhmann, Niklas,
Positivität und Selbstbestimmtheit des Rechts, Rechtstheorie 1988, 11 ff.
- Luhmann, Recht, 1995** Luhmann, Niklas,
Das Recht der Gesellschaft, 1995
- Luhmann, Rechtssoziologie, 1972/2008** Luhmann, Niklas,
Rechtssoziologie (1972), 4. Aufl., 2008
- Luhmann, Systeme, 1994** Luhmann, Niklas,
Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, 5. Aufl. 1994
- Luhmann, Vertrauen, 2000** Luhmann, Niklas,
Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 2000
- Mährlein, Volksgeist, 2000** Mährlein, Christoph,

- Volksgeist und Recht. Hegels Philosophie der Einheit und ihre Bedeutung in der Rechtswissenschaft, 2000
- Maihofer, Handlungsbegriff, 1953** Maihofer, Werner,
Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953
- Maihofer, Naturrecht, 1963** Maihofer, Werner,
Naturrecht als Existenzrecht, 1963
- Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff.** Maihofer, Werner,
Europäisches rechtsdenken heute, in: Horn, Norbert (Hrsg.),
Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart,
Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, 1982, 579 ff.
- Maihofer, Sinn, 1956** Maihofer, Werner,
Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956
- Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 1961, 156 ff.** Maihofer, Werner,
Der soziale Handlungsbegriff, in: Bockelmann, Paul/ Gallas,
Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.
Geburtstag, 1961, 156 ff.
- Maihold, Sündenstrafe, 2008** Maihold, Harald,
Sündenstrafe und ethischer Tadel – Die Entwicklung des modernen
Strafrechts in der Spanischen Naturrechtslehre, 2008
- Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff.** Maiwald, Manfred,
Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht, in: Eser,
Albin/Peron, Walter (Hrsg.): Rechtfertigung und Entschuldigung,
Band III, 1991, 165 ff.
- Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff.** Maiwald, Manfred,
Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, in: Küper, Wilfried
i.V.m. Puppe, Ingeborg/ Tenkhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl
Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, 147 ff.
- Markowitsch/Siefer, Tatort, 2007** Markowitsch, Hans J. / Siefer, Werner,
Tatort Gehirn: Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens,
2007
- Martins, Strafrecht, ZIS, 2014, 514 ff.** Martins, Antonio,
Ein nachmetaphysisches Strafrecht? Gedanken zum retributiven
Charakter der Strafe, Zeitschrift für Internationale
Strafrechtsdogmatik, 2014, 514 ff.
- Maruna/Copes, Decades, 2005, 221 ff.** Maruna, Shadd/ Copes, Heith,
What Have We Learned in Five Decades of Neutralization
Research?, in: Crime and Justice, Vol. 32, 2005, 221 ff.
- Marx, M., Definition, 1972** Marx, Michael,
Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972
- Marxen, Kampf, 1975** Marxen, Klaus,
Der Kampf gegen das liberale Strafrecht: eine Studie zum
Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und
dreissiger Jahre, 1975
- Marxen, Verhältnis, 2002, 77 ff.** Marxen, Klaus,
Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit in: Marxen,
Klaus/Werle, Gerhard (Hrsg.) Strafjustiz und DDR-Unrecht.
Dokumentation, Band 3: Amtsmissbrauch und Korruption, Berlin
2002, 77 ff.
- Mathiesen, Gefängnislogik, 1989** Mathiesen, Thomas,
Gefängnislogik. Über alte und neue Rechtfertigungsversuche
(übersetzt aus dem Norwegischen von Pappendorf, Knut/ Hagemann,
Otmar), 1989

- Maurach, Wesen, 1960, 26 ff.** Maurach, Reinhart,
Vom Wesen und Zweck der Strafe, in: Freudenfeld, Burghard (Hrsg.), Schuld und Sühne. Dreizehn Vorträge über den deutschen Strafprozeß, 1960, 26 ff.
- Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 2014** Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz,
Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch, 8. Aufl. 2014
- Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992** Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz,
Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch, 8. Aufl. 1992
- Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff.** Mayer, Hellmuth,
Kant, Hegel und das Strafrecht, in: Bockelmann, Paul/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 54 ff.
- Mayer, H., Strafrecht AT, 1967** Mayer, Hellmuth,
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1967
- Mayer, H., Vorbemerkungen, 1963, 137 ff.** Mayer, Hellmuth,
Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Welzel, Hans/ Conrad, Hermann/ Kaufmann, Armin/ Kaufmann, Hilde (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 137 ff.
- Mayer, M. E., Strafrecht, 1915** Mayer, Max Ernst,
Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915
- Mayer-Maly, Gedanken, 1985** Mayer-Maly, Theo,
Gedanken über das Recht, 1985
- Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975** Mayer-Tasch, Peter Cornelius,
Die Verfassungen der nicht-kommunistischen Staaten Europas, 1975
- Meier, B.-D., Sanktionen, 2014** Meier, Bernd-Dieter,
Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl, 2014
- Meier, Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff.** Meier, Bernd-Dieter,
Nachtatverhalten und Strafzumessung, GA 2015, 443 ff.
- Merkel, Willensfreiheit, 2014** Merkel, Reinhard,
Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2., um ein aktuelles Vorwort ergänzte Auflage, 2014
- Merle, Strafen, 2007** Merle, Jean-Christophe,
Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Kritik am Retributionismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus, 2007
- Mertens, Wollen, 2014, 227 ff.** Mertens, Karl,
Plurales, kollektives und institutionelles Wollen, in: Karl Mertens/Jörn Müller (Hrsg.), Die Dimension des Sozialen. Neue philosophische Zugänge zu Fühlen, Wollen und Handeln, 2014, 227 ff.
- Metzinger, Ego-Tunnel, 2009** Metzinger, Thomas,
Der Ego-Tunnel. Eine neue Philosophie des Selbst: Von der Hirnforschung zur Bewusstseinsethik. Thomas Metzinger / Thorsten Schmidt (Übers. aus dem Englischen), 2009
- Mezger, Straftat, ZStW 1945, 675 ff.** Mezger, Edmund,
Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1945), 675 ff.
- Mill, Liberty, 1859** Mill, John Stuart,
On Liberty (1859), Rapaport, Elizabeth (ed.), 9th edition, 1988
- Mir, Schuldbegriff, ZStW 1996, 9 ff. 252** Mir Puig, Santiago,
Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in: Schünemann, Bernd/

- de Figueiredo Dias, Jorge (Herausgeber), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposion für Claus Roxin, 1995, 35 ff.
- Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899 (1961)**
Mommsen, Theodor,
Römisches Strafrecht, 1899 (Nachdruck 1961)
- Momsen / Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff.**
Momsen, Carsten / Rackow, Peter,
Die Straftheorien, JA 2004, 336 ff.
- Momsen Überlegungen, 2007, 569 ff. 168**
Momsen, Carsten,
Überlegungen zu einem zweckrationalen Schuldbegriff, in: Festschrift für Heike Jung, 2007, 569 ff.
- Montenbruck, Abwägung, 1989**
Montenbruck, Axel,
Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine und für mehrere Taten, Schriften zum Strafrecht, Heft 83, 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, Menschenwürde-Idee, 2016**
Montenbruck, Axel,
Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen, 2. erweiterte Aufl., 2016, open access der Freien Universität Berlin, auch gedruckt
- Montenbruck, Mittelwelt, Zivilreligion IV, 2014/2018**
Montenbruck, Axel,
Mittelwelt und Drei-Drittel-Mensch. Sozialreale Dehumanisierung und Zivilisierung als synthetischer Pragmatismus. Schriftenreihe: Zivilreligion. Eine Rechts- als Kulturphilosophie, Band IV Ganzheitlicher Überbau, 3. Aufl., 2014, open access der Freien Universität Berlin, Sonderdruck 2018
- 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, Band I: Grundlegung, 5. Aufl., 2015, open access der Freien Universität Berlin, auch gedruckt
- Montenbruck, Strafrechtsphilosophie, 2010**
Axel Montenbruck, Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht, 2. Auflage 2010, open access der Freien Universität Berlin
- Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976**
Montenbruck, Axel,
Wahlfeststellung und Werttypus in Strafrecht und Strafprozeßrecht. Entwicklung und Erprobung eines neuen Erklärungsmodells, 1976
- Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016**
Montenbruck, Axel
Weltliche Zivilreligion. Idee und Diskussion, Ethik und Recht, Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie, Band III: Normativer Überbau. 3., erneut erheblich erweiterte Auflage, 2016, open access der Freien Universität Berlin, 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 Fachbereichs

- Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff.** Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, in: Montenbruck, Axel (Hrsg.), Fachbereichsfestschrift Sommersemester 1995, 13 ff.
Montenbruck, Axel,
Zeit als Strafzeit - Anthropologische Zeitstufen, in: Schmoller, Kurt (Hrsg.): Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 649 ff.
- Montenbruck, Zivile Versöhnung, Zivilreligion II, 2016** Montenbruck, Axel,
Zivile Versöhnung, Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität - aus juristischen Perspektiven, Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie, Band II: Normative Überbau, 5. Aufl., 2016, open access der Freien Universität Berlin, auch gedruckt
- Montenbruck, Zivilisation, 2010** Montenbruck, Axel,
Zivilisation. Staat und Mensch, Gewalt und Recht, Kultur und Natur, open access der Freien Universität Berlin, 2. Aufl. 2010, auch gedruckt
- Montesquieu, Geist, 1950** Montesquieu, Charles de,
Vom Geist der Gesetze (De l'esprit des lois) Eine Auswahl, übersetzt von Friedrich August Freiherr von der Heydte, 1950
- Morgenstern, Recht, Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff.** Morgenstern, Christine,
Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa. Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff.
- Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff.** Morgenstern, Christine,
Was sind eigentlich „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Strafen? Einige Überlegungen zur europäischen Kriminalpolitik und zur Rolle der Kriminologie, in: Frank Neubacher, Frank/ Bögelein, Nicole (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, 103 ff.
- Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff.** Mosbacher, Andreas,
Kants präventive Straftheorie, ARSP 90 (2004), 210 ff.
- Mü-Ko Bearbeiter, 2017** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB,
Bearbeiter Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus, (Hrsg.), Bandredakteur: Heintschel-Heinegg, Bernd von, Band 1: §§ 1-37, 3. Aufl., 2017
- Müller, A., Verhältnis, 1996** Müller, Andreas,
Das Verhältnis von rechtlicher Freiheit und sittlicher Autonomie in Kants Metaphysik der Sitten, 1996
- Müller, H., Generalprävention, 1984** Müller, Helga,
Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert. Von P.J.A. Feuerbach bis Franz von Liszt, 1984
- Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff.** Müller-Dietz, Heinz,
Absehen von Strafe (§ 60 StGB n.F.) Dogmatische und kriminalpolitische Probleme einer neuen Rechtsfigur, in: Warda, Günter/ Waider, Heribert/v. Hippel, Reinhard/Meurer, Dieter, Festschrift für Richard Lang zum 70. Geburtstag, 1976, S. 303 ff.
- Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff.** Müller-Dietz, Heinz,
Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 2. Halbband, 1985, 813 ff.
- Müller-Dietz, Marburger Programm, ZStW 1982, 599 ff.** Müller-Dietz, Heinz,
Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzuges, ZStW 94, (1982), 599 ff.

- Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986** Müller-Dietz, Heinz,
Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968
- Müller-Dietz, Verbrechensschaden, GA 1983, 481 ff.** Müller-Dietz, Heinz,
Vom intellektuellen Verbrechensschaden. Eine nicht nur historische Reminiszenz, GA 1983, 481 ff.
- Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985** Müller-Tuckfeld, Jens Christian,
Integrationsprävention, Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998
- Müller-Tuckfeld, Strafrecht, 2000, 263 ff.** Müller-Tuckfeld, Jens Christian,
Expressionistische Strafrecht, in: Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang (Hrsg.), Soziale Ungleichheit, Kriminalität und Kriminalisierung, 2000, 263 ff.
- Münch/Kunig, Bearbeiter, Grundgesetz, 2012** Münch, Ingo von/ Kunig, Philip et al.
Grundgesetz-Kommentar: GG, 6. Aufl. 2012
- Murmann, Grundkurs, 2015** Murmann, Uwe,
Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil Tötungsdelikte Körperverletzungsdelikte, 3. Aufl. 2015
- Murray, Euripides, 1913** Murray, George Gilbert Aimé,
Euripides and his age, 1913
- Nagel, View, 1986** Nagel, Thomas,
The View from Nowhere, 1986
- Naucke, Kant, 1962** Naucke, Wolfgang,
Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962
- Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 1982, 525 ff.** Naucke, Wolfgang,
Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525 ff.
- Naucke, Notizen, 1998, 361 ff.** Naucke, Wolfgang,
Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts, in: Zaczek, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 361 ff.
- Naucke, Strafrecht, 1995** Naucke, Wolfgang,
Strafrecht - Eine Einführung; 7. Aufl. 1995
- Neubacher, Kriminologie, 2017** Neubacher, Frank,
Kriminologie, 3. Aufl., 2017
- Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff.** Neufelder, Martin,
Schuldbegriff und Verfassung, GA 1974, 289 ff.
- Neumann, Kritik, 1998, 147 ff.** Neumann, Ulfrid, Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andreas von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 147 ff.
- Neumann, Entwicklungen, ZStW 1987, 567 ff.** Neumann, Ulfried,
Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), 567 ff.
- Neumann / Schroth, Theorien, 1980** Neumann, Ulfrid / Schroth, Ulrich,
Neuere Theorien der Kriminalität und Strafe, 1980
- Neuß, Strafzweck, 2001** Neuß, Frank,
Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen. Ein unaufgelöster Konflikt, 2001 (zugl. Diss. Trier 2001)
- 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 (Humanprojekt), 2012, 9 ff.
- Nietzsche (Schlechta), Genealogie,** Nietzsche, Friedrich,

- 1887/1977, 761 ff.** Zur Genealogie der Moral, 1887, in: Schlechta, Karl (Hrsg.), Friedrich Nietzsche. Werke in drei Bänden, Band 2, 8. Aufl. 1977, 761 ff.
- Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971** Nietzsche, Friedrich, Morgenröthe. Nachgelassene Fragmente. Anfang 1880 bis Frühjahr 1881. Werke. Kritische Gesamtausgabe, Colli, Giorgio/ Montinari, Mazzino (Hrsg.), 1971
- Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999** Nietzsche, Friedrich, Die fröhliche Wissenschaft, ergänzt 1887, 7. Aufl. 1999 (Tb-Ausgabe)
- Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff.** Niggli, Marcel Alexander, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: Forum Strafverteidigung. 2014, 13 ff.
- Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14** Niggli, Marcel Alexander, Strafrecht: Von der Repression zur Prävention, plädoyer 2/14
- Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff.** Nipperdey, Hans Carl, Die Würde des Menschen, in: Neumann, Franz/ Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 2, 2. Aufl. 1968, 1 ff.
- NK StGB, Bearbeiter, 2017** Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.) Strafgesetzbuch, Nomos-Kommentar, 5. Aufl., 2017
- Noll, Begründung, 1962** Noll, Peter, Die ethische Begründung der Strafe, Recht und Staat, Heft 244, 1962
- Noll, Schuld, 1966, 219 ff.** Noll, Peter, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Geerds, Friedrich/ Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965; 1966, 219 ff.
- Oberer, Begründungsaspekte, 1982, 399 ff.** Oberer, Hariolf, Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, in: Brand, Reinhard (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, 399 ff.
- Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff.** Oelmüller, Willi, Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff. Einige philosophische Überlegungen, in: Baumgartner, Michael/ Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns, 1983, 9 ff.
- Oeser/Seitelberger, Gehirn, 1988** Oeser, Erhard / Seitelberger, Franz, Gehirn, Bewußtsein und Erkenntnis, 1988
- Otto, Generalprävention, 1982** Otto, Harro, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982
- Otto, Grundkurs, 2004** Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004
- Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff.** Otto, Harro, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Schroeder, Friedrich-Christian/ Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, 91 ff.
- Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff.** Otto, Harro, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.): Strafrechtsdogmatik, 1971, 1 ff.

- Otto, Unrecht, ZStW 1975, 540 ff.** Otto, Harro,
Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 540 ff.
- Paeffgen, Rechtsgut, 2013, 125 ff** Paeffgen, Hans-Ullrich,
Das „Rechtsgut“ - ein obsoleter Begriff?, in: Zöller, Mark A. / Hilger, Hans / Küper, Wilfried / Roxin, Claus (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 125 ff.
- Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff.** Paliero, Carlo Enrico,
Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/ Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 75 ff.
- Pauen, Freiheit, AZP 2001, 23 ff.** Pauen, Michael,
Freiheit und Verantwortung. Wille, Determinismus und der Begriff der Person, Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 26 (2001), Heft 1, 23 ff.
- Pauen/Roth, Freiheit, 2008** Pauen, Michael/ Roth, Gerhard,
Freiheit, Schuld und Verantwortung
Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, 2008
- Pawlik, Buchrezension, ZIS, 2011, 761 f.** Pawlik, Michael,
Buchrezension: Stübinger, Das „idealisierte“ Strafrecht; Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, ZIS, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2011, 761 f.
- Pawlik, Hassemer, 2009, 1 f.** Pawlik, Michael,
Winfried Hassemer: Warum Strafe sein muss: Zahn um Zahn, 2009, 1 f. FAZ- online, aktualisiert am 21.06.2009-14
- Pawlik, Person, 2004** Pawlik, Pawlik, M. (2012). Das Unrecht des Bürgers.
Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe, 2004
- Pawlik, Unrecht, 2012.** Pawlik, Michael,
Das Unrecht des Bürgers, 2012.
- Piaget, Urteil, 1983** Piaget, Jean,
Das moralische Urteil beim Kinde (Le jugement moral chez l'enfant), 1929, deutsch 1973; 2. Aufl. 1983
- Pitz, Verfassungslehre, 2006** Pitz, Ernst,
Verfassungslehre und Einführung in die deutsche Verfassungsgeschichte des Mittelalters, 2006
- Plack, Plädoyer, 1974** Plack, Arno,
Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974
- 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** Platon, Protagoras,
in: Eigler, Gunther (Hrsg.), Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII–XII), Sonderausgabe 1990, 83 ff.
- Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff.** Pothast, Ulrich,
Das Rechtfertigungselement Freiheit: Bleibende Schwächen, in: Lüderssen, Klaus (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?, Band I: Legitimationen, 1998, 135 ff.
- Pothast, Unzulänglichkeit, 1987** Pothast, Ulrich,
Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise. Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte aus Philosophie und Recht, 1980, 1987

- (Tb.)
- Prigogine, Sein, 1988** Prigogine, Ilya,
Vom Sein zum Werden. Zeit und Komplexität in den
Naturwissenschaften, 1988
- Primoratz, Banquo, 1986** Primoratz, Igor,
Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986
- Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff.** Prinz, Wolfgang,
Freiheit oder Wissenschaft? in: M. von Cranach/K. Foppa (Hrsg.),
Freiheit des Entscheidens und Handelns, Heidelberg 1996, 86 ff.
- Prinz, Mensch , 2003, 18 ff.** Prinz, Wolfgang,
Der Mensch ist nicht frei, Das Magazin (Wissenschaftszentrum
Nordrhein-Westfalen), 2003 Nr. 2, 18 ff.
- Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff.** Prittwitz, Cornelius,
Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem
Strafrecht, in: Prittwitz, Cornelius/ Manoledakis, Ioannis, Strafrecht
und Menschenwürde, 1995, 19 ff.
- Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390
ff.** Prittwitz, Cornelius,
Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht
strafrechtliche Prohibition?, ZStW 2017, 390 ff.
- Pufendorf, jure naturae, 1672** Pufendorf, Samuel,
De jure naturae et gentium, libri octo, 1672
- Puppe, Erfolg, ZStW 1980, 863 ff.** Puppe, Ingeborg,
Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92
(1980), 863 ff.
- Radbruch, Handlungsbegriff, 1904** Radbruch, Gustav,
Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,
1904
- Radbruch, Rechtsphilosophie,
1932/2003** Radbruch, Gustav,
Rechtsphilosophie, Dreier, Ralf / Paulson, Stanley L. (Hrsg.), 2.
Aufl. 2003
- Radbruch/Gewinner, Geschichte,
1991** Radbruch, Gustav / Gewinner, Heinrich,
Geschichte des Verbrechens, 1991
- Raiser, Recht, 1999** Raiser, Thomas,
Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl., 1999
- Radbruch, Unrecht, 1946, 105 ff.** Radbruch, Gustav,
Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche
Juristenzeitung 1946, 105 ff.
- Rath, Rechtfertigungselement, 2002** Rath, Jürgen,
Das subjektive Rechtfertigungselement, Zur kriminalrechtlichen
Relevanz eines subjektiven Elements in der Ebene des
Unrechtsausschlusses — auf der Grundlage einer Rechtsphilosophie
im normativen Horizont des Seins. Eine rechtsphilosophisch-
kriminalrechtliche Untersuchung, 2002
- Rauch, Schuldfähigkeit, 1993, 200 ff.** Rauch, Hans-Joachim,
Über die Schuldfähigkeit von Affekttätern, in: Saß, Henning (Hrsg.):
Affektdelikte, 1993, 200 ff.
- Regge, Kriminalstrafe, 1989** Regge, Jürgen,
Die Kriminalstrafe in den deutschen Rechten des 17. und 19.
Jahrhunderts. Deutscher Generalbericht für die Tagung der Société
Jean Bodin in Barcelona 1987 zum Thema "La Peine", in: Recueils
de la Société Jean Bodin, Bd. LVII, 1989, Generalbericht (C. 7).
- Rengier, Strafrecht AT, 2017** Rengier, Rudolf,

- Renzikowski, Dimensionen, 2015, 210 ff**
Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2017
Renzikowski, Joachim,
Dimensionen der Straftat: Täter - Opfer - Gesellschaft, in: Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs, Festschrift für Armin Höland, 2015, 210 ff.
- Renzikowski, Notstandslehre, 2012, 339 ff.**
Renzikowski, Joachim,
Fichtes Notstandslehre und ihre Rezeption in der deutschen Strafrechtswissenschaft, in: Stolzenberg, Jürgen /Rudolph, Oliver-Pierre (Hrsg.), Wissen, Freiheit, Geschichte. Die Philosophie Fichtes im 19. und 20. Jahrhundert, Band II, Fichte-Studien 36, 2012, 339 ff.
- Rethmann, Nutzen, Rth 2000, 113 ff.**
Rethmann, Albert Peter,
Der umstrittene Nutzen der Strafe, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff.
- Röhl, Rechtslehre, 1995**
Röhl, Klaus Friedrich,
Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 1995
- Röhl/ Röhl, Rechtslehre, 2008**
Röhl, Klaus Friedrich / Röhl, Hans Christian,
Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 2008
- Rönnau, Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 ff.**
Rönnau, Thomas,
Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 ff.
- Rogall, Strafe, 1997, 236 ff.**
Rogall, Klaus,
Strafe als Mittel der Abschreckung, in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), Mit Strafen leben?, 1997, 236 ff.
- Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff.**
Rogall, Klaus,
Justizmord? Todesstrafe im Strafrecht, in: Boulanger, Christian / Heyes, Vera / Hanfling, Philip (Hrsg.), Zur Aktualität der Todesstrafe, 2. Aufl., 2002, 45 ff.
- Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338 ff**
Rosenau, Henning,
Europäische Rechtspolitik zur Abschaffung der Todesstrafe, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2006, 338 ff.
- Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff.**
Roskies, Adina L.,
How Does Neuroscience Affect Our Conception of Volition? Vol. 33, 2010, 109 ff.
- Roth, Gehirn, 1992, 277 ff.**
Roth, Gerhard,
Das konstruktive Gehirn: Neurobiologische Grundlagen von Wahrnehmung und Erkenntnis, in Schmidt, S.J. (Hrsg.). Kognition und Gesellschaft. Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus, Bd. 2., 1992, 277 ff.
- Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff.**
Roth, Gerhard,
Gewaltstraftäter – böse oder psychisch kranke Menschen, in: Roth/Hubig/Bamberger (Hrsg.), Schuld und Strafe, 2012, 89 ff.
- Roth, Mensch, 1993, 55 ff.**
Roth, Gerhard,
Ist der Mensch in der Natur etwas Besonderes? Versuch einer Antwort aus der Sicht der Hirnforschung, in: Landeshauptstadt Stuttgart, Kulturstadt (Hrsg.), Wilke, Joachim (Red.), Zum Naturbegriff der Gegenwart, Kongreßdokumentation, zum Projekt „Natur im Kopf“, Band 1, 1993, 55 ff.
- Rothacker, Schichten, 1952**
Rothacker, Erich,
Die Schichten der Persönlichkeit, 5. Aufl. 1952
- Rousseau, Ursprung, 1762**
Rousseau, Jean-Jacques,
Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen in Rousseau (1762), Deutsch von Veighand, 3. Aufl., 1974
- Roxin, Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff.**
Roxin, Claus,
Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium, GA 2015, 489 ff.

- Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.** Roxin, Claus,
Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und
Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Kaufmann, Arthur/ Bemmann,
Günter/ Krauss, Detlef/ Volk, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Paul
Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978; 1979, 279
ff.
- Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff.** Roxin, Claus,
Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen,
JA 1980, 545 ff.
- Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff.** Roxin, Claus,
Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in:
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.),
Festschrift für Richard M. Honig; Göttinger Rechtswissenschaftliche
Studien, Band 77, 1970, 133 ff.
- Roxin, Offene Tatbestände, 1959** Roxin, Claus,
Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959
- Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff.** Roxin, Claus,
Prävention, Tadel und Verantwortung – Zur neuesten
Strafzweckdiskussion
GA 2015, 185 ff.
- Roxin, Schuld, 1974, 171 ff.** Roxin, Claus,
"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche
Systemkategorien, in: Roxin, Claus i.V.m. Bruns, Hans-Jürgen /
Jäger, Herbert (Hrsg.), Grundfragen der gesamten
Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70.
Geburtstag am 12. September 1973; 1974, 171 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, Schuldstrafrecht, ZStW 1984, 641 ff.** Roxin, Claus,
Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641 ff.
- Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff.** Roxin, Claus,
Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ff.
- Roxin, Strafrecht AT I, 2006** Roxin, Claus,
Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der
Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006
- Roxin, Strafrecht AT II, 2003** Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen
der Straftat
- Roxin, Überlegungen, MoKrim, 1973, 316 ff.** Roxin, Claus,
Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MoKrim,
Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1973 (56) 316
ff.
- Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff.** Rudolphi, Hans-Joachim,
Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Juristische
Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.): Festschrift
für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag; Göttinger
Rechtswissenschaftliche Studien, Band 77, 1970, 151 ff.
- Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969** Rudolphi, Hans-Joachim,
Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des
Verbotsirrtums, 1969

- Sachs, C., Moral, 2015**
Sachs, Caspar,
Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff, 2015
- Samson, Kausalverläufe, 1972**
Samson, Erich,
Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, 1972
- Sander, Grenzen, 2007**
Sander, Lisa Kathrin,
Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht: eine Kritik der Präventionsdoktrin aus strafrechtsgeschichtlicher und empirischer Perspektive, 2007
- Sauer, Gerechtigkeit, 1959**
Sauer, Wilhelm,
Die Gerechtigkeit. Wesen und Bedeutung im Leben der Menschen und Völker. 1959
- Sauter, Willensfreiheit, 2013**
Sauter, Elmar,
Willensfreiheit und deterministisches Chaos, 2013
- Schäfer, Grundlagen, 1989**
Schäfer, Helmut M.,
Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989
- Schall, Suche, 1990, 339 ff.**
Schall, Hero,
Auf der Suche nach strafrechtlichen Modifikationen und Alternativen, in: Dokumentation der 13. Bundestagung der Deutschen Bewährungshilfe e.V. (DBH), 18. - 21. September 1988 in Marburg, 1990, 339 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/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 123 ff.
- Scheler, Formalismus, 1913/ 1916**
Scheler, Max,
Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 1913/16, 4. Aufl. 1954
- Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff.**
Schiemann, Anja,
Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte?, ZJS, Zeitschrift für das Juristische Studium 6/2012, 774 ff.
- Schild, W., Aktualität, 1979, 199 ff.**
Schild, Wolfgang,
Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffes, in: Heintel, Erich (Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens. Überlieferung und Aufgabe; Abhandlungen zu Geschichte und Systematik der europäischen Philosophie, XVII, 1979, 199 ff.
- Schild, G., Bürgerrechte, Der Staat 2003, 329 ff.**
Schild, Georg,
Bürgerrechte in Zeiten der Bedrohung. Zum Verhältnis von Freiheit und nationaler Sicherheit in der amerikanischen Geschichte und nach dem 11. September 2001, Der Staat (42) 2003, 329 ff.
- Schild, W. Ende, ARSP 1984, 71 ff.**
Schild, Wolfgang,
Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 70 (1984), 71 ff.
- Schild, W. Gerichtsbarkeit, 1985**
Schild, Wolfgang,
Alte Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1985
- Schild, W. Hegel, 1997, 179 ff.**
Schild, Wolfgang,
Der rechte Hegel: ein Rechtshegelianer? Bemerkungen zur Hegelschen Rechtsphilosophie, in: Smid, Stefan/ Fehl, Norbert (Hrsg.), "...ob das alles so stimmt...". Recht und Pluralismus. Hans-

- Schild, W., Strafmaßnahme, 1989, 429 ff.** Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, 1997, 179 ff.
Schild, Wolfgang,
Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit, in: Zaczyk, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 429 ff.
- Schild, W. Strafbegriff, 1997, 101 ff.** Schild, Wolfgang,
Der Strafbegriff Friedrich Nietzsches. Eine Philosophische Annäherung, in: Festschrift für Günter Bemann, 1997, 101 ff.
- Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986** Schlüchter, Ellen,
Mittlerfunktionen der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie, 1986
- Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff.** Schmidhäuser, Eberhard,
Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtlche Tatgesinnung, in: Vogler, Theo i.V.m. Herrmann, Joachim/ Krümpelmann, Justus/ Moos, Reinhard/ Triffterer, Otto/ Leibinger, Rudolf/ Schaffmeister, Dieter/ Meyer, Jürgen/ Hünerfeld, Peter/ Behrendt/ Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1. Halbband, 1985, 485 ff.
- Schmidhäuser, Sinn, 1971** Schmidhäuser, Eberhard,
Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975** Schmidhäuser, Eberhard,
Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 1970; 2. Aufl. 1975
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984** Schmidhäuser, Eberhard,
Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch, 1982; 2. Aufl. 1984
- Schmidhäuser, Willkürlichkeit, ZStW 1954, 27 ff.** Schmidhäuser, Eberhard,
Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), 27 ff.
- Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978** Schmidt, Richard,
Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung. Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 15, 1912, Neudruck 1978
- Schmidtchen, Prävention 2003, 245 ff.** Schmidtchen, Diethelm,
Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Jus Humanum. Festschrift für Ernst Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2004, 2003, 245 ff.
- Schmitz, Legitimität, 2001** Schmitz, Heinz-Gerd,
Zur Legitimität der Kriminalstrafe: philosophische Erörterungen, 2001
- Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff.** Schmoller, Kurt,
Zur Argumentation mit Maßstabsfiguren. Am Beispiel des durchschnittlich rechtstreuen Schwachsinnigen, öJbl 1990, 631 ff.
- Schmoller, Bedeutung, 1988** Schmoller, Kurt,
Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom "beweglichen System", 1988
- Schneider, F., Philosophie, 1964** Schneider, Friedrich,
Philosophie der Gegenwart, 1964
- Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013** Schneider, Hans-Joachim,
Kriminologie: Grundlagen, 2013
- Schneider, H., Bellum, ZStW 2001, 499 ff.** Schneider, Hendrik,
Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?, ZStW 113 (2001), 499 ff.

- Schockenhoff, Willensfreiheit 2004** Schockenhoff, Eberhardt,
Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion? Hirnforschung und Ethik im Dialog, 2004
- Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff.** Schöch, Heinz,
Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Vogler, Theo i.V.m. Hermann, Joachim / Krümpelmann, Justus / Moos, Reinhard / Triffterer, Otto / Leibinger, Rudolf/ Schaffmeister, Dieter / Meyer, Jürgen / Hünerfeld, Peter / Behrendt, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Band II, 1985, 1081 ff.
- Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 293 ff.** Schöch, Heinz,
Die Rechtswirklichkeit und präventive Effizienz strafrechtlicher Sanktionen, in: Jehle, Jorg-Martin (Hrsg.): Kriminalprävention und Strafjustiz, 1996, S. 291 ff.
- Schönke/Schröder, Bearbeiter, 1997** Schönke, Adolf / Schröder, Horst,
Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, Gesamtedaktion Eser, Albin, 25. Aufl., 1997
- Schönke/Schröder, Bearbeiter, 2014** Schönke, Adolf / Schröder, Horst,
Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, Gesamtedaktion Eser, Albin, 29. Aufl., 2014
- Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988** Schopenhauer, Arthur,
Preisschrift über die Freiheit des Willens, 1839, Werke in fünf Bänden, Ludger Lütkehaus, Ludger (Hrsg.), 1988, Bd. III
- Schopenhauer, Wurzel, 1891** Schopenhauer, Arthur,
Über die vielfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, 1891
- Schramme, Empathie, 2013, 621 ff.** Schramme, Thomas,
Empathie als der Kitt des moralischen Universums, Zeitschrift für philosophische Forschung 67 (4), 2013, 621 ff.
- Schreiber, Gesetz, 1976** Schreiber, Hans-Ludwig,
Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976
- Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig,
Schuld und Schuldunfähigkeit im Strafrecht, in: Schmidt-Hieber, Werner / Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Justiz und Recht. Festschrift aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier, 1983, 73 ff.
- Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt, 1977, 242 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig,
Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff.
- Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 1982, 279 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig,
Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279 ff.
- Schroeder, Carolina, 1986** Schroeder, Friedrich-Christian,
Die Carolina. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls des V. von 1532. Schroeder, Friedrich-Christian (Hrsg.), 1986
- Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff.** Schüler-Springorum, Horst,
Mehrfach auffällig. Untersuchungen zur Jugendkriminalität, 1982
- Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff.** Schulz, Hansjürgen,
Alternativen zum Schuldstrafrecht, Juristische Arbeitsblätter 1982,

- 518 ff.
- Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff.** Schumann, Karl F.,
Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver
Generalprävention, in: Schünemann, Bernd/ von Hirsch, Andrew/
Jareborg, Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, 17 ff.
- Schumann, Generalprävention, 1989** Schumann, Karl F.,
Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen einer
Forschung; Forum Rechtswissenschaft 21, 1989
- Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff.** Schünemann, Bernd,
Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, in:
Schünemann, Bernd/ Dubber, Markus, Die Stellung des Opfers im
Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und den
USA, 2000, 1 ff.
- Schünemann,
Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293
ff.** Schünemann, Bernd,
Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der
Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des
Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986,
293 ff.
- Schünemann, Tendenzen, JA 1975,
575 ff. 224** Schünemann, Bernd,
Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und
Gefährdungsdelikte, JA 1975, 575 ff.
- Schünemann,
Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff.** Schünemann, Bernd,
Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht? Ein
Paradigmenwechsel im moralischen Anspruch?“, in:
Kühne/Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue
gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland,
2000, 15 ff.
- Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff.** Schünemann, Bernd,
Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in:
Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen
Strafrechtssystems, 1984, 153 ff.
- Schwind, Kriminologie,
2016** Schwind, Hans-Dieter,
Kriminologie und Kriminalpolitik
Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 23. Aufl. 2016
- Seelmann, Anerkennungsverlust,
1995** Seelmann, Kurt,
Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien,
1995
- Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff.** Seelmann, Kurt,
Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des
Rechts", JuS 1979, 687 ff.
- Seelmann, Räume, 2014, 389 ff.** Seelmann, Kurt,
Ethische Räume jenseits rechtlicher Institutionen?, in: Seelmann,
Kurt / Zabel, Benno (Hrsg.), Autonomie und Normativität: Zu Hegels
Rechtsphilosophie, 2014, 389 ff.
- Seelmann, Schwierigkeiten, 2004, 151
ff.** Seelmann, Kurt,
Schwierigkeiten der Alternativdebatte im Strafrecht, in: Radtke,
Henning / Müller, Egon / Britz, Guido / Koriath, Heinz/ Müller-
Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60.
Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung, 2004, 151
ff.
- Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991,
441 ff.** Seelmann, Kurt,
Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert,

- in: Stolleis, Michael u.a. (Hrsg.), Festschrift für Sten Gagnér, 1991, 441 ff.
- Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 2014**
Seelmann, Kurt / Demko, Daniela, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 2014
- Seher, Liberalismus, 2000**
Seher, Gerhard,
Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg, 2000
- Seitelberger, Aspekte, 1980**
Seitelberger, Franz,
Neue Aspekte und Erkenntnisse der Gehirnforschung: Freiheit und Verantwortung des Menschen, 1980
- Seitelberger, Grundlagen, 1981, 35 ff.**
Seitelberger, Franz,
Neurobiologische Grundlagen der menschlichen Freiheit. in: Böhme, W., Mensch und Kosmos, 1981, 35 ff.
- Seneca, De ira, 1999**
Seneca, Lucius Annaeus,
Philosophische Schriften, Rosenbach, Manfred (Hrsg., Übrs.), 5. Aufl. 1999, De ira, Bd. I, Dialoge I-VI; De ira
- Siep, Naturgesetz, 1993, 132 ff.**
Siep, Ludwig,
Naturgesetz und Rechtsgesetz, in: Krawietz, Werner/Gerhardt, Volker (Hrsg.), Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, 1993, 132 ff.
- Simson, Grotius, 1985, 651 ff.**
Simson, Gerhard,
Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/ Geilen, Gerd/ Herzberg, Rolf-Dietrich/ Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985; 651 ff.
- Singer, brain, 2009, 321 ff.**
Singer, Wolf,
The brain, a complex self-organizing system, European Review 17 (2) (2009), 321 ff.
- Singer, Problem, 2009, 233 ff.**
Singer, Wolf,
Zum Problem der Willensfreiheit. Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung: Zwei sich widersprechende Erkenntnisquellen, in: Rosenzweig, Rainer (Hrsg.), Nicht wahr?! Sinneskanäle, Hirnwindungen und Grenzen der Wahrnehmung, 2009, 233 ff.
- Sinn, Straffreistellung, 2007**
Sinn, Arndt,
Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten: Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007
- SK StGB Bearbeiter, 2017**
Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Wolter, Jürgen (Hrsg.), Band I §§ 1-37 StGB, 9. Aufl., 2017
- Sodan, Grundgesetz, 2015**
Sodan, Helge,
Grundgesetz: GG, 3. Aufl. 2015
- Spendel, Grundfragen, 1957, 39 ff.**
Spendel, Günter,
Grundfragen jeder Strafrechtsreform. Eine Studie zur Systematik des Strafrechtes, in: Hohenleitner, Siegfried/ Lindner, Ludwig/ Nowakowski, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zum 80. Geburtstag, 1957, 39 ff.
- Spohn, Kern, 2012, 71 ff.**
Spohn, Wolfgang,
Der Kern der Willensfreiheit. in: Sturma, Dieter, (Hrsg.). Vernunft und Freiheit: zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin, 2012, 71 ff.
- SSW StGB, Bearbeiter, 2017**
Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter (Hrsg.), StGB - Strafgesetzbuch: Kommentar, 3. Aufl., 2017

- Sternberg-Lieben, Rechtsgut, 2003, 65 ff.** Sternberg-Lieben, Detlev, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers, in: Hefendehl / Hirsch/ Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, 65 ff.
- Stoß, Vorentwurf, 1983** Stoß, Carl, Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil (ausgearbeitet im Auftrag des Bundesrates), 1893
- Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff.** Stratenwerth, Günter, Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach „Freiheitsgesetzen“, in: Zaczyk, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 495 ff.
- Stratenwerth, Tatschuld, 1972** Stratenwerth, Günter, Tatschuld und Strafzumessung, 192
- Stratenwerth, Zukunft, 1971** Stratenwerth, Günter, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977
- Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 2011** Stratenwerth, Günter / Kuhlen, Lothar, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat, 6., Aufl., 2011
- Strawson, P., Einzelding, 1972** Strawson, Peter F., Einzelding und logisches Subjekt. Ein Beitrag zur deskriptiven Metaphysik, 1972
- Strawson, P., Freedom, 1974** Strawson, Peter F., Freedom and Resentment and Other Essays, 1974
- Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3ff.** Strawson, Galen, Consciousness, Free Will, and the Unimportance of Determinism, Inquiry 32 (1989), 3 ff.
- Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff.** Streng, Franz, Praktikabilität und Legitimität bei der „Spielraumtheorie“ – Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen-, in: Britz, Guido/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon, (Hrsg.) Grundfragen des Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 875 ff.
- Streng, Sanktionen, 2012** Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. 2012
- Streng, Schuld, ZStW 1980, 637 ff.** Streng, Franz, Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, ZStW 92 (1980), 637 ff.
- Streng, Theorie, 2012, 677 ff.** Streng, Franz, Die absolute Theorie als wahrer Kern der relativen Straftheorie?, in: Hilgendorf, Eric / Rengier, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, 2012, 677 ff.
- Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff.** Stuckenberg, Carl-Friedrich, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 129 (2017), 349 ff.
- Stuckenberg, Schuldprinzip, GA 2016, 689 ff.** Stuckenberg, Carl-Friedrich, Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, GA 2016, 689 ff.
- Stübinger, Schuld, 2000** Stübinger, Stephan, Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der

- Stübinger, Stellenwert, 2002, 187 ff.** Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie, 2000
Stübinger, Stephan,
Der Stellenwert der Schuld im Rahmen der Geschichtsschreibung zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts, in: Lüderssen, Klaus (Hrsg.), Die Durchsetzung des öffentlichen Strafrechts. Systematisierung der Fragestellung (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen – Band 6), 2002, 187 ff
- Stübinger, Strafe, 2016, 183 ff.** Stübinger, Stephan,
Strafe als Umgang mit Schuld oder Umgehung der Schuld? Zur Spannung zwischen Strafzweck und Schuldzurechnung, in: Engert, Stefan / Moos, Thorsten (Hrsg.), Vom Umgang mit Schuld: Eine multidisziplinäre Annäherung, 2016
- Stübinger, Strafrecht, 2008** Stübinger, Stephan,
Das „idealisierte“ Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozessrechtslehre, 2008
- Suppa, Mensch, 2003** Suppa, Gianni,
Der vernünftige Mensch im Strafrecht: eine metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und nichtjuristischer Handlungslehren, Eine metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und nichtjuristischer Handlungslehren, 2003
- Swoboda, Lehre, ZStW 2010, 24 ff.** Swoboda, Sabine,
Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 2010, 24 ff
- Sykes/Matza, Techniken, 1979, 360 ff.** Sykes, Gresham / Matza, David,
Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Sack/König (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, 360 ff.
- Telp, Ausmerzung, 1999** Telp, Jan,
Ausmerzung und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, 1999
- Teubner, Standards, 1971** Teubner, Gunther,
Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht; Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Band 8, 1971
- Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff.** Thurman, Quint C.,
Deviance and the Neutralization of Moral Commitment: An Empirical Analysis. Deviant Behavior (5) (1984), 291 ff.
- Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991** Tiedemann, Klaus,
Verfassungsrecht und Strafrecht; Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Schriftenreihe, H 196, 1991
- Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996** Tiedemann, Paul,
Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, 1969
- Tiemeyer, Grundlagenprobleme, GA 1986, 203 ff.** Tiemeyer, Jürgen,
Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA 1986, 203 ff.
- Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 1988, 527 ff.** Tiemeyer, Jürgen,
Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527 ff.
- Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff.** Topitsch, Ernst,
Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung, in: Derselbe (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften; Neue wissenschaftliche Bibliothek, 10. Aufl., 1980, 15 ff.

- Triffterer, Strafrecht, 1985** Triffterer, Otto,
Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Unter Mitarbeit von Schmoller, Kurt, 1985
- Trotha, Distanz, 1987** Trotha, Trutz von,
Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Gewaltmonopol, 1987
- Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955** Trübner, Karl,
Deutsches Wörterbuch, Band 6 (S), 1955; Band 7 (T - V), 1956
- Tschentscher, Konsensbegriff, 2002, 43 ff.** Tschentscher, Axel,
Der Konsensbegriff in Vertrags- und Diskurstheorien, Rechtstheorie 2002, 43 ff.
- Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff.** Tugendhat, Ernst,
Der Begriff, der Willensfreiheit, in: ders., Philosophische Aufsätze, 1992, 334 ff.
- Volk, Strafe, ZStW 1971, 405 ff.** Volk, Klaus,
Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 83 (1971), 405 ff.
- Vormbaum, Einführung, 2015** Vormbaum, Thomas,
Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 2015
- Voßkuhle, Verfassung, 2016** Voßkuhle, Andreas,
Die Verfassung der Mitte, 2016 (mit Wischmeyer, Thomas)
- 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.
- Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff.** Wagner, Heinz,
Die selbständige Bedeutung des Schuldspruchs im Strafrecht insbesondere beim Absehen von Strafe gem. § 16 StGB, GA 1972, 32 ff.
- Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff.** Waldstein, Wolfgang,
Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, in: Strasser, Rudolf/Schwimann, Michael/ Hoyer, Hans (Hrsg.), Festschrift für Fritz Schwind zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung - Rechtspolitik, 1978, 329 ff
- Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff.** Walter, Michael,
Angebote ambulanter Behandlung: Ein Ausweg aus dem Vollzugsdilemma? - Zur Stellung und Funktion ambulanter Maßnahmen im strafrechtlichen Sanktionensystem, in: Sievering, Ulrich (Hrsg.), Behandlungsvollzug - Evolutionäre Zwischenstufe oder historische Sackgasse?, 1987, 256 ff.
- Walter, H., Neurophilosophie, 1998** Walter, Henrik,
Neurophilosophie der Willensfreiheit. Von libertarischen Illusionen zum Konzept natürlicher Autonomie, 1998
- Walther, Rechtsbruch, 2000** Walther, Susanne,
Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, 2000
- Weber, H.-M., Abschaffung, 1999** Weber, Hartmut-Michael,
Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs, 1999
- Weigend, Strafe, RW 2010, 40 ff.** Weigend, Thomas,
„Die Strafe für das Opfer?“ - Zur Renaissance des

- Weinberger, O., Norm, 1988**
Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft 2010, 39 ff.
Weinberger, Ota,
Norm und Institution, 1988
- Weißer, Bettina, Konzept, GA 2013, 26 ff.**
Weißer, Bettina,
Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?, GA 2013, 26 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.
- Welke, Repersonalisierung, 2008**
Welke, Wanja Andreas,
Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts. Zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht- Zugleich eine Analyse von exemplary (punitive) damages, 2008
- Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff.**
Welzel, Hans,
Gedanken zur "Willensfreiheit", in: Bockelmann, Paul/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 91 ff.
- Welzel, Naturalismus, 1935**
Welzel, Hans,
Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935
- Welzel, Naturrecht, 1960, 1980**
Welzel, Hans,
Naturrecht und materiale Gerechtigkeit; Jurisprudenz in Einzeldarstellungen, Band 4, 2. Aufl. 1960 (inzwischen 4. Aufl. 1962; Nachdruck 1980)
- Welzel, Persönlichkeit, ZStW 1948, 428 ff.**
Welzel, Hans,
Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1948) 428 ff.
- Welzel, Strafrecht, 1969**
Welzel, Hans,
Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969
- Wesche, Gegenseitigkeit, 2001**
Wesche, Steffen,
Gegenseitigkeit und Recht. Eine Studie zur Entstehung von Normen, 2001
- Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2017**
Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut,
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl., 2017
- Wiener, Persönlichkeit, ZfL 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.
- Willoweit, Rache, 2007, 37 ff.**
Willoweit, Dietmar,
Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße, Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, 37 ff..
- Wilfert, Strafe, 2017**
Wilfert, Marei Verena,
Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017

- Wilson., Thinking, 1983** Wilson, James Q.,
Thinking about Crime, 2. Aufl. 1983
- Winkel, Behavior, 1997, 65 ff.** Winkel, Frans, W.,
Criminal Behavior and the Pre-Victimization Process, in: Redondo, Santiago / Garrido, Vicente / Pérez, Jorge / Barberet, Rosemary (ed),
Advances in Psychology and Law, 1997, 65 ff.
- Wischmeyer, Identität, AöR 2015, 415 ff.** Wischmeyer, Thomas,
Nationale Identität und Verfassungsidentität. Perspektiven, Schutzgehalte, Instrumente, Archiv des öffentlichen Rechts, 2015, 415 ff.
- Wohlers, Deliktstypen, 2000** Wohlers, Wolfgang,
Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000
- Wohlers/Went, Bedeutung, 2011, 173 ff.** Wohlers, Wolfgang / Went, Florian H.,
Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion, in: Hirsch, Andreas von (Hrsg.), Strafe - warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, 173 ff.
- Wolf, J.-C., Strafe, 203, 199 ff** Wolf, Jean-Claude,
Strafe als Wiederherstellung eines Gleichgewichts, in: B. Sharon Byrd /Joachim Hruschka /Jan C. Joerden (Hrsg), Jahrbuch für Recht und Ethik, 2003, 199 ff.
- Wolff, Handlungsbegriff, 1964** Wolff, Ernst Amadeus,
Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964
- Wolff, Kausalität, 1965** Wolff, Ernst Amadeus,
Kausalität von Tun und Unterlassen: Eine strafrechtliche Untersuchung, 1965
- Wolff, Verständnis, ZStW 1985, 786 ff.** Wolff, Ernst Amadeus,
Das neue Verständnis von Gewaltprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786 ff.
- Wolter, Zurechnung, 1981** Wolter, Jürgen,
Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr der Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem; Strafrechtliche Abhandlungen, N.F., Band 40, 1981
- Wright, Erklären, 1984** Wright, Georg Henrik von,
Erklären und Verstehen, 2. Aufl. 1984
- Zabel, Recht, 2014, 153 ff., 155 ff.** Zabel, Benno,
Das Recht der Institution. Kultur der Freiheit jenseits von Individualismus und Kollektivismus, in: Seelmann, Kurt/Zabel, Benno (Hrsg.), Autonomie und Normativität: Zu Hegels Rechtsphilosophie, 2014, 153 ff.
- Zabel, Schuldtypisierung, 2007** Zabel, Benno,
Schuldtypisierung als Begriffsanalyse: Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, 2007
- Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff.** Rainer Zaczyk,
Fiat iusticia, pereat mundus. Zu Kants Übersetzung der Sentenz, in: Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft. Festschrift für Peter Krause, 2006, 649 ff.
- Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 2011, 701 ff.** Zaczyk, Rainer,
Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts, ZStW 123 (2011), 701 ff.
- Zaczyk, Unrecht, 1989** Zaczyk, Rainer,
Das Unrecht der versuchten Tat; Schriften zum Strafrecht, Heft 80,

- Zielcke, Sache, Merkur 1986, 203 ff.** 1989
Zielcke, Andreas,
Die halbe Sache der Moral, Merkur 1986, 203 ff.
- Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448 ff.**
Zieschang, Frank,
Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht; Hirsch, Hans Joachim/ Kohlmann, Günther/ Walter, Michael/ Weigend, Thomas (Hrsg.), Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 6, 1992, 448 ff.
- Zimmermann, F.,
Unrechtsbewusstsein, NJW 1954, 908 ff.**
Zimmermann, F.,
Unteilbares und tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1954, 908 ff.
- Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff.**
Zipf, Heinz,
Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB, in: Jescheck, Hans-Heinrich/ Vogler, Theo (Hrsg.): Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, 439 ff.
- Zippelius, Recht, 1996**
Zippelius, Reinhold,
Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996
- Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff.**
Zippelius, Reinhold,
Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in: Bockelmann, Paul/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich (Hrsg.): Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 224 ff.
- Zürcher, Legitimation, 2014**
Zürcher, Tobias,
Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe, 2014